

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Aplicación de la ley en el tiempo – Ley 153 de 1997 artículo 40 – Aplicación de CCA artículo 136 numeral 10 – Término de caducidad – Contabilización teniendo en cuenta si el contrato requiere o no de liquidación

En cuanto a la oportunidad para ejercer el medio de control de controversias contractuales, la Sala advierte que, aun cuando el artículo 40 de la Ley 153 de 1997 dispone que «las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiecen a regir», la misma disposición consagra excepciones a la regla general de aplicación inmediata de las normas procesales, al señalar que «los términos que hubieren empezado a correr se regirán por las leyes vigentes en dicho momento».

En este contexto, dado que en el presente asunto el término de caducidad comenzó a correr el 31 de agosto de 2011 [...] cuando aún no había entrado en vigor el CPACA, su cómputo debe efectuarse con base en lo dispuesto por el artículo 136.10 del CCA, que estableció, como regla general, un término de caducidad de 2 años para las acciones contractuales, «contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan como fundamento». Esta norma, además, previó reglas especiales, dependiendo de si el contrato requería o no liquidación; en caso afirmativo —como ocurre en el sub examine—, el conteo del término de 2 años iniciaría: (i) desde la suscripción del acta de liquidación bilateral, en los asuntos en los que las partes de la relación contractual la hubieren realizado de mutuo acuerdo (literal c); (ii) a partir de la ejecutoria del acto administrativo que apruebe la liquidación unilateral, en los eventos en que esta hubiere sido efectuada por la Administración (primera parte del literal d); y (iii) desde el vencimiento del plazo pactado por las partes o, en su defecto, establecido por ley, para liquidar el contrato bilateral o unilateralmente, cuando ninguna de estas se hubiere efectuado (segunda parte del literal d).

Bajo este marco normativo, se verifica que el convenio interadministrativo de apoyo financiero [...] culminó el 31 de diciembre de 2010 y fijó un plazo de 8 meses para su liquidación bilateral, el cual vencía el 1º de septiembre de 2011, sin que se hubiere pactado expresamente la posibilidad de liquidarlo unilateralmente. Como dicho cruce de cuentas no fue efectuado, en principio, el término de dos años de caducidad del medio de control de controversias contractuales corrió desde el 2 de septiembre de 2011 — fecha en la que expiró el plazo previsto para la liquidación bilateral— hasta el 2 de septiembre de 2013.

No obstante, se advierte que Fonade presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 27 de agosto de 2013, esto es, 6 días antes del vencimiento del plazo preclusivo, la cual fue declarada fallida el 22 de noviembre de 2013. Como consecuencia, el tiempo restante volvió a correr a partir del día siguiente a esa fecha, por lo que el término para la presentación oportuna de la demanda se extendió hasta el 28 de noviembre 2013, de manera que el escrito de demanda radicado el 22 de noviembre de la misma anualidad fue presentado dentro del plazo legalmente previsto.

CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Alcance – Ley 489 de 1998 artículo 95 – Instrumentos de cooperación entre entidades públicas – Diferencia con contrato conmutativo – Consecución de un fin común

Los convenios interadministrativos, previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, son instrumentos de cooperación entre entidades públicas, celebrados con el propósito de cumplir conjuntamente funciones administrativas o garantizar la prestación de un servicio público. Su esencia radica en un ánimo de asociación y colaboración que excluye la contraposición de intereses propia de los contratos conmutativos, caracterizados por la existencia de contraprestación o remuneración, lo cual no significa que los compromisos derivados de tales convenios carezcan de contenido patrimonial, pues con frecuencia implican aportes económicos destinados a la consecución de un fin común de interés público y no a la retribución individual de las entidades participantes; de ser así, se estaría frente a verdaderos contratos administrativos.

CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Naturaleza – Nominados – Atípicos – Marco normativo – No aplicación automática del EGCAP – Prevalencia del acuerdo entre las partes – Autonomía de la voluntad – Aplicación de principios constitucionales – Función pública- Artículo 209 de la Constitución – Principios de contratación – Planeación, transparencia, economía y buena fe

En cuanto a la naturaleza de los convenios interadministrativos, de antaño se ha sostenido que son «nominados puesto que están mencionados en la ley», pero al mismo tiempo «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»⁶⁷. Esta doble connotación ha generado debates en torno al marco normativo aplicable a dichos instrumentos de cooperación entre entidades públicas. No obstante, con el transcurso del tiempo, la Sección Tercera⁶⁸ se ha decantado por la postura según la cual a los convenios interadministrativos no les resultan aplicables, de manera automática, las disposiciones de la EGCAP —Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007—; su régimen se encuentra determinado, en primer lugar, por las estipulaciones pactadas por las entidades que lo suscriben, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y conforme su naturaleza asociativa y colaborativa, y, en lo no previsto, por los principios constitucionales que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, así como por aquellos que orientan la actividad contractual del Estado, tales como planeación, transparencia, economía y buena fe.

CLÁUSULA PENAL – Interpretación de las normas del convenio interadministrativo – Código Civil artículo 1618 – Cláusula penal no se extiende a otros sujetos del convenio – Vulneración del principio de tipicidad

[...] la cuestión sometida a consideración de esta la Sala de Subsección consiste en determinar si la cláusula penal estipulada en el convenio interadministrativo de apoyo financiero [...] —expresamente pactada para los eventos de incumplimiento atribuibles a los municipios beneficiarios— puede hacerse extensiva por interpretación al departamento de Bolívar a partir del examen integral del texto convencional, sus efectos propios y la naturaleza de los vínculos obligacionales asumidos por cada una de las entidades participantes.

El punto de partida del análisis propuesto se encuentra en el artículo 1618 del Código Civil, norma que fija el principio rector en materia de interpretación de los contratos, así: «conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras».

[...] Así las cosas, conforme con el artículo 1618 del Código Civil, cuando las estipulaciones contractuales son claras debe estarse a su tenor literal, y no puede desconocerse lo acordado a menos que se demuestre que la intención común de los contratantes es distinta de la expresada en el pacto, en cuyo caso aquella ha de prevalecer.

[...]

De la lectura literal de la estipulación se observa, sin ambages y sin espacio para ambigüedad, que las partes delimitaron de manera expresa el sujeto pasivo de la cláusula penal, circunscribiéndolo únicamente a los municipios, por lo que la claridad del texto negocial impide cualquier esfuerzo hermenéutico orientado a extender el ámbito subjetivo de la cláusula penal más allá de quienes fueron específicamente señalados como sus destinatarios.

[...]

Por tanto, extender la penalidad al departamento equivaldría a crear una obligación sancionatoria no convenida, vulnerando el principio de tipicidad de la conducta como manifestación del principio de legalidad en materia sancionatoria, el cual impide extender las consecuencias jurídicas de la cláusula penal más allá de lo expresamente pactado, siendo inadmisibles efectuar una interpretación extensiva ni por aplicación analógica, en tanto establece una consecuencia patrimonial excepcional que solo puede hacerse efectiva frente a quien fue expresamente llamado a responder en el acuerdo de voluntades.



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

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 13001-23-33-000-2013-00806-01 (68832)
Demandante: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo —Fonade—
Demandados: Departamento de Bolívar, municipio de San Juan
Nepomuceno, municipio de San Jacinto y Nación -
Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio
Referencia: Controversias contractuales – CPACA

TEMAS: CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – son acuerdos de voluntades suscritos entre entidades públicas para la consecución de un fin común de interés público, caracterizados por su naturaleza asociativa y de cooperación, cuyo régimen jurídico se encuentra determinado, en primer término, por sus propias estipulaciones contractuales y, en lo no previsto, por los principios que orientan la función administrativa y la contratación estatal. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES – aplicación del criterio de especial prevalencia de la intención común de las partes sobre el tenor literal cuando exista duda, y respeto a lo expresamente convenido cuando las estipulaciones sean claras en su alcance y destinatarios. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y SU ALCANCE SUBJETIVO – estipulación sancionatoria que fija anticipadamente las consecuencias económicas del incumplimiento, exigible únicamente frente a los sujetos que fueron expresamente previstos en el contrato.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de marzo de 2022, proferida por la Sala de Decisión No. 7 del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La controversia suscitada en el *sub judice* gira en torno al eventual incumplimiento del departamento de Bolívar respecto de las obligaciones asumidas en virtud del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, suscrito con el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo —en lo sucesivo, Fonade— y los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto, cuyo objeto consistió en aunar esfuerzos para apoyar la ejecución del proyecto de optimización y ampliación del sistema de acueducto regional. La parte actora sostiene que la entidad departamental, encargada de ejecutar una de las obras que componían el proyecto objeto del convenio, no la culminó ni alcanzó un grado de avance que asegurara su funcionalidad, razón por la cual, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, solicita que se declare su incumplimiento, se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada y se proceda a la liquidación judicial del convenio, disponiendo la liberación de los aportes no ejecutados.



En primera instancia, el *a quo* declaró el incumplimiento del departamento de Bolívar y procedió a liquidar judicialmente el convenio, liberando los aportes no ejecutados por un monto de \$43'301.978; no obstante, negó la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, al considerar que dicha estipulación únicamente resultaba exigible frente al incumplimiento de las obligaciones a cargo de los municipios beneficiarios, mas no respecto de aquellas asumidas por el ente departamental. Inconforme con esa decisión, Enterritorio —antes Fonade— interpuso recurso de apelación, insistiendo en la procedencia de la sanción pecuniaria, al estimar que su cobertura también se extendía al eventual incumplimiento del departamento de Bolívar, máxime si se tiene en cuenta que la obra a su cargo nunca alcanzó un estado de funcionalidad.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 22 de noviembre de 2013¹, Fonade presentó demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra el departamento de Bolívar, el municipio de San Juan Nepomuceno, el municipio de San Jacinto y la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio —en lo sucesivo, el Ministerio—, con las **pretensiones** que se transcriben a continuación de manera literal, incluso con posibles errores:

«PRIMERA: Que se declare la responsabilidad del departamento de Bolívar por el incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero 2053762 de 2005 celebrado entre Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), el Fonade, el departamento de Bolívar y los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto, para el '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', 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 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 [...] \$43.794.488,90;

b) Los recursos no ejecutados por Fonade, por valor de [...] \$43.301.978 serán liberados y reintegrados al Convenio 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

¹ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 5 a 19.



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 18 meses, contados a partir de la aprobación por parte del juez de la sentencia, periodo en el que el Ministerio hará seguimiento de las obras para su cumplimiento.

CUARTA: *En caso de incumplimiento de la obligación establecida en la pretensión anterior, el departamento de Bolívar deberá pagar al Ministerio el valor correspondiente al saldo pendiente de la penalidad acordada en la cláusula décimo segunda (cláusula penal 10% del aporte total de la Nación al Convenio), equivalente a la resta del total de la cláusula penal por un valor de [...] \$781.606.514,70 menos la parte de la cláusula cobrada en la segunda pretensión por valor de [...] \$43.794.488,90. Para un gran valor total a pagar de [...] \$737.812.025,80.*

QUINTA: *Que se liquide el Convenio de Apoyo Financiero 2053762 de 2005 celebrado entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), el Fonade, el departamento de Bolívar y los Municipios de San Juan 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.*

SEPTIMA: *Que se condene en costas al ente 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 CPACA».*

1.2. En síntesis, la parte actora relató los siguientes hechos:

1.2.1. El 22 de octubre de 2004, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Fonade celebraron el convenio interadministrativo marco de gerencia de proyectos 27 de 2004 —también identificado con el número 194048 de 2004—, 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 acuerdo se estipuló que Fonade prestaría apoyo y asistencia al Ministerio, consistente en asesoría técnica, jurídica, administrativa y financiera, disponiendo para ello de los recursos humanos y físicos necesarios para el cabal desarrollo del objeto convenido, obligándose, entre otras cosas, a «*elaborar las actas de liquidación de los convenios interadministrativos de los contratos de interventoría, las liquidaciones de los convenios interadministrativos*», las cuales debían ser aprobadas por el supervisor del convenio designado por el Ministerio.



1.2.2. En desarrollo del convenio marco, el 24 de noviembre de 2005, el Ministerio, Fonade, el departamento de Bolívar y los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto suscribieron el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, cuyo objeto era *«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 a la planta de potabilización de regeneración’ en los municipios»*.

En dicho acuerdo de voluntades se pactaron, entre otros aspectos, los siguientes: **(i)** que su duración inicial se extendía hasta el 31 de diciembre de 2006 —plazo que, tras la suscripción de varias prórrogas, fue ampliado hasta el 31 de diciembre de 2010— y que contaría con un término de liquidación de 8 meses; **(ii)** que su valor ascendía a \$9.121'010.036; **(iii)** que la fuente de financiación del convenio estaría integrada por los siguientes aportes: (a) \$8.254'010.036 aportados por el Ministerio a los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto —\$4.681'395.000 para el primero y \$3.572'615.000 para el segundo—, montos amparados por el convenio marco de 2004; (b) \$167'000.000 aportados por el municipio de San Jacinto, y (c) \$700'000.000 aportados por el departamento de Bolívar; y **(iv)** que el Ministerio desembolsaría los recursos del convenio a Fonade, entidad que, previa aprobación de los municipios y con el visto bueno del interventor designado, efectuaría los pagos directamente a los contratistas de obras y/o suministros derivados del mismo.

1.2.3. Con ocasión del convenio de apoyo financiero, los municipios de San Juan Nepomuceno y de San Jacinto celebraron, con los recursos girados por el Ministerio a través de Fonade, los contratos de obra y suministro SOPOP-AP-BM-0001-2006; SOPOP-AP-BM-0002-2006; SOPOP-AP-BM01-2007 y BM-01-2006, los cuales fueron ejecutados de forma integral y liquidados oportunamente; por su parte, el departamento de Bolívar suscribió, con recursos propios, el contrato SAP-604 de 2008², cuyo objeto consistía en 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»*; no obstante, su ejecución presentó dificultades técnicas y presupuestales que impidieron su adecuada culminación, alcanzando únicamente un avance físico del 24.83%, según consta en el informe final elaborado por la interventoría, en el que advirtió, además, que durante su desarrollo surgieron *ítems* no previstos que requerían recursos adicionales por la suma de \$265'380.075, indispensables para la adecuada terminación de la obra, los cuales nunca fueron aportados por la entidad departamental bajo el argumento de que el contrato carecía de viabilidad jurídica para ser adicionado.

1.2.4. Con base en lo anterior, concluyó que el departamento de Bolívar incumplió los compromisos asumidos en el marco del convenio de apoyo financiero 2053762

² En la demanda se precisó que el contrato de obra SAP-604 de 2008 comprendía la ejecución de varias obras; sin embargo, solamente una de ellas se enmarcaba dentro del convenio de apoyo financiero 20533762 de 2005, correspondiente a la *«ampliación de la planta de tratamiento de Perico, ubicada en San Juan Nepomuceno»*, por un valor de \$691'352.222, la cual debía ser ejecutada con los recursos de la gobernación de Bolívar a los que se comprometió en el referido convenio.



de 2005, al no culminar la obra a su cargo, lo que impidió la plena funcionalidad del sistema de acueducto regional, a pesar de la significativa inversión efectuada por la Nación.

1.3. Como fundamento jurídico de sus pretensiones, la parte actora sostuvo que el departamento de Bolívar incumplió las obligaciones previstas en los numerales 8 y 10 de la cláusula tercera del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, las cuales establecían: *(i) «gestionar, si fuere necesario, la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la terminación del objeto del presente convenio, cuando por ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originado por causas no atribuibles a las partes o cualquier otro valor adicional no establecido en el proyecto inicial, sea imposible cubrir tales erogaciones con la partida de imprevistos que se haya definido en el plan financiero aprobado»; y (ii) «adoptar y coordinar todas la acciones para asegurar la operación y mantenimiento y, en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio»*

En consecuencia, señaló que, dado que la obra ejecutada en virtud del convenio de apoyo financiero *«no presenta una funcionalidad acorde a las necesidades regionales que motivaron su aprobación, pese a haber transcurrido más de 2 años desde su fecha de terminación»*, procede la aplicación proporcional de la cláusula penal pactada en dicho acuerdo, la cual establece que *«en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el presente convenio, pagará al Ministerio, a título de pena, una suma equivalente al 10% del valor del aporte del Ministerio»*.

Así las cosas, concluyó que el valor a pagar por la entidad departamental, por concepto del incumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción del convenio —*«que en todo caso no obrará en perjuicio de los compromisos adquiridos encaminados a la culminación de las obras en cuestión ni del cobro total de la cláusula penal en los término estipulados en el convenio de apoyo Financiero (10% valor aportes de la Nación) ante el eventual incumplimiento de las obligaciones aquí adquiridas»*—, corresponde a \$43'794.488,90, calculado de la siguiente manera:

CONCEPTO	VALOR
Aportes de la Nación al Convenio (1)	\$8.254'010.036
Valor de la cláusula penal —10 %— (2)	\$825'401.003,60
Valor total del convenio de apoyo financiero (3)	\$9.121'010.036
Valor final de la ampliación de la planta de tratamiento de agua potable de Perico dentro del contrato de obra (4)	\$691'352.222,46
Porcentaje representativo del contrato de obra SAP-604 de 2008, respecto al valor total del convenio de apoyo financiero (5) = (4) / (3)	7.58%
Valor representativo del contrato de obra SAP-604 de 2008, respecto al valor de la cláusula penal (6) = (2) * (5)	\$62'563.555,57
70% del valor representativo del contrato de obra SAP-604 de 2008, respecto al valor de la cláusula penal (7) = (6) * 75.17%	\$43'794.488,90



2. Contestación de la demanda

2.1. El Ministerio³ estimó *«legítimo no oponerse a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido de que surge la necesidad de liquidar el referido convenio tripartito y establecer un cruce de cuentas»*, liquidación en la que se indique, como está demostrado en el expediente, que dio cabal cumplimiento a las obligaciones asumidas al suscribir el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, las cuales consistían en aportar, a través de Fonade, la suma indicada en la cláusula octava de dicho acuerdo —8.254'010.036— y en realizar el seguimiento de su ejecución.

2.2. El departamento de Bolívar⁴ se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar, en primer lugar, que la ejecución del contrato SAP-604 de 2008, celebrado con el Consorcio CF San Jacinto para la construcción de la planta de tratamiento de agua potable en Perico, no constituía una obligación a cargo del departamento en el marco del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, pues dicho instrumento incluyó exclusivamente compromisos para los municipios. En segundo lugar, y en línea con lo anterior, afirmó que la cláusula penal pecuniaria prevista en el convenio no podía aplicarse en su contra, ya que esta fue pactada de manera expresa y directa para sancionar el incumplimiento de los municipios, por lo que, a su juicio, extender sus efectos al ente departamental desconocería el principio según el cual el contrato es ley para las partes.

2.3. Los municipios de San Juan Nepomuceno y de San Jacinto guardaron silencio.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

3.1. El Ministerio⁵ reiteró que no se oponía a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y precisó que su vinculación al proceso como demandado solo obedeció al hecho de haber sido parte del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005 y, por ende, interesado en su liquidación y en la eventual recuperación de los recursos aportados, por ser estos de su propiedad, siendo su comparecencia necesaria para integrar el litisconsorcio necesario y vincular a todos los sujetos que pudieran tener relación con la liquidación del convenio, circunstancia que, según indicó, fue la razón por la cual Fonade decidió incluirlo como demandado, sin que ello implicara derivar responsabilidad alguna en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del referido acuerdo de voluntades.

3.2. Fonade⁶ replicó los argumentos expuestos en la demanda e insistió en que, ante el incumplimiento del departamento de Bolívar respecto de las obligaciones

³ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_01EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 33 a 36.

⁴ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_01EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 45 a 51.

⁵ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_01EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 160 a 163.

⁶ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_01EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 167 a 168.



asumidas en el convenio interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005, lo cual está plenamente demostrado, debe accederse a las súplicas de la demanda.

3.3. El departamento de Bolívar⁷ reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda y sostuvo que cumplió las obligaciones asumidas con la suscripción del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, las cuales, según afirmó, eran de medio y no de resultado, pues se limitaban a gestionar la contratación y a aportar recursos propios para la ejecución de la obra. En tal sentido, señaló que, aun cuando celebró el contrato SAP-604 de 2008 para la construcción y puesta en marcha de la planta de tratamiento en Perico —destinando para ello los \$700'000.000 comprometidos en el convenio e incluso recursos adicionales de su presupuesto—, el incumplimiento de dicho negocio fue imputable únicamente al contratista, por lo que no podía atribuírsele responsabilidad alguna al departamento, máxime cuando la interventoría correspondió exclusivamente a Fonade.

3.4. El Ministerio Público⁸ rindió concepto favorable a los intereses de la parte actora, al considerar que el departamento de Bolívar incumplió las obligaciones asumidas en el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, pues lejos de adelantar las gestiones necesarias para la obtención de los recursos adicionales que permitieran culminar las obras pactadas, mantuvo una actitud omisiva frente a dicha obligación, lo que impidió la debida ejecución del contrato de obra SAP-604 de 2008 y, en tal virtud, el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el referido convenio.

3.5. Los municipios de San Juan Nepomuceno y de San Jacinto guardaron silencio.

4. Sentencia de primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 11 de marzo de 2022⁹, el Tribunal Administrativo de Bolívar resolvió: **(i)** declarar que el departamento de Bolívar incumplió el convenio interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005; **(ii)** liquidar judicialmente el convenio referido, señalando que «se ejecutaron \$9.077'708.028 de los \$9.121'010.036 aportados por los contratantes»; **(iii)** en virtud de lo anterior, liberar los recursos no ejecutados, por valor de \$43'301.978, los cuales corresponden a Fonade, sin que haya lugar a restituciones mutuas entre los contratantes; **(iv)** negar las demás pretensiones de la demanda; y **(iv)** no condenar en costas.

4.2. Como fundamento de sus decisiones, el *a quo*, en síntesis, razonó lo siguiente:

4.2.1. De entrada, consideró que con las pruebas arrojadas al proceso se acreditó que el departamento de Bolívar incumplió las obligaciones previstas en la cláusula cuarta del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, «en lo que atañe a

⁷ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_01EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 169 a 173.

⁸ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_01EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 174 a 190.

⁹ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_04SENTCONTRFONADE (.pdf) NroActua 2».



gestionar la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la terminación del objeto de dicho convenio [numeral 8]; así como adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y en general, la sostenibilidad del proyecto [numeral 10]».

Lo anterior, por cuanto, si bien la entidad departamental, en desarrollo de dicho convenio, celebró el contrato SAP-604 de 2008, cuyo objeto era la construcción y puesta en marcha de la nueva planta de tratamiento de agua potable en Perico por valor de \$1.079'255.370, este solo alcanzó un avance del 24,83%, 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»*, los cuales, pese a los requerimientos formulados por Fonade y el Ministerio, nunca fueron incorporados al proyecto por el departamento, el cual finalmente procedió a liquidar unilateralmente ese contrato.

En tales condiciones, concluyó que, aun cuando el departamento de Bolívar cumplió la obligación prevista en el numeral 17 de la cláusula cuarta del convenio —relativa a la liquidación del contrato SAP-604 de 2008—, no demostró el cumplimiento del objeto contractual establecido en el contrato de obra, *«desconociendo con ello a su vez, el objeto del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, por lo cual la pretensión consistente en declarar que el ente departamental incumplió el referido convenio tiene vocación de prosperar respecto de las obligaciones previstas en los numerales 8 y 10 de la cláusula en mención»*.

4.2.2. En consonancia con lo anterior, verificó que, a pesar de haberse pactado la liquidación en el convenio interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005, esta no fue efectuada, por lo que, con fundamento en el informe final de ejecución presentado por Fonade, procedió a realizarla judicialmente, advirtiendo que, si bien el valor de dicho acuerdo de voluntades ascendía a \$9.121'010.036 —discriminados en \$8.210'708.058 aportados por Fonade; \$167'000.000 por el municipio de San Jacinto y \$700'000.000 por el departamento de Bolívar—, solo fueron invertidos en el proyecto \$9.077'708.028, sin que se hubieran sido ejecutados recursos por valor de \$43'301.978, *«los cuales corresponden al aporte realizado por Fonade y, en ese sentido, son liberados del convenio»*.

4.2.3. Finalmente, en lo que atañe a la pretensión de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, indicó que esta sería denegada, por cuanto dicha estipulación únicamente resultaba exigible ante el incumplimiento de las obligaciones de los municipios de Juan Nepomuceno y de San Jacinto, sin que hubiera sido prevista su aplicación frente a obligaciones del departamento de Bolívar. Asimismo, precisó que la parte demandante *«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».

5. Recurso de apelación

5.1. Enterritorio —anteriormente Fonade—¹⁰, solicitó la modificación de la sentencia de primer grado, con el fin de que *«ordene el reconocimiento de \$781'606.514,70 por parte del departamento de Bolívar, por concepto del valor de la cláusula penal estipulada en el convenio y que corresponde a la indemnización por no haber entregado una obra que presente una funcionalidad acorde a las necesidades regionales que motivaron su aprobación».*

5.2. Como sustento de su apelación, alegó que en el proceso se encuentra demostrado que la obra a cargo del departamento de Bolívar, ejecutada en virtud del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, no alcanzó un grado de avance físico que asegurara su funcionalidad, pues la planta de tratamiento de agua potable en Perico no entró en operación ni satisfizo los fines que justificaron la asignación de recursos públicos, situación que, como lo reconoció el Tribunal de primera instancia, configura un incumplimiento atribuible al ente departamental.

En tal medida, insistió en la procedencia de aplicar la cláusula penal pecuniaria pactada en el convenio, la cual preveía el pago de una suma equivalente al 10% del aporte realizado por el Ministerio en caso de incumplimiento y cuya cobertura, según su criterio, se extendía a las obligaciones asumidas por el departamento de Bolívar, razón por la cual debía condenarse al pago de dicho valor.

6. Tramite en segunda instancia

6.1. Admitido el recurso de apelación¹¹, el expediente ingresó al Despacho para fallo, toda vez que en el trámite de segunda instancia no se solicitaron ni se decretaron pruebas¹², sin que, dentro de las oportunidades previstas en el artículo 247 del CPACA —modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021—, los extremos de la *litis* presentaran pronunciamiento alguno sobre el recurso.

6.2. El Ministerio Público también guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

La Sala abordará los siguientes aspectos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante: (1) presupuestos procesales; (2) objeto del recurso y problema jurídico a resolver; (3) hechos probados; (4) caso concreto; y (5) costas.

¹⁰ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_06RECURSOAPELACION(.pdf) NroActua 2».

¹¹ Samai, índice 4.

¹² Samai, índice 10.



1. Presupuestos procesales

1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 104¹³ del CPACA, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde conocer del presente asunto¹⁴, toda vez que la controversia sometida a juicio tiene origen en un convenio de apoyo financiero suscrito entre el departamento de Bolívar, los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto —entidades territoriales¹⁵—, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Fonade, cuyo objeto consistía en «*aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al 'proyecto de optimización y ampliación del sistema de acueducto de San Juan Nepomuceno [...]'*».

Igualmente, de conformidad con lo establecido en los artículos 150¹⁶ y 152.5¹⁷ del CPACA, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por Fonade contra la sentencia del 11 de marzo de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en atención a la vocación de doble instancia del proceso, dado que la pretensión de mayor valor formulada excede los 500 SMLMV a la fecha de presentación de la demanda¹⁸.

1.2. El medio de control procedente es el de controversias contractuales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141¹⁹ del CPACA, por cuanto en el presente asunto se persigue **(i)** la declaratoria de incumplimiento del departamento de Bolívar respecto de las obligaciones derivadas del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005,

¹³ CPACA. «Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado».

¹⁴ Al caso *sub examine* le resultan aplicable la Ley 1437 de 2011 —CPACA—, junto con las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021 —salvo las relativas a la competencia—, así como las normas pertinentes de la Ley 1564 de 2012 —CGP—, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primero de los estatutos citados.

¹⁵ Constitución Política. «Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley».

¹⁶ CPACA. «Artículo 150 —modificado por el artículo 26 de la Ley 2080 de 2021—. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos [...]».

¹⁷ CPACA. «Artículo 152 —modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021—. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 4. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]».

¹⁸ En el *sub lite*, la pretensión de mayor valor fue estimada en \$737'812.025,80, monto equivalente a 1.251,58 SMLMV para el año 2013 —fecha de presentación de la demanda—, cuando el SMLMV ascendía a \$589.500.

¹⁹ CPACA. «Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]» (subrayado añadido).



suscrito con el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Fonade y los municipios San Juan Nepomuceno y San Jacinto, **(ii)** así como su liquidación judicial, en la cual, además de efectuar el cruce de cuentas pertinente, se hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada y se dispusiera la liberación de los aportes no ejecutados.

1.3. En cuanto a la oportunidad para ejercer el medio de control de controversias contractuales, la Sala advierte que, aun cuando el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 dispone que *«las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiecen a regir»*, la misma disposición consagra excepciones a la regla general de aplicación inmediata de las normas procesales, al señalar que *«los términos que hubieren empezado a correr se regirán por las leyes vigentes en dicho momento»*.

En este contexto, dado que en el presente asunto el término de caducidad comenzó a correr el 31 de agosto de 2011 —como se explicará más adelante—, cuando aún no había entrado en vigor el CPACA, su cómputo debe efectuarse con base en lo dispuesto por el artículo 136.10 del CCA²⁰, que estableció, como regla general, un término de caducidad de 2 años para las acciones contractuales, *«contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan como fundamento»*. Esta norma, además, previó reglas especiales, dependiendo de si el contrato requería o no liquidación; en caso afirmativo —como ocurre en el *sub examine*—, el conteo del término de 2 años iniciaría: **(i)** desde la suscripción del acta de liquidación bilateral, en los asuntos en los que las partes de la relación contractual la hubieren realizado de mutuo acuerdo (literal c); **(ii)** a partir de la ejecutoria del acto administrativo que apruebe la liquidación unilateral, en los eventos en que esta hubiere sido efectuada por la Administración (primera parte del literal d); y **(iii)** desde el vencimiento del plazo pactado por las partes o, en su defecto, establecido por ley, para liquidar el contrato bilateral o unilateralmente, cuando ninguna de estas se hubiere efectuado (segunda parte del literal d).

²⁰ CCA. «Artículo 136 —subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998—. Caducidad de las acciones [...] // 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. // En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: // a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato; // b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa; // c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta; // d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; // e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento [...]. // f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento».



Bajo este marco normativo, se verifica que el convenio interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005 culminó el 31 de diciembre de 2010²¹ y fijó un plazo de 8 meses para su liquidación bilateral²², el cual vencía el 1° de septiembre de 2011, sin que se hubiere pactado expresamente la posibilidad de liquidarlo unilateralmente²³. Como dicho cruce de cuentas no fue efectuado, en principio, el término de dos años de caducidad del medio de control de controversias contractuales corrió desde el 2 de septiembre de 2011 —fecha en la que expiró el plazo previsto para la liquidación bilateral— hasta el 2 de septiembre de 2013.

No obstante, se advierte que Fonade presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 27 de agosto de 2013²⁴, esto es, 6 días antes del vencimiento del plazo preclusivo, la cual fue declarada fallida el 22 de noviembre de 2013. Como consecuencia, el tiempo restante volvió a correr a partir del día siguiente a esa fecha, por lo que el término para la presentación oportuna de la demanda se extendió hasta el 28 de noviembre 2013, de manera que el escrito de demanda radicado el 22 de noviembre de la misma anualidad fue presentado dentro del plazo legalmente previsto.

1.4. Se encuentra legitimado en la causa por activa Fonade —hoy Enterritorio²⁵—, y por pasiva la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio²⁶—anteriormente

²¹ Si bien la cláusula sexta del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005 fijó inicialmente su duración hasta el 31 de diciembre de 2006, dicho plazo fue prorrogado en cinco ocasiones, extendiéndolo finalmente hasta el 31 de diciembre de 2010 (Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 162 a 173) (Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 174 a 185).

²² Aunque en la cláusula décimo sexta del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005 se dispuso inicialmente que este debía liquidarse dentro de los 4 meses siguientes a su terminación, dicha estipulación fue posteriormente modificada, estableciéndose que la liquidación debía efectuarse dentro de los 8 meses siguientes a su finalización (Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 162 a 173.) (Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 182 a 185.).

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 17 de septiembre de 2025, exp. 66170. «*si bien resulta válido que en los convenios interadministrativos las partes acuerden que, ante la falta de liquidación bilateral, una de ellas puede proceder a liquidarlo unilateralmente, lo cierto es que dicha posibilidad debe pactarse expresamente y con claridad, de tal manera que pueda emanar, sin equívocos, el ejercicio de esa facultad unilateral. De ahí que con la sola mención abstracta a la Ley 1150 de 2007 [o a la ley 80 de 1993], no es posible entender que las partes hubiesen pactado la facultad de liquidar de manera unilateral el convenio en cuestión, reflejándose, por el contrario, una ausencia de pacto expreso e inequívoco en ese sentido.*»

²⁴ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 20 a 21.

²⁵ Decreto 495 de 2019. «*Artículo 1. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera, se denominará, en adelante, Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (Enterritorio) y tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá, D. C. // A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, todas las referencias y/o disposiciones legales o reglamentarias vigentes relacionadas con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), se entenderán hechas a la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (Enterritorio).*»

²⁶ Decreto 3571 de 2011. «*Artículo 31. Contratos y convenios vigentes. Los contratos, convenios y demás actos jurídicos actualmente vigentes, celebrados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, cuyo objeto corresponda a las funciones y actividades propias del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio se entienden subrogados a esta entidad, la cual continuará con su ejecución en los mismos términos y condiciones.*»



Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial²⁷—, el departamento de Bolívar y los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto, en la medida en que todas estas entidades suscribieron el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, sobre el cual recae la controversia sometida a juicio, incluida la pretensión de liquidación de dicho acuerdo de voluntades.

2. Objeto del recurso de apelación y problema jurídico a resolver

De conformidad con el cargo de apelación formulado por la parte demandante²⁸, el cual constituye el marco de competencia funcional del juez de segunda instancia, a esta Subsección le corresponde, en atención a lo dispuesto en los artículos 320²⁹ y 328³⁰ del CGP, determinar si el departamento de Bolívar se encuentra obligado al pago de la cláusula penal pecuniaria prevista en el convenio interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de dicho acuerdo.

3. Hechos probados

La Sala procederá a establecer los hechos probados que resultan relevantes para resolver la controversia planteada en esta instancia. Para el efecto, se analizarán los documentos allegados por las partes al expediente, incluso aquellos que constan en copia simple, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 246³¹ del CGP.

El convenio interadministrativo de gerencia de proyectos 27 de 2004

3.1. El 22 de octubre de 2004³², el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Fonade celebraron el convenio interadministrativo marco de gerencia de proyectos 27 de 2004 —también identificado como el 194048 de 2004—, cuyo

²⁷ Ley 1444 de 2011. «Artículo 11. Escisión del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Escíndase del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial los objetivos y funciones asignados por las normas vigentes a los Despachos del Viceministro de Vivienda y Desarrollo Territorial y al Despacho del Viceministro de Agua y Saneamiento Básico. // Artículo 14. Creación del Ministerio de Vivienda, ciudad y territorio. Créase el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, cuyos objetivos y funciones serán los escindidos del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de acuerdo con el artículo 11 de la presente ley».

²⁸ Numeral 5.1. de los antecedentes.

²⁹ CGP. «Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]».

³⁰ CGP. «Artículo 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. // Sin embargo, cuando ambas hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones [...]. // El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella [...]» (subrayado añadido).

³¹ CGP. «Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...]. Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente».

³² Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 22 a 31.



objeto consistía en que este último se comprometía *«a prestar los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y realizar las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la interventoría técnica, administrativa y financiera del proyecto denominado ‘Proyecto de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental, que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única’, así como coordinar las actividades para la ejecución de las obligaciones de convenios de apoyo financiero que se suscriban entre el Ministerio, Fonade y las entidades a las que se les viabilice proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental»*.

3.1.1. En lo concerniente al plazo del convenio, la cláusula segunda estableció una vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2005, la cual, mediante la suscripción de múltiples prórrogas, se extendió hasta el 31 de octubre de 2011.

3.1.2. En relación con el valor del convenio, la cláusula tercera lo fijó inicialmente en \$91.182'700.000, suma que, mediante la suscripción de adiciones presupuestales, se incrementó hasta \$392.293'857.106, y que comprendía los recursos destinados: **(i)** al pago de los contratos de obra, suministro y fortalecimiento institucional de proyectos; **(ii)** a los costos de interventoría de los proyectos; y **(iii)** a los costos de administración de los proyectos, equivalente al 2% de cada subproyecto e incluye la remuneración de la gerencia de proyectos con destino a Fonade.

3.1.3. Frente al desembolso de los recursos, la cláusula cuarta estipuló que la suma constitutiva del convenio sería desembolsada por el Ministerio a Fonade de la siguiente manera: **(i)** respecto de los recursos requeridos para el pago de los contratos de obra, suministro y fortalecimiento institucional, se desembolsaría un 50% al momento en que el municipio abriera los procesos licitatorios o solicitara ofertas para la selección de los contratistas, y el saldo restante conforme al flujo de fondos programados por Fonade, en concordancia con el avance de los contratos derivados de los convenios de apoyo financiero; **(ii)** en relación con los costos de interventoría, se previó un primer desembolso equivalente al 40% al momento de la legalización del convenio, quedando los desembolsos posteriores sujetos al flujo de fondos definido por Fonade, conforme al flujo de fondos pactado con los respectivos interventores; y **(iii)** en lo atinente a la remuneración de la gerencia de proyectos a cargo Fonade, se dispuso un primer desembolso del 40% dentro de los 30 días siguiente a la legalización del convenio, un 30% a los 6 meses de dicha legalización, un 20% a los 12 meses y el 10% restante al finalizar el convenio.

3.1.4. En cuanto a las obligaciones de Fonade, la cláusula séptima estableció que esta *«prestar[ía] apoyo y asistencia al Ministerio [...] consistente en la asesoría técnica, jurídica, administrativa y financiera, disponiendo de los recursos humanos y físicos necesarios para el cabal desarrollo del objeto del presente convenio»*, comprometiéndose a realizar, entre otras, las siguientes actividades: **(i)** recibir los recursos entregados por el Ministerio para ejercer la gerencia de proyectos — numeral primero—; **(ii)** manejar los recursos de interventoría y de pagos de contrato de obra y suministros — numeral segundo—; **(iii)** tramitar los desembolsos y realizar, previa verificación del cumplimiento de los requisitos correspondientes, los pagos derivados de los convenios de apoyo financiero — numeral cuarto—; **(iv)** elaborar



las actas de liquidación de los convenios interadministrativos y de los contratos de interventoría —numeral noveno—.

El convenio interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005

3.2. El 24 de noviembre de 2005³³, en desarrollo del convenio marco, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Fonade, el departamento de Bolívar y los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto suscribieron el convenio interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005, cuyo objeto consistía en *«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 a la planta de potabilización de Regeneración' en los municipios»*.

3.2.1. En lo relativo a la vigencia del convenio, la cláusula sexta estableció un plazo inicial hasta el 31 de diciembre de 2006. Mediante la suscripción de cinco prórrogas³⁴, tal plazo fue extendido hasta el 31 de diciembre de 2010.

En este punto, debe advertirse que, aunque al plenario fue allegado un documento denominado *«sexta prórroga»*³⁵, este únicamente fue suscrito por los representantes de Fonade y de los municipios de San Juan Nepomuceno y de San Jacinto, mas no por los del Ministerio ni del departamento de Bolívar, razón por la cual no puede estimarse válidamente perfeccionado.

3.2.2. En relación con el valor y la distribución de los aportes, las cláusulas séptima y octava dispusieron que este ascendía a \$9.121'010.036, discriminados así:

«a) el Ministerio aportará la suma de \$4.681'395.000 destinados al municipio de San Juan Nepomuceno y \$3.572'615.036 destinados al municipio de San Jacinto, ambos aportes [...] amparados por el convenio interadministrativo 27 de 2004 [...]; b) el municipio de San Jacinto aportará la suma de \$167'000.000 amparados mediante certificados de disponibilidad presupuestal debidamente suscrita por la tesorera municipal; c) el departamento de Bolívar aportará la suma de \$700'000.000 con cargo al código presupuestal: 18-3-1-1-3-111-3231-028, Rubro: Preinversión, Construcción, Rehabilitación y Optimización de los Sistemas de Suministro de Agua potable, Vigencia 2005, de acuerdo con el Certificado de existencia de disponibilidad presupuestal No.6658 expedido el 15 de diciembre de 2005 por Asesor de la Unidad de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Bolívar».

3.2.3. En cuanto a las obligaciones del Ministerio, la cláusula segunda dispuso que debía aportar, a través de Fonade, los \$8.254'010.036 a los que se comprometió,

³³ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 162 a 173.

³⁴ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 174 a 175 (primera prórroga suscrita el 12 de diciembre de 2006), Fl. 176 a 177 (segunda prórroga suscrita el 19 de noviembre de 2007); Fl. 178 a 180 (tercera prórroga suscrita el 26 de junio de 2008); Fl. 182 a 185 (cuarta prórroga suscrita el 12 de junio de 2009); y Fl. 186 a 187 (quinta prórroga suscrita el 29 de diciembre de 2009)

³⁵ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 188 a 189 (primera prórroga suscrita el 12 de diciembre de 2006),



previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el convenio marco de gerencia de proyectos 27 de 2004 —numeral primero—.

3.2.4. Respecto de las obligaciones de los municipios, la cláusula tercera contempló, entre otras, las siguientes: **(i)** aportar los recursos a los que se comprometieron —numeral primero—; **(ii)** realizar los procesos de selección y contratación necesarios para la ejecución del proyecto, conforme los esquemas definidos por el Ministerio y Fonade —numeral cuarto—; **(iii)** iniciar dichos procesos dentro de los 3 meses siguientes al perfeccionamiento del convenio —numeral quinto—; **(iv)** gestionar, si fuere necesario, la obtención de recursos para asegurar la terminación del objeto convencional, cuando por ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originados por causas no atribuibles a las partes o cualquier otro valor adicional no fijado en el proyecto inicial, sea imposible cubrir tales erogaciones con la partida de imprevistos que se haya definido en el plan financiero —numeral noveno—; **(v)** destinar los recursos de apoyo financiero exclusivamente a las obras previstas —numeral decimo primero—; y **(vi)** liquidar los contratos celebrados en desarrollo del convenio —numeral vigésimo primero—.

3.2.5. En lo que respecta a las obligaciones del departamento de Bolívar, la cláusula cuarta dispuso, entre otras, las siguientes: **(i)** aportar, de acuerdo con lo previsto en el plan financiero, los \$700'000.000 a los que se comprometió como contrapartida para la ejecución del proyecto objeto del convenio —numeral primero—; **(ii)** realizar los procesos de selección y contratación necesarios para la ejecución del proyecto de acuerdo con los recursos propios, conforme los esquemas definidos por el Ministerio y Fonade —numeral tercero—; **(iii)** iniciar dichos procesos dentro de los 3 meses siguientes al perfeccionamiento del convenio —numeral cuarto—; **(iv)** *«gestionar, si fuere necesario, la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la terminación del objeto del presente convenio de apoyo financiero, cuando por ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originados por causas no atribuibles a las partes o cualquier otro valor adicional no establecido en el proyecto inicial, sea imposible cubrir tales erogaciones con la partida de imprevistos que se haya definido en el plan financiero aprobado»* —numeral octavo—; **(v)** *«adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio»* —numeral decimo—; y **(vi)** liquidar todos los contratos que suscriba en desarrollo del objeto del convenio —numeral décimo séptimo—. Los numerales octavo y décimo de la cláusula cuarta aludida fueron los que el Tribunal a quo consideró como incumplidos por el ente departamental.

3.2.6. En relación con las obligaciones de Fonade, la cláusula quinta dispuso, entre otras, las siguientes: **(i)** suscribir y legalizar el contrato de interventoría necesario para adelantar las obras requeridas para cumplir con el objeto del convenio —numeral primero—; **(ii)** realizar oportunamente, previa verificación de requisitos, los pagos que se deriven del convenio —numeral cuarto—; **(iii)** una vez suscritas las actas de liquidación de los contratos suscritos en desarrollo del objeto del convenio, elaborar el acta de liquidación del convenio, así como la del contrato de interventoría —numeral sexto—; e **(iv)** informar oportunamente al Ministerio, al departamento y a



los municipio sobre cualquier situación de incumplimiento que pueda presentarse en el convenio y/o en los contratos que se suscriban por el municipio en desarrollo de su objeto —numeral séptimo—.

3.2.7. En materia de pena pecuniaria, la cláusula decima tercera estipuló que «*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 10% del valor del aporte del Ministerio, pudiendo sin embargo el Ministerio procurar la indemnización total de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento*».

3.2.8. En lo relativo a la liquidación del convenio, la cláusula decimoséptima dispuso que esta debía adelantarse de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, dentro de los 4 meses siguientes a su terminación —plazo que posteriormente fue ampliado a 8 meses mediante modificación contractual³⁶—.

3.3. En ejecución del convenio de apoyo financiero, los municipios de San Juan Nepomuceno y de San Jacinto celebraron y ejecutaron en debida forma los siguientes contratos³⁷:

Contrato, fecha de suscripción y objeto	Contratante / Contratista	Valor inicial / Valor final por adiciones presupuestales	Valor ejecutado / porcentaje de ejecución	Fecha de terminación / fecha de liquidación
SOPOP-AP-BM-0001-2006 del 31 de agosto de 2006, cuyo objeto era el « <i>suministro e instalación de las redes matrices de distribución de polietileno de alta densidad (PEAD) dentro del casco urbano de San Juan Nepomuceno y construcción de dos tanques de concreto de almacenamiento de 250 m³ cada uno</i> » ³⁸ .	Municipio de San Juan Nepomuceno	\$860'009.225	\$884'849.042	7 de noviembre de 2007
	Consortio Redes San Juan	\$897'235.474	99.73%	20 de diciembre de 2007
SOPOP-AP-BM-0002-2006 del 16 de noviembre de 2006, cuyo objeto era la « <i>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</i> » ³⁹ .	Municipio de San Juan Nepomuceno	\$2.402'259.062	\$2.402'198.441	31 de marzo de 2008
	UT Acueducto Regional San Juan San Jacinto	\$2.402'259.682	99.99%	8 de mayo de 2008

³⁶ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 182 a 185.

³⁷ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 45 a 48.

³⁸ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 316 a 347 (Contrato); Fl. 360 a 262 (Acta de recibo definitivo de las obras); y Fl. 364 a 369 (Acta de liquidación)

³⁹ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 208 a 236 (Contrato); Fl. 250 a 252 (Acta de recibo definitivo de las obras); y Fl. 256 a 261 (Acta de liquidación)



BM-01-2006 del 29 de noviembre de 2006 de octubre de 2007, cuyo objeto era la «construcción de tubería de conducción desde Perico en San Juan Nepomuceno hasta Regeneración en San Jacinto» ⁴⁰ .	Municipio de San Jacinto	\$1.917'221.177	\$2.767'216.531	18 de agosto de 2009
	Consorcio San Jacinto	\$2.767'216.531	100%	17 de diciembre de 2009
SOPOP-AP-BM01-2007 del 16 de octubre de 2007. Cuyo objeto era el «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 de agua de Perico» ⁴¹ .	Municipio de San Juan Nepomuceno	\$2.305'273.500	\$2.346'354.978	27 de abril de 2009
	Salgado Pupo e Hijos y Cía. Ltda.	\$2.346'354.978	100%	23 de junio de 2009

3.4. El 27 de diciembre de 2006⁴², el Ministerio informó al gerente del convenio que el comité técnico había aprobado la reformulación del proyecto en relación con las obras que debía adelantar el departamento, precisando que *«los recursos de la gobernación de Bolívar se aplicarán para la ampliación de la planta de tratamiento de San Juan Nepomuceno ubicada en el sitio denominado Perico, [excluyendo] de esta forma las obras en la planta de tratamiento de San Jacinto ubicada en Regeneración»*, por lo que el servicio de agua potable a este último se entregaría en los tanques de almacenamiento allí existentes.

El contrato de obra 604 de 2008 y su ejecución

3.5. El 5 de noviembre de 2008⁴³, y en atención a la reformulación del proyecto objeto del convenio de apoyo financiero, el departamento de Bolívar celebró con el consorcio CF San Jacinto el contrato de obra SAP-604 de 2008, cuyo objeto era 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 la optimización del Sistema de Acueducto de Robles – El Guamo»*.

3.5.1. La cláusula segunda estableció que el valor inicial del contrato ascendía a \$1.085'896.042, discriminado en dos componentes: **(i)** la ampliación de la planta de tratamiento de agua potable de Perico, por un monto de \$691'352.222,46, cuya financiación se realizaría con los recursos aportados por dicho ente departamental al convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005; y **(ii)** la optimización del sistema

⁴⁰ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 262 a 290 (Contrato); Fl. 304 a 311 (Acta de recibo definitivo de las obras); y Fl. 294 a 302 (Acta de liquidación)

⁴¹ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 370 a 398 (Contrato); Fl. 437 a 441 (Acta de recibo definitivo de las obras); y Fl. 443 a 447 (Acta de liquidación)

⁴² Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 38 a 39.

⁴³ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 449 a 465.



de acueducto de Robles, por la suma de \$394.644.719,17. Posteriormente, el valor contractual fue ajustado mediante modificación contractual a \$1.079'255.370 ⁴⁴.

3.5.2. La cláusula tercera fijó un plazo de ejecución 8 meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, y con un término adicional de 4 meses para efectos de su liquidación.

3.6. El 26 de diciembre de 2008⁴⁵, las partes suscribieron el acta de inicio de obras, señalando que el 26 de agosto de 2009 era la fecha estimada de finalización, e indicando que los trabajos correspondientes a la ampliación de la planta de tratamiento de agua potable de Perico se ejecutarían *«dentro del alcance del convenio de apoyo financiero 2053762 suscrito entre el Ministerio, Fonade, los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto, la Gobernación de Bolívar»*, de modo que, para dicho componente, la interventoría estaría a cargo de AFA consultores y constructores S.A.

3.7. El 2 de enero de 2009⁴⁶, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de suspensión del contrato con respecto al componente correspondiente a la ampliación de la planta de tratamiento de Perico, atendiendo a que esta última *«constató en campo la necesidad de revisar los planos de ubicación y estructurales de la ampliación de la obra»*.

3.8. El 23 de febrero de 2009⁴⁷, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de reinicio de obras a la primera suspensión, *«dado que el diseñador atendió las observaciones de la interventoría y entregó los planos de ubicación y estructurales con las especificaciones corregidas»*.

3.9. El 17 de agosto de 2009⁴⁸, el contratista y la interventoría suscribieron el acta de recibo parcial de obras respecto de las actividades ejecutadas en el componente de ampliación de la planta de tratamiento de agua potable de Perico durante los periodos comprendidos entre el 26 de diciembre de 2008 y el 1º de enero de 2009, y entre el 23 de febrero de 2009 y el 17 de agosto de la misma anualidad, cuyo valor ascendió a \$170'607.129,42.

3.10. El 24 de septiembre de 2009⁴⁹, la interventoría remitió a Fonade el quinto informe parcial de ejecución, en el cual se indicó que, para dicha fecha, el proyecto había alcanzado un avance acumulado de 24.83% respecto al valor del contrato.

⁴⁴ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 103 a 106.

⁴⁵ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 467.

⁴⁶ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 468.

⁴⁷ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 469.

⁴⁸ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_CDINFORME(.rar) NroActua 2», Fl. 55 a 58.

⁴⁹ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 40.



3.11. El 25 de septiembre de 2009⁵⁰, el contratista y la interventoría suscribieron la segunda acta de suspensión del contrato, debido a la necesidad de modificar la lista de cantidades de obra establecidas inicialmente, toda vez que durante su ejecución surgieron *ítems* no previstos que requerían aprobación previa.

3.12. El 26 de febrero de 2009⁵¹, la interventoría presentó al departamento el balance de mayores cantidades de obra, en el cual se determinó que, para acometer en debida forma la ampliación de la planta de tratamiento de agua potable de Perico, era necesario adicionar recursos por valor de \$265'380.075, en atención a los *ítems* no previstos identificados durante la ejecución.

3.13. El 22 diciembre de 2009⁵², Fonade, en su calidad de gestor del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, le solicitó al departamento de Bolívar intervención con el fin de agilizar el trámite de adición de recursos al contrato SAP-604 de 2008 y concluir las obras pendientes, específicamente las relativas al componente de ampliación de la planta de tratamiento de agua potable en Perico.

3.14. El 10 de junio de 2010⁵³, el departamento de Bolívar expidió el certificado de disponibilidad presupuestal 3577 por valor de \$265'380.075, con el propósito de acometer las obras no previstas del contrato SAP-604 de 2008, quedando pendiente únicamente suscribir la modificación al contrato de obra para adicionar los recursos referidos y prorrogar el plazo de ejecución.

3.15. El 30 de julio de 2010⁵⁴, Fonade, en su calidad de gestor del convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, solicitó nuevamente al departamento de Bolívar adelantar el trámite para la suscripción de la modificación del contrato de obra SAP-604 de 2008, con el fin de adicionar los recursos necesarios —ya disponibles— para acometer en debida forma la ejecución de las obras faltantes y posibilitar la posterior liquidación del convenio de apoyo financiero.

3.16. El 26 de agosto de 2010⁵⁵, el departamento de Bolívar comunicó a la interventoría que la modificación del contrato de obra SAP-604 de 2008, orientada a su adición, no contaba con viabilidad jurídica, conforme con el concepto emitido por la oficina de asesoría jurídica.

3.17. El 1º de octubre de 2010⁵⁶, el Ministerio manifestó al departamento de Bolívar su preocupación por la falta de autorización para adicionar los recursos necesarios que garantizaran la terminación y funcionalidad de las obras de construcción de la

⁵⁰ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 470.

⁵¹ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_CDINFORME(.rar) NroActua 2», Fl. 187.

⁵² Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 41.

⁵³ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_CDINFORME(.rar) NroActua 2», Fl. 165 a 166.

⁵⁴ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 42.

⁵⁵ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_CDINFORME(.rar) NroActua 2», Fl. 168.

⁵⁶ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 43 a 44.



planta de tratamiento de agua potable de Perico, teniendo en cuenta, de una parte, que el sistema existente carecía de capacidad para suministrar de manera continua la demanda requerida por los municipio beneficiarios; y, de otra, que el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, del cual se derivaba la obligación de ejecutar dicha obra y del cual se comprometieron los recursos, estaría vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, sin posibilidad de prorrogarse una vez más.

3.18. El 26 de octubre de 2010⁵⁷, la interventoría remitió a Fonade un informe actualizado sobre la situación del contrato de obra SAP-604 de 2008, advirtiendo la necesidad de adoptar una decisión respecto de su futuro, toda vez que desde el 14 de octubre de 2009 se había solicitado al departamento de Bolívar la adición de los recursos necesarios para culminar las obras y poner en funcionamiento la planta de tratamiento de agua potable de San Juan Nepomuceno, sin que hasta la fecha se hubiere obtenido respuesta alguna.

3.19. El 17 de diciembre de 2010⁵⁸, en cumplimiento de los compromisos adquiridos en reuniones previas, la interventoría puso en consideración de la gobernación de Bolívar una nueva estructuración financiera del proyecto, en la cual se incorporaron los recursos que debían ser adicionado para completar su financiación, con lo cual se posibilitaría alcanzar las metas previstas en el contrato de obra SAP-604 de 2008 y asegurar la funcionalidad de la planta de tratamiento.

3.20. El 9 de marzo de 2011⁵⁹, la interventoría entregó el informe final del contrato SAP-604 de 2008, en el cual se estableció que *«el componente de la ampliación de la planta de tratamiento de Perico, a cargo de la gobernación de Bolívar, presentaba una ejecución del 24.8%, representado en un valor ejecutado de \$170'607.129»*.

3.21. El 23 de junio de 2011⁶⁰, las partes del contrato y la interventoría suscribieron el acta de reinicio de la segunda suspensión pactada, en la cual se consignó que, *«teniendo en cuenta los motivos del acta de suspensión del contrato SAP-604 de 2008, en el cual se requería definir para el componente San Juan – San Jacinto las obras adicionales [...], se llevaron a cabo diversas reuniones y finalmente [...] se dictaron las siguientes directrices: 1. En cuanto a los adicionales para el componente San Juan – San Jacinto, no se dio aprobación jurídica, por lo tanto no procede su ejecución»*. En consecuencia, en el mismo documento se dispuso el reinicio del contrato exclusivamente para efectos de su liquidación inmediata.

3.22. El 23 de junio de 2011⁶¹, las partes del contrato y la interventoría suscribieron el acta de recibo final del contrato SAP-604 de 2008, en la cual se detalló que, para

⁵⁷ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 45 a 48.

⁵⁸ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 51 a 70.

⁵⁹ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_CDINFORME(.rar) NroActua 2» Fl. 1 a 61.

⁶⁰ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 101 a 102.

⁶¹ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 103 a 106.



el componente de ampliación de la planta de tratamiento de agua potable en Perico, se ejecutaron obras previstas por valor de \$208'373.354,50 y obras no previstas por la suma de \$150'591.298,47.

3.23. El 11 de diciembre de 2013⁶², ante la renuncia del contratista de reunirse con el ente territorial a efectos de liquidar bilateralmente el contrato⁶³, el departamento de Bolívar expidió la Resolución 18 de 2013, mediante la cual liquidó unilateralmente el contrato de obra SAP-604 de 2008, dejando constancia de que, en el componente de ampliación de la planta de tratamiento de agua potable en Perico, la obra no fue ejecutada en su totalidad.

4. Caso concreto

La Sala anticipa que confirmará la sentencia de primera instancia que negó la aplicación de la cláusula penal pecuniaria prevista en el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005 respecto del departamento de Bolívar, por cuanto dicha estipulación sancionatoria fue pactada de manera clara y exclusiva para los eventos de incumplimiento atribuibles a los municipios beneficiarios, reflejando la intención común de las partes de circunscribir su exigibilidad únicamente a quienes administraron los recursos nacionales destinados al proyecto, de modo que, en criterio de esta Subsección, no resulta posible ampliar su alcance subjetivo más allá de lo expresamente acordado en el texto contractual.

Con el fin de exponer los fundamentos que sustentan las conclusiones anunciadas y dar respuesta a los cargos formulados en sede de apelación, serán abordados los siguientes aspectos: **(i)** la naturaleza y el régimen jurídico aplicable al convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005; y **(ii)** la determinación del alcance subjetivo de la cláusula penal pactada en el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005 y su improcedencia frente a las obligaciones asumidas por el departamento de Bolívar.

4.1. La naturaleza y el régimen jurídico aplicable al convenio de financiero 2053762 de 2005

4.1.1. Los convenios interadministrativos, previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998⁶⁴, son instrumentos de cooperación entre entidades públicas, celebrados con el propósito de cumplir conjuntamente funciones administrativas o garantizar la prestación de un servicio público. Su esencia radica en un ánimo de asociación y colaboración que excluye la contraposición de intereses propia de los contratos conmutativos, caracterizados por la existencia de contraprestación o remuneración, lo cual no significa que los compromisos derivados de tales convenios carezcan de

⁶² Samai, índice 2, documento identificado como «ED_01EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 136 a 137.

⁶³ Samai, índice 2, documento identificado como «ED_02EXPEDIENTEDIGITALI(.pdf) NroActua 2», Fl. 91 a 98.

⁶⁴ Ley 489 de 1998. «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».



contenido patrimonial, pues con frecuencia implican aportes económicos destinados a la consecución de un fin común de interés público y no a la retribución individual de las entidades participantes; de ser así, se estaría frente a verdaderos contratos administrativos⁶⁵.

Sobre el particular, la Sección Tercera⁶⁶ de esta Corporación ha señalado lo siguiente:

*«En este punto es importante advertir que, más allá de las dificultades en torno a la categorización de los ‘convenios interadministrativos’ previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, **materialmente la cooperación que ellos patrocinan puede ser económica, técnica o administrativa**, modalidades que no se contraponen a la finalidad asociativa de las entidades que suscriben dichos convenios para el cumplimiento conjunto de sus funciones administrativas o la prestación de servicios públicos a su cargo [...] **Si bien la finalidad de asociación de los convenios en cuestión excluye la contraposición de intereses entre las entidades que los suscriben, esa circunstancia no deviene en que las prestaciones que son objeto de sus obligaciones escapen a un carácter patrimonial, con mayor razón cuando no se está en presencia de una cooperación exclusivamente administrativa sino además económica y/o técnica. Inclusive, aún en presencia de una cooperación estrictamente administrativa, ello no impediría que haya casos en los que pueda deducirse una ‘compensación’ implícita de las prestaciones a las que se obliga cada entidad**» (se destaca).*

4.1.2. En cuanto a la naturaleza de los convenios interadministrativos, de antaño se ha sostenido que son *«nominados puesto que están mencionados en la ley»*, pero al mismo tiempo *«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»*⁶⁷. Esta doble connotación ha generado debates en torno al marco normativo aplicable a dichos instrumentos de cooperación entre entidades públicas. No obstante, con el transcurso del tiempo, la Sección Tercera⁶⁸ se ha decantado por la postura según la cual a los convenios interadministrativos no les resultan aplicables, de manera automática, las disposiciones de la EGCAP —Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007—; su régimen se encuentra determinado, en primer lugar, por las estipulaciones pactadas por las entidades que lo suscriben, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y conforme su naturaleza asociativa y colaborativa, y, en lo no previsto, por los principios constitucionales que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, así como por aquellos que orientan la actividad contractual del Estado, tales como planeación, transparencia, economía y buena fe.

4.1.3. Definida la naturaleza y el régimen jurídico aplicables a los convenios interadministrativos, la Sala observa que el acuerdo de voluntades suscrito el 24 de

⁶⁵ Sobre las diferencias entre contratos y convenios interadministrativos, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de agosto de 2025, exp. 68897.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de junio de 2019, exp. 2010-02552-01 (AP). Criterio reiterado en las siguientes providencias: (i) sentencia del 21 de mayo de 2021, exp. 57822, y (ii) sentencia del 20 de noviembre de 2019, exp. 61429.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 17860.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2024, exp. 70405 y Subsección C, sentencia del 28 de octubre de 2024, exp. 63983, y sentencia del 3 de febrero de 2025, exp. 66572.



noviembre de 2005 entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Fonade, el departamento de Bolívar y los municipios de San Juan Nepomuceno y San Jacinto tuvo como propósito común aunar esfuerzos para apoyar la ejecución del proyecto de optimización y ampliación del sistema de acueducto San Juan Nepomuceno – San Jacinto, incluyendo las obras necesarias para suministrar a este último municipio el servicio de agua potable⁶⁹.

En virtud de dicho acuerdo, el Ministerio se comprometió a aportar, por conducto de Fonade, la suma de \$8.254'010.036, con destino a los municipios para la celebración de los contratos necesarios para realizar las obras dirigidas al mejoramiento del sistema de acueducto regional⁷⁰, condicionando los desembolsos al cumplimiento de los requisitos previstos en el convenio marco 27 de 2004⁷¹, celebrado entre las entidades referidas para la gerencia de proyectos de agua potable y saneamiento básico de las entidades territoriales, de modo que los recursos únicamente podían ser girados previa verificación de hitos tales como la apertura de los procesos contractuales, el avance de las obras y el cumplimiento de las condiciones técnicas y administrativas, garantizando así que los dineros de la Nación se aplicaran de manera exclusiva al objeto convenido.

Fonade, por su parte, asumió funciones de apoyo administrativo, financiero y de supervisión, dentro de las cuales se encontraban: la contratación de la interventoría de las obras; la realización oportuna de los pagos derivados del convenio, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones; la elaboración del acta de liquidación del convenio y del contrato de interventoría; y la obligación de informar oportunamente al Ministerio, al departamento y a los municipios sobre cualquier situación de incumplimiento que se presentara en el desarrollo del proyecto⁷².

A su turno, los municipios de San Juan Nepomuceno y de San Jacinto concentraron la carga operativa del convenio, consistente en adelantar los procesos de selección y contratación necesarios para la ejecución de las obras a su cargo; gestionar, en caso de ser necesario, la obtención de recursos adicionales que aseguraran su terminación cuando la partida de imprevistos resultara insuficiente; y destinar exclusivamente los recursos de apoyo financiero al cumplimiento del objeto pactado; además de liquidar los contratos suscritos en desarrollo del convenio⁷³.

Finalmente, el departamento de Bolívar asumió compromisos diferenciales destinados a asegurar la culminación y la sostenibilidad del proyecto, entre ellos: aportar la suma de \$700'000.000 como contrapartida para la ejecución del mismo; adelantar los procesos de selección y contratación relativos a su componente específico de obra; gestionar, en caso de ser necesario, recursos complementarios de aporte local o regional para garantizar la plena funcionalidad del sistema de acueducto; y adoptar las acciones necesarias para asegurar su operación,

⁶⁹ Numeral 3.2 de los hechos probados.

⁷⁰ Numeral 3.2.3 de los hechos probados.

⁷¹ Numerales 3.1 y subsiguientes de los hechos probados.

⁷² Numeral 3.2.6 de los hechos probados.

⁷³ Numeral 3.2.4 de los hechos probados.



mantenimiento y adecuada prestación del servicio, así como liquidar los contratos derivados del convenio⁷⁴.

4.1.4. De este marco obligacional se desprende que el acuerdo de voluntades objeto de examen no configuró una relación conmutativa en sentido estricto, pues no se pactó un intercambio patrimonial equivalente entre las entidades partícipes. Se trató, más bien, de un instrumento de cooperación interadministrativa mediante el cual la Nación destinó recursos para el mejoramiento del servicio de agua potable en los municipios; Fonade ejerció funciones de gerencia, supervisión y control de los recursos público; y tanto los municipios como el departamento de Bolívar asumieron la responsabilidad directa de ejecutar las obras necesarias para concretar el propósito común de garantizar la prestación del servicio público de acueducto en condiciones de eficiencia y continuidad, este último además comprometido a aportar una contrapartida económica para la financiación del proyecto.

En este contexto, la finalidad del acuerdo radicó en la concurrencia de esfuerzos institucionales para la realización de un propósito común y no en la equivalencia de contraprestaciones, lo que permite calificarlo como un convenio interadministrativo de apoyo financiero —correctamente rotulado como tal—, regido, ante todo, por las estipulaciones contenidas en sus propias cláusulas y, de manera supletiva, por los principios que gobiernan la función administrativa y la contratación estatal.

4.2. La determinación del alcance subjetivo de la cláusula penal pactada en el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005 y su improcedencia frente a las obligaciones asumidas por el departamento de Bolívar

4.2.1. En su recurso de apelación, Enterritorio —antes Fonade— insistió en que el departamento de Bolívar debía ser condenado al pago de la cláusula penal pactada en el convenio de apoyo financiero 2053762 de 2005, por cuanto el incumplimiento de las obligaciones asumidas con su suscripción —el cual, como se dejó plasmado, no es materia de discusión en esta instancia— impidió que el proyecto objeto del convenio, atinente a la optimización y ampliación del sistema de acueducto regional, alcanzara la funcionalidad prevista, al no concluirse las obras de ampliación de la planta de tratamiento de agua potable en Perico a cargo del ente departamental.

La anterior situación, según aduce el apelante y contrario lo dispuesto por el *a quo*, configuraba el supuesto de aplicación de la estipulación sancionatoria en contra del departamento, equivalente al 10% de los aportes del Ministerio, pues este era una de las entidades intervinientes en el acuerdo, de modo que su incumplimiento debía quedar comprendido en el ámbito de cobertura de la penalidad, aun cuando esta no lo señalara expresamente, en tanto la finalidad de la estipulación sancionatoria era preservar el interés público comprometido en la ejecución del proyecto.

Bajo este contexto, la cuestión sometida a consideración de esta la Sala de Subsección consiste en determinar si la cláusula penal estipulada en el convenio

⁷⁴ Numeral 3.2.5 de los hechos probados.



interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005 —expresamente pactada para los eventos de incumplimiento atribuibles a los municipios beneficiarios— puede hacerse extensiva por interpretación al departamento de Bolívar, a partir del examen integral del texto convencional, sus efectos propios y la naturaleza de los vínculos obligacionales asumidos por cada una de las entidades participantes.

4.2.2. El punto de partida del análisis propuesto se encuentra en el artículo 1618 del Código Civil, norma que fija el principio rector en materia de interpretación de los contratos, así: *«conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras»*. Frente a esta regla, la Corte Suprema de Justicia, recogiendo pronunciamientos previos, precisó lo siguiente:

«Si el convenio consagra cláusulas claras⁷⁵, lo allí pactado se presume como la intención común de los contratantes. Esto es, 'la intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo' CSJ. G.J. LX, p. 661, sentencia del 3 de junio de 1946). Es decir, '[n]o hay necesidad de rastrear por sus antecedentes la verdadera intención de los contratantes, cuando ella aparece declarada expresamente en las cláusulas del instrumento que otorgan' (CSJ. G.J. XXIV, p. 121, sentencia del 30 de mayo de 1914)»⁷⁶.

Así las cosas, conforme con el artículo 1618 del Código Civil, cuando las estipulaciones contractuales son claras debe estarse a su tenor literal, y no puede desconocerse lo acordado a menos que se demuestre que la intención común de los contratantes es distinta de la expresada en el pacto, en cuyo caso aquella ha de prevalecer.

A partir de esa directriz normativa y jurisprudencial, resulta indispensable atender al contenido de la cláusula décimo tercera del convenio⁷⁷, que incluyó la cláusula penal pecuniaria⁷⁸, cuyo texto es del siguiente tenor:

«[L]os municipios en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el presente convenio, pagará al Ministerio, a título de pena, una suma equivalente al 10% del valor del aporte del Ministerio, pudiendo sin embargo el Ministerio procurar la indemnización total de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento».

⁷⁵ Original de la cita *«Esta labor auxiliar de la interpretación -en términos generales- fue alertada por Portalis en los siguientes términos: "aplicación inteligente de la norma borrosa." Fenet. Travaux préparatoires du Code Civil. T.VI. Ducessois. París, 1877, p.33. // También con ajeño hontanar: "[c]uando no hay ambigüedad en los términos, no debe admitirse la cuestión de interpretar la voluntad" (El Digesto de Justiniano: 32, 25. T.II. D'ors, Hernández, Fuenteseca, García y Burillo. Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 488».*

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 2021, exp. SC5250-2021

⁷⁷ Numeral 3.2.7 de los hechos probados.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de agosto de 2025, exp. 68897. *«[...] esta Corporación ha reconocido que los convenios interadministrativos, por sí mismos, no excluyen la posibilidad de pactar cláusulas penales dentro de su contenido obligacional. Sin embargo, se ha precisado que dichas cláusulas deben estar incorporadas de tal manera que no se desnaturalice el carácter colaborativo que distingue a este tipo de acuerdos. En efecto, dado que los convenios interadministrativos se fundamentan en la cooperación entre entidades públicas para el cumplimiento de fines comunes, cualquier estipulación sancionatoria debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no puede tener un carácter meramente punitivo o coercitivo que contraría la lógica de coordinación y apoyo mutuo que los inspira».*



De la lectura literal de la estipulación se observa, sin ambages y sin espacio para ambigüedad, que las partes delimitaron de manera expresa el sujeto pasivo de la cláusula penal, circunscribiéndolo únicamente a los municipios, por lo que la claridad del texto negocial impide cualquier esfuerzo hermenéutico orientado a extender el ámbito subjetivo de la cláusula penal más allá de quienes fueron específicamente señalados como sus destinatarios.

En criterio de la Sala, se trata, entonces, de una estipulación contractual precisa, suficiente y clara que no da lugar a duda interpretativa alguna sobre la intención de los contratantes, quienes excluyeron al departamento de Bolívar de dicha previsión sancionatoria. De este modo, la literalidad del acuerdo y la intención común de las partes, en este caso, resultan coincidentes, pues la cláusula penal fue diseñada para unos sujetos específicos y únicos —los municipios de San Juan Nepomuceno y de San Jacinto—.

Esta conclusión encuentra apoyo adicional en la configuración financiera y funcional del convenio, dado que el Ministerio, a través de Fonade, transfirió exclusivamente a los municipios los recursos nacionales destinados a la ejecución del proyecto, mientras que el departamento de Bolívar no recibió financiación ministerial alguna y únicamente se obligó a aportar recursos propios para las obras a su cargo. Tal distribución evidencia que la penalidad fue concebida para salvaguardar el erario nacional y recaer sobre quienes administraron directamente tales recursos, lo cual armoniza con lo estipulado en el convenio interadministrativo de apoyo financiero 2053762 de 2005 y con la distinción que este estableció entre las cargas y responsabilidades de cada una de las entidades participantes.

Por tanto, extender la penalidad al departamento equivaldría a crear una obligación sancionatoria no convenida, vulnerando el principio de tipicidad de la conducta como manifestación del principio de legalidad en materia sancionatoria⁷⁹, el cual impide

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009. «[...] el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil. // La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el ius puniendi del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad. // La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma —por ejemplo un reglamento— quien en forma previa y clara las estipule [...]. Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley —bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley— no las contempla de manera directa -salvo excepciones—. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten. // Obsérvese cómo el 'principio de legalidad' —es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley—, en materia contractual se reduce a la simple 'tipicidad' de la conducta —es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido—, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga. Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre



extender las consecuencias jurídicas de la cláusula penal más allá de lo expresamente pactado, siendo inadmisibles efectuar una interpretación extensiva ni por aplicación analógica, en tanto establece una consecuencia patrimonial excepcional que solo puede hacerse efectiva frente a quien fue expresamente llamado a responder en el acuerdo de voluntades. Además, al tenor del artículo 1602 del Código Civil, lo pactado en el contrato es ley para las partes, con lo cual se materializa el principio de autonomía de la voluntad, en tanto en el acuerdo de voluntades los sujetos contratantes fijan sus propias reglas de conducta, de ahí que, en lo que atañe a este caso, si no se plasmó un pacto en el sentido de la aplicación de una pena pecuniaria respecto del departamento de Bolívar, Fonade no podía en sede judicial, al amparo de lo pactado, exigir esa sanción respecto de dicho ente.

En ese orden de ideas, resulta forzoso concluir que no resulta viable extender la cláusula penal al departamento de Bolívar, ya que ello equivaldría a modificar o adicionar el pacto sancionatorio en contravía de la autonomía de la voluntad contractual, del alcance de los compromisos asumidos y del principio de seguridad jurídica.

4.2.3. Lo expuesto, valga aclarar, no implica desconocer que el departamento de Bolívar incumplió los compromisos que voluntariamente asumió para asegurar la culminación y puesta en operación del sistema regional de acueducto. Sin embargo, la consecuencia jurídica de dicho incumplimiento debió encauzarse por los mecanismos ordinarios de responsabilidad contractual, esto es, mediante la solicitud de reparación integral de los perjuicios demostrados en el proceso, y no a través de la imposición de una sanción no prevista a su cargo, de modo que la conducta atribuida a la entidad territorial no puede derivar en la consecuencia sancionatoria cuya exigibilidad constituye el objeto del presente análisis.

4.2.4. Con todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, pero por los motivos aquí desarrollados.

5. Costas

5.1. El artículo 361 del CGP dispone que *«las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho»*. A su turno, los artículos 365 (numerales 1 y 8)⁸⁰ y 366⁸¹ *ejusdem* —

las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad (Subrayado añadido).

⁸⁰ CGP. «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...] 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación [...]. // 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...]».

⁸¹ CGP. «Artículo 366. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte



aplicables a los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 188 del CPACA⁸²— prevén que procede la condena en costas contra la parte a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, siempre que en el expediente obre prueba de su causación; y, en tal evento, corresponde a la secretaría del *a quo* realizar la liquidación de manera concentrada, quedando en cabeza del juzgador de segunda instancia únicamente la fijación de las agencias en derecho, conforme a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

5.2. En este contexto, la Sala impondrá condena en costas a Fonade, al habersele resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto; sin embargo, no habrá lugar a fijar agencias en derecho, toda vez que su contraparte no intervino en el trámite de la segunda instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 11 de marzo de 2022, proferida por la Sala de Decisión No. 7 del Tribunal Administrativo de Bolívar, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a Fonade, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el *a quo*, teniendo en consideración que en esta instancia no se causaron agencias en derecho.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

ADRIANA POLIDURA CASTILLO

Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

NICOLÁS YEPES CORRALES

Magistrado

CT2

beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. [...] 6. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas».

⁸² CPACA. «Artículo 188. 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 CPC».