



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 230012333000201400057-01 (58883)
Actor: FONADE y otro
Demandado: Municipio de Montería
Acción: Controversias contractuales

Procede la Sala a resolver¹ el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda².

SÍNTESIS DEL CASO

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE³ y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) presentaron demanda en contra del municipio de Montería en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en cuyas pretensiones pidieron que se declarara el incumplimiento de la entidad territorial respecto de las obligaciones derivadas del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 y su condena al reembolso del cien por ciento (100%) de la suma entregada por el ministerio en virtud de ese negocio jurídico y del valor de 289,50 metros lineales de tubería de 36" que fue adquirida más no instalada en el colector matriz El Dorado, así como a la

¹ En cumplimiento de lo dispuesto en fallo de tutela proferido en segunda instancia el 22 de agosto de 2024 por la Sección Quinta de esta Corporación, Rad.: 11001-03 -15 -000 -2024 -02095-01.

² Se advierte que, para efectos de acatar la orden impartida por el juez de tutela, se solicitó al Tribunal Administrativo de Córdoba la remisión del expediente, el cual no fue enviado en físico sino en versión digitalizada.

³ Empresa industrial y comercial del Estado que pasó a denominarse Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial-ENTerritorio en virtud del Decreto 495 del 20 de marzo de 2019 y se transformó en una sociedad por acciones, del tipo de las anónimas, cuya razón social será Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial S.A., la cual formará una persona jurídica distinta de sus accionistas, sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D. C., de la Rama Ejecutiva del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto-ley 1962 del 15 de noviembre de 2023.



indemnización de perjuicios, convenio que finalizó el 30 de junio de 2011 y no fue liquidado.

ANTECEDENTES

Demanda

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

PRIMERA: Que se declare la Responsabilidad del Municipio de Montería – Córdoba, por el incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 **CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL (HOY MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO), EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE) y EL MUNICIPIO DE MONTERÍA (CÓRDOBA), cuyo objeto era (sic).**

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Montería (Córdoba) deberá pagar a FONADE la suma de **SIETE MIL CIENTO VEINTIDÓS MILLONES CIENTO CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS MCTE (\$7.122.105.540)**, que corresponden a la devolución de la totalidad de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la Nación al Proyecto, a través de FONADE, debidamente indexados y/o actualizados a valor presente.

TERCERA: Que como consecuencia de declaración (sic) de la Primera Pretensión Principal también se ordene el pago de la suma de **SETECIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$720.000.000) M/CTE., por concepto de Cláusula Penal, por incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006.**

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

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que en el evento de no ordenarse el pago de la Cláusula Penal, por incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 por parte del Municipio de Montería, por su Despacho se ordene un Dictamen Pericial (Art. 218 ley 1437 de 2011) a efecto de cuantificar los perjuicios causados a los demandantes con ocasión del incumplimiento a las obligaciones del referido Convenio, por parte del Municipio de Montería -Córdoba.

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

QUINTA: Que se liquide el Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 **CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL (HOY MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y**



TERRITORIO), EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE) y EL MUNICIPIO DE MONTERÍA (CÓRDOBA).

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

SÉPTIMA: *Que se condene en costas a la parte demandada.*

OCTAVA: *Que se ordene a la entidad territorial a cumplir con las pretensiones de conformidad con lo establecido en los términos de los artículos 192 y 194 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

2. En los hechos, la parte actora dio cuenta de la celebración del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006⁴ entre las entidades demandantes: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (luego Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, y la demandada: municipio de Montería, cuyo objeto fue *“Aunar esfuerzos entre el MINISTERIO, FONADE y el MUNICIPIO para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto ‘CONSTRUCCIÓN PRIMERA ETAPA DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE LA MARGEN IZQUIERDA DE LA CIUDAD DE MONTERÍA, CÓRDOBA’”*.

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

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

⁴ Ese convenio del que hizo parte la entidad territorial, fue celebrado con fundamento en el Convenio No. 194048 celebrado entre FONADE y el mencionado ministerio, con el objeto de *“Prestar los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y realizar las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la Interventoría técnica, administrativa y financiera de proyecto denominado ‘proyecto de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental, que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única’, así como coordinar las actividades para la ejecución de las obligaciones de convenios de apoyo financiero que se suscriban entre el Ministerio, FONADE y las entidades a las que se les viabilice proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental”*.



2011-, la contratante aportó \$504'151.820 y el ministerio a través de FONADE, la suma de \$3.790'910.053; y el Contrato de Obra No. PAM-PC-LC-064 de 2008 con el consorcio Ingesa Laguna para la *“construcción de la laguna facultativa de la margen izquierda y colector matriz barrio El Dorado Grupo II”*, en el que la contratante aportó \$274'201.645 y el ministerio, a través de FONADE, la suma de \$2.667'273.884.

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

6. Así mismo, las obras de los dos contratos fueron recibidas a satisfacción por parte de las interventorías, aunque la del Contrato 071 de 2007 manifestó que su funcionalidad requería de la construcción del Colector Juan XXIII, cuya financiación estaría a cargo de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge (en adelante CVS).

7. Proactiva informó el 13 de noviembre de 2012 la suspensión del contrato de obra con el cual se adelantaban las obras relacionadas con el Interceptor Juan XXIII contratadas por la CVS.

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

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

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



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

11. Manifestó que el municipio había incumplido especialmente las obligaciones 13 y 14 de la Cláusula Tercera del Convenio: *“13) adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y, en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio. 14) cumplir oportunamente las recomendaciones y solicitudes que realicen el Ministerio y/o Fonade sobre el desarrollo del objeto del presente convenio”*.

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

Trámite de primera instancia

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

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

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



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

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

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

Audiencia inicial

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

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



entidad demandada hacer devolución de los dineros de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la Nación a través de FONADE al proyecto debidamente indexados y/o actualizados así como el pago de la cláusula penal derivada del presunto incumplimiento del convenio y el dinero de los recursos no ejecutados por FONADE.

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

Audiencia de pruebas y alegatos

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

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

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

21. El **municipio de Montería** en sus alegaciones finales sostuvo que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, las obras objeto de los contratos celebrados para su



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

La sentencia de primera instancia

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

23. Lo decidido por el *a-quo* obedeció a que encontró probado en el plenario que la obligación principal del municipio de Montería y derivada del convenio de apoyo financiero celebrado con las demandantes había consistido en desarrollar toda la etapa precontractual y contractual para la construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad y, en consecuencia, que las obras contratadas cumplieran con las especificaciones técnicas y legales para



su funcionamiento, obligación que debía cumplir dentro del plazo estipulado y que fue prorrogado hasta el 30 de junio de 2011.

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

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

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

27. Así mismo, que el ministerio informó al FONADE el 2 de diciembre de 2009 la aprobación de la reformulación del proyecto tal y como se ejecutó, por lo que, a juicio



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

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

29. En relación con la pretensión cuarta de la demanda, relativa a la devolución de los recursos no ejecutados, el *a-quo* consideró que las entidades demandantes no podían desconocer los acuerdos celebrados durante la ejecución del convenio y los contratos derivados del mismo, por lo que, al no haber quedado acuerdo alguno respecto a la devolución de dineros por la no utilización de la tubería de 36 pulgadas para el colector El Dorado, no resulta procedente su reclamación; no obstante, como se ha reconocido por parte del municipio y de Proactiva la existencia de un material de construcción sobrante almacenado en una bodega de propiedad de esta última entidad, la devolución que correspondía no era económica sino de los metros lineales de tubería sobrantes.

Recurso de apelación

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

31. **FONADE** se refirió al papel que tuvo el municipio de Montería en la ejecución del proyecto objeto del presente litigio, en cuanto fue a iniciativa suya que aquel se llevó a cabo, teniendo en cuenta el sistema de *ventanilla única* utilizado por el Ministerio de



Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para apoyar a los entes territoriales en las iniciativas que estos presentaran para la prestación eficiente de los servicios relacionados con el saneamiento básico, sistema conforme al cual el ente territorial debía presentar las propuestas debidamente diseñadas y documentalmente soportadas, sin que el ministerio se hiciera responsable por la calidad de los estudios y diseños presentados para emitir el concepto de viabilidad que serían utilizados para la construcción de las obras. Por ello, sostuvo que no compartía el criterio del *a-quo* de que al municipio sólo le correspondía como obligación desarrollar la etapa precontractual y contractual del proyecto, ya que sus obligaciones, en conjunto, apuntaban al cumplimiento del objeto a cabalidad. Es decir, que su obligación principal consistía en ejecutar un proyecto, al que se le hicieron ajustes por iniciativa de Proactiva S.A. E.S.P a nombre del municipio de Montería, no de FONADE o el ministerio (f. 651, c. ppal.), que obedecieron a las inexactitudes y falencias del proyecto elaborado por la entidad territorial.

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

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

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



35. Por otra parte, consideró que el municipio debía restituir los valores de la tubería que no fue utilizada en la obra, ya que la misma fue devuelta por el contratista a la empresa Proactiva -la contratante de la obra- a pesar de que eran elementos que, según el diseño, debieron ser incorporados al proyecto y su suministro fue financiado a través de recursos asignados por la Nación al convenio de apoyo financiero. En estas condiciones, no era procedente que en vez de penalizar la actitud negligente del municipio y/o la entidad prestadora de servicios, se ordenara la entrega de esa tubería -que debía estar ya en mal estado- al FONADE, obligándolo a incurrir en gastos de bodegaje para la misma.

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

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

Trámite en segunda instancia

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



CONSIDERACIONES

Jurisdicción y competencia

39. En virtud de lo dispuesto en el artículo 104 del CPACA⁵, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, toda vez que dentro de las pretensiones de la demanda se pidió la declaratoria de incumplimiento de un convenio interadministrativo celebrado por tres entidades del Estado.

40. Así mismo le corresponde a la Sala resolver el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 del CPACA, modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012, norma vigente al momento de presentación de la demanda⁶, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Córdoba y de conformidad con la estimación de las pretensiones realizada en la demanda⁷, según las previsiones de los artículos 152 y 157 del mismo código.

La legitimación en la causa

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

⁵ El artículo 104 del CPACA estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

⁶ "Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia (Este inciso fue posteriormente modificado por el artículo 26 de la Ley 2080 de 2021, la cual no resulta aplicable al presente caso, pues de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 86, dicha ley "(...) rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las *cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley*".

⁷ La mayor de las pretensiones ascendió a \$7.122'105.540, por concepto de la devolución de la totalidad de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la Nación al Proyecto, mientras que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del CPACA, para conocer en primera instancia en los tribunales procesos de controversias contractuales la cuantía es de 500 SMLMV, lo que equivalía, para la época de presentación de la demanda -21 de febrero de 2014, cuando el salario mínimo era de \$616.000 (Decreto 3068 de diciembre 30 de 2013)-, a \$308'000.000.



Oportunidad de la demanda

42. La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio. Corresponde a una figura jurídica de orden público a través de la cual el legislador impone limitaciones temporales razonables al derecho subjetivo de acceso a la administración de justicia, en aras de evitar la indefinición de las situaciones jurídicas materia de controversia entre las partes⁸ y, de esta manera, brindar protección de un interés general representado en la seguridad jurídica, la confianza legítima y el debido proceso, en tanto una vez surtido el término de caducidad de la acción legalmente establecido, ésta ya no se podrá incoar por el interesado y se habrá perdido la facultad de acceder a la jurisdicción.

43. Como lo ha recordado la Sala, *“(...) el fenómeno de la caducidad y su eventual configuración, corresponde a un presupuesto del derecho de acción, invariable, irrenunciable, improrrogable e insubsanable, sujeto únicamente a la ocurrencia del hecho definido en la ley y el consecuente paso del tiempo, y que, por tanto, es susceptible de ser analizado y advertido de oficio en la sentencia⁹ como verificación de un elemento esencial y preexistente para poder decidir el fondo del asunto (...)”*¹⁰. Conforme con lo expuesto, procede la Sala a constatar si, en el presente caso, la demanda fue presentada en tiempo.

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

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

(...)

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

(...)

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

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 19 de julio de 2017, expediente 57932 y sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 21.906, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de octubre de 2022, expediente 58063, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.



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

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

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

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

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

45. A continuación, se hará un análisis sobre la naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades celebrado por las partes, con el fin de precisar cuál es, en el caso concreto, el término de caducidad que se debe aplicar.

Naturaleza jurídica del convenio celebrado

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

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



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

49. No obstante, la Corporación se ha encargado de diferenciarlos¹¹, para establecer que no es posible la aplicación automática de la Ley 80 de 1993 a los convenios interadministrativos, sobre lo cual ha explicado¹²:

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

50. En esa dirección, esta Subsección ha destacado que por la naturaleza asociativa de los convenios interadministrativos regulados por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, estos deben “*autorregularse por sus propias estipulaciones, producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las entidades cooperantes, sin que pueda hacerse prevalecer la aplicación de regímenes o normas incompatibles con dicha finalidad*”¹³.

¹¹ Ha entendido que los convenios interadministrativos son “aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de mayo de 2012, exp. 22.828, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, mientras que el contrato interadministrativo es “aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de julio de 2016, expediente 2.257, C.P. Álvaro Namén Vargas.

¹² *Ibíd.* En el mismo sentido, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de junio de 2019, expediente 25000-23-37-000-2010-02552-01 (AP), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de julio de 2022, expediente 66.594, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



51. Y, en un caso reciente, similar al de autos, dijo la Sala¹⁴:

23. De la necesidad de pacto expreso para que proceda el trámite liquidatorio de los convenios interadministrativos del artículo 95 de la Ley 489 de 1998¹⁵

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

23.2. *El inciso primero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que no fue derogado por la Ley 1150 de 2007¹⁶, impone la liquidación en los contratos que, entre otros, se extiendan en el tiempo.*

23.3. *Para el caso particular de los convenios que aquí se estudian, se ha entendido que la liquidación “resulta válida, siempre que sea acordada por las partes -de manera clara e inequívoca-, y no sea el resultado del ejercicio de una posición dominante”. Lo anterior, como quiera que en “este tipo de acuerdos, al igual que en los regidos por el derecho privado, las partes gozan de una posición horizontal o igualitaria, relacionándose en un paralelismo de intereses bajo un ámbito de equivalencia”¹⁷.*

23.4. *Así, se ha entendido procedente recurrir incluso a la liquidación unilateral, siempre que exista un acuerdo expreso, esto es, la anuencia previa de los contratantes o el respectivo consentimiento pleno¹⁸.*

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

23.5. *En la misma dirección, la Subsección C ha considerado válidos los acuerdos que estipulan la liquidación unilateral, en el entendido de que no comportan el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común¹⁹:*

Ahora teniendo en cuenta que la liquidación de los contratos se encuentra regulada por los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, se entiende que la liquidación unilateral del contrato si bien es una facultad legal, no es de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común, ya que la Ley 80 no la enlista como tal en sus artículos 14 y siguientes que se refieren al ejercicio de dichas potestades. Bajo ese entendido de que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades excepcionales al derecho común, nada impide que las partes en un convenio interadministrativo convengan su ejercicio, pues en esa tipología de contratos la ley sólo prohíbe el

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1 de diciembre de 2023, expediente 58442, C.P. María Adriana Marín.

