

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL – Controversias contractuales

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.

CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Ley 489 de 1998 artículo 95

[...] la relación surgida entre las personas jurídicas públicas que fueron parte del negocio jurídico sub iudice fue de cooperación para un objetivo común, y no se enmarcó en la ejecución, por parte de una de ellas, de prestaciones y/o servicios del exclusivo interés de las otras, a cambio de una remuneración o contraprestación económica, al tiempo que las obligaciones pactadas no se encaminaron a la satisfacción de intereses contrapuestos, sino que cada una de las entidades firmantes obró en desarrollo de su propio objeto misional, con el propósito de cumplir funciones administrativas asignadas por la normativa vigente y con miras al logro de los fines públicos que le eran propios por disposición de la Constitución y la ley.

De manera que, la Sala concluye que el acuerdo de voluntades objeto de estudio corresponde a un convenio interadministrativo [...] al amparo del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en tanto estas se asociaron con el fin de cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS – Acreditación de la ocurrencia del perjuicio – CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA – No da derecho alguno a reconocimientos económicos directos

[...] se confirmará la denegatoria de lo anterior por cuanto, tratándose de una pretensión económica de carácter indemnizatorio, debía acreditarse la ocurrencia del perjuicio que se buscaba indemnizar, y probarse que la cuantía de tal menoscabo patrimonial era la solicitada, esto es, el 20% del valor de los desembolsos del convenio; sin embargo, la pretensión se formuló sobre una única base que no fue la demostración del perjuicio respectivo, sino apenas la cláusula en que se pactó a cargo del municipio la obligación de constituir garantías para cubrir el riesgo de cumplimiento, en el 20% del valor total de desembolsos del convenio, no siendo ello suficiente para reputar procedente el pago pretendido [...] por no ser demostrativo, se reitera, del perjuicio concreto ni de su monto.

Cabe destacar que no constituye prueba ni fuente de la indemnización pretendida el hecho de haberse pactado en la cláusula [...] del convenio la obligación de garantizar su cumplimiento con la constitución de una póliza que amparara ese riesgo por el 20% del valor de los desembolsos destinados al municipio, pues tal estimación se hizo para establecer la cuantía de la garantía, pero no activa por sí sola derecho alguno a reconocimientos económicos directos, ni aun por haberse demostrado el incumplimiento de la demandada, pues la indemnización del perjuicio sólo se abre paso cuando éste, consistente en el detrimento patrimonial consecuencial a la inobservancia del negocio jurídico, es debidamente probado en el juicio, lo que no aconteció en esta causa.

CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS - Efectividad de la póliza de cumplimiento – Reclamación a la aseguradora

De cara al incumplimiento del convenio interadministrativo y a la forma de hacer efectiva la garantía, el Consejo de Estado, en concepto del 26 de julio de 2016, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló "respecto de los convenios interadministrativos, si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, al no resultar procedente el ejercicio de potestades unilaterales, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas pertinentes del Código de Comercio y las reglas particulares de la póliza expedida (...), si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas del derecho común".

[...] en el presente caso resulta evidente que cualquier reclamo derivado de la garantía era procedente mediante llamado formal a la compañía Aseguradora Solidaria [...] que fue la que amparó el riesgo pactado en el convenio [...] a través de la póliza de cumplimiento [...] en virtud de lo pactado [...] por lo que al incoarse y adelantarse el proceso en esta jurisdicción, se debió solicitar la vinculación de la aseguradora bajo las figuras de intervención procesal que operan conforme a las reglas legales aplicables, circunstancia que no ocurrió, razón más que suficiente para denegar la pretensión de la recurrente bajo el argumento que esbozó, de que únicamente tenía acción contra el municipio, como responsable por la no ejecución íntegra del convenio interadministrativo.

**CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA - Código Civil artículo 1592 - -
INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO** – [...] la cláusula penal está regulada en el artículo 1592 del Código Civil, que la define como "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Radicación número: 54001- 23-33-000-2018-00084-01 (70.277)

Actor: LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR

Demandado: MUNICIPIO DE OCAÑA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – no se analiza porque no fue objeto del recurso de apelación. PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS – Alcance de la pretensión – NATURALEZA CONVENIO INTERADMINISTRATIVO - CLÁUSULA PENAL

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 13 de julio de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 18 de diciembre de 2017, la Nación – Ministerio del Interior presentó demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra del Municipio de Ocaña, con la pretensión que se declarara el incumplimiento de las obligaciones pactadas en los numerales 7, 8 y 9 de la cláusula segunda del convenio interadministrativo F-594 de 2015 y que dicho incumplimiento causó un detrimento patrimonial que debía ser resarcido.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 18 de diciembre de 2017¹, la Nación – Ministerio del Interior, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del

¹ SAMAI 002 Expediente digital.



C.P.A.C.A., presentó demanda contra el municipio de Ocaña, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

2.1. Se declare el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Municipio de Ocaña/Norte de Santander contenidas en los numerales 7, 8 y 9 de la cláusula segunda del Convenio Interadministrativo F – 594 de 2015, obligaciones del municipio, celebrado entre la Nación – Ministerio del Interior/FONSECON y el Municipio de Ocaña, Norte de Santander.

2.2. Se condene al Municipio de Ocaña/Norte de Santander, a pagar la suma de doscientos cinco millones setecientos treinta y cinco mil novecientos sesenta pesos con veinte centavos (\$205.735.960,20) moneda legal, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, contenidas en el Convenio Interadministrativo F – 594 de 2015.

La suma anterior, se tasa con base en la cláusula décima del acuerdo de voluntades, equivalente al 20% del valor del Convenio Interadministrativo F 594 de 2015 amparada por la póliza de cumplimiento No. 400-47-994000042953, expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, constituida por el Municipio de Ocaña – Norte de Santander, a favor del Ministerio del Interior/Fonsecon, la cual se encontraba vigente al momento del incumplimiento por parte del ente territorial.

2.3. Se ordene al municipio de Ocaña/Norte de Santander, devolver al Tesoro Nacional la suma de cuatrocientos setenta y cuatro millones seiscientos treinta y nueve mil ochocientos un peso (\$474.639.801) moneda legal, como consecuencia de la no ejecución de los desembolsos efectuados por el Ministerio del Interior/FONSECON al ente territorial, con ocasión del Convenio Interadministrativo F – 594 de 2015.

2.4. Se liquide en sede judicial el Convenio Interadministrativo F – 594 del quince (15) de diciembre de 2015, decretando los ajustes, revisiones, reconocimientos y reintegros económicos a los que haya lugar, con sus respectivos rendimientos financieros, de conformidad con lo señalado en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, subrogado por la Ley 1150 de 2007, art 11, como consecuencia de los desembolsos realizados por el Ministerio del Interior/ FONSECON al Municipio de Ocaña, Norte de Santander, con ocasión del objeto del Convenio Interadministrativo anteriormente señalado.

2.5. Se indexen y actualicen las sumas de dinero a las que resulte condenada la entidad demandada como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento y liquidación judicial del Convenio Interadministrativo F – 594 de 2015, al momento de dictar la sentencia.

2.6. Solicito al H. Tribunal, condenar en costas a la entidad demandada.



El 5 de abril de 2018, el apoderado judicial de la parte actora reformó la demanda², para adicionar la siguiente pretensión:

2.3 Se condene al Municipio de Ocaña/Norte de Santander, a pagar la suma de ciento dos millones ochocientos sesenta y siete mil novecientos ochenta pesos con diez centavos (\$102.867.980) moneda legal, como consecuencia de la Cláusula Penal Pecuniaria señalada en la cláusula vigésima del Convenio Interadministrativo F – 594 de 2015, equivalente al diez (10%) por ciento del valor total del convenio.

1.1 Los fundamentos de hecho

El actor sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos, que, en síntesis, se exponen a continuación:

El 15 de diciembre de 2015, La Nación -Ministerio del Interior - Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia (en adelante, FONSECON), El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE) y el Municipio de Ocaña, suscribieron el convenio interadministrativo F-594 de 2015, con el objeto de *“aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros entre las partes para promover la convivencia ciudadana, a través de la ejecución de un centro de integración ciudadana – CIC, en el Municipio de Ocaña – Norte de Santander”*. En atención a lo anterior, el Ministerio del Interior desembolsó al Municipio de Ocaña la suma de \$474'639.801 con el propósito de que éste último desarrollara las actividades a su cargo, tales como: dar cumplimiento al cronograma presentado, entregar el proyecto y la construcción del centro libre de limitantes físicas y nivelado con las obras de estabilidad necesarias dentro del mes siguiente a la suscripción del acta de inicio del convenio.

A pesar de que el Ministerio del Interior cumplió a cabalidad con sus obligaciones y de haberse prorrogado y suspendido el convenio en varias oportunidades para que el municipio también las cumpliera, para el 9 de noviembre de 2017, fecha en la que finalizó el último plazo de ejecución, el municipio sólo había adelantado el 33.31% de la obra que tenía a su cargo, tal como se certificó en el informe de interventoría No. 15. Por lo tanto, le corresponde al juez declarar el incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada, decretar los ajustes correspondientes, revisiones y reconocimientos económicos, tomando en cuenta el hecho de que la Nación – Ministerio del Interior desembolsó sumas de dinero para la ejecución del

² SAMAI 0002 – Reforma demanda



convenio F-594 de 2015 “*el cual no se cumplió por parte del ente territorial demandado*”.

2. Trámite procesal:

2.1 Actuaciones procesales de primera instancia

En decisión del 9 de abril de 2018, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda; ordenó su notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; fijó los gastos de notificación, y le reconoció personería al apoderado de la parte demandante³. Igualmente, se ordenó la notificación de la demanda a FONADE, como tercero interesado en el resultado del proceso, de conformidad con el numeral 3° del artículo 171 del CPACA.

2.2 Contestación de la demanda

El 16 de julio de 2018, el Municipio de Ocaña contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones. Afirmó que no incumplió el convenio interadministrativo F-594 de 2015 porque, en observancia de los principios que rigen la contratación estatal, suscribió el contrato de obra No. 004 del 28 de diciembre de 2016, cuyo objeto fue la construcción del Centro de Integración Ciudadana, que se ejecutó en un 32.29%. Destacó que la obra debió ser suspendida varias veces por un imprevisto consistente en la desestabilización del talud adyacente a la obra, lo cual provocó el desequilibrio del negocio jurídico, “*ya que la construcción del talud y la estabilización del terreno superaban más del 50% del presupuesto del contrato de obra*”, recursos con los cuales no contó el municipio para asumir el sobrecosto de manera unilateral, según les informó en varias ocasiones al Ministerio del Interior y a FONADE.

Al respecto, indicó que se trató de un riesgo imprevisible, que no fue advertido al momento de aprobarse los estudios y diseños por parte de FONADE y, que, durante la ejecución de la obra, el municipio adelantó todas las gestiones necesarias para solucionarlo, pero, según se indicó, resultaba más onerosa la obra de mitigación que la misma construcción de centro. Sobre este punto, destacó que “*pese a que*

³ Con posterioridad se admitió la reforma de la demanda el día 10 de mayo de 2018, decisión que se notificó correctamente a la parte demandada.



este riesgo fue identificado por las partes, el Municipio de Ocaña con su noble intención de seguir adelante con el proyecto, se comprometió a la estabilización del terreno realizando una consultoría a un experto en el tema, lo cual posteriormente, fue determinado en un valor que no se podía asumir unilateralmente”.

2.3. Tercero vinculado

A través de apoderado judicial⁴, FONADE planteó la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva. También indicó que, de conformidad con las obligaciones pactadas en el convenio interadministrativo F-594 de 2015, tenía a su cargo únicamente la elaboración de los estudios y diseños, obligación que ejecutó a satisfacción porque hizo la respectiva entrega el día 19 de agosto de 2016, como se certificó en el “*formato acta de recibo de estudios y diseños*”, con las observaciones correspondientes a la ejecución de las obras complementarias y la entrega del lote adecuado para la ejecución y correcto funcionamiento del Centro de Integración Ciudadana, razones por las cuales no estaba llamada a responder en el presente asunto.

2.4. Medidas Cautelares:

El 25 de abril de 2018, la parte actora solicitó las siguientes medidas cautelares:

1. *Se congele la cuenta de ahorros oficial No. 446-31390-0 del Banco de Bogotá (conforme a la certificación adjunta) en la cual se consignó el recurso público a órdenes del municipio con ocasión del Convenio Interadministrativo F – 594 de 2015.*
2. *Se autorice al Ministerio del Interior para no girar más recursos al municipio con ocasión del Convenio Interadministrativo F – 594 de 2015, hasta tanto no se resuelva el asunto.*

Una vez surtido el trámite dispuesto en los artículos 231 y siguientes del CPACA, en decisión del 28 de junio de 2018, el Tribunal *a quo* accedió a la indicada solicitud del Ministerio del Interior, por considerar que las medidas mencionadas eran pertinentes para evitar una afectación de los recursos públicos⁵.

⁴ Al apoderado judicial se le reconoció personería jurídica para actuar en la Audiencia Inicial que se celebró el día 2 de julio de 2019. Samai 0002 – Acta audiencia inicial.

⁵ SAMAI 0002 – Cuaderno MC



2.5. Audiencia inicial

La audiencia inicial prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A. se llevó a cabo el día 2 de julio de 2019⁶. Luego de declarar saneado el proceso, y establecer que las excepciones propuestas se debían resolver de fondo en la sentencia, se constató la ausencia de ánimo conciliatorio. Seguidamente, se determinó que el problema jurídico del juicio era el siguiente:

Debe el tribunal decidir si hay lugar a declarar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del municipio de Ocaña, Norte de Santander, contenidas en los numerales 7, 8 y 9 de la cláusula segunda del Convenio F-594 de 2015, celebrado entre la Nación -Ministerio del Interior/FONSECON- y Municipio de Ocaña, Norte de Santander conforme lo plantea la parte actora en la demanda y conforme a los cargos y argumentos jurídicos expuestos en la demanda y de prosperar dicha pretensión el despacho deberá decidir si hay lugar a acceder a las condenas a los pagos de dineros reseñados en las pretensiones de la demanda y a ordenar la liquidación judicial que se pide en la misma teniendo en cuenta que el municipio de Ocaña se opone a la prosperidad de tales pretensiones indicando que no ha existido incumplimiento alguno del referido convenio que fue ejecutado parcialmente de acuerdo a las obligaciones pactadas y que la ejecución de la obra llegó hasta un porcentaje del 32% fue debido a un imprevisto que se presentó en la etapa de ejecución de la obra, y resaltando que la entidad actuó en todo momento conforme a los principios que rigen la contratación estatal y que deberá también tenerse en cuenta que FONADE solicita ser desvinculado del presente proceso, planteándose la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva haciendo énfasis en que considera que no tiene legitimación para comparecer en este proceso ya que respecto de FONADE la parte actora no formuló pretensiones en su contra.

La audiencia de pruebas se surtió el día 29 de octubre de 2019⁷, oportunidad en la que se prescindió de la audiencia de alegaciones, para que tanto la intervención del Ministerio Público como los alegatos de las partes fueran presentados por escrito.

2.6 Alegatos de conclusión:

En sus alegaciones finales, el apoderado judicial de la parte actora manifestó que conforme a todas las pruebas recaudadas se probó que el Municipio de Ocaña incumplió las obligaciones pactadas en la cláusula segunda del convenio interadministrativo F-594 de 2015, porque el plazo de ejecución culminó el 9 de noviembre de 2017 y el municipio demandado sólo ejecutó el 33.31% de la obra.

⁶ SAMAI 0001 – Acta audiencia inicial

⁷ SAMAI 0002 – Aud Pruebas.



Así lo certificó el informe de interventoría No. 15, anexo al informe final de supervisión.

FONADE – hoy ENTERRITORIO⁸ destacó que cumplió satisfactoriamente las obligaciones a su cargo pactadas en el convenio interadministrativo F-594 de 2015 porque entregó los diseños y estudios con las respectivas anotaciones y observaciones que indicaron la necesidad de realizar las obras complementarias del lote, lo cual estaba en cabeza únicamente del municipio de Ocaña. Por lo tanto, solicitó la declaratoria de falta de legitimación en la causa, porque las pretensiones de la demanda nunca se dirigieron en su contra.

El municipio demandado y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander profirió la sentencia el 13 de julio de 2023⁹, en la cual decidió:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y de ausencia de responsabilidad contractual por parte de FONADE, propuestas por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar no probada la excepción de ausencia de incumplimiento del Convenio 0594 el 15 de diciembre 2015, propuesta por el Municipio de Ocaña, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Declárese que el Municipio de Ocaña, Norte de Santander, incumplió lo acordado en los numerales 7, 8 y 9 de la Cláusula Segunda del Convenio Interadministrativo F-594 del 15 de diciembre de 2015 celebrado entre la Nación – Ministerio de Interior, FONADE y el citado municipio, por lo expuesto en la parte considerativa.

CUARTO: Declárese liquidado judicialmente el Convenio Interadministrativo F – 594 del 15 de diciembre de 2015, celebrado entre la Nación – Ministerio de Interior, Fondo FONADE y el citado Municipio, en los términos expuestos en la parte motiva.

⁸ La Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio) fue creada por el Gobierno Nacional el 20 de marzo de 2019, a partir de los decretos 495 y 496 del Departamento de Planeación Nacional (DNP) que ordenaron transformar el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) en ENTerritorio.

⁹ SAMAI 002 – SENTENCIA. Se aclara que en la providencia se manifestó que en el auto admisorio de la demanda se tuvo como tercero interesado en el resultado del proceso y por ello se le ordenó la notificación de dicha decisión. En ese sentido, no fue vinculado al proceso en la condición de parte razón por la que no declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta al no tener la calidad de demandada.



Radicación número: 54001- 23-33-000-2018-00084-01 (70.277).

Actor: Nación – Ministerio del Interior.

Demandado: Municipio de Ocaña.

Medio de Control: Controversias Contractuales.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese al municipio de Ocaña, a pagar en favor de la Nación – Ministerio del Interior, la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS UN PESOS (\$474'639.801.00), por las razones expuestas en la parte motiva.

SEXTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SÉPTIMO: Levántese la medida cautelar decretada mediante auto del 28 de junio de 2018, por lo expuesto en la parte considerativa. Para tal efecto, líbrense los oficios a las autoridades respectivas.

OCTAVO: El Municipio de Ocaña deberá darle cumplimiento a la presente sentencia, en los términos y condiciones señaladas en los artículos 192 y 194 del CPACA.

NOVENO: Sin condena en costas en esta Instancia.

Para sustentar la anterior decisión, explicó que, efectivamente, el municipio de Ocaña incumplió las obligaciones a su cargo, determinadas en los numerales 7, 8 y 9 de la cláusula segunda del convenio interadministrativo F-594 del 15 de diciembre de 2015, porque al momento del vencimiento del plazo para la ejecución de éste, sólo se había avanzado en el 33.31% de la construcción del Centro de Integración Ciudadana, como lo expuso el mismo ente territorial demandado a lo largo del proceso, y que no resultaban válidos los motivos que adujo para no finalizar las obras, pues reflejaban desconocimiento de los principios de la contratación, en especial, los de planeación, economía, transparencia, responsabilidad y selección objetiva, que debieron regir el proyecto.

Respecto de la segunda pretensión, esto es, el reconocimiento del 20% del valor de los desembolsos establecidos en el convenio para ser ejecutados por el municipio, y teniendo en cuenta que la demandante reivindicó tal solicitud por el hecho de ser ese porcentaje equivalente a la suma fijada en la cláusula décima contractual, el tribunal determinó que no estaba llamada a prosperar porque la obligación que surgió de la referida estipulación era la de constituir una póliza en favor del Ministerio del Interior por dicha cuantía, pero no la de pagar suma alguna como consecuencia del incumplimiento de obligaciones. En ese sentido, manifestó que el municipio, ciertamente, cumplió con lo pactado al adquirir la póliza de cumplimiento No. 400-47-99400042953, expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, y que el reconocimiento de tal pretensión se debió dirigir en contra de esa compañía y no del ente territorial demandado.



De cara a la pretensión de ordenar el reembolso de la suma de \$474'639.801 que el Ministerio del Interior le entregó al municipio con el fin de que cumpliera a cabalidad con el objeto del convenio, el *a quo* señaló que, dada la prosperidad de la pretensión de declaratoria del incumplimiento, se le debía restituir al Ministerio la suma de dinero girada a la entidad territorial y no ejecutada en el proyecto pactado en el convenio. A este respecto, manifestó que el mismo municipio aceptó la existencia del desembolso, inclusive, que lo ejecutó, pero por un monto inferior, mientras adelantó las obras para la construcción del Centro de Integración Ciudadana.

Finalmente, accedió a la pretensión de liquidar el convenio interadministrativo F-594 de 2015 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA, pues la cláusula quinta establecía que el plazo de liquidación era de seis meses, contados a partir del vencimiento del término de ejecución. Por lo tanto, al haberse acreditado que el convenio finalizó el día 9 de noviembre de 2017, en principio, las partes tenían hasta el 9 de mayo de 2018 para hacer la liquidación de común acuerdo, pero debido a que no se adelantó dicho trámite, resultaba procedente la liquidación judicial.

De otra parte, el *a quo* no hizo pronunciamiento alguno sobre la pretensión relativa al reconocimiento de la cláusula penal pecuniaria, consignada en la cláusula vigésima del Convenio Interadministrativo F – 594 de 2015.

4. Recurso de apelación

El 27 de julio de 2023, la entidad demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, para solicitar que fuera revocado, únicamente, el numeral sexto de la sentencia, que denegó “*las demás*” pretensiones de la demanda.

En efecto, afirmó que se debía acceder a la pretensión segunda, esto es, el reconocimiento de la suma de \$205'735.960, equivalente al monto amparado en la póliza de cumplimiento No. 400-47-99400042953. Ello, debido a que el convenio interadministrativo F-594 de 2015 únicamente fue suscrito por el Ministerio del Interior, FONADE y el municipio de Ocaña y, por lo tanto, no existía otra parte obligada por ese acuerdo de voluntades. En ese sentido, consideró que el ente demandado era el único que debía cumplir con lo pactado en la cláusula décima, atinente a la constitución de la garantía, “*pero ello no implica que, para que se dé*



efectividad a la misma, el Ministerio del Interior deba demandar a la compañía aseguradora, toda vez que, de acuerdo con lo descrito en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, el medio de control de controversias contractuales se ejerce entre las partes de un contrato estatal” y, debido a que la compañía no hizo parte del convenio, no se debía entablar pretensión alguna en su contra, como lo interpretó el Tribunal de primera instancia.

Por otra parte, indicó que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio generó un daño para el Ministerio del Interior, el cual se debe resarcir con la indemnización de los perjuicios que se demuestren en el juicio. Al respecto, citó varias providencias judiciales de tribunales administrativos del país, en las que una vez se declaró el incumplimiento del convenio interadministrativo, se accedió al reconocimiento de la cláusula penal; y señaló que, al acreditarse en este caso el perjuicio del Ministerio del Interior, correspondiente al desembolso que realizó con ocasión de la obligación que pactó, *“también se estaría configurándose la obligación contractual de activarse la cláusula penal pecuniaria, establecida en su cláusula vigésima”*.

Es menester manifestar que el municipio de Ocaña, quien resultó condenado en primera instancia, no presentó recurso de apelación.

5. Trámite de segunda instancia

En proveído del 4 de agosto de 2023¹⁰, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que decidiera sobre su admisibilidad. Por medio del auto del 27 de noviembre siguiente, se admitió el recurso.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

Como la demanda y el recurso de apelación se presentaron antes de la entrada en vigor de la Ley 2080 de 2021, este proceso se rige por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su texto original. De ese modo, el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos

¹⁰ SAMAI 002 - Auto concede recurso



de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 150 del C.P.A.C.A.

Por otra parte, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocería, como regla general, de las controversias y de los litigios originados en los contratos y convenios, independientemente de su régimen, en los que fuera parte una entidad pública, naturaleza que ostenta la Nación – Ministerio del Interior.

También le asiste competencia a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor (artículo 157 del C.P.A.C.A.) excede los 500 SMLMV a la fecha de presentación de la demanda¹¹.

2. Legitimación en la causa

2.1 Por activa

La Sala encuentra que La Nación -Ministerio del Interior- está legitimada en la causa por activa, pues fungió como interviniente en el negocio jurídico objeto de la controversia.

2.2 Por pasiva:

De igual manera, el municipio de Ocaña se encuentra legitimado en la causa por pasiva, por ser la otra parte del convenio y por ser quien tenía la obligación de cumplir con las obligaciones pactadas en el numeral segundo del negocio jurídico.

3. Ejercicio oportuno de la acción:

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

¹¹ El 18 de diciembre de 2017, fecha de presentación de la demanda, el salario mínimo en Colombia era igual a \$737.717 (que, multiplicado por 500, da como resultado: \$368'858.500). La pretensión mayor de la demanda asciende a \$474'639.801, monto que supera los 500 salarios mínimos exigidos por la norma para la segunda instancia ante esta Corporación.



ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 164, numeral 2, literal j, v, dispone sobre el término para incoar la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, lo siguiente:

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.

(...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

v) 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.

Conforme a lo pactado en la cláusula quinta del convenio, “*el plazo para la liquidación del presente convenio será dentro de los seis (6) meses contados a partir del vencimiento del plazo de ejecución*”. Según se acreditó, las partes pactaron dos prórrogas, la primera suscrita el 23 de septiembre de 2016, con nuevo plazo de ejecución hasta el 15 de diciembre siguiente. Sin embargo, el 25 de octubre de 2016 se determinó una nueva fecha, esto es, el 30 de julio de 2017.

Igualmente, el convenio interadministrativo F – 594 de 2015 se suspendió en dos oportunidades, la primera de ellas, desde el 15 de junio de 2017 hasta el 24 de julio siguiente y, la segunda, desde el 8 de septiembre de 2017 hasta el 9 de noviembre de 2017, estipulándose que en esta última fecha finalizaría, a su vez, el plazo definitivo de ejecución.

En consecuencia, según lo convenido por las partes, los seis meses para realizar la liquidación bilateral empezaron a correr desde el día siguiente de la última fecha mencionada -es decir, desde el 10 de noviembre de 2017- hasta el 10 de mayo de 2018, motivo por el cual, el término de caducidad fenecería el **11 de mayo de**



2020¹². Como la demanda se presentó el 18 de diciembre de 2017, resulta palmario que se presentó de manera oportuna¹³. Lo mismo se entiende frente a la pretensión contenida en la reforma de la demanda, comoquiera que se radicó ante el tribunal el 2 de abril de 2018, esto es, en término.

4. Hechos probados y material probatorio relevante:

En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio¹⁴, que resulta relevante para el estudio del caso.

4.1 En el plenario obra el Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 594 de 2015¹⁵, suscrito el 15 de diciembre de 2015 entre la Nación – Ministerio del Interior – Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana /FONSECON, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo/ FONADE y el municipio de Ocaña (Norte de Santander); cuyo objeto fue aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para promover la convivencia ciudadana, a través de la ejecución de un Centro de Integración Ciudadana – CIC, en el municipio de Ocaña – Norte de Santander, por un valor inicial de \$888'840.000, con plazo inicial hasta el 30 de septiembre de 2016. En el convenio se estipularon, entre otras, las siguientes cláusulas:

Cláusula Segunda – Obligaciones del municipio. Obligaciones específicas: (...) 7. Dar cumplimiento al cronograma presentado y aprobado por el Ministerio – FONSECON. 8. Desarrollar las actividades del proyecto dentro (sic) el plazo de ejecución contractual. 9. Entregar el lote descapotado, nivelado, libre de construcciones y de cualquier límite físico o legal, con las acometidas de los servicios públicos, y las obras de estabilidad, dentro del mes siguiente a la suscripción de (sic) acta de inicio del convenio, asumiendo los costos. Estas actividades se desarrollarán paralelamente a las obligaciones de FONADE. (...)

Cláusula Décima – Garantías. FONADE y EL MUNICIPIO se obligan a constituir, a favor de la Nación – Ministerio del Interior – FONSECON, NIT 830.114.475-6, las garantías, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, para amparar el presente convenio de la siguiente forma:

¹² Se resalta que los términos judiciales se suspendieron desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 1º de julio de 2020, conforme a los Acuerdos PCSJA2011517 y PCSJA20-11567, sin embargo ello no resulta relevante comoquiera que la demanda se presentó previo a esto.

¹³ En el presente asunto no se surtió el trámite de la conciliación prejudicial, toda vez que la parte demandante es una entidad pública y conforme al segundo inciso del artículo 613 del CGP no será necesario agotar dicho requisito bajo este supuesto.

¹⁴ Cuaderno de pruebas. Samai 000002.

¹⁵ Expediente Administrativo 14 – 24 SAMAI 000002



A) Garantías a cargo de FONADE:

Amparos exigibles	Cuantía	Vigencia
Cumplimiento	20% del valor estimado del desembolso a FONADE, es decir sobre la suma de \$51.840.000	Vigencia igual al término de ejecución del Convenio y seis (6) meses más, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución.
Calidad del servicio	20% del valor estimado del desembolso a FONADE, es decir sobre la suma de \$51.840.000	Vigencia igual al término de ejecución del Convenio y seis (6) meses más, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución.

B) Garantías a cargo del MUNICIPIO:

Amparos exigibles	Cuantía	Vigencia
Cumplimiento	20% del valor total de los desembolsos al municipio, es decir sobre la suma de \$837.000.000	Vigencia igual al término de ejecución del Convenio y seis (6) meses más, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución.
Calidad del servicio	20% del valor total de los desembolsos al municipio, es decir sobre la suma de \$837.000.000	Vigencia igual al término de ejecución del Convenio y seis (6) meses más, contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución.

PARÁGRAFO ÚNICO. FONADE y EL MUNICIPIO se obligan a constituir y a allegar al MINISTERIO las garantías de que trata la presente cláusula, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la firma del presente convenio. (...)

Cláusula Vigésima – Penal pecuniaria. En caso de incumplimiento parcial o definitivo, las partes acuerdan como indemnización a favor de EL MINISTERIO, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Convenio. En caso de que EL MUNICIPIO no pague la suma correspondiente por este concepto, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su notificación, EL MINISTERIO deducirá el valor de esta cláusula penal, de cualquier cantidad que



adeude EL MUNICIPIO por razón del mismo, para lo cual está autorizado expresamente. PARÁGRAFO ÚNICO. El valor de la cláusula penal que se haga efectivo se considerará como pago parcial de los perjuicios ocasionados al MINISTERIO quedando este facultado para reclamar, por vía judicial o extrajudicial, el valor de los perjuicios que exceda el monto de la cláusula penal.

4.2. El 1° de agosto de 2016, se suscribió el acta de recibo de estudios y diseños mediante la cual FONADE entregó al supervisor del Convenio Interadministrativo No. 594 de 2015 los estudios de topografía, suelos, arquitectónicos, estructurales, eléctricos, hidrosanitarios y de presupuesto.

4.3. El Convenio Interadministrativo No. 594 de 2015 fue prorrogado y adicionado el 23 de septiembre de 2016 a través del otrosí No. 1, en el que se determinó el plazo de ejecución hasta el 15 de diciembre de 2016. Igualmente, se adicionó el valor inicial por una suma de \$139.839.801 quedando el valor total del convenio por \$1.028.679.801. Nuevamente, el 25 de octubre de 2016 se pactó una segunda prórroga mediante el otrosí No. 2 en el que se estableció un plazo de ejecución del convenio hasta el 30 de julio de 2017.

4.4. En el informe de seguimiento a la ejecución del convenio, del 10 de noviembre de 2016¹⁶, se subrayó que el estudio de suelos contenía unas recomendaciones para garantizar la estabilidad del Centro de Integración Ciudadana y velar por la protección de las personas que estaban trabajando en su construcción, por lo que recaía en cabeza del municipio realizar las adecuaciones de un talud adyacente al proyecto, consistentes en un cerramiento de protección y que *“el municipio se compromete a realizar esta adecuación, de manera simultánea al proceso de licitación para la construcción del centro de integración ciudadana, para el debido cumplimiento a las obligaciones suscritas”*.

4.5. El municipio, una vez adelantó proceso precontractual de licitación pública, celebró el contrato de obra No. 004 del 28 de diciembre de 2016, con el Consorcio CIC OCAÑA, con el objeto de construir el Centro de Integración Ciudadana en el sector de Cuesta Blanca en el municipio de Ocaña, por un valor de \$952.420.255. Igualmente, previo concurso de méritos, celebró el respectivo contrato de interventoría No. 046 del 27 de diciembre de 2016 con el ingeniero Álvaro Ernesto Castro Peñaranda por un plazo de seis meses, por un valor de \$53.999.970. En

¹⁶ Págs. 152-154 Expediente Administrativo.



consecuencia, se inició la obra el 19 de enero de 2017, tal como se manifestó en el acta de dicha fecha.

4.6. En el transcurso de la ejecución de la obra civil, el 10 de mayo de 2017, el Municipio de Ocaña debió celebrar el contrato de obra No. 018 con el señor Jhon Jairo Quintero Magrego, con el objeto de realizar las obras de “*estabilización del talud de la cancha cuesta blanca en el predio donde se construye el Centro de Integración Ciudadana del municipio de Ocaña*”.

4.7. El 15 de junio de 2017, las partes del convenio interadministrativo N° 594 de 2015, pactaron suspenderlo a partir de esa fecha y hasta el 24 de julio de 2017, momento en el cual se fijó un nuevo plazo de ejecución hasta el 8 de septiembre siguiente.

4.8. El convenio se suspendió una vez más el día 8 de septiembre de 2017, a través del acta de suspensión No. 2, y se determinó como fecha prevista de reinicio a partir del 9 de noviembre de 2017¹⁷. Ello porque, según los informes mensuales de supervisión, el contrato de obra de estabilización del talud debió liquidarse de manera anticipada por imposibilidad de cumplimiento de su objeto, dado que el incremento anormal de las lluvias produjo erosión y movimientos de masa, lo que desestabilizó el talud e hizo necesario un nuevo diseño y obra de estabilización. Para cumplir con esa obra, el municipio solicitó ante el Fondo de Adaptación la financiación del proyecto, por lo que le solicitó al Ministerio del Interior continuar con la suspensión del convenio.

4.10. Finalmente, el 11 de diciembre de 2017, la supervisora del convenio envió memorando 17-67741-SIN-4020 al jefe de la oficina jurídica del Ministerio del Interior con el fin de que presentara las acciones tendientes a solicitar la liquidación y declaratoria de incumplimiento del mismo. Lo anterior lo soportó en el certificado final de supervisión en el que consignó lo siguiente:

A la fecha del presente informe, el Supervisor del Ministerio del Interior evidencia un posible incumplimiento de las siguientes cláusulas:

Cláusula Primera – Objeto (...). Es de resaltar que FONADE cumplió con sus obligaciones toda vez que recibió a satisfacción bajo su autonomía y responsabilidad de los estudios y diseños resultantes de la consultoría, previa

¹⁷ En el acta de suspensión se manifestó que la fecha del nuevo plazo de ejecución era hasta el 9 de noviembre de 2017.



aprobación del interventor. Por otra parte, la supervisión del Convenio por parte del Ministerio del Interior, considera que el municipio incumplió con el objeto del mismo, toda vez que el día 9 de noviembre de 2017 finalizó el convenio y el municipio solo ejecutó el 33.31% de acuerdo al informe semanal de interventoría No. 15.

Cláusula Segunda – Obligaciones del municipio, obligaciones especiales. Numeral 7. Dar cumplimiento al cronograma presentado y aprobado por el Ministerio Fonsecon. La supervisión del Ministerio del Interior considera que el municipio incumplió con la citada obligación, toda vez que, de conformidad con el último cronograma presentado por el municipio y aprobado por el Ministerio del Interior, el municipio debió entregar el proyecto el día 9 de noviembre de 2017. Sin embargo, en vista de seguimiento a la ejecución contractual realizada el 19 de octubre de 2017 por el Ministerio del Interior, se evidencia que aún no se ha cumplido con las obras de estabilización de talud, para así continuar con la ejecución del CIC y así mismo hacer entrega a entera satisfacción al Ministerio del Interior, una vez analizado esto se evidenció que no se alcanzó la ejecución de la obra según el cronograma entregado por el municipio.

Numeral 8. Desarrollar las actividades del proyecto dentro del plazo de ejecución contractual.

La supervisión del Ministerio del Interior, considera que el municipio incumplió con la citada obligación, toda vez que, de conformidad con el último cronograma presentado por el municipio y aprobado por el Ministerio del Interior, el municipio debió hacer entrega del proyecto el día 9 de noviembre de 2017. Sin embargo, en visita de seguimiento a la ejecución contractual realizada el 19 de octubre de 2017 por el Ministerio del Interior se evidencia que aún no se ha cumplido con las obras de estabilización de talud, para así continuar con la ejecución del CIC y así mismo hacer entrega a entera satisfacción al Ministerio del Interior, una vez analizado esto se evidenció que no se alcanzó la ejecución de la obra según el cronograma entregado por el municipio.

Numeral 9. Entregar el lote descapotado, nivelado, libre de construcciones y de cualquier limitante físico o legal, con las acometidas de los servicios públicos y las obras de estabilidad, dentro del mes siguiente a la suscripción del acta de inicio del convenio, asumiendo los costos (...).

La supervisión del Ministerio del Interior, considera que el municipio incumplió con la citada obligación, toda vez que, el municipio se comprometió a entregar el lote libre de limitantes físicas y a la fecha no se ha evidenciado avance en la ejecución de la obra de estabilización del talud el cual se encuentra localizado hacia el costado noroccidental del predio, el talud representa una amenaza significativa a las viviendas que se encuentran localizadas en la parte superior y a su vez a los frentes de obra que deberían estar avanzando en la ejecución del CIC, Centro de Integración Ciudadana. Cabe resaltar que el Ministerio del Interior ha solicitado en reiteradas ocasiones información con respecto a las posibles y diferentes gestiones que el municipio haya adelantado para subsanar y ejecutar la obra de estabilización y así mismo poder avanzar en la ejecución del CIC, sin recibir una respuesta positiva por parte del municipio.

El inicio de las acciones correspondientes por la inadecuada ejecución del convenio, hace que la supervisión del mismo, solicite el inicio de las gestiones necesarias para ejercer la acción de controversias contractuales. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 (...) El presente incumplimiento por parte del municipio de las obligaciones pactadas entre las partes con ocasión a la suscripción del convenio, la supervisión por parte del Ministerio y con base en los soportes documentales existentes en las áreas correspondientes, solicita dar inicio a las acciones



jurídicas correspondientes por el incumplimiento del objeto del convenio por parte del municipio.

5. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si se debe acceder a la pretensión segunda de la demanda, esto es, el reconocimiento de la suma de \$205'735.960, a título de indemnización de perjuicios, como monto equivalente al 20% del valor de los desembolsos pactados en el convenio materia de controversia, que fue el porcentaje previsto en la cláusula décima para la cobertura de la garantía de cumplimiento. Asimismo, se debe analizar si debe accederse a la tercera pretensión de la demanda, específicamente, si es viable decretar el pago de la cláusula penal acordada por las partes en el negocio jurídico.

La Sala no se pronunciará sobre los demás asuntos relacionados con la controversia, porque la parte demandada -municipio de Ocaña-, quien fue condenada en primera instancia, no apeló la sentencia.

5.1 Solución al caso concreto

Para dar respuesta a los reproches realizados por la parte actora en su recurso de apelación, la Sala se referirá al desarrollo jurisprudencial que esta Corporación ha realizado respecto de los convenios interadministrativos, así como a la naturaleza del negocio jurídico que acá se estudia y a las obligaciones que contrajeron las entidades públicas que lo suscribieron, para constatar si, en realidad, ese acuerdo de voluntades constituyó o no un convenio, toda vez que ello tiene incidencia para resolver el presente caso.

Esta Subsección, en providencia del 22 de octubre de 2021¹⁸, al resolver un asunto semejante -por cuanto se trató del incumplimiento de un municipio en el marco de un convenio interadministrativo igualmente celebrado con el Ministerio del Interior para la construcción de otro Centro de Integración Ciudadana-, se pronunció sobre este tipo de negocios jurídicos, en estos términos:

Visto lo anterior, la Sala concluye que el acuerdo de voluntades objeto de estudio corresponde a un convenio interadministrativo suscrito entre entidades estatales¹⁹, Nación – Ministerio del Interior y el municipio de

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021. MP Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente No. 65.978.

¹⁹ En los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.



San Bernardo, al amparo del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en tanto estas se asociaron con el fin de cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas, tanto así que, como ya se vio, en los antecedentes del convenio se hizo alusión a la norma en mención.

Los convenios interadministrativos se caracterizan porque están determinados por la consecución de un objetivo común, en los que, obviamente, no se evidencian intereses contrapuestos, pues reflejan una verdadera asociación de esfuerzos²⁰. En cambio, en los contratos interadministrativos, mientras la contratante busca el cumplimiento de un fin estatal, la contratista, si bien colabora con su realización, lo cierto es que lo hace a cambio de una retribución patrimonial, cuestión que se traduce en el surgimiento de obligaciones recíprocas de contenido económico²¹.

De cara al caso concreto, la Sala precisa que el convenio No. F-249 de 2013 no contuvo obligaciones de tipo bilateral que comportaran la existencia de intereses diversos o retribuciones económicas, pues de lo pactado se desprende una verdadera asociación de esfuerzos técnicos, administrativos y financieros, con el fin de promover la gobernabilidad y la seguridad ciudadana -objetivo común-, a través de la construcción del Centro de Integración Ciudadana en el municipio de San Bernardo, “(...) proyecto [que] consiste en la generación de escenarios en los cuales se puedan desarrollar actividades lúdicas, pedagógicas, de integración social y ciudadana, para la prevención de la violencia y el delito (...).”

Conforme a esta pauta jurisprudencial y al desarrollo que esta Corporación ha realizado frente a estos negocios jurídicos,²² el acuerdo de voluntades que ahora se examina - convenio interadministrativo F-594 de 2015- es, sin duda alguna, aquellos que se rigen por los postulados del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, tal y como se procederá a desarrollar.

El 15 de diciembre de 2015, el Ministerio del Interior - Ministerio del Interior/FONSECON, Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE y el Municipio de Ocaña, suscribieron el convenio interadministrativo F-594 de 2015, con el objeto de *“aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros entre las partes para promover la convivencia ciudadana, a través de la ejecución de un centro de integración ciudadana – CIC, en el Municipio de Ocaña – Norte de Santander.* En el acápite consideraciones se indicó que el Decreto 1066 de 2015 determinó como objeto del Ministerio del Interior – Fonsecon recaudar y canalizar recursos tendientes a propiciar la seguridad y la convivencia ciudadana para

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, expediente No. 61.429.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de mayo de 2021 Expediente No. 57.822, M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

²² Al respecto, ver, por ejemplo: sentencia del 28 de octubre de 2024 Expediente No. 63983 MP Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sentencia del 28 de junio de 2024 Expediente No. 69488 MP Fernando Alexei Pardo Flórez.



garantizar la preservación del orden público y aquellas acciones tendientes a fortalecer la gobernabilidad local y el robustecimiento territorial en el marco de la política y la estrategia nacional de seguridad y la convivencia ciudadana. Igualmente se hizo alusión a los principios de colaboración armónica y de coordinación entre las entidades públicas y se refirió a lo dispuesto en el **artículo 95 de la Ley 489 de 1998**²³.

En cuanto a las obligaciones que contrajeron las entidades públicas, en virtud de la cláusula segunda el municipio se comprometió, entre otras cosas, a aportar un lote de su propiedad para el desarrollo del proyecto, adelantar bajo su autonomía y responsabilidad todas las gestiones administrativas, contractuales y financieras necesarias para la contratación de la obra e interventoría de acuerdo a los estudios y diseños ejecutados por Fonade, invertir los aportes recibidos del Ministerio – Fonsecon única y exclusivamente en los procesos requeridos para la ejecución del objeto del convenio y depositar todos los recursos destinados a la obra y a la interventoría, en una cuenta bancaria que generara rendimientos financieros a nombre del objeto del convenio.

Por su parte, según se acordó en la cláusula cuarta, las obligaciones que contrajo el Ministerio del Interior fueron, entre otras: entregar al municipio, en conjunto con Fonade, los estudios y diseños necesarios para la selección de los contratistas de obra e interventoría; desembolsar los recursos que por medio del convenio se destinaran al desarrollo de su objeto; realizar los trámites y soportes presupuestales y contables necesarios para la correcta ejecución del convenio, incluido el registro presupuestal; y aprobar, a través del supervisor del Ministerio y el apoyo a la supervisión, los cronogramas detallados de las actividades precontractuales, contractuales y post contractuales del convenio, presentados por la entidad territorial y Fonade para el cumplimiento del objeto.

Así las cosas, la relación surgida entre las personas jurídicas públicas que fueron parte del negocio jurídico *sub judice* fue de cooperación para un objetivo común, y no se enmarcó en la ejecución, por parte de una de ellas, de prestaciones y/o servicios del exclusivo interés de las otras, a cambio de una remuneración o

²³ “Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro”.



contraprestación económica, al tiempo que las obligaciones pactadas no se encaminaron a la satisfacción de intereses contrapuestos, sino que cada una de las entidades firmantes obró en desarrollo de su propio objeto misional, con el propósito de cumplir funciones administrativas asignadas por la normativa vigente y con miras al logro de los fines públicos que le eran propios por disposición de la Constitución y la ley.

De manera que, la Sala concluye que el acuerdo de voluntades objeto de estudio corresponde a un convenio interadministrativo suscrito entre tres entidades estatales²⁴, a saber: Nación – Ministerio del Interior, Fonade y el municipio de Ocaña, al amparo del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en tanto estas se asociaron con el fin de cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas, tanto así que, como ya se vio, en los antecedentes del convenio se hizo alusión a la norma en mención.

5.1.1. La pretensión segunda de la demanda

La Sala confirmará la decisión de primera instancia, consistente en no acceder a la pretensión segunda de la demanda, encaminada al reconocimiento y pago de la suma de \$205'735.960, solicitada por la parte actora con fundamento en lo pactado en la cláusula décima del convenio interadministrativo F-594 de 2015. Así, se confirmará la denegatoria de lo anterior por cuanto, tratándose de una pretensión económica de carácter indemnizatorio, debía acreditarse la ocurrencia del perjuicio que se buscaba indemnizar, y probarse que la cuantía de tal menoscabo patrimonial era la solicitada, esto es, el 20% del valor de los desembolsos del convenio; sin embargo, la pretensión se formuló sobre una única base que no fue la demostración del perjuicio respectivo, sino apenas la cláusula en que se pactó a cargo del municipio la obligación de constituir garantías para cubrir el riesgo de cumplimiento, en el 20% del valor total de desembolsos del convenio, no siendo ello suficiente para reputar procedente el pago pretendido por el Ministerio, por no ser demostrativo, se reitera, del perjuicio concreto ni de su monto.

En efecto, aunque el Ministerio solicitó el reconocimiento de la indicada suma de dinero por el incumplimiento del convenio, omitió demostrar la merma patrimonial subsiguiente a ello. Asimismo, tampoco indicó ni precisó a qué correspondía dicho

²⁴ En los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.



rubro, puesto que jamás explicó si se trató de un perjuicio material en la modalidad daño emergente, o lucro cesante o de otra índole, para poder establecer su procedencia, limitándose a exigir al municipio una suma, con fundamento en el incumplimiento contractual, calculada a partir de una de las cláusulas del convenio interadministrativo F – 594 de 2015.

Para la Sala resulta claro que, siendo el propósito del Ministerio obtener la indemnización solicitada, debió demostrar la ocurrencia del perjuicio consecuencial al incumplimiento que le endilgó al municipio de Ocaña, no siendo suficiente acreditar la sola inobservancia de la entidad territorial respecto de una o más de las obligaciones que había asumido en el convenio. En este punto se estima pertinente referir, para el análisis, la providencia dictada por esta Corporación el 31 de enero de 2011²⁵, y en la cual se precisó:

*Como en la responsabilidad contractual el daño, excluyendo obviamente la prestación, es la merma patrimonial que se padece, las ventajas que se dejan de percibir y en muy raros casos la congoja o pena que se sufre, es evidente que un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y **es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediadamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación. Por lo tanto no es cierto que basta con incumplir la obligación para que haya daño.***

(...)

Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de repararlo pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente condene al deudor a su pago, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía. Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”.

*Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y su cuantificación sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A. **Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a su cuantía, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la***

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 73001-23-31-000-2001-01937-01(15800)



ocurrencia y la magnitud de la lesión, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso.

En ese sentido, era menester que el Ministerio del Interior, primero, indicara a qué obedecía la pretensión económica que requirió, porque, como arriba se señaló, no se fijó si se trató de un perjuicio de índole patrimonial o extrapatrimonial, y que también fundamentara su cuantía. Sin embargo, dado que no se cuenta con soporte probatorio de la solicitud, esencialmente por no acreditarse que el incumplimiento del convenio interadministrativo F – 594 de 2015 por parte del municipio efectivamente le causó un detrimento al Ministerio del Interior, resulta infructuosa cualquier otra consideración y se impone el rechazo de la pretensión indemnizatoria que persigue la parte actora.

Cabe destacar que no constituye prueba ni fuente de la indemnización pretendida el hecho de haberse pactado en la cláusula décima del convenio la obligación de garantizar su cumplimiento con la constitución de una póliza que amparara ese riesgo por el 20% del valor de los desembolsos destinados al municipio, pues tal estimación se hizo para establecer la cuantía de la garantía, pero no activa por sí sola derecho alguno a reconocimientos económicos directos, ni aun por haberse demostrado el incumplimiento de la demandada, pues la indemnización del perjuicio sólo se abre paso cuando éste, consistente en el detrimento patrimonial consecuencial a la inobservancia del negocio jurídico, es debidamente probado en el juicio, lo que no aconteció en esta causa.

Ahora, dada la estructura de la pretensión segunda, defendida por la apelante, cabe revisar el análisis que a este respecto realizó el *a quo*, el cual indicó que la solicitud carecía de vocación de prosperar porque, en su criterio, dicha pretensión “*debió dirigirse en contra de la aseguradora*”, toda vez que la obligación que surgió a cargo del municipio de Ocaña como producto de lo pactado en la cláusula décima del convenio era la de constituir una póliza en favor del Ministerio del Interior, la cual cumplió al adquirir la Póliza de Cumplimiento No. 400-47-99400042953. Frente a este planteamiento, la parte actora señaló que, por el contrario, sí se debía acceder al reconocimiento de la suma de \$205'735.960, amparada en la póliza de cumplimiento No. 400-47-99400042953.

De cara al incumplimiento del convenio interadministrativo y a la forma de hacer efectiva la garantía, el Consejo de Estado, en concepto del 26 de julio de 2016, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló “***respecto de los convenios***



interadministrativos, si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, al no resultar procedente el ejercicio de potestades unilaterales, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas pertinentes del Código de Comercio y las reglas particulares de la póliza expedida (...), si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas del derecho común” (énfasis fuera de texto).

Por lo tanto, bajo las consideraciones sentadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1037 del Código de Comercio -que precisa las partes del contrato de seguro y la relación entre el tomador y el asegurador-, en el presente caso resulta evidente que cualquier reclamo derivado de la garantía era procedente mediante llamado formal a la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, que fue la que amparó el riesgo pactado en el convenio interadministrativo F-594 de 2015 a través de la póliza de cumplimiento No. 400-47-99400042953 en virtud de lo pactado en la cláusula décima del convenio *sub judice*, por lo que al incoarse y adelantarse el proceso en esta jurisdicción, se debió solicitar la vinculación de la aseguradora bajo las figuras de intervención procesal que operan conforme a las reglas legales aplicables, circunstancia que no ocurrió, razón más que suficiente para denegar la pretensión de la recurrente bajo el argumento que esbozó, de que únicamente tenía acción contra el municipio, como responsable por la no ejecución íntegra del convenio interadministrativo.

5.1.2. Pretensión tercera de la demanda

Frente a la pretensión de condenar al municipio de Ocaña al pago de la cláusula penal pecuniaria dispuesta en la cláusula vigésima del convenio interadministrativo, la parte actora insistió en que debía accederse a ella, citando jurisprudencia relativa a esa figura, y si bien no refirió textualmente la pretensión formulada en la reforma de la demanda, señaló que, dado el incumplimiento del negocio jurídico, “*también estaría configurándose la obligación contractual de activarse la cláusula penal pecuniaria, establecida en su cláusula vigésima*”. Tales manifestaciones de censura permiten a esta Sala pronunciarse al respecto, aún más, porque en la sentencia de primera instancia no se hizo mención explícita sobre la solicitud de efectividad de la cláusula penal, por lo que tal materia constituyó, en principio, un punto del litigio sin solución en la primera instancia; de suerte, que debe estudiarse en este segundo grado jurisdiccional, con base en lo aducido por la recurrente.



Para ello, se debe indicar que la cláusula penal está regulada en el artículo 1592 del Código Civil, que la define como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. En el precitado concepto de la Sala de Consulta se realizó un análisis de la cláusula y su conveniencia en los convenios administrativos, así como la autoridad llamada a resolver los conflictos en torno a la misma. Al respecto:

*El artículo 1592 del Código Civil (C.C.) define la cláusula penal como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. Se trata de una obligación accesoria de la prestación principal del contrato pero contenida en una cláusula dentro del mismo, por la cual una de las partes, usualmente el contratista, se compromete ante el incumplimiento del objeto contractual a dar una suma o cantidad de dinero, estimada previamente y, por lo regular, equivalente a la indemnización de daños y perjuicios. **La Sala en el Concepto 1748 de 2006 y la Sección Tercera en copiosa jurisprudencia, han sostenido que la cláusula penal es un cálculo anticipado de perjuicios que hacen las partes por el incumplimiento del contrato (art. 1600 CC)80; pactada la cláusula penal no es necesario acreditar dichos perjuicios por parte del acreedor, por lo que solo deberá probarse la infracción a las obligaciones contractuales por el deudor (art. 1599 C.C81), sin perjuicio del derecho a la proporcionalidad en su imposición, según el cual la pena es susceptible de reducción cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor resulta parcial y así lo ha aceptado el acreedor (artículos 1596 C.C. y 867 C. Co.). Por consiguiente, la pena consiste, precisamente, en que de antemano se han fijado por las partes los perjuicios por la inejecución o la ejecución tardía o defectuosa de los deberes contractuales, lo que significa que ante la violación del contrato se releva al acreedor de la carga de probar la existencia del daño y el monto del resarcimiento del mismo.***

(...)

*[E]n el evento en que se hayan pactado multas o cláusulas penales en los convenios interadministrativos propiamente dichos, **la declaratoria de incumplimiento o la imposición de las multas o cláusulas penales así como su ejecución, corresponderá al juez del convenio.** (Énfasis fuera de texto).*

Ahora, para establecer la procedencia o no del reconocimiento de la cláusula penal que solicitó la recurrente, es importante analizar la providencia de primera instancia, específicamente, el numeral que desarrolló la tercera pretensión de la demanda y el alcance que el *a quo* le otorgó a tal solicitud:

“3.- Tercera pretensión ‘Se ordene al municipio de Ocaña, Norte de Santander, devolver al Tesoro Nacional la suma de cuatrocientos setenta y cuatro millones seiscientos treinta y nueve mil ochocientos un pesos (\$474’639.801) moneda legal, como consecuencia de la no ejecución de los desembolsos efectuados por el Ministerio de Interior/FONSECON al ente territorial, con ocasión del Convenio Interadministrativo F– 594 de 2015’.



En ese sentido se tiene que en el proceso está acreditado que la Nación – Ministerio del Interior, realizó en favor del municipio de Ocaña un desembolso por la cantidad de \$474' 639. 801.oo en cumplimiento de lo acordado en la cláusula séptima del Convenio 0594 de 2015. El municipio de Ocaña ha aceptado la existencia de dicho desembolso, pero ha sostenido que de dicha suma el municipio ejecutó la cantidad de \$474'.200.599 en la ejecución del contrato de obra No. 004 del 28 de diciembre de 2016, suscrito por la construcción del CIC. Tal situación se acreditó con lo informado por el Secretario de Vías del Municipio en oficio 900902210 del 5 de junio de 2018, aportado por el Municipio dentro del trámite de la medida cautelar tomada por la Sala mediante auto del 28 de junio de 2018.

Así las cosas, es claro que como ha prosperado la primera pretensión de la demanda, relacionada con declarar el incumplimiento de la obligación de la construcción del CIC, adquirida por el municipio de Ocaña, le surge el deber de pagar a la parte accionante la suma de dinero que le fue girada para efectos de cumplir a satisfacción el objeto del citado Convenio 0594 de 2015, dinero que será pagado, conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico”.

A partir del examen de este punto de la sentencia y de la totalidad del convenio interadministrativo F – 594 de 2015, esta Subsección considera que la condena al pago de los \$474'639.801 desembolsados por el Ministerio del Interior al municipio de Ocaña se impuso, **NO** como restitución o devolución de dinero, como lo pidió la demandante, sino a título de indemnización por incumplimiento del negocio jurídico. A pesar de que el sentenciador de primer grado no lo razonó explícitamente, la mencionada devolución de los dineros entregados se determinó como un resarcimiento a favor de la demandante, pues no existe soporte probatorio que evidencie la procedencia de tal restitución bajo un concepto distinto, y así tampoco fue planteado por ninguna de las partes en el presente proceso.

En esa medida, no podría esta Subsección acceder a una indemnización doble por el mismo perjuicio, esto es así porque el monto que se ordenó a título de indemnización supera el establecido en la cláusula penal, por lo cual se entiende que quedó cubierto por ese rubro; de manera que, un reconocimiento adicional ya no estaría cubierto por esa estipulación de tasación anticipada de perjuicios y, por tanto, tendría que acreditarse, aspecto este último que no concierne resolver al juez de la segunda instancia por no corresponder con el objeto de la apelación. En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto denegó las pretensiones segunda y tercera de la demanda presentada por la Nación – Ministerio del Interior.



Actualización condena de primera instancia.

Si bien este no fue un punto objeto de la apelación, corresponde realizar en esta instancia la actualización de la condena impuesta en el fallo de primer grado, en la suma de \$474'639.801. Dicho monto será actualizado bajo con la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

el vigente al momento en que se profirió la presente providencia
el vigente al momento de proferirse la sentencia de primera instancia

$$R: \$474'639.801 \times \frac{147,90}{134,45}$$

$$R: \$522'121.432$$

6. Costas:

El artículo 365 del CGP señala que hay lugar a condenar en costas a la parte vencida en un proceso y el artículo 361 *ibidem* establece que las costas “*están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho*”, pero vale aclarar que éstas últimas serán determinadas por las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, según el artículo 366.4 *ibidem*.

En el *sub judice*, la presente decisión confirmará la sentencia apelada, por lo que hay lugar a condenar en costas, en esta instancia, a la parte vencida en el proceso y a quien se le resolvió de manera desfavorable la alzada, esto es, a la parte actora.

Además, tal como lo dispone la legislación pertinente, las mismas deberán ser liquidadas por el juez de primera instancia, teniendo en cuenta las agencias en derecho que se fijan en el equivalente al 1 SMLMV -Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016²⁶, monto que se deberá pagar a favor del Municipio de Ocaña pues, aunque no intervino en esta instancia, debieron atender el proceso con diligencia y en oportunidad a través de su apoderado judicial.

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

²⁶ Vigente a la fecha de la demanda, 19 de mayo de 2017.



Radicación número: 54001- 23-33-000-2018-00084-01 (70.277).
Actor: Nación – Ministerio del Interior.
Demandado: Municipio de Ocaña.
Medio de Control: Controversias Contractuales.

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral quinto de la sentencia proferida el 13 de julio de 2023, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el cual quedará así:

*Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNESE** al municipio de Ocaña, a pagar a favor de la Nación – Ministerio del Interior, la suma de quinientos veintidós millones ciento veintiún mil cuatrocientos treinta y dos pesos (\$522'121.432).*

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en lo demás, el fallo apelado.

TERCERO: CONDENAR en costas, por la segunda instancia, a la parte actora y a favor del Municipio de Ocaña, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el *a quo*. Se fija como agencias en derecho el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma 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 link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF