

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO – Fondo de Adaptación – Aplicación del derecho privado – Expedición de Actos del Fondo de Adaptación – Actos contractuales

[...] la Ley 1753 de 2015, "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, estableció en su artículo 155 que: "Los contratos que celebre el Fondo Adaptación para ejecutar los recursos destinados al programa de reducción de la vulnerabilidad fiscal ante desastres y riesgos climáticos, se regirán por el derecho privado".

En ese orden de ideas, la Sala advierte que el negocio jurídico en cuestión, celebrado para la vigilancia de las obras que recayeron sobre la infraestructura afectada por el fenómeno de La Niña ocurrido entre 2010 y 2011, estuvo gobernado por el derecho privado. Por ende, los instrumentos expedidos por la contratante en ese marco no tienen la connotación de actos administrativos, como las resoluciones [...] por medio de las cuales el Fondo declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones de la interventoría [...].

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL – Eventos – Límites – Ley 1150 de 2007

[...] conforme a la postura de la Sala, en los asuntos en los que la entidad pública contratante persigue la liquidación del negocio celebrado, esa posibilidad está condicionada al hecho de que, para acudir al trámite judicial, exista una verdadera causa, bien porque se presente tensión o contraposición de posturas entre contratante y contratista, ora porque la administración se vea impedida para desplegar sus potestades administrativas en punto a efectuar, de forma unilateral, aquél ejercicio liquidatorio. En efecto, ha referido la Subsección que no puede emplearse la vía contenciosa para "*sustituir a la administración en el cumplimiento de sus deberes o coadministrar con ella*". En esos deberes se encuentra, tanto el de ejercer las prerrogativas públicas unilaterales que detenta en virtud de la ley, como el de atender las obligaciones que provienen del acuerdo de voluntades, en virtud del principio de autotutela y del rol de dirección del contrato estatal que le asiste, y por virtud de ello la potestad de liquidar unilateralmente el negocio, en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

EXCEPCIÓN DE PLEITO PENDIENTE – Excepción previa – Artículo 100 del Código General del Proceso – Elementos – Identidad de las partes, el objeto y la causa

[...] en esta Corporación, cursa otro proceso, radicado bajo el número [...] que comprende como parte demandante a AIDCON y como demandado al Fondo.

[...]

La excepción de pleito pendiente, catalogada como previa por el legislador en el artículo 100, numeral 8 del CGP27, y conforme lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, exige que se presente una triple identidad (de partes, objeto y causa) entre el proceso en el que se formula la excepción y aquél que la sustenta.

El expediente respecto del cual se afirmó la existencia de un pleito pendiente, radicado bajo el número [...] tiene como demandante a AIDCON y como demandado al Fondo, por controversia suscitada en el mismo negocio que aquí se debate [...]; de lo que se desprende, en general, una identidad de causa. No obstante, no se predica una identidad

de partes -en tanto aquellas no ocupan los mismos extremos procesales en ambos trámites- y tampoco de objeto, pues a pesar de la coincidencia parcial en un punto específico -la liquidación- no se puede sostener que el objeto de uno y otro proceso judicial sea plenamente asimilable -en aquél asunto el contratista persigue, además de la liquidación, que se declare el incumplimiento del pacto, se reconozca la ruptura del equilibrio negocial, se tasen los valores de los ítems no previstos, se declare la nulidad de las resoluciones [...] (según lo visto en el régimen jurídico, debe entenderse como dejarlas sin efectos, al no ser actos administrativos) y se condene a la contratante al pago de los perjuicios derivados del desequilibrio sufrido por el contratista-.

Adicionalmente, la parte accionada no presentó demanda de reconvención [...] no cuestionó el auto que declaró no probada la excepción de pleito pendiente (en relación con la otra causa judicial), no pidió la acumulación de ambos trámites y no solicitó la suspensión del presente asunto por prejudicialidad. Así, las oportunidades procesales con las que contaba AIDCON para introducir cuestiones adicionales a la litis -por vía de pretensión-, condicionar la decisión que se adopte en el sub lite a lo que se falle en el otro proceso (en relación con los efectos de las resoluciones que declararon su incumplimiento) o sujetar la suerte del petitum de la otra causa a la sentencia que se dicte en esta, precluyeron.

CLÁUSULA PARA PACTAR DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO EN CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO – Autonomía de la voluntad – Régimen contractual especial – Cláusulas excepcionales

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes de un contrato estatal de derecho privado pactar cláusulas que le asignen a una de ellas la potestad de declarar el incumplimiento del negocio, declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; en ese caso, el ejercicio no deviene directamente de la ley sino del acuerdo de voluntades, sin que al efecto sea necesaria la intervención previa del juez. En el caso concreto, las partes convinieron expresamente (cláusulas décima segunda y décima tercera) que el Fondo podría “hacer efectiva” la cláusula penal y “hacer exigible” multas por mora en la ejecución del contratista, de manera que el Fondo, en todo caso, contaba con la atribución unilateral (de origen convencional) para declarar el incumplimiento y, por su virtud, hacer efectiva la decisión adoptada en los instrumentos correspondientes.



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

Consejero ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)

Demandante: Fondo Adaptación

Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.

Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

Temas: LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO – *Está sujeta a la existencia de una causa / EXCEPCIÓN DE PLEITO PENDIENTE – Requiere que medie identidad de partes, objeto y causa*

1. La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de mayo de 2025 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

2. Entre el Fondo Adaptación¹ y la sociedad Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.² se celebró el contrato n° 135 de 2016, cuyo objeto consistió en la intervención integral a la construcción de las obras de protección de orilla de la margen derecha del Canal del dique, en el municipio de Santa Lucía (Atlántico). La demandante, que declaró previamente el incumplimiento del negocio por parte del contratista, pretende que se efectúe la liquidación del contrato y, en consecuencia, se ordene la liberación de los recursos no ejecutados por AIDCON, a favor del Fondo, y el pago del saldo pendiente al demandado.

ANTECEDENTES

La demanda

3. El 6 de octubre de 2020³, el Fondo promovió demanda de controversias contractuales contra AIDCON, elevando las siguientes pretensiones, que se transcriben con sus propios énfasis y posibles errores:

“PRIMERA. – Que se declare la liquidación judicial del contrato de intervención 135 de 2016 suscrito entre el FONDO y ASESORIAS, INTERVENTORÍAS, DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN AIDCON LTDA., con el siguiente balance de ejecución financiera.

Balance de Ejecución Financiera del contrato 135 de 2016

CONCEPTO	VALOR
1. VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$1.712.844.072,00
2. ADICIONES	\$0,00
3. VALOR FINAL CONTRATO	\$1.712.844.072,00
4. VALOR EJECUTADO	\$1.712.844.072,00

¹ En adelante, también, el Fondo, la contratante o la demandante.

² En lo sucesivo, igualmente, AIDCON, la contratista o la demandada.

³ Archivo “3ED_01DemandaAIDCON135VF” del expediente digital, índice 002 del aplicativo SAMAI, en segunda instancia.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

5. VALOR PAGADO	\$1.011.861.078,42
6. SALDO DEL CONTRATO	\$700.982.993,58
7. VALOR PENDIENTE DE PAGO	\$700.982.993,58
8. RETENCIÓN DE GARANTÍA PRACTICADA	\$101.186.107,84
9. RETENCIÓN DE GARANTÍA REINTEGRADA	\$ 0,00
10. ANS PRACTICADA	\$89.924.313,18
11. ANS POR PRACTICAR	\$30.831.194,00
12. RETESANCION POR PRACTICAR DE CONFORMIDAD CON RESOLUCION 0344 de 2016 - ACTIVIDADES TOPOBATIMETRICAS NO EJECUTADAS (ACTAS 5, 6, y 7)	\$122.915.637,00
13. ESTAMPILLA PROUNIVERSIDADES RETENIDA	\$8.722.940,32
14. SALDO PENDIENTE DE PAGO (NUMERAL 7- NUMERALES 11 Y 12)	\$547.236.162,58
15. SALDO POR LIBERAR EN FAVOR DEL FONDO (NUMERALES 11+12)	\$153.746.831,00

Nota 1: Este valor está compuesto por:

(i) Actas parciales de intervención presentadas por AIDCON LTDA al Fondo Adaptación, que están pendientes de pago, de acuerdo con la siguiente relación:

Acta N°	Radicado Devolución	Total Pago pendiente	30% pago mensual	70% contra avance de obra	Periodo
5	E-2017-030668	\$108.354.631,75	\$46.713.929,24	\$61.640.701,51	18/11/2016 al 17/12/2016
6	E-2017-030668	\$129.520.303,62	\$46.713.929,24	\$82.806.373,39	18/12/2016 al 31/12/2016 20/01/2017 al 08/02/2017
7	E-2017-030668	\$196.864.511,27	\$46.713.929,24	\$150.150.582,04	09/02/2017 al 08/03/2017
8	E-2017-030668	\$125.495.357,47	\$46.713.929,24	\$78.781.428,24	09/03/2017 al 08/04/2017
		\$560.234.802,11	\$186.855.717,95	\$373.379.085,17	

(ii) Valor pendiente por facturar por \$140.748.791,47

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se ordene la liberación de los recursos a favor del Fondo Adaptación en la suma de **CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$153.746.831,00).**

TERCERA: Que en razón al balance de ejecución financiera que se apruebe con la liquidación judicial se ordene el pago del saldo a favor del contratista, esto es de la suma de **QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$547.236.162,58).**

CUARTA: Que se condene al demandado, al pago de las costas y agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de proferirse sentencia que ponga fin al presente proceso".



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

4. Como fundamentos fácticos, en síntesis, se narraron los siguientes:
5. El 5 de julio de 2016 se celebró con AIDCON el contrato n° 135, cuyo objeto consistió en “*la intervención integral a la construcción de las obras de protección de orilla de la margen derecha del Canal del Dique en el municipio de Santa Lucía en el departamento del Atlántico, en el área de influencia del Canal del Dique*”. El precio pactado en el negocio fue de \$1.712'844.072 y el acta de inicio fue suscrita el 18 de julio siguiente⁴. La labor de intervención fue desarrollada respecto del contrato de obra n° 133 de 2016, celebrado entre el Fondo y A Construir S.A.
6. El contrato n° 135, cuya ejecución se prolongó hasta el 31 de mayo de 2018, tuvo las siguientes incidencias: (i) el 30 de diciembre de 2016, se suspendió por 20 días calendario; (ii) el 28 de abril de 2017, tuvo una suspensión por 60 días calendario, la cual fue ampliada posteriormente por 230 días adicionales; y (iii) el 6 de abril de 2018, se suscribió el otrosí n° 1 que prorrogó el plazo contractual por 45 días calendario.
7. En el desarrollo del contrato se hicieron efectivos al contratista 7 descuentos por concepto de los denominados Acuerdos de Niveles de Servicio (ANS), por un total de \$89'924.313,18. Según indicó, “*en el marco del proceso de liquidación, está pendiente por practicar los descuentos por concepto de Acuerdos de Niveles de Servicio (ANS)*” en cuantía de \$30'831.194.
8. En informe del 10 de agosto de 2017, el supervisor del contrato solicitó iniciar procedimiento sancionatorio por el presunto incumplimiento parcial por parte de la intervención⁵. Adelantado el trámite correspondiente, mediante Resolución n° 303 del 30 de mayo de 2019, el Fondo declaró el incumplimiento parcial, declaró la ocurrencia del siniestro correspondiente y ordenó hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria (por valor de \$203'655.215) y la garantía respectiva.
9. Contra la decisión antedicha, el contratista y la compañía de seguros que amparó el negocio en cuestión interpusieron -*por separado*- recurso de reposición. A través de la Resolución n° 344 del 21 de junio de 2019, la contratante confirmó el incumplimiento parcial del contrato y “*revocó la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, la ocurrencia de siniestro y el descuento por valor de \$203.655.215*”. Adicionalmente, afirmó, se dispuso⁶ que se efectuara la liquidación del contrato y, en el marco de la misma, se abstuviera de pagar los servicios y actividades no ejecutadas por el contratista, durante los períodos de pago 5, 6 y 7.
10. El balance financiero del contrato, de conformidad con el estado de cuenta emitido por el Grupo de Trabajo de Gestión Financiera de la demandante, indicó que al contratista se le han pagado \$1.011'861.078,42, se le adeudan \$547'236.162,58 y queda un saldo de \$153'746.831, pendiente por ser liberado en favor del Fondo.

⁴ En la narración fáctica de la demanda no se especificó el término (inicial o total) de duración del contrato.

⁵ No se especifica en qué consistieron los presuntos incumplimientos.

⁶ Si bien el libelo introductorio no lo especificó, la orden fue emitida al supervisor del contrato, conforme a los elementos probatorios que más adelante se analizan.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

11. El 20 de agosto de 2020 la contratante remitió a AIDCON el proyecto de acta de liquidación bilateral para su revisión, comentarios o inclusión de salvedades. Pese a múltiples requerimientos, la contratista guardó silencio.
12. Como fundamentos de derecho, la demandante sostuvo que: (i) el Fondo Adaptación fue creado por el Decreto 4819 de 2010 para la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de “La Niña”, ocurrido durante el mismo año; (ii) mediante el Decreto 2918 de 2011, el Gobierno nacional estableció la estructura de la entidad y determinó que los contratos por ella celebrados se regirían por el derecho privado, previo proceso de escogencia que se sujetará a los procedimientos de “*Selección Directa*”, “*Convocatoria Cerrada*” y “*Convocatoria Abierta*”; (iii) el incumplimiento de una de las partes del contrato causa un daño antijurídico a la otra, y le otorga el derecho de reclamar, por vía judicial, la indemnización correspondiente; (iv) en tanto el contratista incumplió, adicionalmente, con su obligación de concurrir a la liquidación del negocio, y el Fondo carece de facultades para liquidarlo unilateralmente, debió acudir a la presente vía judicial con ese propósito; y (v) las resoluciones mediante las cuales declaró el incumplimiento del contrato gozan de presunción de legalidad y plena firmeza.

La contestación de la demanda

13. Dentro del término correspondiente, AIDCON dio respuesta, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo como excepciones previas⁷ las de “*inepta demanda por insuficiencia de poder*” y “*pleito pendiente*”, y como medios exceptivos de mérito los que denominó “*excepción de fondo sobre obligaciones de las entidades públicas de respetar el principio de planeación*”, “*inexistencia de la obligación*”, “*cobro de lo no debido*”, “*injusto detrimientos (sic) patrimonial de AIDCON LTDA.*”, “*enriquecimiento sin justa causa*”, “*buenas fe contractual*” y el genérico⁸.
14. En sustento de lo anterior, afirmó que: (i) el poder otorgado para demandar no especificó el medio de control correspondiente; (ii) entre las mismas partes cursa otro proceso judicial en el que también se ventila la liquidación del negocio; (iii) el Fondo no respetó el principio de planeación, pues los términos y condiciones del contrato no especificaron que la interventoría estuviese obligada a realizar controles topobatimétricos si no mediaba solicitud expresa de la contratante, requerimiento que solo se produjo hasta el acta de interventoría nº8; (iv) el contratista de obra adelantó la construcción en cumplimiento de lo pactado en el respectivo acuerdo de voluntades, de manera que los pagos a aquél realizados, atienden a las cantidades de obra entregadas, aprobadas por la interventoría y

⁷ En providencia del 20 de noviembre de 2023, el *a quo* declaró no probadas las excepciones previas formuladas, señalando que: (i) en el poder otorgado para demandar se señaló con claridad y detalle la gestión encomendada; y (ii) si bien existe otro proceso en curso, en el que funge como demandante AIDCON y demandado el Fondo, en el que se persiguió la liquidación del mismo contrato que aquí se disputa; las pretensiones de una y otra causa judicial no son idénticas, pues en aquella otra se solicita el incumplimiento del contrato, el restablecimiento del desequilibrio, el reconocimiento de los perjuicios ocasionados al contratista y la nulidad de los actos que declararon su incumplimiento. En consecuencia, sostuvo, la decisión que se adopte en el *sub lite* no tiene la virtud de configurar el fenómeno de cosa juzgada respecto del promovido por la interventoría (Archivo “15ED_13ResuelveExcepcion” del expediente digital, índice 002 del aplicativo SAMAI, en segunda instancia.).

⁸ Archivo “10ED_08ContestacionDemand, *ibidem*.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

recibidas a satisfacción por el Fondo; (v) AIDCON no le adeuda a la demandante suma alguna por la ejecución del contrato de intervención; (vi) las resoluciones que declararon el incumplimiento contienen errores técnicos y jurídicos; (vii) la retención de los valores ejecutados por la intervención (incluida la estampilla pro universidad) representa un enriquecimiento sin justa causa para el Fondo; y (viii) el contratista actuó siempre en el marco de sus obligaciones.

Sentencia de primera instancia

15. El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia del 16 de mayo de 2025, accedió a las súplicas de la demanda, de la siguiente forma (transcrita con sus propios énfasis y eventuales errores)⁹:

“PRIMERO: DECLÁRASE liquidado judicialmente el Contrato de Intervención No. 135 de 2015 que suscribió el Fondo de Adaptación y la Sociedad Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción AIDCON Ltda., de la manera en que se encuentra establecido en el balance de ejecución financiera allegado por la demandante, así:

Balance de Ejecución Financiera del contrato 135 de 2016

CONCEPTO	VALOR
1. VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$1.712.844.072,00
2. ADICIONES	\$0,00
3. VALOR FINAL CONTRATO	\$1.712.844.072,00
4. VALOR EJECUTADO	\$1.712.844.072,00
5. VALOR PAGADO	\$1.011.861.078,42
6. SALDO DEL CONTRATO	\$700.982.993,58
7. VALOR PENDIENTE DE PAGO	\$700.982.993,58
8. RETENCIÓN DE GARANTÍA PRACTICADA	\$101.186.107,84
9. RETENCIÓN DE GARANTÍA REINTEGRADA	\$ 0,00
10. ANS PRACTICADA	\$89.924.313,18
11. ANS POR PRACTICAR	\$30.831.194,00
12. RETEACION POR PRACTICAR DE CONFORMIDAD CON RESOLUCION 0344 de 2016 - ACTIVIDADES TOPOBATIMETRICAS NO EJECUTADAS (ACTAS 5, 6, y 7)	\$122.915.637,00
13. ESTAMPILLA PROUNIVERSIDADES RETENIDA	\$8.722.940,32
14. SALDO PENDIENTE DE PAGO (NUMERAL 7- NUMERALES 11 Y 12)	\$547.236.162,58
15. SALDO POR LIBERAR EN FAVOR DEL FONDO (NUMERALES 11+12)	\$153.746.831,00

SEGUNDO: ORDENASE, en consecuencia de lo anterior, el pago en favor de la contratista Sociedad contratista Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción AIDCON Ltda., de la suma de **QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS \$547.236.162,58**, como saldo a su favor.

TERCERO: ORDENASE, en consecuencia de lo anterior, la liberación de los recursos a favor del Fondo Adaptación en la suma de **CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$153.746.831,00)**, como saldo a su favor.

CUARTO: No condenar en costas.

QUINTO: NOTIFICASE esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

⁹ Archivo “31ED_29SentenciaLiqJudici”, *ibidem*.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

SEXTO: Ejecutoriada la presente decisión, archívese el expediente”.

16. Para sustentar su decisión, indicó que: (i) en los casos en los que los contrayentes no hayan liquidado el contrato bilateralmente o por mutuo acuerdo, ni la entidad estatal lo haya hecho unilateralmente, el juez del contrato detenta la competencia para conocer de la pretensión de liquidación y definir el estado final de las obligaciones y derechos de las partes para darle finiquito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA; (ii) con la demanda se aportó el balance de la ejecución financiera del negocio, en el que se relacionaron las prestaciones ejecutadas y los descuentos practicados; (iii) la demandada manifestó (en la contestación) su acuerdo con el valor inicial del contrato, sus adiciones, el valor final, el monto ejecutado, lo efectivamente pagado, la suma pendiente de pago, las retenciones efectuadas por el fondo y las pendientes por deducir (por ANS); (iv) en consecuencia, tales rubros deben tenerse por probados para efectos del cálculo final, lo que reduce el litigio a las retenciones por practicar por virtud de los actos que declararon el incumplimiento por actividades no ejecutadas (actas 5, 6 y 7), la estampilla pro universidad retenida, el saldo pendiente de pago y el saldo por liberar a favor del fondo; (v) las resoluciones nº 303 y 344 de 2019, que declararon el incumplimiento anotado, se presumen legales, pues no hay evidencia de sus suspensión o anulación por esta jurisdicción, gozan de firmeza y, por ende, lo en ellas consignado es de obligatorio cumplimiento para los extremos negociales; (vi) la cuantificación de los conceptos por incumplimiento contractual que tales instrumentos efectuó, no es motivo de controversia en el presente proceso; (vii) el saldo pendiente de pago al contratista y el que queda por liberar a favor del Fondo, se encuentran debidamente acreditados y procede su reconocimiento; (viii) el carácter tributario de la estampilla prouniversidades retenida supone que la entidad estatal se encuentra plenamente facultada para su respectivo cobro, siempre que se cumpla el hecho generador, y sobre dicho aspecto la demandada no planteó inconformidad alguna; y (ix) no estimó pertinente la condena en costas, en tanto no encontró pruebas que las demuestren o justifiquen.

Recurso de apelación

17. La demandada interpuso recurso de alzada¹⁰, bajo la siguiente argumentación:

18. El *a quo* basó sus conclusiones en lo decidido en la resolución nº 344 de 2019, sin considerar que, conforme a lo probado en el proceso y en particular los términos y condiciones del contrato, AIDCON no estaba obligada a efectuar mediciones por batimetría, que fue la razón por la cual la contratante declaró el incumplimiento parcial del negocio.

19. El tribunal afirmó que no hay prueba que demuestre la suspensión o anulación de las resoluciones que declararon el incumplimiento del acuerdo de voluntades, a pesar de reconocer expresamente la existencia de otra causa judicial (la promovida por la contratista contra el Fondo) en la que se persigue su anulación.

20. La sentencia de primera instancia pasó por alto la declaración del ingeniero residente en la obra, según la cual el contrato fue cumplido a cabalidad por la

¹⁰ Archivo “33ED_31RecursoApelacion”, *ibidem*.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

contratista, y a pesar de la tacha formulada por el demandante, dicha persona, como testigo presencial de los hechos, se encontraba en la mejor posición para relatar de forma completa, precisa y detallada los pormenores de la ejecución del contrato.

21. Los descuentos ordenados por la demandante rompen el equilibrio económico del contrato.
22. Si bien al Fondo no le asistía el derecho a recurrir a instancias judiciales para obtener la liquidación del contrato, sostuvo, no se opone a dicha eventualidad “pero sí a que se le reconozcan los dineros que se señalan en el balance de ejecución financiera, el cual rompe el equilibrio contractual en detrimento económico de mi representada”.
23. El contratista debe ser indemnizado por la totalidad de los daños derivados del incumplimiento del contrato, tanto los que se manifiesten en la disminución patrimonial, como los que se traducen en la privación de utilidades o ganancias esperadas.
24. AIDCON actuó preválido de la buena fe contractual, en el marco de sus obligaciones, al punto que si bien el valor inicial del contrato de obra fue de \$21.000'000.000, como resultado de la labor de intervención ese monto se redujo a \$18.000'000.000, y la diferencia debió ser reintegrada por el contratista de obra al Fondo.

Trámite relevante en segunda instancia

25. El recurso fue admitido mediante auto del 9 de septiembre de 2025¹¹. Durante el término de su ejecutoria, las partes guardaron silencio. A su vez, el Ministerio Público no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

26. La Sala no advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, de manera que, evidenciado el cumplimiento de los presupuestos procesales (jurisdicción, competencia, oportunidad de la demanda, legitimación en la causa por activa y por pasiva y verificados los requisitos de la demanda en forma), procede a decidir la segunda instancia de la presente *litis*.
27. Con ese propósito, se abordarán los siguientes asuntos: (i) el régimen jurídico aplicable al contrato debatido; (ii) el objeto del recurso de apelación y los problemas jurídicos para resolver el litigio; (iii) la solución al caso concreto; y (iv) la condena en costas.

El régimen jurídico del contrato n° 135 de 2016

28. Antes de fijar el objeto de la *litis* en esta instancia y la solución que corresponde a los cargos de la alzada, es necesario precisar el régimen jurídico que gobernó el acuerdo de voluntades en cuestión, en aras de determinar si se encontraba

¹¹ Índice 004 del aplicativo SAMAI, en segunda instancia.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹² y, con ello, si: (i) el trámite de liquidación -en sede administrativa- se debía sujetar a sus postulados; (ii) su planteamiento por vía judicial resulta procedente, a la luz de la postura mantenida por la Subsección; y (iii) las resoluciones que declararon su incumplimiento parcial revisten la naturaleza de actos administrativos. Esto último resulta relevante para el *sub examine* pues, como se precisará *infra*, aunque tales instrumentos no fueron objeto de demanda en este proceso, la accionada cuestionó, al apelar, su contenido.

29. Con ese propósito, se tiene, entonces, que el Decreto 4819 de 2010 creó el Fondo Adaptación como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y definió como su objeto “*la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de ‘La Niña’*”. El artículo 7 de la norma en comento dispuso que “*Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007*”; no obstante, la Corte Constitucional, en sentencia C-251 de 2011, declaró la exequibilidad condicionada de la mencionada disposición, “*bajo el entendido que el régimen contractual allí previsto tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, inclusive*”.

30. Posteriormente, la Ley 1753 de 2015, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018*”, estableció en su artículo 155 que: “*Los contratos que celebre el Fondo Adaptación para ejecutar los recursos destinados al programa de reducción de la vulnerabilidad fiscal ante desastres y riesgos climáticos, se regirán por el derecho privado*”. Por su parte, el artículo 2.13.1.1 del Decreto 1068 de 2015 señaló:

“ARTÍCULO 2.13.1.1. Régimen contractual. Los contratos que celebre el Fondo Adaptación para la construcción y reconstrucción necesarios para la superación de los efectos derivados de la ocurrencia de desastres naturales a su cargo, y en general todos aquellos necesarios para la ejecución de estas actividades, se regirán por el derecho privado, estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la facultad de incluir las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y de aplicar lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Los demás contratos estarán sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y las normas que los modifiquen o adicionen.

31. El contrato n° 135 de 2016, celebrado entre el Fondo y AIDCON el 5 de julio de 2016, tuvo por objeto “*ejercer la intervención integral a la construcción de las obras de protección de orilla de la margen derecha del Canal del Dique en el municipio de Santa Lucía en el departamento del Atlántico, en el área de influencia del Canal del Dique*”.

32. En ese orden de ideas, la Sala advierte que el negocio jurídico en cuestión, celebrado para la vigilancia de las obras que recayeron sobre la infraestructura

¹² En adelante, también, EGCAP.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

afectada por el fenómeno de La Niña ocurrido entre 2010 y 2011, estuvo gobernado por el derecho privado. Por ende, los instrumentos expedidos por la contratante en ese marco no tienen la connotación de actos administrativos, como las resoluciones n° 303 y 344 de 2019, por medio de las cuales el Fondo declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones de la interventoría¹³, por la no realización de “*batimetrías de seguimiento y control en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2016; y febrero y marzo de 2017*”.

33. Ahora bien, en este punto es necesario precisar que, conforme a la postura de la Sala, en los asuntos en los que la entidad pública contratante persigue la liquidación del negocio celebrado, esa posibilidad está condicionada al hecho de que, para acudir al trámite judicial, exista una verdadera causa, bien porque se presente tensión o contraposición de posturas entre contratante y contratista, ora porque la administración se vea impedida para desplegar sus potestades administrativas en punto a efectuar, de forma unilateral, aquél ejercicio liquidatorio. En efecto, ha referido la Subsección que no puede emplearse la vía contenciosa para “*sustituir a la administración en el cumplimiento de sus deberes o coadministrar con ella*”¹⁴. En esos deberes se encuentra, tanto el de ejercer las prerrogativas públicas unilaterales que detenta en virtud de la ley, como el de atender las obligaciones que provienen del acuerdo de voluntades, en virtud del principio de autotutela y del rol de dirección del contrato estatal que le asiste, y por virtud de ello la potestad de liquidar unilateralmente el negocio, en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.
34. En el caso concreto, la entidad contratante dijo acudir al contencioso para obtener el cruce final de cuentas del contrato, amparada en: (i) que la cláusula décima previó que sería liquidado por las partes dentro de los 8 meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución¹⁵; (ii) que el mismo se prolongó hasta el 31 de mayo de 2018¹⁶ y a la fecha de presentación de la demanda (6 de octubre de 2020) tal actuación no se había producido, pese a la continua insistencia del Fondo y a la previa remisión del proyecto de acta correspondiente al

¹³ El primero de tales actos, además de pronunciar el incumplimiento, declaró el siniestro, cuantificó el monto del perjuicio y ordenó al garante realizar el pago con fundamento en el amparo correspondiente. Sin embargo, el segundo de aquellos instrumentos revocó lo concerniente a la declaratoria del siniestro y la cuantificación, manteniendo el incumplimiento.

¹⁴ Sentencia del 21 de noviembre de 2022, exp. 68.646, C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. En aquella oportunidad, se precisó: “*Según lo analizado previamente, so pena de inmiscuirse en las competencias que son propias de la Administración, al juez no le corresponde definir el incumplimiento y realizar la liquidación judicial del contrato para incluir las consecuencias pecuniarias solicitadas por la DIAN, debido a que la facultad legal para declarar el incumplimiento y el balance final de cuentas recaía en la entidad pública contratante. Aceptar lo contrario equivaldría a convalidar que la Administración se sustraiga del ejercicio de sus deberes legales, trasladándole al juez el conflicto que subyacía entre las partes en relación con ese aspecto, cuando era a ese organismo, en calidad de entidad pública contratante y habilitada legalmente para tal efecto, a quien le correspondía solucionarlo de manera unilateral y por vía administrativa, haciendo uso de las prerrogativas públicas que le fueron asignadas por la ley, y que por lo mismo son de carácter irrenunciable*”. Criterio reiterado por al Subsección, entre otras, en sentencia del 26 de septiembre de 2025 (exp. 72.791, C.P. José Roberto Sáchica Méndez), en la que se precisó: “*De acuerdo con el EGCAP, la liquidación de los contratos sometidos a tal régimen constituye la fase de cierre integral y definitiva del contrato, cuya función jurídica le ha merecido la calificación de corresponder al corte de cuentas del negocio jurídico, no solo en perspectiva económica y contable, sino como un verdadero ejercicio de verificación de lo que aconteció durante su ejecución a nivel técnico, administrativo, económico y jurídico, con miras a establecer su completo balance en todos estos aspectos. A la misma se puede llegar de manera convencional o en ejercicio de una prerrogativa del poder público –esta última fase reservada a los contratos regidos por el EGCAP–.*”

¹⁵ Carpeta “ANEXOS”, archivo “I-2020-004671 Solicitud de liquidación judicial (2)”, folio 44, índice 002 del aplicativo SAMAI, en primera instancia.

¹⁶ Conforme fue admitido por la demandada en su contestación (pronunciamiento al hecho 13) y quedó consignado en el borrador del acta de liquidación bilateral, que AIDCON se abstuvo de suscribir (Carpeta “ANEXOS”, archivo “I-2020-004671 Solicitud de liquidación judicial (2)”, folio 4, índice 002 del aplicativo SAMAI, en primera instancia).



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

contratista¹⁷; y (iii) el hecho de que el acuerdo de voluntades estaba excluido del EGCPA y, por ende, no podía practicar la liquidación de forma unilateral en los términos de dicho estatuto¹⁸.

35. En ese orden de ideas, para la Sala existe causa¹⁹ suficiente para que la entidad hiciera uso de la pretensión autónoma que otorga el artículo 141 del CPACA²⁰ y perseguir por vía judicial el cierre financiero del negocio, pues efectivamente, conforme a lo acreditado en el *sub lite*, ese balance definitivo no se ha producido pese al interés reiterado de la contratante, y el plazo convencional había expirado al momento en que se acudió a la jurisdicción, sin que le fuera dable al Fondo el despliegue de potestades unilaterales para el efecto.

El objeto de la alzada y los problemas jurídicos para resolver la controversia

36. La Sala ha establecido²¹ que el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior²².

37. En adición a lo anterior, son inadmisibles las modificaciones a la *causa petendi* mediante el recurso de apelación, en virtud del derecho fundamental al debido proceso y el principio de congruencia, que imponen fallar de forma coherente con los hechos y las pretensiones formulados en la demanda, y con las excepciones planteadas en la contestación, con lo que se busca “*impedir que se*

¹⁷ Tal como fue aceptado por la accionada en su escrito de contestación (pronunciamiento frente a los hechos 15 y 16).

¹⁸ En el cuerpo de la demanda, la contratante sostuvo: “Es de advertir, que el Fondo Adaptación no tiene facultades para liquidar unilateralmente el contrato, razón por la cual, debe recurrir al medio de control de controversias contractuales, para que sea el contencioso administrativo, que, por vía judicial, liquide el contrato objeto de la presente. (...) En lo tocante al Régimen Contractual, no queda la menor duda que, cualquiera sea su índole o cuantía, “se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007”.

¹⁹ Ver, entre otras, sentencia del 21 de marzo de 2025 (exp. 69.721 C.P. José Roberto Sáchica Méndez), en la que se sostuvo: “Por regla general, la sola pretensión de liquidación del contrato no revela, per se, un conflicto que deba ser resuelto en el marco del medio de control de controversias contractuales, razón por la cual, cuando se formula, resulta necesario indagar por la causa que motiva al demandante a acudir a la vía jurisdiccional y, de manera concordante, por las consecuencias jurídicas que espera que se sean declaradas en juicio, en aras de determinar con claridad el objeto del litigio que deberá ser desatado por el juez”.

²⁰ “ARTÍCULO 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley” (énfasis añadido).

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2018, exp. 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourt. Ver, igualmente, Corte Constitucional, sentencia SU-061 de 2018.

²² Es necesario precisar, en todo caso, que dicha regla general no es absoluta, pues debe ser entendida sin perjuicio de las excepciones que se derivan, por ejemplo (i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; (ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o (iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título ilustrativo, aquellos presupuestos procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, pese a que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el curso del proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio”²³.

38. El proceso de la referencia, es preciso recordarlo, fue promovido por el Fondo Adaptación para obtener, exclusivamente, la liquidación judicial del contrato n° 135 de 2016, y las consecuencias que se deriven de dicho ejercicio. Bajo tal entendimiento, los siguientes aspectos propuestos en el recurso de alzada no pueden ser introducidos por el extremo pasivo en segunda instancia: (i) el eventual incumplimiento del extremo activo y los perjuicios derivados del mismo -en tanto no hizo parte del *petitum de la controversia propuesta-*; y (ii) las incidencias relacionadas con el contrato de obra sobre el que recayó la labor de intervención ejecutada por la sociedad Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda. -por idéntica razón-.

39. A su vez, en lo que ataña al cuestionamiento que efectuó la demandada sobre (i) la legalidad de las resoluciones n° 303 y 344 de 2019, que declararon su incumplimiento; (ii) las razones que motivaron su expedición (no haber realizado las batimetrías de seguimiento y control durante los períodos de pago correspondientes a las actas 5, 6 y 7); y (iii) el desequilibrio de la ecuación negocial en detrimento de AIDCON, supuestamente provocado por tales actos; debe decirse lo siguiente:

40. Si bien aquellas circunstancias fueron esgrimidas en primera instancia, a modo de excepción, ese reproche habría resultado admisible como medio de oposición -obligando, con ello a su estudio, por parte de la Sala- si, en el caso concreto, la contratante hubiera perseguido la inclusión de los valores y conceptos asociados al incumplimiento en el ejercicio liquidatorio, de forma directa y no como consecuencia de las resoluciones que determinaron el incumplimiento. Empero, en la medida que la revisión de aquellos instrumentos, para dejarlos sin efectos, no son materia del *petitum* en el *sub lite*, no resulta procedente cuestionar en este expediente los tópicos arriba indicados.

41. A lo anterior debe agregarse que AIDCON detenta la condición de extremo pasivo de la relación jurídico procesal, por lo cual no se encuentra habilitado para formular pretensiones que introduzcan cuestiones adicionales a la propuesta por su contraparte, pues su rol en el trámite judicial se restringe, en principio -y sin perjuicio de la posibilidad de presentar demanda de reconvenCIÓN²⁴- a controvertir el reclamo que se le efectúa, mediante la proposición de medios exceptivos como los resaltados previamente.

42. Como argumento adicional que soporta la imposibilidad para la Subsección de pronunciarse de fondo en este proceso sobre los aspectos de la apelación que acaban de relacionarse, se tiene que, en esta Corporación, cursa otro proceso, radicado bajo el número 08001-23-33-000-2019-00801-01 (73.187), que comprende como parte demandante a AIDCON y como demandado al Fondo. En esa causa, el contratista persigue que: (i) se declare el incumplimiento del

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencias del 24 de septiembre de 2020, exp. 44707, C.P. José Roberto Sáchica Méndez; y del 12 de julio de 2024, exp. 70692, C.P. Fernando Alexei Pardo Flórez.

²⁴ Que no fue ejercida en el *sub examine*.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

mismo contrato n° 135 de 2016, (ii) se reconozca la ruptura del equilibrio negocial; (iii) se liquide el acuerdo de voluntades; (iv) se tasen los valores de los ítems no previstos; (v) se declare la nulidad de las resoluciones 303 y 344 de 2019; y (vi) se condene a la contratante al pago de los perjuicios derivados del desequilibrio sufrido por el contratista. Como se observa, los aspectos destacados previamente respecto del recurso de apelación incoado en esta cuerda procesal están englobados en el *petitum* de aquél otro, lo que denota la intención de AIDCON de emplear la alzada para extender o traer la discusión del otro expediente a éste, lo cual no resulta admisible -*sin perjuicio de lo que, bajo la noción de pleito pendiente, se dirimirá infra*-.

43. Decantado lo anterior, se tiene, mediante una hermenéutica integral del escrito de apelación -*en conjunto con las excepciones formuladas en primera instancia*-, que los demás cargos de la alzada versan sobre: (i) la determinación del tribunal de acoger el balance presentado por el extremo activo y liquidar el contrato con la inclusión del incumplimiento parcial declarado en las resoluciones 303 y 344 de 2019²⁵; y (ii) la existencia de otro pleito que incidiría en el *sub examine*, y que habría sido ignorado en la sentencia de primera instancia²⁶.
44. Con esas premisas, la Sala abordará el objeto de la *litis* mediante la solución a los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿el tribunal se equivocó al afirmar que no hay prueba que demuestre la suspensión o anulación de las resoluciones que declararon el incumplimiento del acuerdo de voluntades, pese a la afirmada existencia de un pleito pendiente que incidiría eventualmente en su legalidad?; y (ii) ¿el *a quo* erró al concluir que el rubro correspondiente al incumplimiento podía ser tenido en cuenta en el balance final del contrato?

Solución al cargo relacionado con la existencia de un pleito pendiente

45. La excepción de pleito pendiente, catalogada como previa por el legislador en el artículo 100, numeral 8 del CGP²⁷, y conforme lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, exige que se presente una triple identidad (de partes, objeto y causa) entre el proceso en el que se formula la excepción y aquél que la sustenta²⁸.

²⁵ En la apelación se consignó: “Para llegar a esa conclusión [de que resulta procedente la liquidación pretendida en la demanda] encontró sustento en la resolución No 344 de 2019, donde el Fondo de Adaptación, al resolver los recursos de reposición interpuestos por la demandada AIDCON Ltda. y la compañía Liberty Seguros S.A., por la cual se declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones contenidas en el Contrato No. 135 de 2016 por AIDCON Ltda., mantuvo el incumplimiento parcial de las obligaciones contenidas en el mismo (...).”

²⁶ En el mismo escrito, se afirmó: “Por otra parte, la Sala misma señala en su decisión que no obra prueba alguna que demuestre la suspensión o anulación de dichos actos administrativos, desconociendo la existencia de acción judicial promovida por la sociedad AIDCON LTDA. contra el FONDO DE ADAPTACIÓN derivada del incumplimiento del mismo contrato (135 de 2016), que también cursa ante este mismo despacho bajo la radicación No. 08-001-23-33-000-2019-00801-00-CH, acción anterior a la promovida por el Fondo, pero que extrañamente, sobre la cual no se ha pronunciado, a pesar de que se encuentran satisfechas todas las etapas procesales correspondientes, con una mayor antelación, y que está a la espera de su decisión desde el mes de Octubre del año 2023 . (...) el *a quo* se aportó de ese derrotero probatorio y tuvo por ciertas, sólo las afirmaciones de la parte actora, las que fundamentó en una resolución sancionatoria, que, tal como lo señalé renglones arriba, sí son objeto de controversia en la acción contractual con radicado No. 08-001-23-33-000-2019-00801-00-CH, que tramita ante el mismo despacho, en la que, además de la liquidación judicial del contrato, se busca una indemnización por los daños y perjuicios causados a favor de mi representada, por la ruptura del equilibrio contractual y el incumplimiento del contrato por parte del Fondo de Adaptación”.

²⁷ Aplicable al presente asunto por remisión del artículo 306 del CPACA.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 11 de agosto de 2016, exp. 2013-01290-01, C.P. Guillermo Vargas Ayala.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

46. El expediente respecto del cual se afirmó la existencia de un pleito pendiente, radicado bajo el número 08001-23-33-000-2019-00801-01 (73.187), tiene como demandante a AIDCON y como demandado al Fondo, por controversia suscitada en el mismo negocio que aquí se debate (el contrato nº 135 de 2016); de lo que se desprende, en general, una identidad de causa. No obstante, no se predica una identidad de partes -*en tanto aquellas no ocupan los mismos extremos procesales en ambos trámites*²⁹- y tampoco de objeto, pues a pesar de la coincidencia parcial en un punto específico -*la liquidación*- no se puede sostener que el objeto de uno y otro proceso judicial sea plenamente asimilable -*en aquél asunto el contratista persigue, además de la liquidación, que se declare el incumplimiento del pacto, se reconozca la ruptura del equilibrio negocial, se tasen los valores de los ítems no previstos, se declare la nulidad de las resoluciones 303 y 344 de 2019 (según lo visto en el régimen jurídico, debe entenderse como dejarlas sin efectos, al no ser actos administrativos) y se condene a la contratante al pago de los perjuicios derivados del desequilibrio sufrido por el contratista-*.
47. Adicionalmente, la parte accionada no presentó demanda de reconvención³⁰ - *como se precisó previamente*-, no cuestionó el auto que declaró no probada la excepción de pleito pendiente (en relación con la otra causa judicial)³¹, no pidió la acumulación de ambos trámites³² y no solicitó la suspensión del presente asunto por prejudicialidad³³. Así, las oportunidades procesales con las que contaba AIDCON para introducir cuestiones adicionales a la *litis* -*por vía de pretensión*-, condicionar la decisión que se adopte en el *sub lite* a lo que se falle en el otro proceso (en relación con los efectos de las resoluciones que declararon su incumplimiento) o sujetar la suerte del *petitum* de la otra causa a la sentencia que se dicte en esta, precluyeron.
48. En consecuencia, la Sala no encuentra mérito para declarar probado el medio exceptivo de pleito pendiente, como lo pretende el demandante, lo que impone, de contera, dar respuesta negativa al primer problema jurídico, pues, en suma: no hay prueba que demuestre una decisión judicial que haya dejado sin efectos los actos que declararon el incumplimiento del contratista, ni la existencia de otro proceso que, por ser idéntico en partes, causa y objeto, condicione la decisión que debe adoptarse en este expediente.

²⁹ Al respecto, los artículos 189 del CPACA y 303 del CGP refiere que la identidad de partes, necesaria para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada (que comparte los rasgos característicos del pleito pendiente -*triple identidad*-), debe ser *jurídica*, de lo que se sigue que, más allá de la simple coincidencia de personas, debe existir la misma relación jurídica respecto de la pretensión y la causa, lo que “*implica que quienes actúan como demandante y demandado en el proceso anterior deben actuar de la misma forma en el nuevo proceso*” (Sección Tercera, Subsección “B” auto del 24 de noviembre de 2017, exp. 60.048, C.P. Danilo Rojas Betancourth).

³⁰ En el término del traslado para contestar el libelo introductorio (artículos 172 y 177 del CPACA).

³¹ Mediante recurso de reposición (artículo 242 del CPACA).

³² Antes de que se señalará fecha y hora para la audiencia inicial (como lo dispone el artículo 148, numeral 1, literal b) del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA) considerando que las pretensiones de uno y otro trámite son conexas y las partes son demandantes y demandados recíprocos.

³³ Antes de que se dictara sentencia, en los términos del artículo 161 del CGP.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

Solución al cargo referido a la inclusión del rubro de incumplimiento en la liquidación efectuada por el a quo

49. Para resolver el segundo problema jurídico -relacionado, como se recuerda, con la inclusión del rubro correspondiente al incumplimiento en el balance final del contrato en cuestión-, se tiene lo siguiente:
50. Como se precisó, el 30 de mayo de 2019 el Fondo expidió la resolución n° 303, “Por la cual se decide sobre la declaratoria de incumplimiento parcial de las obligaciones descritas en el contrato n.º 135 de 2016, suscrito entre el Fondo Adaptación y Aidcon Ltda”³⁴. Según se consignó en el cuerpo de dicho acto, la falta al débito negocial de la contratista que derivó en la apertura del procedimiento sancionatorio, consistió en no haber realizado “las batimetrías de seguimiento y control en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2016; y febrero y marzo de 2017, incumpliendo así la obligación de contar con un equipo mínimo y realizar un control batimétrico para establecer las condiciones reales de borde de talud y las cantidades de obra realmente ejecutadas en la parte sumergida, y así efectuar los pagos de las actividades desarrolladas por el contratista de obra (...”).
51. En el instrumento en cita se dispuso, como consecuencia del incumplimiento declarado, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada³⁵, cuantificando para el efecto los perjuicios causados a la contratante en \$203'655.215, así como declarar la ocurrencia del siniestro correspondiente y hacer efectiva la garantía que lo amparaba.
52. Por su parte, a través de la resolución n° 344 del 21 de junio de 2019, la contratante resolvió los recursos de reposición interpuestos por AIDCON y Liberty Seguros S.A. contra el primer acto³⁶. En la misma, se confirmó el artículo primero -que declaró el incumplimiento- y se revocaron los artículos segundo, tercero, cuarto y quinto -entre ellos el que hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria-. En sus consideraciones, señaló el Fondo lo siguiente:

“Así las cosas, como quiera (sic) que el pago de las Actas 5, 6 y 7 del contrato de interventoría no ha sido reconocido por la entidad a favor de AIDCON LTDA, la entidad se abstendrá de cuantificar en razón de ello los perjuicios ocasionados por el incumplimiento en la autorización y trámite de dichos pagos y en esa medida se abstendrá de ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria y de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza n.º 2681026 expedida por la Compañía Aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A.

Sin embargo, frente a la declaratoria de incumplimiento ordenada en la resolución y que será conformada en el presente Acto Administrativo lo procedente será que en el marco de la liquidación del contrato n.º 135 de 2016, el supervisor del contrato realice el cruce de cuentas respectivo, absteniéndose de pagar el valor correspondiente a los servicios y actividades

³⁴ Carpeta “ANEXOS”, archivo “I-2020-004671 Solicitud de liquidación judicial (2)”, folios 73 a 130, índice 002 del aplicativo SAMAI, en primera instancia.

³⁵ La cláusula décima segunda del contrato, numeral 1, estipuló lo siguiente: “CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo del INTERVENTOR después de terminado el plazo de ejecución y por tanto EL FONDO (sic), podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena, por un monto equivalente hasta (sic) por el veinte por ciento (20%) valor total (sic) del contrato. El pago del valor acá señalado a título de cláusula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, razón por la cual, EL FONDO, tendrá derecho a obtener del INTERVENTOR el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado”.

³⁶ Carpeta “ANEXOS”, archivo “I-2020-004671 Solicitud de liquidación judicial (2)”, folios 131 a 157, índice 002 del aplicativo SAMAI, en primera instancia.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

(controles topobatimétricos) que no fueron realmente ejecutadas por el interventor durante los períodos de pago 5, 6 y 7".

53. En la documentación aportada con la demanda obra la certificación emitida por el Grupo de Trabajo de Gestión Financiera del Fondo, fechada el 9 de abril de 2019, bajo el título “ESTADO DE CUENTA DE LIQUIDACIÓN FINANCIERA DE CONTRATOS O CONVENIOS” en el que se detalló la siguiente información³⁷:

CONCEPTO		VALOR
VALOR TOTAL CONTRATO/CONVENIO		\$1.712.844.072,00
INFORMACIÓN FINANCIERA		
Anticipos Entregados		\$0,00
Amortización Anticipos		\$0,00
Pagos Realizados		\$1.011.861.078,42
Total ejecución Presupuestal		\$1.011.861.078,42
ESTADO DE CUENTA		
Valor Contrato/Convenio		\$1.712.844.072,00
Valor Ejecutado		\$1.011.861.078,42
Saldo por Ejecutar		\$700.982.993,58
Saldo por Amortizar		\$0,00
DEDUCCIONES		
Retención de Garantía Practicada		\$101.186.107,84
Retención de Garantía Reintegrada		\$0,00
Retesanción o ANS		\$89.924.313,18
Retención según contrato		\$0,00
Arras		\$0,00
Embargos		\$0,00
Otros Descuentos		\$0,00
Contribución Especial de Obra Pública Retenida		\$0,00
Estampilla Prouniversidades Retenida		\$8.722.940,32

54. La información que acaba de relacionarse coincide con la consignada en el “INFORME CONTRATO DE INTERVENTORÍA N°. 135 DE 2016, SUSCRITO CON AIDCON LTDA”, fechado el 21 de septiembre de 2020, elaborado por el Líder Macroproyecto Canal del Dique de la entidad contratante³⁸. En dicho documento, además, se complementó el balance financiero antedicho, en los siguientes términos:

CONCEPTO	VALOR
1. VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$1.712.844.072,00
2. ADICIONES	\$0,00
3. VALOR FINAL CONTRATO	\$1.712.844.072,00
4. VALOR EJECUTADO	\$1.712.844.072,00
5. VALOR PAGADO	\$1.011.861.078,42

³⁷ Ibidem, folio 19.

³⁸ El documento, sin embargo, no precisa si quien lo suscribió detentaba la calidad de supervisor del contrato. Carpeta “ANEXOS”, archivo “I-2020-004805 respuesta oficio I-2020-004700” (1), índice 002 del aplicativo SAMAI, en primera instancia



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

6. SALDO DEL CONTRATO	\$700.982.993,58
7. VALOR PENDIENTE DE PAGO	\$700.982.993,58
8. RETENCIÓN DE GARANTÍA PRACTICADA	\$101.186.107,84
9. RETENCIÓN DE GARANTÍA REINTEGRADA	\$ 0,00
10. ANS PRACTICADA	\$89.924.313,18
11. ANS POR PRACTICAR	\$30.831.194,00
12. RETESANCION POR PRACTICAR DE CONFORMIDAD CON RESOLUCION 0344 de 2016 - ACTIVIDADES TOPOBATIMETRICAS NO EJECUTADAS (ACTAS 5, 6, y 7)	\$122.915.637,00
13. ESTAMPILLA PROUNIVERSIDADES RETENIDA	\$8.722.940,32
14. SALDO PENDIENTE DE PAGO (NUMERAL 7- NUMERALES 11 Y 12)	\$547.236.162,58
15. SALDO POR LIBERAR EN FAVOR DEL FONDO (NUMERALES 11+12)	\$153.746.831,00

55. Como se deduce de la información relacionada, si bien las resoluciones n° 303 y 344 de 2019 no fijaron el monto que se le impuso al contratista por el incumplimiento declarado, sí dispusieron que, en la liquidación del contrato, se retuvieran los valores correspondientes a las actividades no ejecutadas de las actas 5, 6 y 7, las cuales -según los informes del Fondo- ascendieron a \$ 122'915.637.

56. Bajo dicho escenario, y considerando que el eje de la inconformidad del contratista con el balance financiero efectuado por la contratante no versó sobre la cuantificación efectuada para el rubro relacionado con el incumplimiento, sino sobre el incumplimiento mismo; la Sala concluye que, en tanto este tiene fundamento en actos contractuales que no son materia del *petitum del sub lite* - como quedó establecido supra-, no es posible excluir del ejercicio liquidatorio el ítem cuestionado.

57. Adicionalmente, no puede perderse de vista que el principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes de un contrato estatal de derecho privado pactar cláusulas que le asignen a una de ellas la potestad de declarar el incumplimiento del negocio, declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; en ese caso, el ejercicio no deviene directamente de la ley sino del acuerdo de voluntades, sin que al efecto sea necesaria la intervención previa del juez. En el caso concreto, las partes convinieron expresamente (cláusulas décima segunda y décima tercera) que el Fondo podría “hacer efectiva” la



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

cláusula penal y “hacer exigible” multas por mora en la ejecución del contratista³⁹, de manera que el Fondo, en todo caso, contaba con la atribución unilateral (de origen convencional) para declarar el incumplimiento y, por su virtud, hacer efectiva la decisión adoptada en los instrumentos correspondientes.

58. En consecuencia, el fallo impugnado debe ser confirmado, pues el segundo cargo de la apelación, analizado en esta oportunidad, también quedó desestimado, de manera que la liquidación efectuada por el *a quo* se mantendrá incólume⁴⁰.

Conclusiones

59. En las condiciones previamente analizadas, la Subsección confirmará la sentencia apelada, por las razones que a continuación se recapitulan:

60. El contrato nº 135 de 2016 estuvo gobernado por el derecho privado. En consecuencia, los instrumentos por ella expedidos, que declararon el incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista, no tienen la connotación de actos administrativos.

61. La Subsección ha establecido que no puede emplearse la vía contenciosa para sustituir a la administración en el cumplimiento de sus deberes o coadministrar con ella; en esos deberes se encuentra, tanto el de ejercer las prerrogativas públicas unilaterales que detenta en virtud de la ley, como el de atender las obligaciones que provienen del acuerdo de voluntades, en virtud del principio de autotutela y del rol de dirección del contrato estatal que le asiste, y por virtud de ello la potestad de liquidar unilateralmente el negocio, en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

62. En el caso concreto, existió causa suficiente para que la entidad contratante acudiera al contencioso para obtener el cruce final de cuentas del contrato, pues efectivamente, conforme a lo acreditado en el *sub lite*, ese balance definitivo no se ha producido pese al interés reiterado de la contratante, y el plazo convencional había expirado al momento en que aquella acudió a la jurisdicción, sin que le fuera dable al Fondo el despliegue de potestades unilaterales para el efecto.

63. Los aspectos propuestos en el recurso de alzada, relacionados con el eventual incumplimiento del extremo activo y los perjuicios derivados del mismo y las incidencias relacionadas con el contrato de obra sobre el que recayó la labor de intervención, no pueden ser abordados por la Sala, en tanto no hicieron parte del *petitum* de la controversia propuesta en primera instancia.

³⁹ Carpeta “ANEXOS”, archivo “I-2020-004671 Solicitud de liquidación judicial (2)”, folios 42 y 43, índice 002 del aplicativo SAMAI, en primera instancia.

⁴⁰ Al respecto, aunque en la sentencia de primera instancia se ordenó el reconocimiento de sumas líquidas de dinero como consecuencia de la liquidación practicada, no procede -en este grado- su actualización de oficio, en tanto (i) no corresponden, en estricto sentido, a condenas, sino a saldos; (ii) en cualquier caso, la fijada en favor del demandado no ataña a una condena por él pretendida (recuérdese que no formuló demanda de reconvenCIÓN); y (iii) la establecida en favor del demandante incumbe a la liberación de recursos, es decir, dineros que -se deduce- no salieron de sus arcas. Por ello mismo, se entiende, el *a quo* no dispuso la indexación de esos valores, sin que tal abstención hubiese sido impugnada por las partes.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

64. En cuanto al cuestionamiento que efectuó la demandada sobre (i) la ilegalidad de las resoluciones n° 303 y 344 de 2019, (ii) las razones que motivaron su expedición y (iii) el desequilibrio de la ecuación negocial en detrimento de AIDCON, supuestamente provocado por tales actos; aquellas circunstancias comportan aspectos que, si bien fueron esgrimidos como excepciones, no resultan admisibles en este proceso, en la medida que la demandante no persiguió la inclusión de los valores y conceptos asociados al incumplimiento en el ejercicio liquidatorio, de forma directa, sino como consecuencia de las resoluciones que determinaron la separación del contrato (y que son objeto de litigio en otro proceso judicial, en el que se persigue dejarlas sin efectos).
65. No existe mérito para declarar probada la excepción de pleito pendiente respecto del proceso 08001-23-33-000-2019-00801-01 (73.187), pues a pesar de que tienen, en general, la misma causa, no hay identidad de partes ni de objeto.
66. La censura del contratista al balance financiero efectuado por la contratante, y acogido por el tribunal, no versó sobre la cuantificación efectuada para el rubro relacionado con el incumplimiento, sino sobre el incumplimiento mismo. Por lo tanto, en la medida que el fundamento de tal inclusión reside en actos contractuales que no han sido dejados sin efectos, y son materia de debate en otro expediente, no es posible excluir del ejercicio liquidatorio el ítem cuestionado.
67. El principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes de un contrato estatal de derecho privado pactar cláusulas que le asignen a una de ellas la potestad de declarar el incumplimiento del negocio, declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; en ese caso, el ejercicio no deviene directamente de la ley sino del acuerdo de voluntades, sin que al efecto sea necesaria la intervención previa del juez. En el caso concreto, la contratante contaba con esa potestad convencional.

La condena en costas

68. De conformidad con la remisión del primer inciso del artículo 188 del CPACA⁴¹, y según lo establecido en el artículo 365 del CGP, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta de la parte a la cual se le imponen.
69. Así, la Subsección condenará en costas de segunda instancia a la demandada apelante, pues, según lo dispuesto en el artículo 365, numerales 3 y 8 del CGP, los argumentos de su alzada resultaron imprósperos. Las costas de segunda instancia serán liquidadas por el Tribunal de origen, según lo previsto en el artículo 366 del CGP.
70. Respecto de las agencias en derecho, en la medida que la parte demandante actuó a través de la designación de apoderado judicial, que debió vigilar el

⁴¹ Cuya modificación, introducida por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, resulta aplicable al caso concreto, atendiendo la fecha de interposición del recurso de apelación (26 de abril de 2024). “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. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.



Radicación: 08001-23-33-000-2020-00619-01 (73188)
Demandante: Fondo Adaptación
Demandado: Asesorías, Interventorías, Diseño y Construcción Ltda.
Referencia: Controversias contractuales (Ley 1437 de 2011)

proceso en sede de apelación, se considera que dicha situación es suficiente para entenderlas causadas. Así, por ese concepto, en los términos del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016⁴², se fijará la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de esta sentencia en favor del Fondo Adaptación.

71. 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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2025 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la demandada y **FIJAR** las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de esta providencia, en favor de la accionante. Las costas se liquidarán por el Tribunal *a quo*.

TERCERO: DEVOLVER, por Secretaría, el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: Esta providencia fue suscrita 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/evaluator>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



vF

⁴² “Artículo 5. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. Procesos declarativos en general (...) En segunda instancia entre 1 y 6 S.M.L.M.V. (...”).