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

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

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

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

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



ejercicio de las denominadas potestades excepcionales, naturaleza que no comparte la liquidación unilateral. Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un convenio interadministrativo las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, pues su pacto no comporta el ejercicio de una facultad o potestad excepcional al derecho común. Luego, si lo que ocurre es que en un convenio interadministrativo las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo.

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

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

53. Teniendo en cuenta que las partes acordaron liquidar el convenio de común acuerdo, para efectos de la contabilización del término de caducidad resulta aplicable lo dispuesto en el numeral iv) del literal j) del ordinal 2 del artículo 164 del CPACA, razón por la cual el término de caducidad debe contabilizarse a partir del día siguiente al vencimiento del plazo estipulado para la liquidación bilateral del negocio jurídico.

54. Para tales efectos, debe tenerse en cuenta que el plazo de ejecución fue prorrogado en seis oportunidades, siendo la última la suscrita el 23 de diciembre de 2010, cuando se extendió hasta el 30 de junio de 2011 y se dejó claro que, en ningún caso, el plazo de este convenio podría exceder la duración del Convenio Marco 194048 suscrito entre FONADE y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial²⁰ (f. 24 a 31, c. 1).

²⁰ Convenio interadministrativo de gerencia de proyecto que fue suscrito el 27 de octubre de 2004, con una duración inicial hasta el 31 de diciembre de 2005, pero que fue prorrogado hasta el 31 de octubre de 2011 (f. 149 a 184 vto., c. 1).



55. Así mismo que, en la prórroga quinta, suscrita por las partes el 24 de noviembre de 2009, se estipuló:

SEGUNDA. MODIFICAR: Se modifica la cláusula décima sexta del convenio de apoyo financiero No. 2060220 de 2006, la cual quedará así: “CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA- LIQUIDACIÓN DEL CONVENIO DE APOYO FINANCIERO. El presente convenio de apoyo financiero deberá liquidarse de conformidad con lo previsto en la ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, **dentro de los ocho (8) meses siguientes a su terminación** (se destaca).

56. Y en su cláusula sexta se dispuso que en lo demás, las cláusulas del convenio principal y de las demás prórrogas y modificaciones conservaban su vigencia y alcance.

57. De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que la fecha de finalización del convenio -según su última prórroga- era el día 30 de junio de 2011 y que las partes tenían 8 meses a partir de ese momento para liquidar de común acuerdo el negocio jurídico, término que empezaba a correr, por lo tanto, a partir del día siguiente a dicha terminación -1º de julio de 2011-, el plazo para ello vencía el 1º de marzo de 2012, hecho que no sucedió y dio lugar, por lo tanto, a la pretensión quinta de la demanda en la que se pidió su liquidación judicial²¹.

58. A partir del día siguiente, es decir, del 2 de marzo de 2012, empezó a correr el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, que, por lo tanto, vencía el 2 de marzo de 2014.

59. Toda vez que la demanda fue presentada el 21 de febrero de 2014, resulta evidente que la misma fue oportuna.

El problema jurídico

60. Teniendo en cuenta los hechos probados y los términos de la apelación, le corresponde a la Sala establecer i) si el municipio de Montería incumplió el Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 celebrado con Ministerio de Ambiente,

²¹ Así se desprende igualmente del oficio enviado por la directora de Programas del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio a la gerente del Convenio No. 27-194048 de 2004 del FONADE, el 16 de abril de 2013, en el que le informa que, para efectos de llevar a cabo la liquidación del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006, era necesario que se incluyera en la respectiva acta lo concerniente al suministro de tubería de 36” que no fue instalada en las obras, por lo que se debía iniciar ante el municipio de Montería el trámite financiero necesario para la devolución de los recursos correspondientes a dicho ítem. Lo cual demuestra que, para la referida fecha, aún no había sido liquidado el convenio (f. 121, c. 1).



Vivienda y Desarrollo Territorial (luego Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, por no haber entregado completas y en funcionamiento las obras de construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería, Córdoba y si, por lo tanto, está en la obligación de pagar a las entidades demandantes las cantidades reclamadas en las pretensiones de la demanda, por concepto de la devolución de la totalidad de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la Nación al Proyecto, a través de FONADE, debidamente indexados y/o actualizados y el pago de la cláusula penal o, en subsidio, de los perjuicios establecidos mediante dictamen pericial; y ii) si al existir una tubería que fue adquirida con recursos provenientes del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio en virtud del convenio interadministrativo pero que no fue instalada en las obras objeto de los contratos resultantes de tal convenio, el municipio está obligado a pagar su valor o solamente a devolverla en el estado en que se encuentre²².

Hechos probados

61. Con miras a resolver el problema jurídico planteado, procederá la Sala a referir los hechos probados más relevantes.

62. El 22 de octubre de 2004 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE suscribieron el **Convenio Interadministrativo de Gerencia de Proyectos No. 27 (194048 para FONADE)**, por medio del cual FONADE se comprometió con el ministerio a prestar los servicios técnicos, jurídicos y administrativos y a realizar las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la interventoría técnica, administrativa y financiera del *“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

²² Se recuerda que en la primera audiencia de trámite se fijó el litigio limitándolo a establecer si existía o no responsabilidad por parte del municipio de Montería por el incumplimiento del convenio de apoyo financiero y si, como consecuencia de ello, debía la entidad demandada hacer devolución de los dineros de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la nación, así como el pago de la cláusula penal derivada del presunto incumplimiento del convenio y el dinero de los recursos no ejecutados por FONADE. No obstante, en la sentencia de primera instancia, bajo el título de “devolución de recursos no ejecutados”, el tribunal se refirió a la tubería de 36” adquirida y no instalada y al deber del municipio de devolverla, más no de pagar su valor; no obstante lo cual, sobre esta reclamación de la pretensión cuarta de la demanda -en la que se pidió *“Que los recursos no ejecutados por FONADE, por valor de SETENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$77.894.460) deben ser liberados y restituidos al Convenio No. 27 de 2004 – (194048 de FONADE), por parte de FONADE”*- no se dijo nada en los recursos, por lo que la Sala se abstendrá de analizar este punto.



que se suscribieran entre el ministerio, FONADE y las entidades a las que se les viabilizaran proyectos de agua potable y saneamiento básico ambiental²³. El plazo del convenio se pactó inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2006 pero fue objeto de varias prórrogas, la última de las cuales fue hasta el 30 de junio de 2011²⁴.

63. Como parte de lo acordado, el ministerio le giraría al fondo los recursos necesarios para el pago de los contratos de obra física, suministro y fortalecimiento institucional de los proyectos y para sus costos de interventoría, más una remuneración para FONADE como gerente del proyecto.

64. Dentro de las múltiples obligaciones a cargo de este último, se hallaba la de tramitar los desembolsos y realizar, previa verificación del cumplimiento de requisitos, los pagos de las obligaciones contraídas con terceros, incluidos los que debieran efectuarse a los contratistas derivados de la ejecución de los convenios interadministrativos de apoyo financiero que serían suscritos entre el ministerio, FONADE y las entidades territoriales seleccionadas por el primero para ello. Así mismo, le correspondía adelantar los procesos de selección y celebrar los contratos requeridos para el desarrollo de las interventorías que se debían efectuar en el proyecto, así como llevar a cabo su seguimiento y control, debiendo aprobar los informes que presentaran los interventores y remitirlos al ministerio.

65. También debía informar oportunamente al ministerio sobre cualquier situación de incumplimiento que se presentara en los convenios y/o contratos derivados del presente negocio jurídico, con el objeto de tomar las medidas pertinentes en cada caso, pero la atención administrativa de tales situaciones estaría a cargo de FONADE.

66. En el párrafo primero de la cláusula séptima del convenio -obligaciones de apoyo interinstitucional de FONADE-, se estipuló:

FONADE ejecutará las interventorías objeto del presente convenio de conformidad con los diseños presentados por la entidad territorial y aprobados por el Ministerio, siendo responsabilidad del Ministerio determinar la viabilidad técnica, financiera, operativa y jurídica de los proyectos que se aprueben y sobre los cuales se adelantarán las interventorías.

67. Por su parte, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial le correspondía, entre otras cosas -cláusula octava-, revisar los informes de avance de

²³ Fl. 35 y 269 y sgtes. del expediente digital.

²⁴ Fl. 57 del expediente digital.



obra de cada proyecto aprobados por la interventoría contratada por FONADE y que mensualmente debían presentarse ante el ministerio; revisar las recomendaciones técnicas de FONADE y coordinar lo necesario para su valoración y adopción si lo estimaba conveniente; suscribir con FONADE y los entes territoriales los convenios interadministrativos de apoyo financiero para la ejecución de los proyectos de agua potable y saneamiento básico financiados a través del mecanismo de la Ventanilla Única radicados en el ministerio; responder por la viabilidad técnica, legal y económica de los referidos proyectos y entregar los soportes respectivos a FONADE, como insumo de la interventoría objeto del convenio.

68. El 23 de enero de 2006 se celebró el **Convenio de Apoyo Financiero entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, FONADE y el municipio de Montería No. 2060220** cuyo objeto fue aunar esfuerzos “(...) *para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto ‘CONSTRUCCIÓN PRIMERA ETAPA DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO DE LA MARGEN IZQUIERDA DE LA CIUDAD DE MONTERÍA, CÓRDOBA’*”²⁵, por un valor de \$7.200’000.000, que serían aportados por el ministerio.

69. Las principales obligaciones a cargo del municipio fueron, entre otras -cláusula tercera-: 3) obtención de las licencias, permisos y servidumbres necesarios y garantizar la disponibilidad de los predios requeridos para el desarrollo del proyecto; 12) destinar los recursos de apoyo financiero a las obras definidas en el plan financiero del proyecto y adelantar su contratación de acuerdo con el plan acordado con el ministerio, bajo su entera responsabilidad y dirección; 13) adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y, en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio; 14) cumplir oportunamente las recomendaciones y solicitudes que realice el ministerio y/o FONADE sobre el desarrollo del objeto del convenio; 15) desarrollar el objeto del convenio de conformidad con el presupuesto y el plan de inversiones del proyecto presentado, que fue debidamente viabilizado y aprobado por el ministerio. “*En el evento en que se presenten modificaciones técnicas que impliquen la reprogramación total o parcial de actividades o cantidades de obra aprobadas en el proyecto al cual se le dio viabilidad y aprobación, antes de iniciar la ejecución se deberá obtener el nuevo concepto de viabilidad del MINISTERIO*”; 18) garantizar que las obras que se ejecuten cumplan con las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos de condiciones y de

²⁵ Fl. 7 del Cuaderno Adición Contestación de la Demanda (f. 1 a 174), del expediente digitalizado.



ingeniería establecidas en el reglamento técnico del sector de agua potable y saneamiento básico vigente.

70. Dentro de las obligaciones a cargo del municipio también se hallaba la de realizar los procesos de selección y contratación necesarios para la ejecución del proyecto, pero en el párrafo único de la cláusula tercera se dispuso que, en el evento de que la prestación de los servicios estuviera a cargo de una entidad diferente al municipio en virtud de un contrato de operación y/o concesión, o porque era la empresa que prestaba los servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994, el municipio acordaría con dicha entidad operadora el proceso de selección, contratación y ejecución de las obras y demás actividades a desarrollarse en cumplimiento del objeto del presente convenio, caso en el cual el operador o concesionario debía acogerse a las obligaciones, procedimientos y normas definidas en el convenio y en concordancia con los requisitos establecidos por la Ley 142 de 1994 o normas legales que lo rigieran, o por el Banco Mundial, según fuera el caso, utilizando los esquemas y modelos suministrados por el ministerio a través de FONADE y sometiéndose al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio para el municipio.

71. A cargo de FONADE se hallaban como obligaciones, principalmente -cláusula cuarta-, la designación y contratación de la interventoría necesaria para las obras derivadas del convenio y coordinar esa labor, por lo que también le correspondía informar al ministerio y al municipio de cualquier situación de incumplimiento que se presentara respecto del convenio o de los contratos resultantes suscritos por el municipio o los operadores; así mismo, le correspondía emitir los conceptos jurídicos, técnicos y financieros que en desarrollo del convenio y/o los contratos resultantes, fueran requeridos al ministerio en su función de supervisión; la realización de los pagos derivados de la ejecución de los contratos previa verificación del cumplimiento de los requisitos para ello y, una vez liquidados los contratos derivados del convenio, elaborar y suscribir la liquidación de este último y de los contratos de interventoría.

72. Por su parte, el ministerio, además de su obligación de aportar los recursos, realizaría labores de supervisión, efectuando el seguimiento a la destinación de los mismos; también concertaría las modificaciones y ajustes que fueran necesarios y, sin perjuicio de las obligaciones a cargo de FONADE, resolvería las consultas formuladas por el municipio, pudiendo solicitar informes a través de aquella entidad, realizar visitas y formular las recomendaciones necesarias para la cabal ejecución del proyecto.



73. Se pactó cláusula penal pecuniaria “a título de pena” y a cargo del municipio en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el convenio, por una suma equivalente al 10% del valor del aporte hecho por el ministerio, pudiendo éste procurar la indemnización total de los perjuicios sufridos -cláusula décima segunda-.

74. El 11 de diciembre de 2007 la sociedad Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P.²⁶, celebró el **Contrato No. PAM -071-2007** con el Consorcio Ingesa-Montería, cuyo objeto fue “*Proyecto Construcción de la Primera Etapa del Sistema de Alcantarillado Sanitario de la Margen Izquierda de la Ciudad de Montería – Construcción Estación de Bombeo de Aguas Residuales El Dorado y Líneas de Impulsión entre la Estación de Bombeo El Dorado y la Laguna y el río Sinú, y entre la Estación Ribera y el Colector Dorado Grupo 1*”, por valor de \$3.790'910.053 y con un plazo de 8 meses²⁷, cuya **Acta de inicio del contrato PAM-071-2007**, fue suscrita el 29 de febrero de 2008²⁸.

75. Mediante Oficio PAM-GR-GR-/09-07/0149 del 17 de julio de 2009, el gerente general de Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. le pidió al gerente del convenio FONADE 2060229 autorización para que no fuera construido el lecho de secado de lodos, el cual tenía un valor de \$426'899.101, a fin de compensar las mayores cantidades de obra necesarias para concluir las excavaciones de la laguna, caso en el cual Proactiva se comprometía a realizar la construcción del lecho de secado de lodos con sus propios recursos²⁹.

76. El 26 de abril de 2011 fue suscrita el **Acta de entrega y recibo final de los productos del Contrato PAM-071-2007** por los representantes legales de Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. en calidad de contratante, Consorcio Ingesa-Montería como contratista y Euco Ltda., Interventora del contrato. Esta última, dejó constancia de que el producto objeto del negocio jurídico fue entregado por el contratista y

²⁶ “Según escritura pública No. 2976 de Bogotá D.C., el día 17 de diciembre de 1999 se constituyó PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P. como una empresa de servicios públicos, como una sociedad por acciones de naturaleza anónima, la cual tendrá por objeto exclusivo el cumplimiento del Contrato de Concesión para la financiación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento y operación de la infraestructura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de la Ciudad de Montería. Adicionalmente, la escritura indica que la sociedad tendrá una duración que deberá extenderse hasta que expiren la totalidad de las obligaciones contraídas en el Contrato de Concesión y un año más. // El Contrato de Concesión suministrado en visita, fue suscrito entre la Alcaldía de Montería y PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P. el 29 de diciembre de 1999, el cual tiene un plazo de 20 años a partir de la fecha de aprobación de las pólizas”. Información obrante en el documento “Evaluación Integral de Prestadores Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P.” de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, visible en: https://www.superservicios.gov.co/sites/default/files/inline-files/eiproactivamonteriavf_15.05.2018.pdf.

²⁷ Fl. 163 del expediente digital.

²⁸ F. 334 y 598, expediente digital.

²⁹ Fl. 268 del expediente digital.



recibido mediante la suscripción, aprobación y trámite de las actas de obra ejecutadas 1 a la 17 por el interventor Consorcio Concep Ltda.-Ecovías Ltda., y la suscripción, aprobación y trámite de las actas de obra ejecutadas 18 y 19 por la interventoría de Euco Ltda. a entera satisfacción, “(...) luego de haberse realizado los ajustes y/o arreglos a las obras tal como quedó consignado en el Acta de Terminación suscrita a los veintisiete (27) días del mes de marzo de 2011”, y que la entrega se hizo según los detalles que se consignaron a continuación en el acta, enlistando todos los ítems ejecutados con sus cantidades, valor unitario y valor total³⁰.

77. Acta de No. 1 de entrega de elementos EBAR DORADO contrato PAM-071-2007 suscrita el 26 de abril de 2011 por los representantes legales de la entidad contratante Proactiva, la interventoría y el contratista. En su encabezado se enuncia que corresponden a “*Construcción primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería Córdoba*” y “*Construcción estación de bombeo de aguas residuales El Dorado y líneas de impulsión entre la estación de bombeo El Dorado y la laguna y el río Sinú, y entre la estación Rivera y el colector Dorado Grupo 1*”. Y se anota que las mencionadas personas se reunieron con el fin de entregar, por parte del contratista, y recibir por parte del contratante, los equipos constitutivos de la estación de bombeo El Dorado, según contrato de obra ejecutado en su totalidad. A continuación, se enuncian los elementos a entregar³¹.

78. Acta de liquidación bilateral del Contrato PAM-071-2007, suscrita el 25 de julio de 2011 por los representantes legales de la contratante Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P., el contratista Consorcio Ingesa-Montería y la interventoría, Euco Ltda., en la que consta que se recibieron a satisfacción las obras mediante acta de entrega y recibo final del 26 de abril de 2011, que su valor inicial fue de \$3.790'910.053 y el valor final (más adiciones) fue de \$4.295'061.873. Que tuvo dos adiciones en valor: una por \$210'240.006 y otra por \$293'945.979, para un total de \$504'151.820 que fueron girados por Proactiva, mientras que la suma de \$3.696'112.488 fue pagada por FONADE y que arrojó un valor a girar, por parte de esta entidad, de \$94'797.565. En el acta se dejó consignado que “*Las partes expresan que aceptan la liquidación descrita en la presente acta y a partir de la fecha de suscripción de la misma, previo el cumplimiento de las obligaciones pendientes*”³², se liberan mutuamente de cualquier

³⁰ Fl. 358 a 376 del expediente digital.

³¹ Fl. 426 y 602 del expediente digital.

³² En la misma acta se anotó expresamente que no existía ninguna obligación pendiente a cargo de las partes.



*obligación que pueda derivarse del cumplimiento de su objeto y en consecuencia se declaran a paz y salvo por tal concepto*³³.

79. **Informe final de interventoría** presentado en mayo de 2011 por Euco Ltda., *“Interventoría técnica, administrativa y financiera para los proyectos que se ejecuten en virtud de los convenios de apoyo financiero suscritos entre el MAVDT, FONADE y los municipios beneficiarios del grupo 34”*. Contrato de Interventoría No. 2102287. Informe técnico *“Construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería”* Convenio 2060220, **Contrato de Obra No. PAM-071 de 2007**, a cargo del operador del acueducto Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P., contratista: Consorcio Ingesa-Montería³⁴.

80. En dicho informe, presentado por el interventor contratado por FONADE para la fase final del proyecto³⁵, se da cuenta de que el objeto del contrato implicaba la construcción de la estación de bombeo de aguas residuales con capacidad para suplir las necesidades de la margen izquierda de la cabecera municipal, instalación de las redes de alcantarillado sanitario con sus respectivos pozos de inspección, la construcción de instalaciones eléctricas, concretos, muros en mampostería, suministro e instalación de tuberías para la planta eléctrica y equipos de bombeo, entre otros. Se anotó así mismo, que todas las actividades inherentes a la construcción de las obras objeto del contrato estaban referidas a los planos y diseños suministrados por Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, en concordancia con el proyecto viabilizado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial MAVDT. Y que, en términos generales, las obras ejecutadas se ajustaron a los diseños y especificaciones suministrados para el desarrollo del objeto contractual. En las conclusiones y recomendaciones, manifestó:

- Que se cumplió con el alcance de la meta física prevista según la viabilización inicial aprobada por el MAVDT dentro del marco presupuestal dispuesto para tal fin, con la necesidad de apropiar recursos adicionales que fueron aportados por Proactiva.

³³ Fl. 377 del expediente digital.

³⁴ Fl. 622 y sgtes., del expediente digital.

³⁵ En relación con el interventor, se observa que inicialmente había sido designado y obró como tal el Consorcio Concep Ltda.-Ecovías Ltda., pero su contrato fue suspendido desde diciembre de 2009 y luego se terminó, por lo que debió ser escogido un nuevo interventor, tal y como fue anunciado por FONADE al gerente general de Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. el 30 de marzo de 2010, en oficio en el que del avisó que se estaban adelantando las gestiones con el ministerio para la designación de la nueva interventoría, por lo que Proactiva debía tomar las medidas que considerara pertinentes hasta que se designara la empresa interventora de las obras pendientes por ejecutar (fl. 161 del expediente digital).



- Que en el transcurso de la ejecución de las actividades contratadas fue necesaria la ejecución de ítems adicionales para los que se aprobaron los nuevos APU's correspondientes.
- Que era conveniente que el operador encargado implementara un adecuado y periódico mantenimiento a las obras construidas, a fin de garantizar el correcto funcionamiento del sistema y, por ende, mantener su vida útil.
- Era importante que la entidad contratante realizara la obtención de los permisos de vertimiento, y que complementara las obras de bombeo al río Sinú, ya que por disposiciones generales la ubicación del descole fue movido aguas abajo por motivos técnicos. Por esa razón, se debían concluir las obras para generar efectividad de las realizadas en virtud del Contrato PAM-071.

81. Se informó así mismo, que la entidad contratante Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. había entregado los certificados de libertad y tradición de los predios donde se realizó la construcción de la estación de bombeo y la vía carretable de acceso a la misma, y que estaba pendiente la continuación del proceso del permiso de vertimiento al río Sinú ante la entidad competente.

82. Se estableció que la inversión programada acumulada fue de \$4.294'975.373, siendo la inversión ejecutada acumulada del mismo valor, lo cual conllevaba a que la obra presentara un avance en valor acumulado de 100% vs. 100% del valor acumulado programado, lo cual correspondió a aportes del Banco Mundial de \$3.790'919.256 y \$504'065.320 a aportes de la entidad contratante.

83. **Contrato PAM-PC-LC-064**, celebrado el 4 de noviembre de 2008 entre la sociedad Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P y el Consorcio INGESA-LAGUNA³⁶ para la construcción de la laguna facultativa de la margen izquierda y colector matriz del barrio El Dorado por valor de \$2.753'446.354 -que serían desembolsados al contratista por FONADE- y con un plazo de ejecución de 8 meses. El Acta de inicio del contrato PAM-PC-LC-064 fue suscrita el 29 de diciembre de 2008³⁷.

84. El 17 de julio de 2009, el interventor Consorcio Concep Ltda.-Ecovías Ltda. le informó al gerente de Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P., las obras adicionales que se requerían, las cuales relacionó y que ascendían a un valor de \$556'242.817³⁸.

³⁶ Fl. 193 y 384 y sgtes., del expediente digital.

³⁷ Fl. 87 y 651, expediente digital.

³⁸ Fl. 115 a 125 del expediente digital



85. Mediante oficio del 14 de agosto de 2009 el interventor Consorcio Concep Ltda.- Ecovías Ltda. le remitió al gerente de Proactiva Aguas de Montería el balance financiero del Contrato PAM-PC-LC-064. En dicho documento se incluyeron las mayores cantidades de obra e ítems no previstos que fueron ejecutados, así como los ítems contratados que no requerían ejecución; específicamente se incluyó como ítem contratado que sería ejecutado por Proactiva la *“EXTENSIÓN COLECTOR MATRIZ DORADO-ALCANTARILLADO DE LA MARGEN IZQUIERDA”*³⁹.

86. El mismo día 14 de agosto de 2009, el interventor le envió comunicación a Proactiva en la que le informó sobre las obras que era necesario ejecutar para que el proyecto tuviera la funcionabilidad requerida -alcantarilla para acceso a la laguna, estructura metálica para soporte de tuberías de salida, suministro de tubería para alcantarillado DN 500 mm (20”) en longitud de 22 mts., instalación de tubería en 20” L=22 MI, concreto para muros en desarenador, acero de refuerzo en desarenador, enrocado e=0.30 m, empradización con grama, caseta de operación y estructuras de interconexión para operación-, con las cantidades y valores de cada una de ellas, lo que sumaba un valor total de \$177’618.832 y un costo de la interventoría de \$24’754.400⁴⁰.

87. Proactiva dio respuesta a la anterior comunicación el 25 de agosto de 2009 manifestando que adelantaría las obras propuestas por la interventoría por valor de \$154’322.832 -para lo cual adjuntó los cuadros con las cantidades y precios de las obras que se requería ejecutar- y que adicional se autorizaron mayores cantidades de obra por valor de \$166’886.894 y costos de interventoría por valor de \$24’754.400, para una inversión total por parte de la contratante de \$ 345’964.126⁴¹.

88. Mediante oficio del 20 de agosto de 2009, referido al Contrato PAM—PC-LC-064, el gerente general de Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P., le solicitó a la interventoría que *“(…) sea excluido del valor correspondiente a las obras del contrato de la referencia, la construcción del colector matriz, en razón a que este componente está incluido dentro del proyecto ‘Construcción interceptor Juan XXIII del alcantarillado sanitario margen Izquierda de la ciudad de Montería’, presentado por la Corporación Autónoma Regional de los valles del Sinú y San Jorge, CVS, ante el Ministerio de Vivienda y Medio Ambiente, mediante radicado 4120-E1-136727, el cual se encuentra*

³⁹ Fl. 263 y sgtes., del expediente digital.

⁴⁰ Fl. 127 del expediente digital.

⁴¹ Fl. 79 a 81 del expediente digital.



en el proceso de evaluación para su viabilización⁴², solicitud que fue remitida al gestor del convenio de FONADE el 24 de agosto de 2009, con la manifestación, por parte de la interventoría, de su conformidad con la propuesta de exclusión de ese ítem del proyecto, y que esos recursos fueran utilizados para ejecutar mayores cantidades de obra y las obras adicionales requeridas para el óptimo funcionamiento de la obra construida⁴³.

89. Con oficio del 31 de agosto de 2009, el interventor remitió al FONADE la comunicación en la que Proactiva informó sobre las obras extras que serían realizadas a su costa, con la siguiente descripción⁴⁴:

Mayores cantidades de obra e ítems no previstos	\$824'415.692
Obras requeridas por ejecutar	\$154'322.632
Costo de la interventoría (dos meses)	\$ 24'754.400
Obras totales que no se ejecutarán	<u>(\$657'528.798)</u>
Saldo Total	\$345'964.126

90. El 13 de octubre de 2009 el director de la interventoría le remitió al FONADE *“los cuadros modelos remitidos por el MAVDT debidamente diligenciados, con las modificaciones al proyecto de la referencia”*⁴⁵ -Convenio No. 2060220, construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería-. En dichos cuadros, suscritos por la contratante, el contratista y el interventor, se registraron las modificaciones al proyecto.

91. Entre otras cosas, en relación con el Grupo 2 lagunas facultativas y colector matriz El Dorado, se plasmó una nota conforme a la cual *“La instalación del colector matriz el Dorado no se ejecutará debido a la consecución de otra fuente de financiación (CVS) que permitirá la construcción de los tramos faltantes del colector Dorado, sólo se suministrarán 289,5 ml de tubería de 36”, el valor del contrato se reduce en 487.395.641”* (Se subraya). También se estableció, respecto del emisario final, el cambio a entibado metálico debido a la profundidad a la que se iba instalar la tubería, lo que no estaba contemplado en el contrato inicial. Así mismo, se consignó que *“De/*

⁴² Fl. 131 del expediente digital.

⁴³ Fl. 130 del expediente digital.

⁴⁴ Fl. 77 del expediente digital.

⁴⁵ El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial le había enviado a FONADE el cuadro modelo de relación de modificaciones, para que fuera diligenciado y acompañado de los soportes necesarios por parte de la interventoría que justificaran cada uno de los cambios presentados al alcance viabilizado del proyecto, *“en la búsqueda de legalizar en lo posible la reformulación en curso”* (fl. 141 del expediente digital).



contrato inicial en el componente de lagunas se excluye la estructura de lechos de secado, esta va a ser realizada por PROACTIVA con recursos propios”.

92. El 2 de diciembre de 2009 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo ofició al gerente del Convenio 194048 FONADE (Convenio 27 entre estas dos entidades) para informarle sobre la aprobación de la modificación del proyecto de acuerdo con lo solicitado por dicha entidad desde el mes de septiembre de ese año, que si bien se presentó como una petición de modificación del Plan Financiero, en realidad implicaba una modificación del alcance del proyecto, “(...) puesto que los componentes inicialmente viabilizados por el Ministerio, presentaban cambios importantes, como lo es la no construcción del colector matriz El Dorado y la variación de longitudes de tubería en el componente de líneas de impulsión del sistema”. Y se concluyó:

Después de revisada la información soporte de los cambios presentados durante el desarrollo del proyecto, justificada por FONADE, la interventoría técnica y Proactiva, Empresa Contratante⁴⁶, y con los soportes financieros de que los recursos adicionales necesarios para la debida ejecución del proyecto han sido en su totalidad asignados por la Empresa de Servicios Proactiva⁴⁷, empresa contratante del proyecto, el nuevo alcance y Plan Financiero del Proyecto es el siguiente:

Alcance Reformulado:

- *Construcción Estación de Bombeo de aguas residuales el Dorado de 600 lps y 200 lps, desde donde se bombeará a la laguna y al río Sinú.*
- *Suministro de tubería de 36 pulgadas para el Colector El Dorado.*
- *Suministro e instalación de la línea de impulsión Estación El Dorado a la laguna en tubería de 24 pulgadas, en una longitud de 1.435 ml.*
- *Suministro e instalación de la línea de impulsión Estación de Bombeo El Dorado al río Sinú, en tubería de 20 pulgadas, en una longitud de 2.299 ml.*
- *Suministro e instalación de la línea de impulsión de la Estación Rivera a interceptar el colector El Dorado, en tubería de 12 pulgadas en una longitud 912 ml.*

⁴⁶ Se registró como justificación de los cambios solicitados lo que explicó la Interventoría a solicitud de FONADE para atender éste, a su vez, lo requerido por el ministerio en ese sentido: “Le informamos que en reunión sostenida con Proactiva Aguas de Montería el día 17 de noviembre de 2009, nos informaron que los cambios realizados al componente Construcción Colector matriz El Dorado en tubería de 36” se efectuaron debido a que: En el proyecto viabilizado por el Ministerio se instalarían 568 ml de tubería de 36” por un valor de \$710.109.281. Proactiva disminuye la cantidad de tubería a instalar en 289.5 ml debido a que: Proactiva contrata al ingeniero Geotecnista Pablo Castilla para realizar el estudio de suelos en los sitios donde se va a construir la Estación de Bombeo, sus instalaciones y el Colector Matriz Dorado. // En razón a que dicho estudio recomendó la instalación del Colector Matriz Dorado con la construcción de entibado tipo metálico y no con el entibado tipo 1ª en madera, tal como se había presupuestado en las licitaciones PAM-PC-LC-014-2007 y PAM-PC-LC-004-2008, Proactiva estableció hacer reajustes en el presupuesto del Proyecto Colector Matriz El Dorado, correspondiente a la licitación PAM-PC-LC-012-2008, con el propósito [de] mantener el presupuesto oficial por un valor de \$710.109.278. // Para conservar el valor original del proyecto Proactiva determinó reducir los metros lineales de tubería del proyecto 568, (sic) inicialmente presupuestados en la licitación PAM-PC-LC-004-2008, a 289.5 ml en la licitación PAM-PC-LC-012-2008 y compensar el mayor valor unitario del entibado metálico, correspondiente a \$59.853 – m2 contra \$20.000 – m2 del entibado tipo 1ª. Se efectuó la actualización de precios, propia de reajustes en el IPC, por el tiempo corrido entre la primera licitación correspondiente a agosto de 2007 y la tercera licitación de fecha agosto de 2008” (Se subraya).

⁴⁷ En el cuadro correspondiente al nuevo Plan Financiero se registró que el operador asumía la suma de \$841'100.042 en la reformulación del proyecto.



- *Construcción de la primera etapa de la laguna de la Margen Izquierda con capacidad de tratar 99 lps y que comprende la construcción de un tren de laguna facultativa y dos lagunas de maduración (se subraya).*

93. Acta de terminación de los trabajos objeto del contrato PAM-PC-LC-064 suscrita por el contratista y la interventoría el 5 de febrero de 2010, en la que consta que el contratista cumplió con el objeto contratado en el plazo establecido y que previa revisión de los productos o bienes, se constató que estos se encontraban terminados⁴⁸.

94. Acta de recibo y entrega final de los productos objeto del contrato PAM-PC-LC-064 suscrita el 5 de febrero de 2010 por el Consorcio Ingesa Laguna como contratista, el gerente de obras de la contratante Proactiva Aguas de Montería y el interventor, Consorcio Concep Ltda.-Ecovías Ltda., quien manifestó que el producto fue recibido por este a entera satisfacción⁴⁹.

95. Acta de liquidación bilateral del contrato PAM-PC-LC-064 del 5 de abril de 2010, suscrita por las partes y el interventor del contrato. En ella consta que el valor total ejecutado más ajustes fue de \$2.941'475.529, de los cuales el valor total pagado por FONADE fue de \$2.667'273.884 y el pagado por Proactiva fue de \$274'201.645 y no se registraron saldos ni obligaciones pendientes a cargo de ninguna de las partes, por lo que se declararon a paz y salvo por todo concepto⁵⁰.

96. Acta No. 1 de entrega de elementos laguna facultativa Contrato No. PAM-PC-LC-064-2008. En esta acta, suscrita el 30 de agosto de 2011 por los representantes de la contratante, de la contratista y de la Interventoría Euco Ltda., se expuso que se reunieron en las instalaciones de la laguna facultativa de la ciudad de Montería con intención de entregar, por parte del contratista, y de recibir por parte del contratante, *"(...) los suministros de materiales que se encuentran en stock, según contrato de obra ejecutado en su totalidad"*. A continuación, se relacionaron los elementos a entregar⁵¹:

Tubo novafort de 6"	330 ml
Tubo novafort de 8"	42 ml
Tubo novaloc de 36"	289,5 ml
Unión novaloc de 36"	45 und

⁴⁸ Fl. 234 del expediente digital.

⁴⁹ Fl. 236 y 657 del expediente digital.

⁵⁰ Fl. 430 y 653 del expediente digital.

⁵¹ Fl. 429 del expediente digital.



Empaque para unión novaloc	90 und
Tubo novafort de 30"	16 ml

97. Acta de Recibo Final del Contrato 027/2010 suscrita por representantes de la CVS, el contratista Consorcio Juan XIII 2010 y el interventor el 30 de agosto de 2013, en la que consta que el objeto del contrato⁵² fue ejecutado en un 100%. En esta acta, se indicó que los funcionarios de la empresa Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P., que estuvieron presentes durante la instalación de las tuberías no hicieron salvedad alguna sobre las pruebas y ensayos realizados a la obra construida ni sobre el funcionamiento de las tuberías instaladas. Aclarando que dicha empresa, era la operadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de Montería y que había construido la estación de bombeo de aguas servidas El Dorado, por lo que se encontraba adelantando pruebas eléctricas y de funcionamiento a los equipos electromecánicos instalados en la estación (bombas, sistemas de control de olores, etc.) y el ajuste de todo el sistema eléctrico de la misma (luminarias, alarmas, tomacorrientes, etc.) para lograr su óptima operación, y que “[l]a puesta en funcionamiento de la red de colectores instalados por el contratista de la CAR CVS está supeditada a la terminación de las mencionadas pruebas que adelanta el operador, las cuales serán terminadas en los próximos días”⁵³.

98. Informe del representante legal de Proactiva de Montería S.A. E.S.P. sobre la ejecución y cumplimiento de los contratos PAM-071 de 2007 y PAM-PC-LC-064 de 2008, enviado a solicitud de tribunal⁵⁴ el 8 de abril de 2015⁵⁵. En el mismo, se afirmó que estos contratos, derivados del Convenio Financiero No. 2060220 de 2006, sí fueron ejecutados a cabalidad.

99. Hizo un recuento de lo sucedido a partir de la suscripción del referido convenio suscrito entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, FONADE y el municipio de Montería, cuyo objeto fue la construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería, explicando que FONADE contrató al consorcio Concep Ltda.-Ecovías Ltda., para que desarrollara la interventoría de la construcción de este sistema de alcantarillado.

⁵² Consistente en la construcción de colectores secundarios barrio Juan XXIII, margen izquierda del municipio de Montería, suscrito el 29 de octubre de 2010 (f. 729 del expediente digital) y cuya acta de inicio se suscribió el 26 de noviembre de 2010 (f. 742 del expediente digital).

⁵³ Fl. 797 del expediente digital.

⁵⁴ Fl. 568, audiencia inicial, se decretó de oficio esta prueba; y 589, del expediente digital.

⁵⁵ Fl. 593 del expediente digital.



100. En virtud del referido convenio, a su vez el municipio de Montería y Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. suscribieron un convenio interadministrativo para la construcción de las mencionadas obras⁵⁶, lo que dio origen a la celebración de dos contratos: Uno para la construcción de la estación de bombeo en el barrio El Dorado y tres líneas de impulsión y otro para la construcción de un sistema de lagunas y parte del colector matriz del barrio El Dorado:

a) Contrato PAM 071 de 2007 por valor de \$3.790'910.053, que fue suscrito por Proactiva y el Consorcio Ingesa Montería, cuyo objeto fue la *“construcción de la Estación de bombeo de aguas residuales denominada El Dorado y la construcción de las líneas de impulsión entre la estación de bombeo El Dorado y las Lagunas facultativas, entre la EBAR Dorado y el Río Sinú, y entre la Estación Rivera y el Colector matriz”*. Este contrato requirió de obras adicionales, aprobadas por la interventoría, cuyo costo fue asumido por Proactiva con sus propios recursos. En razón de esas obras adicionales necesarias para dejar en funcionamiento la obra, en el informe se dijo que Proactiva solicitó al MAVDT su autorización para modificar el plan financiero del proyecto inicialmente aprobado *“a fin de incluir los recursos adicionales del concesionario que se necesitaban para dejar la obra terminada conforme al alcance definido en los diseños y en el contrato”*, lo que fue autorizado por el ministerio. El 26 de abril de 2011, el interventor contratado por el FONADE para la fase final del proyecto, EUCO Ltda., hizo entrega formal de la obra ejecutada a Proactiva y en su informe final consignó que se cumplió con el alcance de la meta física prevista.

b) Contrato PAM PC-LC-064 de 2008, entre Proactiva y el Consorcio Ingesa-Laguna, por valor de \$2.753'446.354, cuyo objeto fue la construcción de la laguna facultativa de la margen izquierda y colector matriz del barrio El Dorado. En relación con este contrato, en el informe se sostuvo que el 14 de agosto de 2009 la interventoría avisó a Proactiva que se requerían obras adicionales imprevistas que debían ejecutarse para que la obra fuera funcional. Y que *“[c]on el balance financiero presentado por la Interventoría, el MAVDT ajustó el alcance del proyecto dejando por fuera del alcance inicial unos componentes del proyecto para permitir que, con los recursos asignados por el MAVDT y la consecución de recursos adicionales del orden de \$321'209.726 se pudieran construir en su totalidad las tres (3) lagunas en serie del sistema de tratamiento; estos componentes excluidos del proyecto fueron: los lechos de secado*

⁵⁶ La Sala no encontró en el expediente digitalizado que fue remitido por el tribunal copia de este convenio.



y el colector matriz Dorado". Así fue como se ejecutó el nuevo alcance del proyecto, con el aporte, por parte de Proactiva, de los recursos adicionales requeridos para dejar las lagunas terminadas. La Interventoría contratada por FONADE para el proyecto, Consorcio Concep Ltda.-Ecovías Ltda., recibió a satisfacción las obras y el 5 de abril de 2010, hizo entrega formal de la obra ejecutada a Proactiva, mediante acta de liquidación final del contrato, cuyo valor total ejecutado fue de \$2.941'475.529.

101. De otro lado, afirmó que las obras construidas en virtud de los dos anteriores contratos son eficaces, porque cumplen a cabalidad con los lineamientos del Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico RAS 2000 (Resolución 1096 de 2000). Explicó:

102. Que en el Contrato PAM 071, el sistema construido consta de una estación equipada con seis equipos de bombeo y tres líneas de impulsión; la estación consta de una estructura de entrada donde se reciben las aguas residuales de la margen izquierda; y que la estación de bombeo se encuentra en operación y totalmente funcional desde el mes de septiembre de 2014, según videos y registro fotográfico adjuntos.

103. Por su parte, en el Contrato PAM PC-LC-064, el sistema construido consta de tres lagunas en serie, una laguna facultativa y dos lagunas de maduración; la primera se construyó para depurar las cargas orgánicas superficiales provenientes del sistema de alcantarillado sanitario, recolectadas en la estación de bombeo El Dorado, y las lagunas de maduración tienen como objetivo primordial la eliminación de bacterias patógenas. Además, se construyó la descarga final que transporta las aguas depuradas en el río Sinú. Se agregó que el sistema de lagunas fue aprobado de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Técnico mencionado, garantizándose totalmente su estanqueidad y se encuentran aptas para recibir las aguas residuales provenientes de los usuarios del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería. Y se sostuvo que dicho sistema lagunar se encontraba en operación desde el mes de septiembre de 2014.

104. En conclusión, en el informe se afirmó que las obras construidas en virtud de los dos contratos anteriores son eficaces, por cuanto cumplen con los lineamientos del reglamento y eficientes porque los equipos de bombeo funcionan adecuadamente con los caudales para los cuales fueron diseñados; y en cuanto al sistema de tratamiento, hay plena garantía de que el sistema de lagunas construido puede depurar las aguas residuales con los niveles de eficiencia exigidos por la CVS, es decir que cumple con



los porcentajes de remoción en carga de los parámetros de DBO_5 (demanda bioquímica de oxígeno) y SST (sólidos suspendidos totales), el cual es el objetivo final de un sistema de tratamiento de las aguas residuales municipales, según lo establecido por el Decreto 3930 de 2010 y el Decreto 1594 de 1984.

105. Informe de la CAR CVS⁵⁷ enviado a solicitud del tribunal *a-quo*⁵⁸ el 24 de junio de 2015. En él dio cuenta de las características de la margen izquierda de la ciudad de Montería, localizada en una zona baja e inundable con graves problemas de drenaje, debido a la falta de canales para la recolección y transporte de aguas lluvias y de escorrentía y la falta de un sistema completo y eficiente de alcantarillado sanitario, así como una inadecuada disposición de residuos líquidos y sólidos por parte de los habitantes del sector y la existencia de extensos humedales y caños que se desbordan en época de invierno.

106. Por tal razón, el 29 de octubre de 2010 se celebró el Contrato 027 por parte de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS, cuyo objeto fue la construcción de colectores secundarios barrio Juan XXIII, margen izquierda del municipio de Montería, viabilizado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y ejecutado con recursos del Fondo Nacional de Regalías y la CAR CVS. El plazo de ejecución inicial fue de 6 meses, el cual debió ser prorrogado en varias oportunidades debido a circunstancias de tipo climatológico y de estabilidad de suelos que no permitieron ejecutar las obras en forma oportuna y por la necesidad de realizar una intervención vial para construir un cruce subterráneo a lo ancho de la vía Montería-Arboletes, para lo que se tuvo que pedir y obtener autorización de la ANI⁵⁹. Fue así como el día 30 de agosto de 2013, se suscribió el

⁵⁷ Fl. 721 y sgtes. Del expediente digital.

⁵⁸ En la audiencia inicial del 6 de marzo de 2015, el tribunal ordenó requerir al representante administrativo de la CAR CVS para que rindiera un informe bajo la gravedad del juramento, de manera explícita y detallada, sobre el inicio, avance y evolución de la obra del canal colector matriz ubicado en la margen izquierda financiada por la CVS, agregando al mismo las razones por las cuales la obra del canal colector matriz mencionado, a la fecha de la contestación de la demanda -26 de septiembre de 2014- según el apoderado del municipio, no había sido entregada (fl. 569, 585 y 703 del expediente digital).

⁵⁹ Mediante oficio 0601929 del 21 de junio de 2012 (fl. 802 del expediente digital), el secretario general de la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge CVS le solicitó al presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura una autorización para un colector de alcantarillado sanitario en la vía Arboletes-Montería (Código 7401) a la altura de la calle 29 del barrio El Dorado de la ciudad de Montería. Explicó que la CVS se encontraba ejecutando el proyecto "Construcción de Colectores Secundarios Barrio Juan XXIII, margen izquierda de la ciudad de Montería", que comprendía la instalación de tuberías que funcionarían a gravedad y transportarían todas las aguas residuales provenientes de los barrios localizados en la margen izquierda de la ciudad de Montería. Que, para finalizar la instalación de las tuberías, que conectaban el sistema de alcantarillado existente que recolectaba las aguas servidas de varios barrios con la estación de bombeo y la planta de tratamiento de aguas residuales construidas en el barrio El Dorado, se debía intervenir la referida vía mediante la construcción de un cruce vial. Aclarando que "Con la instalación del tramo de colector matriz de 27" de diámetro a instalar transversalmente a la vía, se logrará que el sistema de alcantarillado sanitario de



Acta de Recibo Final con la ejecución total de las obras contratadas, conectadas a la estación de bombeo El Dorado y en pleno funcionamiento.

107. A partir de ese momento se empezó acercamiento con el municipio de Montería y la empresa Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. para la entrega de las obras de alcantarillado, pero en el mes de octubre de 2013 se presentó una falla en los dos últimos colectores, por lo que Proactiva decidió no recibir las obras ejecutadas hasta que se realizaran las reparaciones de los colectores afectados. Efectuadas las reparaciones necesarias, Proactiva solicitó que se realizara una nueva limpieza de la tubería instalada como requisito para el recibo a satisfacción de las obras construidas.

108. Pasado casi un año de terminadas las reparaciones y puestas nuevamente en funcionamiento las obras, Proactiva informó a la CVS que el 27 de enero -de 2015- habían realizado inspección con cámara de video al tramo que conecta el colector construido con la estación de bombeo El Dorado y se evidenció que la tubería presentaba: i) perforaciones del tramo de 30 pulgadas que conecta el colector construido con la estación de bombeo, lo cual permitía el ingreso de aguas freáticas al sistema de alcantarillado; ii) achatamiento de la parte superior del tramo de 30 pulgadas y iii) mala colocación de hidrosellos, lo que permitía el ingreso de aguas freáticas al sistema de alcantarillado. Por lo anterior, la CVS requirió al contratista y al interventor para que se reparara de forma inmediata el tramo afectado e inició los procesos sancionatorios pertinentes, “(...) *dado que se ha presentado inestabilidad de las obras construidas en la estación de bombeo “El Dorado” de la ciudad de Montería*”.

109. A la fecha del informe -24 de junio de 2015-, se tenía adelantado un 70% de la reparación del tramo de colector de 30 pulgadas y 3 metros de longitud que conecta el colector principal construido por la CVS con la estación de bombeo El Dorado construida por Proactiva, y se esperaba que en un término no mayor de 20 días se terminara dicha actividad, para hacer entrega de las obras al municipio y a la empresa.

110. Y concluyó que el proyecto adelantado por la CAR CVS no contempló la construcción de acometidas domiciliarias, por lo cual el colector principal, la estación de bombeo El Dorado y la planta de tratamiento de aguas residuales, sólo recibirá aguas servidas cuando Proactiva construya las conexiones domiciliarias de la margen izquierda. A esa fecha, se estaban recibiendo las aguas residuales provenientes de algunas viviendas conectadas de forma fraudulenta.

gran parte de la margen izquierda de la ciudad, funcione adecuadamente”. Dicho permiso fue concedido mediante Resolución No. 088 del 16 de enero de 2013 (fl. 807 del expediente digital).



111. El 31 de diciembre de 2012 el Ministerio de Ambiente, Vivienda, Ciudad y Territorio envió oficio al alcalde municipal de Montería en el que manifestó que durante la ejecución de las obras correspondientes al cumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero 2060220 suscrito entre ese ministerio, FONADE y el municipio, se presentaron modificaciones que fueron avaladas por la interventoría, el contratista y la sociedad Proactiva y que condujeron a la reformulación del proyecto por parte del ministerio. Que uno de los componentes del proyecto, contemplaba el suministro de tubería de 36 pulgadas en una longitud de 289 metros lineales que serían instalados en el Colector Matriz El Dorado, pero que en visita realizada por el supervisor del ministerio se le informó que dicha tubería no fue instalada, *“(...) y aun cuando este hecho no afectó la correcta terminación del proyecto, este Ministerio solicita de manera inmediata se inicie el trámite financiero respectivo ante el Ministerio y Fonade para la devolución de los recursos correspondientes al ítem suministro de tubería PN1 SN2500 N7m2 DN900 mm (36”) por valor de \$102’483.000 pesos moneda corriente, con la indexación de los mismos a la fecha efectiva de devolución”*, pues esos recursos debían ser reintegrados al Convenio Marco No. 27 suscrito entre el ministerio y FONADE⁶⁰.

112. Mediante oficio PAM-OB-OB/13-07/00344 del 16 de julio de 2013, la gerente general de Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. dio respuesta a FONADE sobre la solicitud de reintegro de la suma de \$142’970.797 que le hiciera aquella entidad⁶¹, por concepto del costo de las tuberías suministradas y no instaladas en el alcance del Contrato PAM.PC-LC-064 de 2008⁶². Al respecto, le manifestó que las tuberías a las que se hizo referencia correspondieron al suministro que según el Acta Parcial No. 1 del contrato recibió la interventora Concep Ltda.-Ecovías Ltda., de tuberías que debían ser instaladas en el Colector Matriz Dorado y en los lechos de secado de lodos. Explicó que, en razón de las obras adicionales que se debieron ejecutar y cuyo costo fue asumido por Proactiva con sus recursos propios en la suma de \$928’539.044, incluyendo los costos de interventoría -tal y como consta en las actas de liquidación de los dos contratos 071 y 064-, dicha sociedad presentó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una solicitud de reformulación del proyecto, explicando que se debían priorizar las obras inherentes al sistema de tratamiento (lagunas), es decir que las tuberías que se habían recibido para el colector del Dorado y los lechos de secado no se iban a instalar, se aplazó su instalación, porque el propósito de la reformulación tenía como prioridad que el sistema de pretratamiento y

⁶⁰ Fl. 227 del expediente digital.

⁶¹ Mediante oficio No. 20132330117961 del 23 de mayo de 2013, fl. 256 del expediente digital.

⁶² Fl. 259 del expediente digital.



la construcción de las lagunas facultativas se lograran terminar. Que se obtuvo por parte del ministerio la aprobación de la reformulación del proyecto, autorizando un nuevo plan financiero del proyecto reformulado por valor de \$8.828 millones, de los cuales Proactiva se comprometió en la financiación del 12% de los recursos asignados. Y agregó que *“Se hace énfasis en que el Ministerio estuvo al tanto de que existían obras que no podían realizarse con los recursos que se asignaron en la reformulación del proyecto, entre ellas, se elimina la construcción de los lechos de secado y la instalación de la tubería del colector matriz el Dorado”*.

113. Adujo que el interventor contratado por FONADE para la etapa de liquidación del contrato de obra, Euco Ltda., le solicitó a Proactiva que almacenara en sus bodegas las tuberías en cuestión, por lo que, desde el 30 de agosto de 2011, cuando se suscribió la respectiva acta de recibo de tales elementos, los mismos estaban bajo su guarda.

114. Manifestó así mismo, que las tuberías en cuestión no pudieron ser utilizadas en el Contrato Interceptor Juan XXIII celebrado por la CVS, por cuanto fue viabilizado técnicamente por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial un proyecto con características y alcance técnico distinto al inicialmente aprobado en el marco del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220, sin tener en cuenta la tubería del colector matriz que había quedado sin instalar.

115. Así las cosas, como no había una disposición expresa en los documentos del convenio de apoyo financiero que indicara que Proactiva debía devolver en dinero los elementos suministrados y no instalados en el desarrollo del proyecto, le solicitaba que determinara el destino final de la tubería para hacerle entrega de la misma, la cual se encontraba almacenada y custodiada por la empresa desde la liquidación de las obras, lo que le representaba costos importantes.

Dictamen pericial

116. Dictamen pericial rendido por el ingeniero civil José Luis Gánem Páez⁶³ el 13 de agosto de 2015⁶⁴, acompañado de registro fotográfico, fotografías aéreas brindadas

⁶³ Ingeniero Civil, con especialidad en Ingeniería Sanitaria y Ambiental y especialista en Análisis de Diseño y Estructuras, con experiencia como auxiliar de la justicia de alrededor de 20 años en la lista de auxiliares.

⁶⁴ Se advierte que el perito solicitó que se decretaran y practicaran varias pruebas que consideró necesarias para rendir su dictamen (el estudio que dio origen en su fase 1 y su fase 2 del convenio de apoyo financiero No. 2060220; en medio magnético: las memorias de cálculo con los planos anexos que dieron origen para concebir tal proceso y el listado actualizado de los precios y los APU que dieron origen al presupuesto que hace parte de los contratos No. PAM-071-2007 y el PAM-PC-LC-064 de



por el sistema de información geográfica Google earth y video de las obras encontradas y su funcionamiento. A continuación, se relacionan las preguntas que se le formularon y las respuestas dadas por el auxiliar de la justicia⁶⁵:

117. Que el perito determine las obras ejecutadas, entregadas y no ejecutadas, en la ejecución de los contratos CONSORCIO INGESA y en el CONSORCIO INGESA LAGUNA dentro de la ejecución de los contratos PAM No. 071 de 2007 y PAM-PC-LC-064 de 2008 respectivamente, especificando en qué forma fueron ejecutados los recursos del convenio 2060220 por valor de \$7.200.000.000.

118. En su respuesta el perito estableció, con base en las actas de mayores y menores cantidades, las actas finales y de recibo de obra, lo siguiente:

119. En el contrato del Grupo 1 No. PAM-071-2007, cuyo objeto consistió en la construcción de la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería, con fecha de inicio el 29 de febrero de 2008 y fecha del acta de entrega final del 26 de abril de 2011, es decir un tiempo transcurrido de 3 años 2 meses, es decir 38 meses:

TOTAL APORTES DE LA NACIÓN	\$3.790.910.053
TOTAL APORTES PROACTIVA AGUAS DE MONTERÍA S.A. E.S.P.	\$504.151.821
TOTAL APORTES EJECUTADO	\$4.295.061.873
NUEVO VALOR DEL CONTRATO DE OBRA GRUPO 1, SEGÚN LOS REAJUSTES HECHOS AL NUEVO PLAN FINANCIERO (Según Acta Final)	\$4.001.150.059,39

120. Las obras realizadas fueron:

- Suministro tubería 36 pulgadas para el colector El Dorado.
- Edificio Estación de Bombeo El Dorado, de 600 y 200 LPS
- Instalaciones eléctricas
- Estación eléctrica
- Extensión línea de impulsión Estación El Dorado-Laguna margen izquierda
- Extensión línea de impulsión Estación El Dorado-Río Sinú 24 Pulg.
- Construcción línea de impulsión Estación La Rivera-Colector matriz El Dorado 12 pulg.

2008), a lo cual el tribunal accedió, ordenando a las entidades demandantes y demandada la remisión de la documentación solicitada (f. 698 y 700 del expediente digital).

⁶⁵ Fl. 836 del expediente digital.



121. Valor total ejecutado: \$4.295'061.873

122. Y el perito concluyó que *“Lo anterior indica que este contrato se ejecutó a cabalidad, a pesar de haber tenido varios ajustes, obras adicionales, como también algunas suspensiones y prórrogas. Estas debidamente soportadas y avaladas por la interventoría de su momento CONSORCIO CONCEP LTDA-ECOVIAS LTDA.”*

123. Para el contrato del Grupo 2 No. PAM-PC-LC-064-2008, cuyo objeto consistió en la construcción de la laguna facultativa de la margen izquierda y colector matriz del barrio El Dorado, con valor inicial de \$2.753'446.354 según el contrato de Proactiva, el mismo dio inicio el 29 de diciembre de 2008 y la entrega final se produjo el 5 de febrero de 2010, es decir un año y un mes de duración. Tuvo un valor adicional de \$2.941'475.529 y un valor total ejecutado (más el ajuste) de \$2.941'475.529.

124. Las obras realizadas fueron:

- Lagunas de estabilización
- Emisario Final de 30 pulgadas
- Línea de impulsión Estación Dorado-Laguna 24 pulgadas
- Línea de impulsión Estación El Dorado-Río Sinú, 20 pulgadas
- Obras de cerramiento
- Extensión colector matriz-Alcantarillado de la margen izquierda.

125. Las obras no ejecutadas con recursos del convenio fueron:

- Manejo de lodos, lecho de secado
- Extensión del colector matriz El Dorado en un diámetro 36 pulgadas
- Extensión colector matriz-Alcantarillado margen izquierda

126. Que determine el porcentaje de ejecución de las obras del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 a 31 de junio de 2011.

127. El perito respondió que haciendo uso de la información consignada por las interventorías y en las actas de entrega y recibo final de los contratos No. PAM-071-2007 y PAM-PC-LC-064-2008, se advertía que entre los dos se había ejecutado la suma de \$7.236'537.802 y el último valor ajustado del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio-FONADE, con el NUEVO PLAN FINANCIERO MODIFICADO, representa



un total de \$7.447.371.606,39, por lo que, haciendo la relación, se encontraba que el porcentaje de ejecución fue del 97,17%.

128. Acotó que en las actas de menores y mayores cantidades dice que el contrato del Grupo 1 No. PAM-071-2007 estaba en un 95,67%, mientras que el del Grupo 2 No. PAM-PC-LC-064-2008 dice que estaba en un 100%.

129. Que cuantifique a la fecha del dictamen pericial los costos en que se deberá incurrir para poner en funcionamiento las obras del proyecto objeto del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 y de sus contratos derivados PAM-071-2007 y PAM-PC-LC-064-2008 ejecutadas a corte 30 de junio de 2011.

130. El perito estableció que quedaron pendientes i) el lecho de secado de lodos y ii) el colector matriz El Dorado con una longitud de 289,50 metros lineales de tubería de 36 pulgadas de diámetro. Expuso, en primer lugar, la justificación que existió para la no realización de estas obras, manifestando, en relación con el manejo de lodos o lecho de secado, que este suceso fue informado y tratado en comité de obra, donde Proactiva pidió su no construcción, en razón de los ajustes que debían hacerse en cuanto a las mayores y menores cantidades de obra a ejecutar. En cuanto a la construcción del Colector El Dorado, sostuvo que el mismo sufrió varios contratiempos ya que, de un lado, el entibado pasó de ser en madera a ser metálico, con una reducción de la longitud de la tubería a 289,5 mts.; y de otro lado, el colector fue contratado por la CVS, y no había sido entregado aún en debido funcionamiento.

Luego procedió a efectuar los cálculos pedidos, los cuales arrojaron como resultado que:

131. El valor establecido para ejecutar el lecho de secado de lodos era de \$426'899.101 y según informe de interventoría No.1, los recursos se empezaron a administrar desde enero de 2008, por lo que los cálculos se hicieron a partir del primer mes vencido, es decir febrero de 2008. Aplicando el índice de costos de la construcción pesada (ICCP) para indexar dicha suma, el perito determinó que, para junio de 2015, el costo para ejecutar las referidas obras ascendía a \$527'084.214,05.

132. El valor a indexar por concepto del colector matriz El Dorado en la longitud mencionada era, según lo consignado en las actas, de \$652'923.198 que,



actualizados desde febrero de 2008 hasta junio de 2015 con el ICCP, daba la suma de \$ 806'151.874, 88.

133. Determinar, en la evolución de la ejecución de los contratos mencionados, cómo se produjo la construcción del colector matriz del Dorado y si dicha obra fue entregada en forma satisfactoria y funcional.

134. El perito manifestó que dicho colector no fue construido en ejecución del contrato PAM-PC-LD-064 de 2008 porque cuando se iba a ejecutar, se advirtió que ya había sido contratado por la CVS, así que no se pudieron instalar los 568 metros de tubería de 36 pulgadas que inicialmente se tenían presupuestados, como tampoco los 289,50 metros que fueron reajustados por las mayores cantidades de obra. Se indagó en la CVS por dicho colector y se informó que el mismo fue instalado, pero que había tenido varias fallas durante sus pruebas hidrostáticas, agregando que *“el día de la visita se evidenció la falla en la cámara de llegada de este colector y presentaba asentamientos, motivo por el cual la tubería de 36 pulgadas se había roto”*.

135. Determinar de manera general si la obra ejecutada en su conjunto es funcional o no, para lo cual deberá determinar si se realizaron o no pruebas técnicas.

136. El auxiliar de la justicia informó que se realizó una visita con funcionarios de la empresa Proactiva S.A. E.S.P. y se pudo evidenciar que el sistema contemplado en los diseños correspondía a un colector principal de 36 pulgadas, que llevaría todas las aguas residuales provenientes de los barrios de la margen izquierda a una estación de bombeo de aguas residuales del Dorado; desde esta planta, serían llevadas a través de una tubería de 24 pulgadas de diámetro hasta las lagunas de oxidación. Las aguas ya tratadas provenientes de las lagunas, serían nuevamente enviadas por una tubería emisaria de 24 pulgadas a la estación de bombeo de aguas residuales del Dorado y desde aquí, serían bombeadas por una tubería de 20 pulgadas a su disposición final, en el río Sinú.

137. Sostuvo que la manera adecuada para establecer si el sistema en conjunto era o no funcional, era poniendo en actividad *“para lo que fueron concebidos cada uno de estos componentes, pero el que garantiza el inicio de este funcionamiento es el COLECTOR EL DORADO y los equipos de BOMBEO para la disposición final del agua al río Sinú; pero he sostenido, este se encontraba averiado. Por todo lo anterior, solo se pudo evidenciar el funcionamiento de la LÍNEA DE IMPULSIÓN DE AGUAS*



RESIDUALES que va desde ESTACIÓN DE BOMBEO DE AGUAS RESIDUALES DEL DORADO hasta las LAGUNAS DE OXIDACIÓN". Pero que no estaban funcionando el emisario final que lleva nuevamente las aguas ya tratadas a la Estación de Bombeo Aguas Residuales del Dorado ni la que va de esta estación hasta el río Sinú, sitio de disposición final. Por lo tanto, el día de la visita no se encontraba operando dicho sistema de manera conjunta.

138. **Audiencia de contradicción del dictamen:** El 4 de septiembre de 2015 se reanudó la audiencia de pruebas en el tribunal, llevando a cabo la audiencia de contradicción del dictamen pericial, en la cual las partes tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre esta prueba y de pedir las aclaraciones y complementaciones que consideraron necesarias⁶⁶.

139. El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio manifestó que el dictamen cumplía con el objeto para el cual se practicó y que no tenía ninguna objeción.

140. Por su parte, el apoderado del FONADE pidió las siguientes aclaraciones:

141. En relación con el suministro de tubería de 36" para el colector El Dorado, le pidió al perito informar si dicha tubería estaba instalada. En caso contrario, cuál era el estado de la misma, qué cantidad se encontraba almacenada, en dónde y si la misma podía ser utilizada en ese momento, a lo que el auxiliar de la justicia respondió que la mencionada tubería no fue instalada y que no la midió porque esto no fue pedido en el decreto de la prueba. Pero que sí constató que existía en la estación del Dorado, aunque no podía dar fe de que una tubería mantenida a la intemperie conservara las mismas condiciones para las que fue adquirida, pues entre otras cosas, el sol cristaliza el PVC.

142. Sobre la estación de bombeo de El Dorado de 600 y 200 lts. x segundo, se le pidió aclarar si esta infraestructura estaba brindando algún servicio en ese momento. El perito respondió que había algunos usuarios conectados fraudulentamente y la poca agua que lograba pasar llenaba un foso donde se encontraban las bombas. Esa bomba es la que envía el agua desde esa estación a la laguna. Es el único servicio que hay, no está funcionando la que reimpulsa a la disposición final, la de 20".

⁶⁶ CD Audio 574 2014-57 cont. Pruebas-PERITO, cuaderno principal del expediente.



143. En relación con el contrato No. PAM-PC-LC-064 de 2008, lagunas de estabilización que, según el proyecto, serían anaerobia facultativa y de maduración, el apoderado preguntó si esas obras se encontraban en buen estado y en funcionamiento, y que si no lo estaban ¿se les ha dado mantenimiento para evitar que sufran deterioro? El experto respondió que las lagunas estaban en buen estado de funcionamiento; que periódicamente lograba colarse algo de agua que provenía de los que estaban conectados fraudulentamente y que esa agua la enviaban a la laguna de oxidación, que prácticamente mantenía cierto nivel, que bajaba por evaporación. Y que los operadores, cuando el foso estaba que se rebosaba, prendían la bomba y mandaban el líquido hasta allá. Reiteró que en buen estado sí estaban.

144. En cuanto a la extensión al colector matriz del alcantarillado de la margen izquierda, el apoderado preguntó cuál era el estado actual de la obra y si se encontraba en funcionamiento, si respecto de ese tramo se habían efectuado pruebas hidrostáticas y qué resultado se obtuvo con ellas. El perito manifestó que la tubería fue instalada con el contrato de la CVS pero no estaba en funcionamiento; que habían tratado de ponerla a funcionar, pero que casi siempre había problemas con la tubería, sufría aplastamientos sucesivamente, por lo que no estaba en funcionamiento el colector final El Dorado.

145. Se pidió que indicara todas las obras que resultaran necesarias para que el proyecto fuera funcional detallando cada una con su respectivo valor. El auxiliar de la justicia respondió que eso era, básicamente, un circuito; si no se tiene el producto final, que es el agua que brinda el colector El Dorado, no se podrá satisfacer la necesidad para la cual fue concebida la obra, que era el beneficio de los usuarios de la margen izquierda. Por esta razón, sostuvo que había interpretado lo sostenido por la interventoría en cuanto a que el lecho de secado no era como una camisa de fuerza para hacerlo de inmediato. Y que para el funcionamiento del sistema, lo que se requería era adecuar el colector El Dorado, que es el que pone a funcionar las bombas que se requieren para el vertido final del líquido en el río Sinú. Que esa parte del lecho de secado, Proactiva se comprometió a hacerlo y efectivamente lo hizo, pero que estaba "a medias". En todo caso, reiteró que su labor se limitaba a lo que estaba dentro de los contratos y que se dejó de hacer, por eso fue que mencionó que fue la interventoría la que contempló que el lecho de secado no se hiciera, para tratar de reajustar la parte del precio.

146. Se le preguntó al perito si podía detallar cada obra faltante necesaria para el funcionamiento del sistema con su respectivo valor estimado, a lo que el auxiliar de la



justicia reiteró que lo que faltaba era el colector El Dorado, cuyo valor actualizado se había calculado en el dictamen en aproximadamente 800 millones de pesos.

147. El apoderado le preguntó al experto, en cuanto al colector El Dorado construido por la CVS, si las fallas eran factibles de reparar, la duración de tales obras de reparación y si representaban algún riesgo a futuro para el buen funcionamiento del sistema. El perito respondió que el suelo donde están las obras es de ciénagas; que se puede arreglar el colector, pero que eso implicaría tomar los correctivos de suelo y que era ahora cuando se estaban tomando la tarea de explorar el suelo hasta 25 metros para ver qué era lo que estaba pasando, que el suelo se estaba comportando de manera inestable y no dejaba trabajar el colector. Que no era la primera vez que lo reparaban, ya lo habían hecho varias veces, según lo informó la CVS. Reiteró que sí se podía hacer, pero ello implicaría mayores costos; que ahí se necesitaba un entibado especial, como lo dijo la interventoría, que fuera metálico, no tipo A. Los colectores finales casi siempre van muy profundos porque eso trabaja es por gravedad, y en la medida en que se va avanzando hasta el final, las pendientes son mayores y claro, la tubería termina enterrada.

148. En cuanto a la determinación de si la obra terminada es funcional en su conjunto, se le pidió al perito que indicara si las líneas a las que hizo referencia que no estaban en funcionamiento era porque el sistema como tal no lo estaba, o si las líneas antes descritas presentaban por sí mismas un defecto que les impedía funcionar; y de ser así, que señalara, de manera específica, la causa. Adicionalmente, si por el tiempo que habían estado las tuberías sin uso desde el momento de su entrega, al entrar en servicio se podría presentar alguna avería, situación que debería ser tomada en cuenta. El perito respondió que el motivo por el cual no había funcionado bien el colector El Dorado de 36" ya se había explicado en la anterior respuesta; que era un problema de suelo, sobre el cual se habían tomado casi todos los correctivos posibles, pero que ahora habían decidido hacer una exploración más a fondo. Sobre la tubería, conceptuó que tendrían que someterla a una prueba técnica de presión para poder decir si aguanta la cantidad de presión para la que fue diseñada, o si estaba deteriorada en un 10% o en un 20% de su capacidad.

149. El apoderado de FONADE indicó que el perito había manifestado que en un tramo se presentó una socavación del terreno que generó rompimiento de la tubería, por lo que era necesario que estableciera la cantidad de metros de tubería que debía sustituirse o repararse, a lo que el auxiliar de la justicia contestó que no podía dar un metraje de lo que se debía reparar, pero que toda la tubería estaba cimentada sobre



un terreno que era de origen lagunar, era una ciénaga. Y que básicamente la parte que estaba sufriendo la avería era en la cámara de llegada, donde confluye la tubería, de tal manera que era un caudal importante, que pasaba por 36", luego no era cualquier caudal sometido allí abajo, y que además tenía una cantidad de peso por encima, el material seleccionado con el que tenían que cubrir la tubería para conservarla y que no tuviera fallas, lo que ayudaba a hacerle aplastamiento a ese tipo de tubería.

150. Que se aclare, teniendo en cuenta que no se evidenciaban obras de conexión domiciliarias, si al finalizar las correcciones que se le estaban haciendo al sistema, éste podría entrar en funcionamiento o si se hacen necesarias tales conexiones. De ser así, se solicitó que fueran cuantificadas por el perito dentro del costeo realizado en su dictamen. Que él había mencionado que se iban a hacer unas correcciones para entrar en funcionamiento, que si con éstas el sistema podría funcionar o no. El auxiliar de la justicia respondió que claro que sí. Que ellas habían entrado en funcionamiento pero no demoraban mucho, las sometían a prueba y en corto tiempo fallaban, pues mientras no se tomara una decisión de reparar radicalmente el suelo, era imposible que entraran en funcionamiento.

151. El apoderado de FONADE le manifiesta al perito la preocupación de la entidad por el tiempo transcurrido desde la entrega de las obras, según las actas de recibo, más de cuatro años, sin que se hubiera podido hacer uso total de las mismas, y si al entrar en funcionamiento irían a presentar alguna falla o avería, por lo que se pide al perito que describa las posibles anomalías que se pueden dar en la puesta en marcha del sistema. El perito respondió que las tuberías que se había logrado enterrar, el periodo de diseño comienza como a acortarse, para lo cual fueron ellas concebidas. Porque como lo ha dicho, el contacto de las tuberías con el suelo, cualquiera sea su material -metálicas, de concreto, etc.-, siempre va mermando su vida útil, por lo que debe descontarse por lo menos el tiempo en que fueron enterradas.

152. Refiriéndose a un video que fue proyectado en la audiencia por el perito, de una visita que hizo al colector El Dorado, el apoderado le preguntó qué fue lo que dijo el operario que lo atendió, pues no se entendía. El perito manifestó que la primera vez que fue con funcionarios de Proactiva, le explicaron el motivo de la falla, que había sufrido el aplastamiento de la tubería y que ya lo estaban corrigiendo. Posteriormente volvió solo, y el operario le dijo que se había roto más atrás, y que ahora estaban haciendo un estudio de suelo de hasta 25 mts. de profundidad para ver qué estaba



pasando, si era que había una corriente de agua subterránea o si por el tipo de suelo definitivamente no se podía.

153.. El apoderado del municipio de Montería manifestó que no había oposición al dictamen pericial, pero pidió las siguientes aclaraciones:

154. Los dineros que envió la Nación están invertidos en las obras que están representadas en los videos? El perito respondió que sí, y que así lo avaló la interventoría.

155. En cuanto al canal colector, ¿ese contrato está en cabeza de quién? Respondió: de la CVS.

156. Que aclare sobre la apreciación inicial que hizo el perito en la que advirtió que no se tomara lo dicho como un regaño ¿A qué se refería? El perito explicó que lo que quiso mostrar fue que en ese tipo de proyectos en donde hay mucho dinero en riesgo, por su envergadura, por el tipo de obras, no es lo mismo ejecutar un contrato a cielo abierto que meterse cuatro metros de profundidad. Entonces la observación del perito hacía referencia a lo que dice el diseñador, de un lado, por ejemplo al señalar que la excavación va a ser a 3 metros y medio, pero luego viene otra parte de la ingeniería que es la de costo, presupuesto. En donde el ingeniero no puede poner en riesgo una tubería como esa, que es tan cara, simple y llanamente porque se le olvidó que era hasta 3 metros y medio y que para llegar a esa profundidad se necesitaba un entibado metálico, que le diera la garantía de que a los operadores no les fuera a ocurrir un accidente, que se fuera a desbarrancar, a derrumbar todo el suelo y que trajera mayores consecuencias. Sostuvo que, a su juicio, donde de pronto no miraron bien esa parte de presupuesto, cotizaron, recibieron un emisario que iba a ser enterrado a metro y medio, cuyo entibado más común es en madera, con un costo muy inferior al que era requerido. Así, por 800 o 500 millones de pesos, en un proyecto tan grande como el presente, se puso en riesgo y no estaba funcionando. Independientemente de quién sea el contratista, lo cierto es que está en riesgo porque lo calcularon mal, lo previeron mal. El tipo de entibado proyectado no era el adecuado. Y el contratista dirá que se acogió a lo que le dijeron que hiciera en el contrato, pero en ingeniería se debe ser medurado para las cosas y no hacerlas a la ligera.

157. A continuación, le preguntó: ¿Cree que en el momento en que la CVS entregue el colector la obra va a cumplir la finalidad para la que fue contratada? El perito contestó que sería un poco conservador, pues lo que garantizaría si el colector va a



funcionar o no eran los resultados que surgieran de la exploración que se estaba haciendo del suelo, y que no podía quedarse solo en el punto de la estación, sino que debía echarse un poquito hacia atrás, porque si la tubería se rompe a la llegada, y 20 metros atrás, y otros 50 metros antes, es porque hay un inconveniente que no se atreve a afirmar si va a funcionar. Si no se corrige el asunto del suelo, el problema seguirá siendo el mismo y no entrará en funcionamiento.

158. Agente del Ministerio Público: Consideró que el dictamen era completo y estuvo enriquecido con las aclaraciones efectuadas en la audiencia, constituyendo una prueba fundamental. Planteó como inquietud que cuando se iba a ejecutar la obra del colector matriz El Dorado se encontraron con que esa obra había sido emprendida por la CVS, ¿entonces los recursos destinados para tal fin dónde se hallaban? ¿se reinvertieron, se devolvieron o dónde están? A lo que el perito respondió que de acuerdo con los informes de interventoría hubo una cantidad de ajustes en la parte eléctrica y que en el acta de mayores y menores cantidades de obra estaba lo que se dejó de ejecutar. Que, en el primer informe de interventoría dice que el 89% de la tubería, la de 36", la compraron de inmediato, de modo que el contratista estaba devolviendo solamente la parte correspondiente a la instalación de la tubería, porque el suministro se efectuó y allí estaba la tubería. Que eran entonces esos recursos los que había que devolver, como está soportado en el informe final.

Consideraciones de la Sala:

159. Con fundamento en el análisis del anterior acervo probatorio, considera la Sala que los argumentos planteados por las entidades apelantes en sus recursos carecen de la fuerza de convicción necesaria como para desestimar lo decidido por el *a-quo* en relación con el cumplimiento, por parte del municipio de Montería, de las obligaciones que en virtud del convenio interadministrativo de apoyo financiero fueron radicadas en cabeza de esta entidad territorial.

160. En efecto, lo primero que resulta necesario observar es que el negocio jurídico en torno al cual gira la presente controversia no fue un contrato del que se hubieran derivado prestaciones y contraprestaciones a cargo de las partes que se pudieran ver como equivalentes y en el que el cumplimiento de las obligaciones radicadas en cabeza de cada una de ellas, pueda mirarse como necesario para la obtención del fin individual y subjetivo perseguido por la contratante y por el contratista, quienes se hallan, por lo tanto, en una contraposición de intereses disímiles, que se busca satisfacer mediante la celebración del acuerdo de voluntades.



161. Por el contrario, se trata de un convenio interadministrativo de los regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998⁶⁷, figura concebida por el ordenamiento jurídico como pasible de ser utilizada por las entidades estatales con el objeto de aunar esfuerzos en aras de la obtención de un resultado de interés común para ellas, que apunta al logro de una misma finalidad perseguida por las entidades involucradas en el acuerdo de voluntades y que converge, en últimas, en la satisfacción del interés público o general, a la que apunta toda la actividad administrativa del Estado.

162. Esta distinción ya la ha efectuado la Sala, al sostener que “(...) como lo ha señalado la Subsección⁶⁸, el contrato interadministrativo, a diferencia del convenio interadministrativo, es un acuerdo de contenido patrimonial, característicamente oneroso, donde existe una prestación y una contraprestación en función del interés de cada una de las partes, y que se expresa a través de la estipulación de obligaciones recíprocas que se miran como equivalentes, según las previsiones iniciales acordadas al momento de proponer o contratar⁶⁹”⁷⁰.

163. Así lo ha reconocido también la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al sostener que “[l]ógicamente, en los convenios interadministrativos propiamente dichos, es posible que cada entidad incurra en costos y gastos, y en ejecución de su propio presupuesto para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos, o el pago de un precio o una remuneración por un servicio prestado o por un bien adquirido o por una obra realizada por una a favor de la otra, pues en tales eventos se estará en presencia de

⁶⁷ El inciso primero del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 establece que “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”.

⁶⁸ [37] “Este [se refiere al convenio interadministrativo], con arreglo a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 489, se ha definido como una forma de gestión cooperada de competencias administrativas que asume el ropaje de un negocio jurídico en el cual se regulan intereses convergentes de, al menos, dos entidades estatales. Se trata de una manifestación de la llamada actividad negocial de la administración pública que se basa en el principio de cooperación administrativa y, por tanto, allí no existe una posición prevalente de una parte frente a la otra, ni está presente ánimo o interés remuneratorio entre ellas (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, radicación 66001-23-33-000-2015-00131-01(61429), Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico)”.

⁶⁹ [38] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de marzo de 2023, exp. (58623), C.P. José Roberto Sáchica Méndez”.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2024, rad.: 05001-23-33-000-2016-00392-01 (70.771), C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.



verdaderos contratos...” (Se subraya)⁷¹. Y, recientemente, la Sala ha reiterado en relación con los convenios interadministrativos:

Se ha dicho que estas relaciones, por tener un carácter cooperativo y asociativo, siguen primordialmente lo pactado por el acuerdo de voluntades suscrito entre las partes, como expresión de la regulación autónoma de las entidades que concurren a su celebración. De allí que, solo por manifestación expresa de las partes, se habrá de acudir al régimen general de contratación estatal, siempre que no se contraríe aquello que caracteriza a este tipo de convenciones: la finalidad de alcanzar mancomunadamente un determinado propósito común. En efecto, como lo ha desarrollado igualmente la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, “dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso”⁷²⁷³.

164. De acuerdo con lo expuesto, no se puede afirmar que, mediante el convenio de apoyo objeto de la presente controversia, el hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE se hayan comprometido a pagar unos recursos, a título de contraprestación, a cambio de obtener, de parte del municipio de Montería, la construcción de una determinada obra, sino que se trató de la colaboración pactada entre las tres entidades, desde el ámbito de sus propias competencias y cometidos, en virtud de la cual se repartieron las distintas responsabilidades de conformidad con las funciones y posibilidades de acción de cada una de ellas, con la finalidad de satisfacer una necesidad de interés público, como lo era dotar de alcantarillado a la población del municipio.

165. Desde esta perspectiva, se advierte que se probó en el plenario que el municipio de Montería, a través de su concesionario Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P., cumplió con la obligación consignada en el Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 de celebrar los contratos necesarios para la ejecución de las obras correspondientes al proyecto ‘*Construcción primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería, Córdoba*’.

166. Así mismo, se acreditó que los recursos aportados por la Nación a través del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio fueron invertidos en la construcción de los

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de julio de 2016, Rad. 11001-03-06-000-2015-00102-00 (2257), C.P. Álvaro Namén Vargas.

⁷² [25] “Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. Rad. 11001-03-06-000-2015-00102-00 (2257). C.P. Álvaro Namén Vargas”.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2024, rad.: 73001-23-33-000-2018-00169-01 (70.786), C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.



trabajos necesarios para la consecución del referido fin, lo cual se llevó a cabo a través de la ejecución de los dos contratos de obra celebrados para ello, los cuales, a su terminación, fueron liquidados bilateralmente y sus objetos recibidos a satisfacción, con la aceptación de la interventoría que fuera designada por el FONADE para su vigilancia y control.

167. Por otra parte, consta que, en el proyecto inicial, en el componente de lagunas, se contemplaba la construcción de la estructura de lechos de secado y la instalación del colector matriz El Dorado, obras que, con autorización del ministerio, a solicitud del FONADE, fueron excluidas de los trabajos objeto de los contratos No. PAM-071 de 2007 y PAM-PC-LC-064 de 2008 celebrados en virtud del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006, la primera, por cuanto la contratante se comprometió a ejecutarla con sus propios recursos y así destinar el valor de esa menor cantidad de obra a completar los trabajos en las lagunas, y la segunda, porque se encontró que otra entidad, la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y San Jorge CVS, ya estaba haciéndose cargo de la contratación y ejecución de las obras atinentes al colector de El Dorado.

168. De conformidad con lo establecido por el auxiliar de la justicia que rindió dictamen técnico en el proceso, si bien fueron esas dos obras las que se excluyeron de los contratos No. PAM-071 de 2007 y PAM-PC-LC-064 de 2008, sólo resultaba indispensable para el funcionamiento cabal de todo el sistema la correspondiente al colector El Dorado, el cual, si bien fue efectivamente construido por la CVS, por razones técnicas, vinculadas a la naturaleza de los suelos en los que se realizó la obra, no estaba funcionando en debida forma.

169. Lo anterior significa que, para la época de presentación de la demanda en el año 2014, como para el momento en que se realizó la prueba pericial en agosto de 2015, la primera etapa del sistema de alcantarillado sanitario de la margen izquierda de la ciudad de Montería, objeto del Convenio de Apoyo Financiero 2060220 de 2006, no se encontraba en pleno funcionamiento.

170. Ahora bien, a pesar de que se trata de un convenio y no de un contrato interadministrativo, es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones a cargo de sus firmantes, por lo que también se puede predicar, respecto de este tipo de negocio jurídico, la procedencia de la responsabilidad de las partes por el incumplimiento de los compromisos adquiridos mediante la suscripción del negocio



jurídico y que implica el deber de indemnizar los perjuicios que con el mismo se hubiere causado a la otra parte.

171. No obstante, como sucede en los contratos, debe analizarse la causa que impidió la consecución del objeto del negocio jurídico, para determinar si el mismo fue debido o no al incumplimiento culposo de una de las partes y si, por lo tanto, da lugar a predicar la responsabilidad con todas sus consecuencias.

172. Y de acuerdo con lo expuesto y lo que resultó probado en el proceso, considera la Sala que, en el presente evento, si bien no se logró la realización total del objeto del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006, ello no sucedió por razones que sean imputables al incumplimiento de las obligaciones a cargo del municipio de Montería sino a causas atribuibles al actuar del otro extremo de la relación convencional, en la medida en que la obra fundamental, según el perito, para el funcionamiento total del proyecto, que lo era el colector El Dorado y que aún no había servido para lo que fue construida, había sido expresamente excluida de los contratos a cargo del municipio -a través de Proactiva- con autorización de las entidades demandantes quienes, por lo tanto, fueron co-generadoras de la causa eficiente de la falta de funcionalidad integral del proyecto, adicional a que dicha obra fue ejecutada por un tercero: la Corporación Autónoma Regional de los Valles de los ríos Sinú y San Jorge CVS.

173. Y en este punto resulta necesario advertir que las reclamaciones de las entidades demandantes fundadas en la no entrega, por parte del municipio, de las obras del proyecto en perfecto estado de funcionamiento resultan atentatorias de la buena fe objetiva con la que se debe obrar en los negocios jurídicos⁷⁴, toda vez que fue el mismo Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio el que aprobó la ejecución de la obra del colector matriz El Dorado por parte de la CVS y autorizó su exclusión del proyecto objeto del convenio de apoyo financiero suscrito con el municipio de Montería y dicha exclusión obedeció a la solicitud expresa que, en tal sentido, fue elevada por FONADE, entidad encargada de la coordinación de la interventoría de dicho proyecto. Como lo ha dicho la Sala:

82. En efecto, la vulneración del principio de buena fe contractual puede observarse a partir del desarrollo jurisprudencial que se ha hecho en torno a este mandato. Así, esta Corporación ha señalado que “el principio de la buena fe contractual es

⁷⁴ La cual rige no sólo para los contratos sino también en los convenios interadministrativos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2021, Rad. 08001-23-33-000-2016-01499-01 (61655, C.P. Martín Bermúdez Muñoz



de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia⁷⁵,⁷⁶.

174. Por otra parte, no puede olvidarse que, en el presente caso, no se trató de un contrato sino de un convenio interadministrativo de apoyo financiero, figura concebida como mecanismo de colaboración entre las distintas entidades del Estado que apunta a la obtención de objetivos comunes y que, por lo tanto, obedecen también a los principios de coordinación, cooperación y apoyo⁷⁷, en los que cada uno de los firmantes del negocio jurídico adquiere compromisos desde sus propias funciones o atribuciones legales pero actúan mancomunadamente para la consecución de la finalidad propuesta.

175. Es así como siendo del conocimiento de las entidades demandantes que la construcción de la referida obra, crucial para el funcionamiento de todo el proyecto de alcantarillado objeto del convenio, ya no estaba a cargo del municipio -a través de su concesionario Proactiva y los contratistas de este-, no se puede pregonar que la entidad territorial haya incumplido las obligaciones a las que se adujo en la demanda -13 y 14 de la cláusula tercera del convenio-, de adoptar y coordinar todas las acciones para asegurar la operación y mantenimiento y, en general, la sostenibilidad del proyecto y su buen servicio, pues consta que así lo hizo respecto de las actividades que siguieron siendo de su resorte y que, además, no se desentendió del asunto, sino que continuaba atenta a que efectivamente se pudiera lograr su culminación; y, en cuanto a la obligación de cumplir oportunamente las recomendaciones y solicitudes que realizaran el Ministerio y/o Fonade sobre el desarrollo del objeto del convenio, no se advierte tampoco que la hubiera incumplido, ya que, se reitera, la decisión de no

⁷⁵ [78] “Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección C. Sentencia del 22 de junio de 2011 Rad. 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa”.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2024, rad.: 73001-23-33-000-2018-00169-01 (70.786), C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

⁷⁷ “(...) las entidades estatales también asumen vínculos obligacionales entre sí para el normal funcionamiento del Estado a través de los denominados convenios interadministrativos, los cuales comportan un acuerdo de voluntades entre ellas, regido por los principios de cooperación, coordinación y apoyo, en los que aúnan esfuerzos para la gestión conjunta de competencias y funciones administrativas, con el objeto de dar cumplimiento a fines concurrentes impuestos por la Constitución y la ley; es decir, en estos no existen intereses contrapuestos de las entidades que los celebran, ni tampoco se circunscriben a un intercambio patrimonial entre ellas, sino que les asiste un ánimo de conseguir fines comunes, de manera que acuden a satisfacer un mismo interés general”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de julio de 2016, rad. 11001-03-06-000-2015-00102-00 (2257), C.P. Álvaro Namén Vargas.



construir el Colector El Dorado fue aceptada y avalada por el Ministerio y Fonade; en consecuencia, el hecho de que tal elemento haya fallado, no se debió a una omisión culposa del municipio respecto de sus deberes, ni de este hecho se deriva la responsabilidad de la entidad territorial, por lo que no hay lugar a condenarla a la restitución de todos los recursos recibidos y al pago de la pena estipulada, cuando, además, tales recursos fueron debidamente invertidos en las obras en cuestión.

176. Por lo tanto, a pesar de que se constató que el proyecto en su integridad no estaba funcionando, las circunstancias que dieron lugar a esta consecuencia impiden imputarle responsabilidad patrimonial a la entidad territorial demandada y, por lo tanto, no había lugar a acceder a la pretensión de devolución del 100% de los recursos entregados por el ministerio para la ejecución del referido convenio ni la tendiente a obtener la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, por lo que esa decisión del tribunal merece ser confirmada.

La devolución de sobrantes

177. No sucede lo mismo con la decisión del *a-quo* de denegar la pretensión tendiente a obtener el pago del valor de la tubería que, habiendo sido adquirida con recursos provenientes del ministerio, no fue instalada en las obras, pues no se comparte el análisis que se hizo en la sentencia de primera instancia respecto de este punto.

178. En efecto, el tribunal consideró que, dado que en el convenio de apoyo financiero no existió una estipulación que ordenara al municipio el pago del valor de la tubería sobrante, no había lugar a acceder a tal pretensión sino a ordenar su devolución, cuando lo cierto es que tales elementos no fueron suministrados por el ministerio, entidad que se limitó a girar los recursos necesarios para su adquisición, con miras a ser utilizada dicha tubería en la construcción de las obras para las cuales fue celebrado el convenio de apoyo financiero. En consecuencia, dado que la misma no fue instalada y quedó en poder de Proactiva, quien actuó en ejecución del convenio que fuera suscrito por el municipio de Montería, a este último le asiste la obligación de reembolsar su valor.

179. Al respecto, observa la Sala que para cuando se produjo la autorización del ministerio de excluir de la ejecución de las obras la construcción del colector matriz El Dorado, ya se había producido la adquisición de 289,5 metros lineales de tubería de 36 pulgadas, pues se contempló su suministro, más no su instalación, y así quedó



consignado en el alcance reformulado del proyecto: *“Suministro de tubería de 36 pulgadas para el Colector El Dorado”*.

180. Así mismo, en el Acta No. 1 de entrega de elementos de la laguna facultativa, Contrato No. PAM-PC-LC-064-2008, se dejó registrada la entrega por parte del contratista a Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P. de los suministros de materiales en stock, relacionando la tubería que le fue devuelta a dicha empresa, de la cual hizo parte la cantidad de 289,5 ml de tubo novaloc de 36”; y sobre la cual, posteriormente, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda, Ciudad y Territorio pidió que le fueran reembolsados *“los recursos correspondientes al ítem suministro de tubería PN1 SN2500 N7m2 DN900 mm (36”) por valor de \$102’483.000 pesos moneda corriente, con la indexación de los mismos a la fecha efectiva de devolución”*, aludiendo a los 289 metros lineales de tubería de 36 pulgadas que fue suministrada para ser instalada en el Colector Matriz El Dorado.

181. Proactiva Aguas de Montería S.A. E.S.P., también aceptó que las tuberías cuyo pago estaban reclamando el ministerio y FONADE, por solicitud del interventor Euco Ltda. fueron almacenadas en sus bodegas desde el 30 de agosto de 2011, ya que no fueron utilizadas por la CVS en la construcción del colector matriz, pues el proyecto que le fue aprobado por el ministerio a dicha entidad tenía unas características y alcance técnico distintos a los que fueron concebidos en el convenio de apoyo financiero objeto de la presente controversia, por lo que esa tubería se quedó sin instalar.

182. Por su parte el perito, en el dictamen rendido en el año 2015, también dio cuenta de la existencia de esa tubería que no fue utilizada y que se hallaba en poder de Proactiva, cuya calidad no se podía garantizar después de estar a la intemperie durante mucho tiempo.

183. En tales condiciones, al estar acreditada la adquisición de esa cantidad de tubería de 36” -289,5 ml- con recursos provenientes del ministerio y que no fue instalada en las obras sino que quedó en poder de Proactiva, y teniendo en cuenta que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio no es una entidad ejecutora de proyectos y su participación, en el presente caso, consistió fundamentalmente en el aporte de los recursos necesarios para llevar a cabo las obras de alcantarillado que fueron objeto del convenio de apoyo financiero en torno al cual gira la controversia, a juicio de la Sala, resulta procedente acceder a la pretensión de restitución del valor de la tubería no instalada.



184. Lo anterior, por cuanto sobre la entidad territorial recaía la obligación específica de invertir en el proyecto los recursos girados por el Ministerio a través de Fonade, de donde se deduce que los valores que no fueran efectivamente destinados al mismo, debían ser restituidos al Ministerio, por lo cual, como está probado que la tubería no se instaló, no puede sostenerse que los recursos que se destinaron para adquirirla se hubieran invertido en las obras y, por tanto, deben devolverse.

185. En cuanto al monto que debe ser reembolsado por parte del municipio de Montería, se observa que en el decreto de la prueba pericial se le pidió al ingeniero designado para ello que determinara *“los costos en los que se deberá incurrir para poner en funcionamiento las obras del proyecto objeto del Convenio de Apoyo Financiero No. 2060220 de 2006 y de sus contratos derivados PAM-071-2007 y PAM-PC-LC-064-2008 ejecutadas a corte 30 de junio de 2011”*, para lo cual el perito, en relación con el colector matriz El Dorado, procedió a indexar el valor de la construcción de esta obra que, según lo consignado en las actas, era de \$652'923.198, lo que arrojó un total, por este concepto, de \$806'151.874, 88.

186. No obstante, advierte la Sala que el anterior cálculo correspondió no sólo al valor del suministro de la tubería sino además el costo de su instalación y puesta en funcionamiento, sin que en el dictamen se hubiera especificado el valor de dicha tubería, en la cantidad que, a pesar de haber sido adquirida, no se instaló, razón por la cual se debe acudir a la información sobre la ejecución de los contratos resultantes del convenio de apoyo financiero para establecer el valor real de la tubería que no fue instalada.

187. Al respecto se observa que, en el Acta de Entrega y Recibo Final de los productos objeto del Contrato No. PAM-PC-LC-064 de 2008 del 5 de febrero de 2010, reposa el cuadro de actividades ejecutadas y sin ejecutar y, en relación con los suministros de la extensión del colector matriz El Dorado alcantarillado de la margen izquierda⁷⁸, se registró *“Tubería PN 1 SN 2500 N/M² DN 900 mm (36”)* en cantidad de 289,50 metros lineales por valor total de \$102'483.000,00 y que fue la suma reclamada en la demanda por este concepto.

188. En consecuencia, considera la Sala que este es el valor que se debe reconocer a favor del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, debidamente actualizado desde

⁷⁸ Fl. 664 del expediente digitalizado.



la fecha de dicha acta y con fundamento en la fórmula usualmente utilizada para ello:

VA = VH x índice final/índice inicial, en donde:

VA = valor actualizado

VH = valor histórico a actualizar

Índice final = IPC vigente a la fecha de la sentencia (143,67)

Índice inicial= IPC vigente para el 5 de febrero de 2010 (72,28)

$$VA = 102'483.000 \times \frac{143,67}{72,28}$$

VA= \$ 203'704.103,62

189. Es decir que el monto a reconocer a favor del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio por concepto de la referida tubería adquirida y no instalada es la suma de \$203'704.103,62.

La liquidación del convenio:

190. En la demanda se pidió la liquidación judicial del convenio y en la sentencia de primera instancia se accedió a dicha pretensión efectuando el respectivo corte de cuentas, en los siguientes términos:

	Convenio de Apoyo Financiero 2060220	Liquidación del Contrato PAM-071-2007	Liquidación del Contrato PAM-064-2008	Valor final	Saldo a favor del contratante	Saldo a favor del contratista
	7.200.000.000			4.295.061.873	0	0
VALOR INICIAL		3.790.910.053	2.743.446.36 (sic)			
VALOR DE ANTICIPOS		1.137.273.016	922.396.824			
VALOR TOTAL PAGADO						
VALOR TOTAL EJECUTADO		4.295.061.873	2.941.475.529			
RECURSOS PROACTIVA S.A.		504.151.820	274.201.645			
RECURSOS TOTAL GIRADOS POR FONADE		3.790.910.053	2.667.273.844			
SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA A		0	0			
SALDO A FAVOR DEL CONTRATANTE		0	0			



Valor total del contrato	\$7.200.000.000
Valor total ejecutado	\$7.122.105.540
Valor total pagado	\$7.122.105.540
Valores a favor del contratista	
por obras ejecutadas y no canceladas	\$0
Valor cláusula penal pecuniaria	\$0

Obligación a cargo del contratista: Devolver al FONADE la tubería de 36" de 289.50 metros lineales no instalada en el colector matriz.

Obligación a cargo del contratante: Recibir de parte del contratista la tubería de 36" de 289.50 metros lineales no instalada en el colector matriz.

189. Por lo tanto, se confirmará dicha decisión de liquidación, con la salvedad de que, en vez de la obligación a cargo del municipio de hacer entrega al FONADE de los 289,50 metros lineales de tubería de 36", se establecerá como saldo a cargo del municipio de Montería y a favor del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la suma de \$203'704.103,62, correspondientes a su valor.

Conclusión

191. De conformidad con las anteriores consideraciones, estima la Sala que hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia para reconocer, a favor del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio la suma de \$203'704.103,62 correspondientes al valor actualizado de los 289,50 metros lineales de tubería de 36" que fue adquirida más no instalada en el colector matriz El Dorado. Las demás disposiciones del fallo impugnado serán confirmadas, en la medida en que no se encontró en los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandantes argumento alguno que condujera a desvirtuar la decisión del *a-quo* de negar las otras pretensiones de la demanda, en especial aquella dirigida a ordenar al municipio el reembolso total de los recursos entregados por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio en virtud del convenio de apoyo financiero celebrado entre esta entidad, el FONADE y el municipio de Montería, puesto que se constató que los mismos fueron debidamente invertidos en las respectivas obras, que si bien al momento de presentación de la demanda no estaban funcionando en debida forma, dicha circunstancia no le era imputable a la entidad territorial.



Condena en costas

192. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011⁷⁹ y los numerales 1 y 5 del artículo 365 del CGP⁸⁰, no hay lugar a condenar en costas, debido a que el recurso prosperó parcialmente y así mismo se acogieron algunas de las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 3 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción propuesta por el municipio de Montería denominada “silencio administrativo positivo en materia contractual”, por lo dicho en la motivación.

SEGUNDO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el convenio de apoyo financiero No. 2060220 de 2006 celebrado entre el FONADE, MINISTERIO DE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, hoy MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO y el MUNICIPIO DE MONTERÍA, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: En consecuencia, el MUNICIPIO DE MONTERÍA deberá reembolsar al MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO la suma de DOSCIENTOS TRES MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL CIENTO TRES PESOS 62/100 (\$203'704.103,62), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción propuesta por el ente territorial demandado denominada “cumplimiento del objeto contractual y ausencia de medios probatorios”.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

⁷⁹ “Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

⁸⁰ “Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: // 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. // (...) 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.



Radicación número: 230012333000201400057-01 (58883)

Actor: FONADE y otro

Demandado: Municipio de Montería

SEXTO: Sin condena en costas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en la segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF