

NEGOCIOS JURÍDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN - Contratos estatales - Convenios - Función jurídica y objetivos concurrencia de voluntades en ambos tipos - Causa - Distinción

El escenario en el que la Administración ejerce sus competencias contractuales se desarrolla principalmente a través de dos tipos de negocios jurídicos: los contratos y los convenios. Aunque el EGCAP no establece una distinción entre estas figuras, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de perfilar su función jurídica y objetivos, resaltando las características inherentes a cada uno de estos instrumentos como base del análisis de cumplimiento en sede de responsabilidad.

Si bien ambos conceptos se fundan en la concurrencia de voluntades, la *causa* que antecede tal manifestación es el punto central que marca su individualidad y distinción; tal elemento es definido por el ordenamiento jurídico como "*el motivo que induce al acto o contrato*" (art. 1524 del C.C.), configurando el cariz teleológico o la razón jurídica relevante que da origen a una relación negocial.

DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO ESTATAL Y CONVENIO INTERADMINISTRATIVO - Contrato estatal - Intereses contrapuestos - Contratista actúa como colaborador del Estado - Convenios - Finalidad común - Atribuciones públicas - Principio de colaboración - Ley 489 de 1998 artículo 95

Así, cuando se alude a la noción de *contrato estatal* se está haciendo referencia al concierto de dos o más voluntades que establecen un contenido obligacional de intereses contrapuestos, aunque converjan en la realización de un objetivo común que es el interés general. En este escenario, el contratista actúa como colaborador del Estado y, como tal, su relacionamiento jurídico apunta a fines diversos pues, mientras que para la administración lo esencial es la materialización de los cometidos públicos a su cargo, para el contratista lo es la contrapartida que obtiene por el cumplimiento de sus obligaciones, lo que denota que la motivación inmediata que impulsa a cada uno a celebrar el contrato se construye desde vértices opuestos.

En el caso de los convenios, su razón de ser se dirige a la promoción de objetivos mancomunados entre sus contrayentes y, puntualmente, tratándose de convenios interadministrativos, se revela como instrumento de unión entre dos o más personas de derecho público que apunta al logro de fines y propósitos comunes, en el marco de las funciones que la ley asigna a cada una de ellas.

Bajo esta tipología, cada entidad estatal desarrolla las funciones públicas a su cargo y, a su vez, se beneficia de la realización conjunta de las competencias de los demás contrayentes en procura de llevar a buen término un proyecto. Esta alianza genera una dinámica que potencializa el quehacer administrativo, siendo que todas ellas trenzan sus esfuerzos en una expresión única y objetiva del interés general que por esta vía se robustece.

Por ello, el talante de los convenios interadministrativos lo erige en un mecanismo de gestión conjunta de atribuciones públicas que se caracteriza por la unidad de causa y fin que vincula a los sujetos parte, y cuyo propósito es coordinar y cooperar en la realización de las funciones administrativas asignadas a cada entidad. De ahí que estos convenios no son contenedores de prestaciones patrimoniales propias de los contratos conmutativos, ni hablan de intereses puramente económicos, con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos atados al interés general en virtud del principio de colaboración de que trata el art. 95 de la Ley 489 de 1998.

RESPONSABILIDAD EN CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS - Liquidación contractual dentro del plazo del convenio - Ausencia de daño antijurídico - Fin común del convenio

Entender que la obligación de "*liquidar los contratos que suscriba en desarrollo ... [del] convenio*" debía efectuarse dentro del plazo de este último, no incide ni es la causa determinante del resultado al que llegó el negocio jurídico, porque puede acontecer que sólo sea viable hacer esos balances con posterioridad a dicho término (si el acreedor lo acepta) y, en el marco de los convenios, en particular, se tiene que no toda desatención a los compromisos adquiridos conduce a la frustración del fin común que se persigue, ni implica de forma automática la configuración de un menoscabo en el patrimonio público que afecte el presupuesto de las otras entidades contrayentes.

No basta la constatación de una incorrección, es necesario que se acredite el daño que ésta produjo, a efectos de colegir la responsabilidad contra la parte que se aduce, elemento que no se demostró en el *sub examine* puesto que la obligación de hacer la liquidación de los contratos derivados, no repercutió en la falta de consecución del objetivo mancomunado que dio lugar este negocio jurídico.

ABUSO DEL DERECHO – Artículos 13 y 95 de la Constitución – Prohibición del abuso del derecho – Daño

En el contexto más reciente, e imbuido de las garantías de estirpe constitucional afianzadas en la Carta Política de 1991, la teoría del abuso del derecho y, en particular, de aquel que se proyecta en las cláusulas abusivas, ha cobrado relevancia, y para definir sus cimientos se ha acudido a los preceptos del art. 13 superior que consagra el deber estatal de proteger especialmente a las personas que se encuentren en condiciones de debilidad en razón a su situación económica, física o mental para sancionar “*los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*”, y del art. 95 ib. que al referirse a los deberes de toda persona y ciudadano, estatuyó el de “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”.

Aunque los desarrollos de la teoría del abuso del derecho han sido mayormente analizados en el terreno extracontractual –fundamentado en la responsabilidad aquiliana–, habrá de indicarse que, al corresponder a un principio general, es una figura que irradia el sistema jurídico, de manera que puede presentarse en todos aquellos casos en los que un sujeto implante o ejercite de forma abusiva sus derechos frente a otro y genere un daño; universalidad que también toca con el ámbito contractual en el que, entre otros eventos, tienen asiento las denominadas cláusulas abusivas.

ABUSO DEL DERECHO – Prohibición de la posición dominante – Buena fe – Autonomía negocial – Alcance

Bajo esta plataforma, la doctrina, la jurisprudencia y el mismo legislador, han buscado perfilar primeramente lo que constituye el abuso en las relaciones negociales, acudiendo de forma principal a principios como: la prohibición del abuso de la posición dominante, la buena fe y la autonomía negocial.

El primero de ellos ha sido asimilado a la proscripción del abuso del derecho, y persigue frenar el uso indebido de una prerrogativa o derecho subjetivo para causar daño. La *posición dominante* consiste en la preeminencia que ostenta un sujeto sobre otro, y su *abuso* estriba en el aprovechamiento de ese rol negocial para imponer al cocontratante unas condiciones desmedidas, o generar a su favor ventajas injustificadas que en otras circunstancias no conseguiría.

El segundo, la buena fe, también corresponde a un mandato que se proyecta a todas las instituciones del derecho. Su examen se desarrolla en perspectiva objetiva, no subjetivamente mediante la comprobación de una conducta basada en los postulados de honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia y responsabilidad. En el *iter* contractual, su concreción se traduce en honrar las obligaciones adquiridas mediante un proceder leal y recto, desprovisto de engaño o de cambios inesperados que contradigan no sólo aquello a lo que expresamente se han comprometido las partes sino todas las cosas que emanan de la naturaleza del pacto o que por ley pertenecen; además, cabe destacar, un comportamiento bajo su amparo se opone al aprovechamiento de la debilidad de otro, y a las reclamaciones originadas en la negligencia o el descuido propios.

En contraposición, la mala fe conlleva al abuso de la posición negocial, pues el hecho de que uno de los contrayentes actúe de forma ajena a la experticia que se le atribuye, conduce a evidenciar el perjuicio injustificado que aquella proyecta en la situación de su par en el negocio.

Si bien su examen corresponde a un ejercicio eminentemente casuístico, es de resaltar que bajo este parámetro, la parte que redacta el acuerdo debe guiar su labor en el beneficio mutuo y bajo una óptica integral respecto del pacto alcanzado, es decir, no sólo en observancia de su propio y exclusivo interés, sino en consideración al de las demás partes, al conocimiento técnico que rodea el asunto y honrando las motivaciones que dieron lugar al ligamen de sus voluntades en procura de un beneficio concurrente.

[...] el principio de la autonomía de la voluntad –pilar de la doctrina civilista francesa y del estado liberal– reconoce a los sujetos la facultad de disponer de sus intereses con efectos vinculantes, mediante la decisión de celebrar o no contratos, de escoger con quien se vincula para el efecto, y del contenido obligacional al que se atan, siendo el límite de tal manifestación el imperio de la ley, es decir, el ámbito de lo lícito. De suerte que, en el marco de esta premisa, la autonomía de la voluntad puede ser desplegada en el más amplio horizonte, con la fluidez y alcance que definan los sujetos, según sea su voluntad.

CLÁUSULA ABUSIVA – Diferencias entre ilegalidad y abuso del derecho – Ilegalidad – Contrario a la ley o al orden público – Abuso – Menoscabo en el status jurídico del otro

Bajo este prisma es posible diferenciar dos conceptos disímiles, no excluyentes, relacionados con la calificación que puede tener una cláusula: el de ilegalidad y el de abuso del derecho. El punto central de su distinción estriba en que el primero habla de la existencia de un vicio de origen que

está arraigado en su propia concepción; el segundo tiene reconocimiento en la existencia de un derecho subjetivo cuya validez no se cuestiona, siendo objeto de censura el abuso de ese derecho que desemboca en una asimetría prestacional del negocio jurídico celebrado, generando una desventaja injustificada a la parte débil de la negociación.

Contribuye a este análisis indagar sobre ambas nociones. La ilegalidad está constituida por aquello que va en contravía de lo dispuesto imperativamente por la ley para determinado negocio, sea porque no atiende los requerimientos establecidos para que pueda nacer a la vida jurídica, o porque contraviene el orden público. Lo abusivo revela el ejercicio de una facultad permitida, cuyo despliegue (en este caso proveniente de una posición dominante) deriva en la estipulación de un contenido negocial generador de un menoscabo en el estatus jurídico del otro.

CLÁUSULAS ABUSIVAS – Corte Suprema de Justicia – Características - Falta de negociación individual – Lesión a buena fe negocial - Desequilibrio significativo – Aplicación supletiva del Código Civil y de Comercio –

La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado la teoría de las cláusulas abusivas mediante la indicación de sus características: *"a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesione los requerimientos emergentes de la buena fe negocial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad–; y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes"*.

El ordenamiento jurídico colombiano en el campo del derecho privado y las relaciones de consumo, ha incursionado con mayor concreción en la materia, en la medida que incorpora normas que prevén un tratamiento especial frente a las cláusulas abusivas, por lo que la normativa general contenida en los Códigos Civil y de Comercio es aplicada solo de forma supletiva. En este último escenario las medidas de corrección anidan en los postulados de protección general establecidos en el derecho común que, a título ilustrativo, son: (i) el art. 1535 ib. que establece que una condición potestativa no puede quedar a la mera voluntad de la persona que se obliga; (ii) el art. 1865 ib., que determina que tratándose de la venta el precio no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes; y (iii) se ha acudido a las reglas que prevén que la interpretación de las cláusulas ambiguas debe hacerse a favor del deudor, según dispone el art. 1624 del C.C.

Lo expuesto no agota los eventos en que se puede considerar una cláusula abusiva, puesto que no se trata de enlistar una serie de requisitos para considerar la existencia de una de ellas, sino de identificar cuándo una previsión negocial puede ser catalogada como tal, se itera, por tratarse del desarrollo de un principio general del derecho. De modo que lo esencial en la consolidación de la teoría que se analiza, es la comprobación de la existencia del *abuso*, cuyo examen en el panorama contractual impone analizar las particularidades del negocio específico tomando en consideración que la cláusula que se revisa hace parte de un todo en el contrato y, en esa medida, puede haber razones que justifican la presencia de dicho pacto, y por tanto eliminan la posibilidad de considerarla constitutiva de abuso.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Naturaleza – Aplicación de la teoría en los contratos estatales - Aplicación del derecho privado - Ley 80 de 1993 artículo 13 –I – Pliegos de condiciones – Negociación contractual en procesos de selección

La naturaleza y características que se vienen indicando, llevan a reflexionar si los lineamientos de la teoría de las cláusulas abusivas tienen o no cabida frente a los contratos estatales y, en caso afirmativo, cuál es el tratamiento que merece de cara a sus efectos jurídicos, comoquiera que el Tribunal de origen consideró que la cláusula segunda de la prórroga 4 se ubicaba en tal categoría y, bajo esa premisa, declaró su nulidad absoluta –con fundamento en la causal de desviación de poder–determinación censurada por el apelante.

El análisis de esta figura en el marco de la contratación estatal ha sido escaso, pues más allá de señalar que procede la aplicación de las reglas del derecho privado –según el art. 13 de la Ley 80 de 1993– y dar curso al examen de las cláusulas abusivas por esta vía, lo relevante viene a ser si, en realidad, los especiales matices que el legislador atribuyó a los contratos públicos y su régimen permiten *mutatis mutandis* hacer tal aplicación de manera directa.

Para la Sala, la anterior premisa resulta insuficiente y merece precisiones. Ello justifica avanzar en un análisis que se integre concretamente al contexto de la contratación regida por el derecho público, en orden a perfilar la utilización de dicho instituto. Esta razón anima a contrastar los elementos de esta figura en el ámbito de la negociación del Estado sometida al EGCAP, así:

(i) La teoría de la abusividad encuentra su génesis en relaciones de consumo y en masa, de las que no participa el contrato estatal. No cabe duda que este último no se presenta como un instrumento encaminado a la satisfacción de necesidades individuales o personales. La

contratación estatal se aparta de un interés de producción a gran escala, no se fundamenta en la prestación de servicios a fin de acumular riqueza y, por el contrario, se focaliza en la materialización del interés general a través de la escogencia de la mejor propuesta respecto de una multiplicidad de bienes y servicios bajo un régimen de selección reglamentado, y abierto a la participación.

(ii) La referida teoría pregonada que la "*cláusula no debió ser negociada de forma individual*", lo que supone que sólo una parte se encargó de su confección, sin otorgar a la otra la oportunidad de establecer su contenido y esta última se limita a aceptarla o no.

Sobre este lineamiento, en los negocios estatales los pliegos de condiciones contienen los derroteros para adelantar el proceso de selección (requisitos de habilitación y reglas de selección claras, justas y objetivas), junto a las condiciones del objeto de la contratación y los parámetros bajo los que el contratista está llamado al cumplimiento.

PLIEGOS DE CONDICIONES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Carácter dinámico y ajustable – EGCAP y competencias legales de la entidad – Condiciones del objeto – Oferentes contribuyen en elaboración de los pliegos de condiciones El pliego de condiciones, aunque nace de un acto de la Administración en el que se define la necesidad a suplir con el negocio jurídico que se propone celebrar, no tiene un carácter estático ni inmutable en la etapa que precede al contrato estatal, pues la ley establece la participación de los interesados, quienes tienen el derecho/deber de efectuar solicitudes de aclaración, revisión, complementaciones y ajustes, en suma, de formular observaciones a los estudios previos, los pre pliegos, y pliegos definitivos, y a hacerlo en cualquier estado del proceso para que se corrijan yerros o imprecisiones, y se tengan en cuenta todas las circunstancias que deben llevar al mejor suceso en la selección y posibiliten el acuerdo que desemboca en la adjudicación.

Por ello, una comprensión que desconozca la existencia de un escenario de discusión en la contratación estatal resulta incompleta y se aleja de los esquemas legales establecidos para la construcción de las voluntades, tal como se proyecta de forma reglada en la estructura misma de las modalidades de selección. De modo que, con los matices que comporta la materialidad del interés general, en los procesos de escogencia se adelanta un relacionamiento entre la entidad pública y los interesados, sin que de la unilateralidad del acto contentivo del pliego se predique un rol de imposición definitivo, tal como lo revelan sus etapas y construcción final.

En este punto es de precisar, que el ejercicio que hace la entidad estatal de predisponer los términos de participación y las condiciones del objeto a contratar, no se acompasa con la misma noción usada en el régimen privado; pues cuando en el derecho público se ejerce tal facultad, la entidad contratante materializa las competencias legales atribuidas para garantizar la consecución del interés general, como lo imponen las prescripciones establecidas en el EGCAP, al paso que le confiere a tales actos la presunción de legalidad –lo cual no elimina la posibilidad de acreditación de un escenario de invalidez frente a estos últimos.

En esa medida, el ejercicio de confección de los términos de la contratación, mediante la participación de los posibles oferentes en la elaboración de los pliegos de condiciones sí denota una etapa que da lugar al ajuste de su contenido, por lo que resulta inadecuado entender, de forma generalizada, que por el sólo hecho de que una cláusula haya tenido origen en un proceso de contratación pública carezca de acuerdo previo entre los sujetos. Esta actividad de construcción permite que los interesados en ser seleccionados deliberen sobre las condiciones de la negociación, máxime que son los expertos en el bien, obra o servicio objeto del contrato, a fin de que puedan formular, con bases serias, su voluntad de contratar.

La conducta que estos sujetos –los oferentes– despliegan en esta fase, resulta en un derrotero valioso para el juez, al momento en que se sometan a su conocimiento discusiones concernientes a previsiones tratadas o que pudieron ser discutidas en esta etapa, pues le permite dilucidar si su comportamiento se ajustó o no a los mandatos de lealtad, corrección y honestidad que les son exigibles durante el *iter* negocial, teniendo en cuenta los conocimientos que ostentan en el sector de sus actividades económicas, sin que dicha discusión se convierta, en modo alguno, en un prerequisite para controlar judicialmente alguna de las previsiones negociales incluidas en los pliegos de condiciones.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Aplicación debe adecuarse a naturaleza, prerrogativas y finalidades del EGCAP – Análisis de imposición de predominio de un sujeto en la formación del contrato – Asimetría injustificada – Ausencia de sanción – Vacío normativo – Aplicación de leyes que regulen casos o materias semejantes – Constitución política artículo 230 – Ley 153 de 1887 artículo 8

[...] la teoría de las cláusulas abusivas tiene cabida en la contratación estatal, pero no mediante una reproducción automática de la caracterización que le dio origen en el derecho privado, pues su aplicación en los negocios públicos debe adecuarse a la especial naturaleza, prerrogativas y finalidades que prevé el estatuto público de contratación; lo anterior, sin perder de vista, como ya se explicó, que para considerar una estipulación como abusiva es necesario que provenga del ejercicio de la posición de predominio de un sujeto en la formación del contrato y ella materialice una asimetría injustificada para la parte débil que revele la configuración de aquel abuso –no de una regla de poder–, pues para estos casos, es decir para controlar las expresiones de poder, el legislador dispuso las causales de nulidad de los actos y contratos estatales.

Lejos de entender que el estudio de esta figura se encuentra agotado, la Sala se propone reflexionar sobre el efecto que se debe asignar a una cláusula que se postula como abusiva en la contratación pública, ello por cuanto, como se indicó, el ordenamiento jurídico nacional no estableció la sanción aplicable a esta figura.

El legislador, consciente de la posibilidad de que el juez se enfrente a un vacío normativo para la resolución de un caso concreto, dispuso herramientas a las que debe acudir para cumplir los fines de la administración de justicia. Por ello, en el art. 230 de la Constitución Política dispuso que el juez en sus decisiones está sometido al imperio de la ley, y agregó que “[l]a equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, pilar superior que reconoce que no todo el derecho y sus soluciones puede estar contenido en un instrumento legal.

Lo anterior, es concordante y explica la vigencia del precepto contenido en el art. 8 de la Ley 153 de 1887, que establece que “[c]uando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Aplicación de la nulidad absoluta– Ley 80 de 1993 – Ineficacia – Nulidad relativa – Nulidad absoluta – Retiro de cláusulas abusivas

[...] hay casos en que dichas cláusulas se han removido del contrato a través del instituto de la nulidad absoluta, declarando que tienen objeto ilícito por contravenir el imperativo de la buena fe comercial, o cuando se oponen a una norma prohibitiva especial que le atribuye tal efecto; también al amparo de la causal de nulidad prevista en el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993 por abuso o desviación de poder; en otros, el correctivo es la ineficacia, como ocurre en los eventos que prevé el literal f, del art. 24.5 de la Ley 80 de 1993; y se ha reflexionado por la doctrina, como adelante se explica, en la nulidad relativa, sin llegar a una conclusión unívoca.

[...]

Puntualmente, en la esfera de la contratación estatal, la Ley 80 de 1993 ha hecho expreso reconocimiento de las bases que ofrece el derecho privado en los negocios jurídicos de carácter público que celebra la Administración, siempre y cuando no contravenga las disposiciones que de manera específica ha definido el EGCAP, o el régimen especial que atañe a algunos contratos – arts. 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993–.

Esta doble dimensión se proyecta en la figura de la *nulidad*, en la medida que el art. 44 de la citada Ley 80 determina que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y, además, en cinco hipótesis especiales en las que se sanciona la celebración de negocios jurídicos: a) con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; b) contra expresa prohibición constitucional o legal; c) con abuso o desviación de poder; d) cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan; y, e) si se celebran con desconocimiento de los criterios previstos en el art. 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esa ley.

Siendo la nulidad absoluta la consecuencia que la jurisprudencia de esta Corporación ha asignado para la remoción de las cláusulas abusivas, la Sala debe analizar si tal sanción es procedente, se itera, como una regla general, o si existe otro mecanismo legal que contrarreste dicho abuso. Sólo dos de los cinco eventos especiales que define la Ley 80 de 1993 como causales de nulidad absoluta subsisten en punto al examen indicado, los demás, tratan hipótesis totalmente ajenas a este escenario, como desborda de su propia consagración.

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y NULIDAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Eventos - Prohibición constitucional o legal expresa – Desviación de poder

El primero, atañe a la celebración del pacto contra expresa prohibición constitucional o legal, evento cuya interpretación no ha sido pacífica pues en algunas oportunidades, para su aplicación, se ha exigido que la prohibición esté expresamente establecida por una regla constitucional o

legal en sentido estricto, sin avalar normas de menor jerarquía, mientras que en otros se ha entendido que se configura una *prohibición expresa* cuando se trasgreden de forma grave las reglas o pautas de contratación.

En cualquier caso, esta causal no es aplicable, *in genere*, para sancionar la estipulación de cláusulas abusivas, pues tal hipótesis impone la directa constatación de una prohibición legal o constitucional, la cual solo halla fundamento en la existencia de un mandato previo y expreso que, como ya se advirtió, no existe en la legislación nacional para casos como el *sub-lite* (dejando a salvo las normas especiales sobre cláusulas abusivas establecidas para los consumidores del sector financiero, el Estatuto del Consumidor, y al regular el régimen de los servicios públicos domiciliarios Ley 142 de 1994).

No se desconoce que la Constitución Política, en el art. 95.1, establece el deber de toda persona de "*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*", y si bien esa enunciación es pilar del Estado Social del Derecho, no resulta suficiente para proclamar una prohibición expresa sobre la estipulación de cláusulas abusivas, puesto que la taxatividad de los eventos de nulidad –que obra como punto de balance entre el ordenamiento jurídico y los derechos y libertades de los sujetos en la construcción de sus voluntades– exige una puntual manifestación del supuesto restrictivo.

El segundo evento corresponde a la causal contenida en el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993 que consiste en que los acuerdos *se celebren con abuso o desviación de poder*, causal conforme a la cual el *a quo* optó por declarar la nulidad absoluta de la cláusula segunda de la prórroga 4 del convenio, y que ha sido aplicada algunas veces por la jurisprudencia como sanción frente a la determinación de cláusulas abusivas.

ABUSO Y DESVIACIÓN DE PODER – Alcance – Diferencias – Legislación nacional – univocidad de nociones

El abuso o desviación de poder es una figura originada en la jurisprudencia francesa, como mecanismo para someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Su propósito fue controlar el exceso de poder, la conexión entre el resultado y la consecuencia, no a partir del análisis de lo que sería la esfera de competencia (vicio de origen) sino como el uso de esta para un fin no previsto por el legislador.

Esta hipótesis se ha identificado con el ejercicio de la función administrativa en los eventos en que ésta se orienta a favorecer los intereses de un tercero o de unos funcionarios, dejando de lado el cumplimiento de los cometidos estatales, lo que ocurre aun cuando el fin perseguido no sea corrupto o dañino, e incluso si propende por el logro de un objetivo benéfico para una parte de la sociedad o del Estado, pero es extraño al fin que persigue el ejercicio de las funciones atribuidas por la ley a la autoridad respectiva.

[...]

Vale decir que, si bien el abuso y la desviación de poder son conceptos próximos que integran la noción del que fue denominado exceso de poder, en su semántica legal guardaban una sutil distinción. Mientras el abuso representaba el uso excesivo de una facultad, aun para cumplir objetivos que en principio pueden lucir inherentes al Estado, la desviación apuntaba a la utilización de la función para fines distintos a los legales.

[...]

La legislación nacional no registra una discusión relacionada con una distinción entre el abuso y la desviación de poder, forma compuesta incorporada como causal de nulidad bajo el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993 que se analiza, lo que hace inferir la univocidad entre estas nociones en un solo concepto, acogido e implantado de esta manera en nuestro sistema legal. De suerte que al hacer referencia a la causal de nulidad por abuso o desviación de poder, ha de entenderse que se trata de una construcción dogmática –que además difiere a la falta de competencia– conforme a la cual se sanciona el ejercicio de las facultades públicas cuando éstas se dirijan a objetivos distintos a aquellos que asigna la normatividad: tanto en el alcance de su uso, como respecto de sus finalidades.

NULIDAD – Absoluta y relativa – Alcance - Eventos

En el derecho privado, el instituto de las nulidades puede presentarse en las categorías de nulidad absoluta y nulidad relativa. Los casos de nulidad absoluta evidencian el mayor grado de menoscabo por el orden jurídico, requieren de pronunciamiento del juez y tienen efecto retroactivo, es decir, llevan a que las cosas retornen al estado anterior al perfeccionamiento del acto o contrato; por su trascendencia pueden ser declaradas de oficio por el fallador, y cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes, y en todo caso por prescripción extraordinaria. Los eventos que constituyen esta sanción son: 1) la ausencia

de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, 2) la ilicitud en la causa y el objeto, y 3) la celebración del negocio por una persona absolutamente incapaz (art. 1741 C.C.).

La nulidad relativa –o anulabilidad en el derecho mercantil– denota vicios de menor envergadura, representan una afrenta menguada contra el orden público. Su declaración solo procede previa petición de parte, con la precisión de que la falencia puede ser ratificada por manifestación de los sujetos involucrados, o también saneada por el paso del tiempo, por prescripción extintiva. El art. 1508 del C.C. dispone que las causas que dan lugar a este tipo de invalidez son los vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo); a su vez, el art. 1504 ib. establece que la incapacidad relativa de los sujetos negociales también lo configura. Y el art. 1741 de la misma codificación le asigna un estatus residual a estos defectos al determinar, en su tercer inciso, que *“cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”*.

ABUSO DEL DERECHO – Coexistencia de restituciones mutuas e indemnización de perjuicios – Código de Comercio artículo 830 – Constitución Política artículo 90 – Ausencia de abuso del derecho – Ausencia de nulidad absoluta de la cláusula

[...] la Sala precisa que en el campo del abuso del derecho, que incluye las cláusulas abusivas, nada se opone a la coexistencia de dos figuras: las restituciones mutuas, por cuenta de la retrotracción de los efectos que se derivan del instituto anulatorio, y la indemnización de perjuicios derivada del abuso de la parte dominante si con ésta se genera un daño.

En esta línea, las restituciones deben comprender todas aquellas medidas que, de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico, su objeto y los sujetos comprometidos, permitan a las partes volver al estado anterior al de su estipulación, lo que no siempre se logra, resultando insuficiente tal dispositivo frente a la generación de un daño. Así que, en el marco de las cláusulas abusivas se autoriza examinar la conducta del contratante que dio lugar a la configuración del abuso, y en este plano se concibe la posibilidad de reclamar una indemnización de conformidad con el art. 830 del Código de Comercio que dispone, “[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”; a la vez, ello es expresión del art. 90 de la Constitución Política que establece la cláusula general de responsabilidad del Estado en cualquiera de sus esferas de actuación, de manera que no puede restringirse el alcance del postulado superior únicamente al contexto de las restituciones mutuas.

[...]

Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra razones para descartar la abusividad que el a quo aseguró afectaba a la cláusula en estudio, así como el efecto sancionador que impuso (nulidad absoluta), pues al analizar sus elementos, en conjunto con el examen integral del acuerdo, la Subsección observa que el objeto y finalidad de dicha estipulación sí tiene una interpretación en el contexto negocial, que desdice de las consideraciones expresadas por el Tribunal, y sin que en ella se advierta un vicio de nulidad absoluta. Para razonar sobre este cargo la Sala trae de presente el contenido de ese pacto, en tanto reviste la concreción de la posición de dominio que se adujo abusiva, y para descifrar el alcance de los compromisos pactados.

[...]

Las partes se desarrollaron en un plano de igualdad y equivalencia, donde el ejercicio de las funciones propias de cada una confluyó en el logro del propósito mancomunado; es decir, se trató de una relación que descartó la existencia de una parte dominante y otra débil en la relación jurídica. Este punto da cuenta que desde su génesis se constituyó un despliegue negocial en el que el factor de financiamiento no constituyó un evento que detonara una inequidad negocial, lo que no se modifica por la estructura subjetiva de las partes y el manejo inherente a los recursos asignados. Por el contrario, se observa que todas las partes asumieron un rol en el que sus funciones encajan y coinciden en procura de las diversas actividades y compromisos pactados; y, además, no se revela el pacto de una atribución o potestad a favor del Ministerio o el Fondo, sino el efecto de la inobservancia de unos compromisos determinados, cuyas bases y entendimiento son los que deben ser analizados.

[...]

Sumado a lo anterior, no era dable encuadrar a la cláusula en examen en la causal de abuso o desviación de poder, de que trata el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993 y, como consecuencia, declarar su nulidad absoluta, pues su pacto no evidenció el ejercicio de las funciones asignadas al Ministerio y a FONADE de forma separada al contenido que les atribuye el ordenamiento jurídico o las bases mismas del convenio. La estipulación analizada no evidencia que las demandantes hubieren actuado de forma ajena a los mandatos institucionales que dirigen su actuar negocial, ya sea mediante su alejamiento con fines corruptos o persuadidos de intereses diferentes al objetivo que les fue provisto legalmente.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – definición y características – las partes vinculadas al negocio jurídico comparten los beneficios y distribuyen los riesgos en función de sus aportes / INCUMPLIMIENTO - debe ser analizado de conformidad con la especial naturaleza de esta clase de negocios jurídicos / CLÁUSULAS ABUSIVAS – origen, naturaleza jurídica y alcance / aplicación en la contratación estatal y sus distinciones frente al derecho privado / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - NULIDAD RELATIVA DE LA CLÁUSULA ABUSIVA -sanción que procede frente a una cláusula abusiva como solución integradora ante falta de determinación de la ley – art. 230 de la Constitución Política y art. 8 de la Ley 153 de 1887.

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Se discute si la liquidación judicial del convenio interadministrativo que realizó el tribunal de primera instancia se ajustó a los lineamientos del negocio suscrito, en la medida que una de las entidades se comprometió a realizar la devolución de la totalidad de los aportes girados si no se lograba la culminación total del proyecto. Asimismo, se controvierte la nulidad absoluta de una cláusula del convenio que el a quo declaró ilegal al considerarla abusiva.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión adoptada el 5 de diciembre de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá decidió (transcripción literal, incluidos eventuales errores):

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad absoluta de la cláusula 2ª de la prórroga 4ª del convenio de apoyo financiero 2071059 del 26 de junio de 2007, por incurrir en la causal que prevé el artículo 44-3 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: LIQUIDAR en ceros el convenio de apoyo financiero 2071059 del 26 de junio de 2007, por las razones que señala esta providencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con el análisis efectuado en la parte motiva de esta sentencia.



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

CUARTO: Sin condena en costas¹.

2. El anterior proveído decidió la demanda instaurada el 30 de mayo de 2014² por la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (en adelante, el Ministerio de Vivienda o simplemente el Ministerio) y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo³, hoy ENterritorio, (en lo sucesivo, FONADE o el Fondo), ambos integrantes de la parte actora, contra el Municipio de Tunja (en adelante el Municipio, la entidad territorial o el demandado).

3. Las pretensiones, hechos y los fundamentos jurídicos sobre los que se pronunció el Tribunal se enuncian a continuación.

Pretensiones⁴

4. Los demandantes solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (transcripción literal, con sus propios énfasis y eventuales errores):

“4.1. Que se declare la existencia del convenio de apoyo financiero n° 2071059, suscrito entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), el Municipio de Tunja – Boyacá y FONADE.

4.2. Que se declare el incumplimiento por parte del ente territorial del convenio de apoyo financiero n° 2071059, suscrito entre el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), el Municipio de Tunja – Boyacá y FONADE.

4.3. Que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), el Municipio de Tunja (Boyacá) y FONADE, liquiden judicialmente, el Convenio No. 2071059, celebrado entre éstas, con el fin de finalizar el respectivo negocio jurídico ...

4.4. Que como consecuencia del incumplimiento del Convenio de Apoyo Financiero No. 2071059, se ordene al ente territorial, el pago de la suma de TRESCIENTOS MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$300.300.000), por concepto de Cláusula Penal.

4.4.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: QUE SI NO SE ACCEDE AL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL, SE CONDENE AL MUNICIPIO DE TUNJA A PAGAR A LA NACIÓN, MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO LA SUMA EQUIVALENTE A LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DEL MUNICIPIO, LOS CUALES SERÁN TASADOS A TRAVÉS DE DICTAMEN PERICIAL

*4.5. Teniendo en cuenta que el municipio de Tunja (Boyacá), incurrió en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, derivadas del Convenio de Apoyo Financiero 2071059, deberá pagar la suma de **DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS DIECISIETE PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS***

¹ Índice 75, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–.

² Índice 68 SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fl. 227.

³ Creado como establecimiento público del orden nacional, en los términos del Decreto 3068 de 1968, bajo la denominación de Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo (con las siglas FONADE), adscrito al Departamento Nacional de Planeación (DNP). Posteriormente, mediante el Decreto 2168 de 1992 se reestructuró como empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, llamada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (conservando las mismas siglas), con personería jurídica y patrimonio propio, vinculada al DNP, naturaleza confirmada con el Decreto 288 de 2004. Bajo el Decreto 495 del 20 de marzo de 2019 se modificó la estructura del FONADE y se cambió su denominación para llamarse en adelante Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio).

⁴⁴ Incluidos los cambios efectuados con la reforma de la demanda, presentada el 14 de enero de 2015.



Expediente 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

M/CTE (2.838.739.317,52) que corresponden a la devolución de la totalidad de los recursos ejecutados del aporte efectuado por la Nación al Proyecto, a través de FONADE, debidamente indexados.

(...)

4.6. Que, con posterioridad a la liquidación judicial, cualquier obligación en cabeza de la entidad territorial deberá ser cobrada ejecutivamente por El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, teniendo en cuenta que las obligaciones de Fonade, según lo establecido en el numeral 7° de la cláusula séptima del convenio interadministrativo No. 194048, llegan hasta la liquidación del convenio derivado correspondiente.

4.7. Que se condene en costas a la parte demandada”⁵

Fundamentos de hecho y de derecho

5. El 22 de octubre de 2004, FONADE y el Ministerio celebraron el convenio marco No. 194048, con el objetivo de *“prestar los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y realizar las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la Interventoría técnica, administrativa y financiera del proyecto denominado ‘proyecto de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental, que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única’, así como coordinar las actividades para la ejecución de las obligaciones de convenios de apoyo financiero que se suscriban entre el Ministerio, FONADE y las entidades a las que se les viabilice proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental”*.

6. Derivado de dicho acuerdo, el Ministerio de Vivienda, FONADE y el municipio celebraron el convenio de apoyo financiero No. 2071059 de 2007 (en adelante, el convenio), cuyo objeto era el suministro de los equipos correspondientes a la *“PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES [PTAR] –UN MÓDULO DE 120 LPS– ETAPA I Y II DEL MUNICIPIO DE TUNJA – BOYACÁ”*, por valor de \$3.026’998.905. El Ministerio se comprometió a aportar, a través del FONADE, la suma de \$3.003’000.000, y el Municipio el monto de \$23’998.905. El plazo inicial fenecía el 28 de junio de 2008, pero se extendió al 30 de septiembre de 2011.

7. Como ejecutor del convenio se designó al Municipio, y la interventoría la realizó FONADE a través de la firma Euco Ltda.

8. Este acuerdo fue viabilizado por el Ministerio en el comité técnico No. 17 del 22 de mayo de 2007, con la precisión de que los aportes de la Nación serían utilizados para *“la adquisición de los suministros especiales que requiere el módulo de la PTAR de 120 lps”*⁶ y su correspondiente interventoría. Los recursos aportados por el Ministerio de Vivienda no estaban destinados a la construcción de obra civil.

9. En la prórroga 4, suscrita el 30 de junio de 2011 –cláusula segunda–, se estipuló como obligación adicional a cargo del Municipio, conseguir y ejecutar los recursos necesarios para la *instalación* de los equipos durante su vigencia; de no

⁵ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 238 y 239.

⁶ En la demanda se detallaron como suministros especiales los siguientes: “[c]analeta parshall, difusores nopol, tubería pvc para los difusores, puente barredor, sedimentadores, motoreductor, soplador para control de olores, filtro y accesorios de control de olores, antorcha groth y válvula reguladora, bombas sumergibles flygt, espesador de lodos, sistema hidrowflow, tubería y válvulas, sistema eléctrico sin incluir automatización, automatización, rejilla auto limpiante, banda transportadora y caja estacionaria, subestación 400 kva, montaje de equipos”(Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fl. 5).



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

hacerlo, se acordó que debía reintegrarse la totalidad de los aportes efectuados por el Ministerio, incluyendo los rendimientos financieros.

10. A la fecha de terminación del convenio, no se logró la totalidad del objeto perseguido por cuanto se encontraba suspendido el contrato que el Municipio había celebrado para tal propósito –contrato No. 226 de 2009⁷, suscrito con el consorcio WTD-AGUACOL TUNJA 2008–.

11. El 15 de agosto de 2012, Euco Ltda. rindió el informe final de interventoría del convenio, reportando que el avance alcanzado fue del 89,99%, equivalente a una ejecución financiera de \$2.525'895.984.

12. El 17 de diciembre de 2013, FONADE certificó que, para esa época, el valor ejecutado del convenio ascendió a \$2.668'130.162 –de los cuales \$2.644'131.257 correspondieron a giros que realizó el Fondo, y \$23'998.905 a recursos del Municipio– quedando un saldo de \$358'868.743 a cargo del FONADE que sería cancelado “*al CONSORCIO WTD-AGUACOL TUNJA 2008, contra la liquidación del Contrato 226 de 2009*”⁸.

13. El 3 de abril de 2014, el Municipio informó al FONADE que el contrato 226 de 2009 estaba en curso y que su plazo vencía el 30 de mayo siguiente, aclarando que para ese momento su avance era del 99%.

14. La parte actora adujo que el Municipio incurrió en incumplimiento de: (i) los compromisos indicados en los numerales 15 y 27 de la cláusula tercera de dicho convenio que establecían a cargo del ente territorial “*cumplir oportunamente las recomendaciones y solicitudes que realice el MINISTERIO y/o FONADE sobre el desarrollo del objeto del presente convenio ... [y] liquidar los contratos que suscriba en desarrollo del objeto de este convenio*”⁹, respectivamente, pues a la fecha de terminación del convenio el Municipio no instaló ni puso en marcha los equipos suministrados y tampoco liquidó el contrato 226 de 2009 que suscribió con el consorcio WTD-AGUACOL TUNJA 2008; y (ii) la obligación adicional acordada en la prórroga No. 4 al convenio, conforme a la cual el Municipio se comprometió a “*la consecución y ejecución de los recursos necesarios para la instalación de los equipos durante el transcurso de la misma (...) so pena de hacer efectivo el reintegro de la totalidad de los recursos asignados por el Ministerio (...)*”¹⁰, lo que imponía la devolución de \$2.838'739.317,52 (con su indexación).

15. Reclamó el valor de la cláusula penal, basado en que el demandado no instaló los equipos, ni liquidó el contrato 226 de 2009, en cumplimiento de la directriz trazada en sesión conjunta del 23 de mayo de 2014¹¹.

⁷ Cuyo objeto consistió en el suministro, instalación y puesta en marcha de equipos del primer módulo de 120 LPS de la PTAR de Tunja, etapas I y II.

⁸ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fl. 11.

⁹ Ibidem, fl. 12.

¹⁰ Índice 68 SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fl. 11 y 12. Numerales 46 y 47 de la demanda.

¹¹ Los demandantes indicaron que la cláusula penal debe aplicarse en el monto de \$300'300.000, equivalente “*al diez por ciento (10%) del valor del aporte del MINISTERIO*”.



Contestación de la demanda¹²

16. El Municipio se opuso a las pretensiones de la demanda. Aseguró que, por la naturaleza del convenio, las entidades se comprometieron a “*aunar esfuerzos*” y “*apoyar la ejecución*” del cometido común pactado, por lo que deben afrontar solidariamente los impases de su desarrollo. Agregó que el examen del negocio jurídico no podía pasar por alto que el Ministerio viabilizó el proyecto sin planos ni diseños y el Fondo lo gerenció sin advertir esa inconsistencia, por lo que la responsabilidad, de demostrarse, debía compartirse entre todos los suscribientes.

17. Sostuvo que sí cumplió el convenio, toda vez que la obligación de poner en marcha e instalar los equipos suministrados no se contempló en ese negocio jurídico; y aunque a la fecha de contestación del libelo no había liquidado el contrato 226 de 2009, ello obedeció a que requería la inyección de importantes recursos para la satisfacción de la etapa de instalación, especialmente del componente eléctrico.

18. Señaló que la cláusula segunda de la prórroga 4 estaba viciada de ilegalidad por vulnerar el principio de planeación, ya que no existieron estudios previos que la respaldaran; además, era ineficaz por la ausencia de fundamentos sobre la nueva obligación acordada, pues no se expuso razón alguna que la justificara. Subrayó que el Municipio realizó un esfuerzo fiscal al adicionar el contrato 226 de 2009, por valor de \$957'268.331,72.

19. Se opuso a la devolución de los recursos aportados por el Ministerio, comoquiera que aquellos fueron ejecutados.

Fundamentos de la sentencia impugnada¹³

20. El *a quo* definió que la cláusula segunda de la prórroga 4 del convenio era abusiva, por lo que declaró su nulidad absoluta bajo la causal de abuso o desviación de poder. Al respecto indicó que: (i) el Ministerio y FONADE ostentaron una posición dominante frente al ente territorial al fijar las condiciones de financiamiento del proyecto; (ii) la obligación impuesta al municipio de devolver la totalidad de los recursos resultó desproporcionada y carente de motivación, ya que los suministros especiales fueron adquiridos, importados e instalados por el contratista del Municipio; (iii) el informe final rendido por el Fondo revela que el convenio alcanzó el 90% de ejecución; y (iv) por tanto, dicha cláusula transgredió los principios de equidad, proporcionalidad y lealtad, al haber sido producto del apremio del Ministerio de terminar el convenio antes de que se produjera el cierre financiero del crédito del que provenían los recursos. Finalmente, indicó que el contexto en el que se encontraba el municipio denota que la inclusión de la cláusula no fue producto de una decisión libre y autónoma, pues era la parte débil en la relación negocial.

21. En este punto, precisó que si bien la doctrina se ha referido a diversas consecuencias que se desprenden de las cláusulas abusivas (ineficacia, nulidad

¹² Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 269 a 292.

¹³ Índice 75, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

relativa o nulidad absoluta), la jurisprudencia administrativa se ha inclinado por la nulidad absoluta conforme al art. 44.3 de la Ley 80 de 1993, como fue declarado. Preciso que, aunque la demandada adujo la ilegalidad de dicha cláusula con fundamento en la vulneración del principio de planeación, el juez contencioso administrativo estaba facultado para declarar su nulidad absoluta con base en la facultad prevista en el inciso final del art. 141 del CPACA.

22. No halló demostrado el incumplimiento endilgado al Municipio. Sostuvo que las pruebas son insuficientes para acreditar que los requerimientos efectuados por los actores fueron desatendidos por el ente territorial, y si ello ocurrió, fue por circunstancias que escaparon a su voluntad. Señaló que el municipio liquidó el contrato 226 de 2009 –derivado del convenio– mediante la Resolución 497 del 29 de diciembre de 2015, y pese a que esto último sucedió cuando ya había fenecido el convenio, ello se explica en que el contrato de suministro culminó el 7 de febrero de 2015, sin que los medios de prueba precisen el contexto que rodeó la ampliación de tal contrato y las actuaciones que desarrolló la entidad territorial al respecto.

23. Si bien se incorporaron dos dictámenes periciales al plenario, éstos no versaron sobre la acreditación del incumplimiento del convenio, sino que se enfocaron en los supuestos perjuicios ocasionados con su alegada inobservancia.

24. Efectuó la liquidación del convenio en ceros al constatar que FONADE giró recursos equivalentes al 90% de la ejecución verificada en vigencia del pacto y no se acreditaron mayores valores a cargo de alguna de las partes. No accedió al desembolso del 10% restante, pues sólo procedía su transferencia al finiquitar el contrato de suministro en vigencia del convenio.

25. No condenó en costas.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN¹⁴

26. El Ministerio de Vivienda pidió revocar la sentencia de primer grado. Afirmó que sí se configuró incumplimiento del Municipio ya que no ejecutó el 100% del objeto a la fecha de terminación del convenio, a pesar de los múltiples requerimientos y prórrogas pactadas.

27. La insatisfacción de las obligaciones a cargo del Municipio se ratifica con los oficios 1.9-4-8-1091 del 10 de mayo de 2016 y 1.9.681 del 27 de marzo de 2017, emitidos por la alcaldía de Tunja, que dan cuenta que para 2016 y 2017 no se había culminado la PTAR; esos oficios también evidencian que los equipos e instalaciones del proyecto no eran operativos, ya que “... *fueron concebidos y entregados bajo una norma ya derogada referente al RETI y RETILAP*”¹⁵.

28. Señaló que las demandantes no actuaron con abuso o desviación de poder al estipular la cláusula segunda de la prórroga 4, pues en estos negocios jurídicos las entidades operan en un plano de igualdad y, en este caso, buscaron garantizar

¹⁴ Índice 80, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–.

¹⁵ Ibidem, pág. 11.



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

la funcionalidad del proyecto y la utilización de los recursos para culminar la PTAR y ello resulta legítimo.

29. Subrayó que con posterioridad al fallo de primera instancia conoció que la Contraloría General de la República declaró responsables fiscales a exfuncionarios y contratistas del Municipio que tuvieron a cargo la ejecución del contrato 226 de 2009, dado que el módulo I de la PTAR no pudo ser puesto en funcionamiento. El objeto de dicho contrato no se logró y el municipio ordenó su liquidación unilateral el 29 de diciembre de 2015.

30. Por lo anterior, pidió que se declare el incumplimiento del negocio en estudio, que se acceda a las peticiones condenatorias y que se modifique la liquidación de aquél con saldo a favor de los actores por el valor total de los aportes efectuados por el Ministerio, a través del FONADE.

Trámite en segunda instancia

31. El Tribunal concedió el recurso de apelación¹⁶ y esta Corporación lo admitió en proveído del 15 de mayo de 2023¹⁷.

32. En el curso de esta instancia¹⁸, el Municipio¹⁹ manifestó que la cláusula segunda de la prórroga 4 fue establecida con abuso y en virtud de la posición dominante de las demandantes, pues FONADE y el Ministerio conocían que el consorcio WTD Aguacol Tunja (contratista) fue renuente a cumplir el suministro pactado; aun así, impusieron al Municipio cumplir la tarea encomendada en el plazo de 3 meses, so pena de tener que devolver los recursos aportados, lo que resultó en una situación desproporcionada e imposible de cumplir. El contrato de suministro fue liquidado unilateralmente, y la entidad territorial realizó todas las gestiones a su cargo en procura de que se cumpliera su objeto.

33. El Ministerio Público guardó silencio.

34. En auto del 30 de junio de 2023²⁰, el Despacho ponente ²¹ negó la solicitud probatoria que el Ministerio formuló con su alzada²², al considerar que los

¹⁶ Índice 82, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–.

¹⁷ Índice 5 de SAMAI.

¹⁸ En el índice 13 de SAMAI se registraron alegaciones presentadas, en segundo grado, por AMR Construcciones S.A.S.; sin embargo, no se relacionan en el texto de esta providencia, pues pertenecen a otro proceso, el identificado con la radicación 15001233300020140033601 (69.668), según aparece allí consignado.

¹⁹ Índice 12 de SAMAI.

²⁰ Índice 15 de SAMAI.

²¹ Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

²² El Ministerio solicitó que se incorporaran como insumos probatorios, en segunda instancia, los siguientes:

“1. Oficio 2023EE0002182 del 11 de enero de 2023, mediante el que la Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá de la Contraloría General de la República, remite copia de fallos de responsabilidad fiscal emitidos dentro del proceso PRF-2017-00289.

2. Copia de Fallo mixto 005 de 26 de abril de 2022, proferido dentro del radicado No. PRF-2017-00289, por la Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá de la Contraloría General de la República.

3. Copia de Auto 365 de 22 de junio de 2022, por el cual se resuelven los recursos de reposición y se conceden los de apelación, con el estado a través del cual se notificó (Estado 100).

4. Copia de Auto URF2 0893 de 22 de julio de 2022, emitido por la Contraloría delegada para Responsabilidad Fiscal Intervención Judicial y Cobro Coactivo de la Unidad de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de la República, por el cual se resolvieron los recursos de apelación y el grado de consulta, con el estado a través del cual se notificó (Estado 120), en contra del fallo mixto 005 del 26 de abril de 2022.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

documentos aportados no dan cuenta de un *hecho nuevo* ocurrido después de la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pues persiguen demostrar el supuesto incumplimiento presentado durante la ejecución del convenio objeto de la *litis*, situación anterior al proceso de la referencia²³.

III. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

35. De acuerdo con los reproches objeto de la apelación, la atención de la Sala se centrará en determinar si el Tribunal erró al no tener por configurado el incumplimiento endilgado a la entidad territorial. Como plataforma general de análisis se acudirá a la caracterización de los convenios interadministrativos y a las bases en que se fundó el convenio 2071059, para luego examinar: (i) las obligaciones acordadas en la cláusula tercera de dicho pacto, y si éstas fueron atendidas, como indicó el Tribunal; (ii) la obligación adicional pactada en la cláusula segunda de la prórroga 4 del negocio en estudio, a fin de establecer si se comparte el carácter abusivo asignado por el *a quo* y la sanción de nulidad absoluta que le impuso; y (iii) se definirá si, en atención a lo desarrollado, se acoge el corte de cuentas del convenio efectuado por el juez de primer grado²⁴.

Naturaleza y características de los convenios interadministrativos

36. El escenario en el que la Administración ejerce sus competencias contractuales se desarrolla principalmente a través de dos tipos de negocios jurídicos: los contratos y los convenios. Aunque el EGCAP no establece una distinción entre estas figuras, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de perfilar su función jurídica y objetivos, resaltando las características inherentes a cada uno de estos instrumentos como base del análisis de cumplimiento en sede de responsabilidad.

37. Si bien ambos conceptos se fundan en la concurrencia de voluntades, la *causa* que antecede tal manifestación es el punto central que marca su individualidad y distinción; tal elemento es definido por el ordenamiento jurídico como “*el motivo que induce al acto o contrato*” (art. 1524 del C.C.), configurando el cariz teleológico o la razón jurídica relevante que da origen a una relación negocial.

5. Constancia de ejecutoria de auto URF2 0893 de 22 de julio de 2022, emitido por la Contraloría delegada para Responsabilidad Fiscal Intervención Judicial y Cobro Coactivo de la Unidad de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de la República”.

²³ Sumado a las razones de rechazo de estos medios probatorios, se precisa que la declaratoria de responsabilidad fiscal aducida se sustentó, principalmente, en la visita técnica al módulo I de la PTAR, efectuada el 12 y 18 de octubre de 2018 y a un informe técnico, llevados a cabo 7 años después de culminado el convenio, sin que conste el estado de conservación de los elementos instalados en la planta para septiembre de 2011 (fecha de culminación del negocio en estudio), su inventario, así como el mantenimiento y vigilancia que se les prestó durante ese lapso.

²⁴ En su alzada, el Ministerio trajo de presente el juicio de responsabilidad fiscal adelantado con ocasión del contrato 226 de 2009; sin embargo, al desatar esta instancia no se hará alusión a los pronunciamientos proferidos con ocasión de éste, comoquiera que se negó su incorporación como medios probatorios del sub examine, al no versar sobre la acreditación de un *hecho nuevo* ocurrido después de la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia –como se explicó en el acápite de trámite en segunda instancia de este asunto–.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

38. Así, cuando se alude a la noción de *contrato estatal* se está haciendo referencia al concierto de dos o más voluntades que establecen un contenido obligacional de intereses contrapuestos, aunque converjan en la realización de un objetivo común que es el interés general. En este escenario, el contratista actúa como colaborador del Estado y, como tal, su relacionamiento jurídico apunta a fines diversos pues, mientras que para la administración lo esencial es la materialización de los cometidos públicos a su cargo, para el contratista lo es la contrapartida que obtiene por el cumplimiento de sus obligaciones²⁵, lo que denota que la motivación inmediata que impulsa a cada uno a celebrar el contrato se construye desde vértices opuestos.

39. En el caso de los convenios, su razón de ser se dirige a la promoción de objetivos mancomunados entre sus contrayentes y, puntualmente, tratándose de convenios interadministrativos, se revela como instrumento de unión entre dos o más personas de derecho público que apunta al logro de fines y propósitos comunes, en el marco de las funciones que la ley asigna a cada una de ellas.

40. Bajo esta tipología, cada entidad estatal desarrolla las funciones públicas a su cargo y, a su vez, se beneficia de la realización conjunta de las competencias de los demás contrayentes en procura de llevar a buen término un proyecto. Esta alianza genera una dinámica que potencializa el quehacer administrativo, siendo que todas ellas trenzan sus esfuerzos en una expresión única y objetiva del interés general que por esta vía se robustece.

41. Por ello, el talante de los convenios interadministrativos lo erige en un mecanismo de gestión conjunta de atribuciones públicas²⁶ que se caracteriza por la unidad de causa y fin que vincula a los sujetos parte, y cuyo propósito es coordinar y cooperar en la realización de las funciones administrativas asignadas a cada entidad. De ahí que estos convenios no son contenedores de prestaciones patrimoniales propias de los contratos conmutativos, ni hablan de intereses puramente económicos, con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos atados al interés general en virtud del principio de colaboración de que trata el art. 95 de la Ley 489 de 1998²⁷.

42. A pesar de que en nuestra legislación no existe una reglamentación específica que los desarrolle, se debe entender que en éstos priman las regulaciones que acuerdan las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la aplicación preeminente del principio de la buena fe. Estos postulados, si bien están presentes en la teoría de los negocios jurídicos, aquí son exaltados como guía de entendimiento de los compromisos adquiridos y de su examen de cumplimiento, en la medida que este análisis no puede desprenderse de la naturaleza que atañe a esta relación convencional en la que no emergen intereses contrapuestos, sino unívocos.

²⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 17.860.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de febrero de 2025, radicación 880012333000-2021-00028-01 (69993).



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

43. Este punto de partida y también de llegada es elemento medular para resolver los conflictos que con ocasión de este tipo de acuerdos se originan, y permite entender que la estructura obligacional acordada es expresión de los medios que cada entidad dispone para alcanzar el objetivo común desde sus competencias públicas, se itera, con una sola dirección, pero a través de tareas concatenadas. Al final de cuentas son sujetos que son parte de la administración.

44. En reciente oportunidad, esta Subsección²⁸ precisó, entre otras características inherentes a esos negocios jurídicos, las siguientes:

“(…)

(vii) Distribución de riesgos. *De manera concordante, este tipo de acuerdos favorece a las entidades públicas que se congregan a través suyo, en tanto si alguna ejecutara sola el proyecto que se pretende desarrollar en beneficio del interés general, tendría que asumir en su totalidad el riesgo que ello representa. La naturaleza asociativa de estos convenios impone concluir que los riesgos del proyecto se distribuyen entre los participantes –en principio y salvo pacto expreso en contrario– en función de sus respectivos aportes, en la medida en que a todas interesa la consecución de ese objetivo y todas confluyen desde sus competencias a su realización, del mismo modo comparten el riesgo de su eventual frustración o fracaso. Por esta característica, cuando la inejecución deviene por causas no imputables a la conducta de las contrayentes, nada habrá que reclamarse y ninguna indemnización perseguirse.*

(viii) Conjunción de esfuerzos. *En virtud del ánimo de colaboración que motiva este tipo de acuerdos, todas las entidades públicas deben realizar aportes desde el marco de sus competencias, pues de otra manera no tendría razón de ser su participación en el acuerdo. Tales aportes pueden ser de naturaleza técnica, administrativa, financiera o económica, pues lo determinante es que la contribución sirva a la realización del fin común*

“(…)

(x) No se generan obligaciones conmutativas sinalagmáticas. *No se configura entre las entidades públicas contrayentes una relación conmutativa sinalagmática, en la medida que no se obligan a dar o a hacer algo a cambio de una prestación equivalente o remuneración. Las obligaciones que asumen las entidades públicas en esta clase de acuerdos negociales no se justifican o encuentran su causa propiamente en las prestaciones de la otra –aunque están relacionadas de cara a la realización del fin común– y, por tanto, no son recíprocas ni puede medirse entre ellas una simetría por comparación. El alcance de sus obligaciones se explica y está determinado por lo que, desde sus propias atribuciones o competencias, están llamadas a aportar en coordinación, colaboración o cooperación con las demás contrayentes para la consecución de la finalidad común (...).*

Las bases del convenio 2071059

45. Bajo el convenio de apoyo financiero No. 2071059 del 26 de junio de 2007, el Ministerio, Fonade y el Municipio se unieron con el objeto de “[a]unar esfuerzos (...) para apoyar la ejecución de las obras correspondientes al proyecto **‘CONSTRUCCIÓN PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES – UN MÓDULO DE 120 LPS – ETAPA I y II DEL MUNICIPIO DE TUNJA, BOYACÁ’**”²⁹ (resaltado del texto original).

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de febrero de 2025, radicación 250002336000201900270 01 (68.280).

²⁹ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 114 a 120.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

46. En su parte considerativa señaló como antecedente directo el convenio interadministrativo No. 27 (191048 para el Fondo) del 22 de octubre de 2004 –en adelante *convenio marco*–, celebrado entre el Ministerio y FONADE, en virtud del cual este último se comprometió “a *prestar los servicios técnicos, jurídicos, administrativos y realizar las acciones necesarias para ejecutar la gerencia de la interventoría técnica, administrativa y financiera del proyecto denominado ‘Proyecto de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental, que utilicen recursos de la Nación, financiados a través del mecanismo de ventanilla única’ así como coordinar las actividades para la ejecución de convenios de apoyo financiero que se suscriban entre el Ministerio, Fonade y las entidades a las que se les viabilice proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico Ambiental*”³⁰.

47. El convenio marco se fundamentó en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, cuyo art. 93 estableció al Ministerio como único responsable de la recepción de los proyectos de agua potable y saneamiento básico que solicitaran apoyo financiero de la Nación en todo el territorio, a través de su ‘ventanilla única’. La entidad evaluaría la viabilidad técnica, legal, socioeconómica y ambiental de los proyectos, para elegir aquellos que cumplieran los requisitos, previa estructuración del esquema financiero.

48. Para el desarrollo de tal cometido, se indicó que como la Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico y Ambiental del Ministerio de Vivienda no contaba con la infraestructura logística ni humana necesaria para adelantar la interventoría de todos los proyectos, se requería de un apoyo en el área administrativa, técnica y financiera, y ésta, una vez viabilizado el proyecto, estaría encargada de la celebración del convenio de apoyo financiero con cada ente territorial, la contratación de las interventorías y la supervisión; de manera que los consultores expertos del Ministerio se debían concentrar en el análisis de los proyectos. En este escenario, el Ministerio convocó a FONADE para la prestación de asistencia técnica y gerencia del proyecto (en cuanto a la interventoría, celebración de convenios con los municipios, manejo de recursos, entre otros), dada su especialidad en este ámbito y estructura organizacional en asuntos similares.

49. Dicho instrumento destacó las funciones de las entidades que participaban. Para la época de su celebración (22 de octubre de 2004), la Ley 790 de 2002 establecía que el Ministerio de Vivienda tenía a su cargo la formulación de las políticas relacionadas con el agua potable y saneamiento básico³¹; a su vez, el Decreto-Ley 216 de 2003³² determinó entre sus funciones las de “[f]ormular, dirigir y coordinar las políticas, regulación, planes y programas en materia habitacional integral, de desarrollo territorial, agua potable y saneamiento básico, y ambiental, uso del suelo y ordenamiento territorial” y “promover la gestión eficiente de los

³⁰ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 35 a 44

³¹ “Artículo 4 de la Ley 790 de 2002.

“(…) *Parágrafo. La formulación de políticas relativas al uso del suelo y ordenamiento urbano, agua potable y saneamiento básico, desarrollo territorial y urbano, así como la política habitacional integral necesaria para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución Política, serán funciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Los organismos adscritos y vinculados relacionados con estas funciones, pasarán a formar parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.*”

³² “[P]or el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se dictan otras disposiciones”.



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

prestadores de servicios de agua potable y saneamiento básico” y, en concordancia con el PND 2002-2006³³, le asignó el encargo de recibir todos los proyectos de agua potable y saneamiento básico que solicitaran apoyo financiero de la Nación.

50. Conforme al Decreto 288 del 29 de enero de 2004, a FONADE le correspondió el rol de “[a]gente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas”³⁴, para lo cual tenía las funciones de (i) promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales; (ii) celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos; y (iii) prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.

51. Bajo tal designio, se adelantaron 380 proyectos en el país³⁵, entre ellos, el convenio de apoyo financiero que origina el *sub-lite*. Las funciones que el Municipio de Tunja ejecutaría bajo este negocio jurídico correspondieron a: (i) la promoción y construcción de las obras requeridas para el desarrollo de dicha entidad; (ii) la garantía de prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico para sus habitantes; y (iii) la realización de alianzas con otras entidades públicas, para el impulso económico, social y ambiental del territorio de su jurisdicción³⁶.

52. Previo a la celebración del convenio, debía existir un concepto favorable del Ministerio para viabilizar el proyecto postulado en los términos del PND 2002-2006, el cual fue emitido en acta del 22 de mayo de 2007³⁷; el Ministerio indicó que el alcance estaba referido al suministro de los equipos para las etapas I y II de un módulo de la PTAR, ya que el municipio, a través de otro negocio jurídico, había contratado la obra civil para ese módulo e iniciado su ejecución.

53. Se definió que el total de suministros a proveer ascendía a la suma de \$2.908’763.632 –de los cuales: \$23’998.905 debían ser aportados por el Municipio, \$2.884’764.727 por la Nación (Banco Mundial), \$58’175.273 correspondían a gastos de interventoría del convenio, y \$60’060.000 a la supervisión (ambos aportados por la Nación)–.

54. Respecto a los equipos objeto del concepto de viabilidad, el Ministerio precisó que correspondían a: *“canaleta parshall, difusores nopol, tubería pvc para los*

³³ Ley 812 de 2003. “Artículo 93.-Ventanilla única. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial será el único responsable de la recepción de todos los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico que soliciten apoyo financiero de la Nación. El ministerio evaluará la viabilidad técnica, financiera, legal, socioeconómica y ambiental de los proyectos, elegirá aquellos que cumplan los requisitos y estructurará el esquema de financiamiento de los mismos, coordinando los aportes de recursos con las distintas entidades que los administran”.

³⁴ Artículo 3 del Decreto 288 de 2004.

³⁵ Según indicó la señora Constanza Barros Pulido en la declaración que rindió en el presente proceso, en calidad de Gerente del convenio marco a partir del 30 de noviembre de 2012 (índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO DOS 2014-00336”, en la audiencia de pruebas del 17 de mayo de 2017).

³⁶ Artículo 3 de la Ley 136 de 1994 –por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios–.

³⁷ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 628 a 639



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

difusores, 3 sopladores de lóbulos, puente barredor, sedimentadores, motoreductor, soplador para control de olores, filtro y accesorios de control de olores, antorcha groth y válvula reguladora, bombas sumergibles flygt, espesador de lodos, deshidratador centrífugo, agitador, dosificador y caja estacionaria de lodos, sistema hidroflow, tuberías y válvulas, sistema eléctrico sin incluir automatización, rejilla autolimpiante, banda transportadora y caja estacionaria, subestación 400KVA, montaje de equipos”³⁸.

55. Con estos lineamientos específicos, el 26 de junio de 2007 fue suscrito el convenio de apoyo financiero No. 2071059 entre el Ministerio, FONADE y el Municipio de Tunja, cuyo plazo inicial vencía el 28 de junio de 2008³⁹, y fue extendido hasta el 30 de septiembre de 2011, en virtud de varias prórrogas⁴⁰.

56. Sin ahondar en la experticia técnica de su caracterización, pero sí por la conveniencia de ilustrar acerca del objeto del convenio, hay que señalar que las plantas de tratamiento de aguas residuales, en términos generales, están concebidas para llevar a cabo procesos de purificación del agua mediante su movilización por tuberías de gran capacidad, hasta estanques en los que se realiza una técnica de filtrado y descontaminación en diferentes niveles, los que, una vez surtidos, permiten la liberación del agua al entorno al que pertenece, sin alterarlo. Dichas fases se dividen en tratamientos: a) *primario*, que consiste en la eliminación de sólidos o grasas a través de medios físicos; b) *secundario*, refiere a la degradación de la materia orgánica, mediante microorganismos contenidos en los reactores biológicos; y c) *terciario*, relativo a la desinfección del agua tratada, con la adición de un agente oxidante que elimina patógenos, para su posterior descarga en el entorno⁴¹.

57. Para el logro del fin pactado, el Ministerio se comprometió⁴² a brindar apoyo financiero al Municipio por medio del FONADE, previo cumplimiento de los

³⁸ Ibidem, fl.629.

³⁹ El plazo del convenio no se estableció en términos de meses o días, contados a partir de su inicio. En su cláusula quinta se determinó una fecha precisa para su culminación.

⁴⁰ Como se sintetiza a continuación:

PACTO MODIFICATORIO	CONTENIDO
<u>PRIMERA PRÓRROGA</u> índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 122 a 123	Fecha de suscripción: 26/06/2008 ✓ Adiciona el plazo hasta el 31 de diciembre de 2009.
<u>SEGUNDA PRÓRROGA</u> índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 124	Fecha de suscripción: 29/12/2009. ✓ Amplía el plazo al 31 de diciembre de 2010
<u>TERCERA PRÓRROGA</u> índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 126 a 127	Fecha de suscripción: 23/12/2010 ✓ Adiciona el plazo hasta el 30 de junio de 2011.
<u>CUARTA PRÓRROGA</u> índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 128 a 130	Fecha de suscripción: 30/06/2011 ✓ Prórroga el plazo hasta el 30 de septiembre de 2011.

⁴¹ En los términos explicados en la experticia en ingeniería civil, índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 574 y ss.

⁴² Cláusula segunda del convenio.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

requisitos establecidos en el convenio marco⁴³, y a supervisar la ejecución del convenio con base en los informes de interventoría.

58. FONADE se obligó⁴⁴ a: (i) contratar la interventoría para los contratos derivados del convenio y realizar su seguimiento; (ii) efectuar su interventoría⁴⁵; (iii) elaborar y suscribir el acta de liquidación del convenio, una vez fueran suscritas las actas de liquidación de los contratos derivados; (iv) informar a los otros contrayentes sobre cualquier situación de incumplimiento que pudiera presentarse en relación con el convenio, o de los contratos derivados suscritos por el Municipio; (v) emitir los conceptos jurídicos, técnicos y financieros que pudieran surgir en desarrollo del convenio o contratos derivados, por solicitud del Ministerio en su función de supervisión; y (vi) las demás que se desprendieran del convenio y de las obligaciones contraídas bajo el convenio marco.

59. A cargo del FONADE también se estableció la responsabilidad de pagar directamente a los contratistas de obra o de suministro el precio estipulado en los negocios jurídicos derivados⁴⁶, previa aprobación del Municipio y visto bueno del interventor designado por el Fondo. El Municipio autorizó al FONADE a descontar los recursos atinentes a la interventoría y administración. Además, se pactó que el Ministerio podía abstenerse –a través del FONADE– de realizar desembolsos en caso de advertir un incumplimiento del Municipio, y hasta tanto las obligaciones fueran subsanadas, sin asumir responsabilidad frente al contrato derivado.

60. Por su parte, el Municipio se obligó⁴⁷, entre otras, a: (i) aportar las sumas a las que se comprometió; (ii) incorporar a su presupuesto, sin situación de fondos⁴⁸, los recursos del convenio; (iii) obtener permisos y licencias necesarias, y garantizar la disponibilidad de los predios requeridos; (iv) realizar la contratación “*de acuerdo con los pliegos de condiciones o términos de referencia suministrados por el MINISTERIO, a través de FONADE*”; (v) recopilar la información del proyecto y mantenerla actualizada y disponible para el Fondo; (vi) gestionar, de ser necesario, la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la terminación del objeto estipulado⁴⁹; (vii) destinar los recursos de apoyo financiero al desarrollo del convenio; (viii) pedir aprobación del Ministerio en caso de requerir cambios en la ejecución del negocio. No se efectuarían pagos por modificaciones ejecutadas si no contaban con su apropiación, ni estudiaba o consideraba solicitudes que

⁴³ Las reglas de desembolso del convenio marco fueron definidas en la cláusula cuarta, y se resumen, así:

1) Los recursos dispuestos para la obra física y suministro de los proyectos a adelantar en los entes territoriales se pagaban, así: a) 50% del valor contemplado cuando los municipios abrieran los respectivos procesos de selección, b) el saldo según el avance de los contratos derivados de los distintos convenios de apoyo financiero; 2) Los valores destinados a las interventorías de los convenios de apoyo financiero que el FONADE debía contratar, de la siguiente manera: a) el 40% a la legalización del convenio marco, b) los saldos según los tiempos de remuneración pactados por el Fondo con cada uno de los interventores; 3) La remuneración a favor del FONADE por la gerencia del convenio marco, así: a) el 40% a los 30 días de la legalización del convenio marco, b) el 30% a 6 meses después de legalización del convenio marco, c) el 40% a los 12 meses de la legalización del convenio marco, y d) 10% a la finalización del convenio marco.

⁴⁴ Cláusula cuarta.

⁴⁵ Cláusula décima.

⁴⁶ Cláusula séptima.

⁴⁷ Cláusula tercera.

⁴⁸ Es decir, recursos que no son girados directamente a la cuenta de la entidad, por constituir aportes que son objeto de transferencia a sus colaboradores.

⁴⁹ Derivado de “*ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originados por causas no atribuibles a las partes o cualquier otro valor adicional no establecido en el proyecto inicial, y cuando sea imposible cubrir tales erogaciones con la partida de imprevistos que se haya definido en el Plan Financiero aprobado*”.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

evidenciaran la ejecución parcial o total de actividades o cantidades de obra no aprobadas previamente; (ix) “15. *Cumplir oportunamente las recomendaciones y solicitudes que realice el MINISTERIO Y/O FONADE*”; (x) garantizar el cumplimiento de las especificaciones técnicas fijadas en los pliegos de condiciones y de ingeniería, previstas en el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico vigente; y (xi) “27. *Liquidar los contratos que suscriba en desarrollo del objeto de este convenio*”.

(i) Cargos de incumplimiento respecto de obligaciones pactadas en la cláusula tercera del convenio

61. La parte actora, ahora apelante, considera que el Municipio desatendió el contenido obligacional a su cargo al no satisfacer los compromisos contemplados en los numerales 15 y 27 de la cláusula tercera del convenio, esto es, “*cumplir oportunamente las recomendaciones y solicitudes que realice el MINISTERIO Y/O FONADE sobre el desarrollo del objeto del presente convenio*” y “*liquidar los contratos que suscriba en desarrollo del objeto de este convenio*”, lo que incidió directamente en la falta de consecución del objeto convenido.

62. Aunque la Sala constata que no se logró culminar la totalidad del proyecto acordado, y que el contrato derivado 226 de 2009 no fue liquidado en vigencia del convenio *sub examine*, estas situaciones, por sí mismas, no consolidan el incumplimiento del Municipio respecto de las estipulaciones en las que el actor funda sus reproches. La Sala anuncia que los cargos relacionados con el incumplimiento de las obligaciones pactadas bajo la cláusula tercera no están llamados a prosperar, como se desprende de la lectura integral del acuerdo negocial, de su ejecución y de su naturaleza, como se pasa a explicar.

63. Para entender el avance del convenio, se debe tener en cuenta lo acontecido en el contrato 226 de 2009 (en adelante, el *contrato derivado*), suscrito entre el Municipio y el consorcio WTD – AGUACOL TUNJA 2008 (en adelante, Aguacol), para el suministro, instalación y puesta en marcha de los equipos del primer módulo de 120 LPS de la planta de tratamiento de agua residual del municipio de Tunja, etapas I y II⁵⁰, toda vez que este fue el instrumento negocial del que la entidad territorial se valió para concretar el objeto de suministrar los equipos de la PTAR de que trata el *sub examine*.

64. En escrito del 20 de septiembre de 2011⁵¹, Rad. 20114300481942, elaborado por el FONADE con destino al Municipio, se consignó el resultado de la visita al proyecto efectuada el primero de ese mismo mes y año, esto es, 10 días antes de la fecha de vencimiento del convenio en estudio –30 de septiembre de 2011–. La visita fue atendida por el consorcio contratista (Aguacol) la firma interventora (Euco y Cía. Ltda.), el Municipio y el Ministerio, mediante la inspección a cada equipo.

⁵⁰ Cuyo plazo inicial fue 180 días calendario, que transcurrieron del 28 de septiembre de 2009 al 27 de marzo de 2010 (índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fl. 170).

⁵¹ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 142 a 148.



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

65. Allí quedó registrado que el resultado del proyecto fue el siguiente:

	Componente	Estado de avance y observación
1	Tubería PVC	100% instalado
2	Canaleta Parshall	100% instalado
3	Motoreductor	100% instalado
4	Soplador control de olores	100% instalado
5	Puente Barredor de Lodos	80% instalado, Aguacol se comprometió a tenerlo completamente instalado el 15 de septiembre 2011
6	Filtro de control de olores	100% equipo en obra, y con compromiso de instalación el 15 de septiembre
7	Espesador de lodos	80% de las bases están montadas sobre los pedestales sin asegurar, el contratista se comprometió a su instalación para el 20 de septiembre
8	Agitador Bomba dosificadora de polímero y tanque de almacenamiento de polímero	100% equipo instalado, sin definirse una caja que recoja los lodos
9	Sistema Hidroflow	90% del equipo está en obra, pero por seguridad se consignó que sería instalado a finales de ese mes
10	Tubería y válvulas	100% instalados
11	Sistema eléctrico sin automatización	50 % del equipo se encuentra en obra, pero sin instalar, ya que falta ejecutar el montaje del componente eléctrico
12	Banda transportadora	100% instalado
13	Caja estacionaria	100% instalado
14	Subestación 400KVA	40% de los equipos en obra, pero sin instalar
15	Difusores	100% instalado
16	Soplador de Lóbulos 55KM	90% de avance, falta la aprobación de los planos de la tubería que conduce de los sopladores al tanque de aireación
17	Soplador para control de olores	90% el equipo fue robado, por lo que se debe hacer reposición
18	Quemador y válvula reguladora	100% instalado
19	Bombas sumergibles	100% instalado
20	Secador centrífugo	100% instalado
21	Bombas de Lodos	100% instalado
22	Automatización	50% del equipo se encuentra en obra, pero sin instalar, ya que falta ejecutar el montaje del componente eléctrico
23	Rejilla de filtración auto limpiante	100% instalado

66. En ese mismo documento, se puso de presente que la ruta crítica del proyecto se encontraba en la instalación del componente eléctrico, afectado por la falta de autorización de la Empresa de Energía de Boyacá (EBSA), y en el requerimiento de recursos adicionales para mayores actividades. También se indicó que en reunión sostenida con la empresa prestadora de energía se logró la solución del permiso eléctrico mediante la *construcción de una caseta* para la instalación de la subestación dentro del módulo II de la PTAR; para el efecto, el Municipio se comprometió a adicionar los recursos requeridos para ello.

67. En oficio No. 20122330126411⁵² del 29 de mayo de 2012, FONADE indicó al Municipio que no había dado cumplimiento a las recomendaciones para garantizar los compromisos de mejora institucional y liquidación de los acuerdos celebrados para su ejecución, en este caso, el contrato derivado. Como circunstancias que llevaron a la no consecución de este último, señaló las siguientes: corrección del

⁵² Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 152 a 159



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

componente eléctrico y pendientes advertidos por la interventoría respecto del puente barre lodos, soplador de lóbulos de 55 kw, soplador de control de olores y espesador de lodos, así como la realización de las pruebas a la tubería instalada.

68. En el informe final y sus anexos, rendido por FONADE el 22 de mayo de 2014⁵³, el Fondo precisó la ejecución anual y consolidada del convenio y, en punto a su estado de avance final, concluyó que (i) la entidad territorial *“realizó en su totalidad la instalación de los equipos suministrados con los recursos de la Nación”*; (ii) a la terminación del convenio llegó a un avance de ejecución del 89,9%, según informe de interventoría, (iii) el 30 de septiembre de 2013, la comisión de verificación constató que el contratista *“suministró todos los equipos de la PTAR, sin embargo, no habían sido instalados por cuanto se estaba a la espera que concluyeran la ejecución de las obras a cargo [del demandado]. Asimismo, se pudo establecer que era necesario adicionar al contrato de suministro una suma aproximada a los \$250.000.000 teniendo en cuenta que se presentó un desbalance económico a favor del contratista. Al respecto, el Alcalde del municipio manifestó que dicho municipio estaba dispuesto a adicionar los recursos necesarios. Por otra parte, el contratista manifestó que una vez adicionados los recursos, realizará la instalación de los equipos suministrados”*, y (iv) al 15 de abril de 2014, la entidad territorial no había puesto en marcha los equipos suministrados e instalados, ni liquidado el contrato derivado.

69. En oficio 1.9-4-8-987 del 22 de abril de 2016⁵⁴, el interventor del contrato derivado entregó al Municipio el módulo I de la PTAR, con el señalamiento de que, para evitar su hurto, el consorcio Aguacol desmontó los equipos de automatización, 2 sopladores de olores (por robo previo) y moto reductores rejilla autolimpiante y moto reductor banda, sin que para ese momento el contratista hubiera ubicado de nuevo esos ítems. También aseguró que Aguacol no atendió las recomendaciones de arreglo de los puentes barredores de lodos, de las cabinas de insonorización de los sopladores, tuberías de gases al quemador, cableado eléctrico y de automatización.

70. Luego, en oficio 1.9.681 del 23 de marzo de 2017⁵⁵, el Secretario de Desarrollo del Municipio, en cumplimiento del requerimiento que le hizo el *a quo*, hizo constar que en virtud del inventario del módulo I de la PTAR, elaborado junto con Proactiva Aguas de Tunja E.S.P.⁵⁶, el avance porcentual del convenio correspondió a un 90%. Asimismo, certificó que en reconocimiento de la aludida cifra estaba a la espera *“... del presupuesto requerido para la reactivación de este módulo para cuyo efecto la Administración Municipal ha proyectado la destinación de cerca de 1.200.000.000 inicialmente”*.

71. El material probatorio evidencia que, para el 30 de septiembre de 2011, fecha en la que culminó el convenio, el objeto llegó a un avance del 90%, tal como lo

⁵³ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 217 a 222

⁵⁴ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 510 a 511.

⁵⁵ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 437 y ss.

⁵⁶ Empresa prestadora de los servicios de agua y alcantarillado de la entidad territorial.



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

certificó FONADE –interventor del acuerdo–, y lo ratificó el Municipio en el *sub-lite*. Este escenario convalida lo dicho por el apelante de que al vencimiento del plazo no se logró completar el 100% del módulo I de la PTAR, pero no por razones asociadas a la inobservancia del Municipio respecto de las recomendaciones que el Ministerio y FONADE le formularon pues, de un lado, su acatamiento no garantizaba un resultado inequívoco de cumplimiento y, de otro, no se demostró que la entidad territorial omitiera atender los llamados de las demandantes, como pasa a verse.

72. El artículo 167 del CGP⁵⁷ establece como carga⁵⁸ de los sujetos procesales la de conducir al juez a un estado de certidumbre sobre los hechos que profesan; para el actor en lo relacionado con sus súplicas y los supuestos que las cimientan, y para el demandado el sustento de sus excepciones o razones de defensa; de manera que la falta de insumos que acrediten la hipótesis formulada por una de las partes genera incertidumbre sobre la misma, sin que ello implique la confirmación automática de la tesis contraria⁵⁹, ya que la solución que la autoridad judicial adopte debe estar respaldada por medios demostrativos adecuados, y no basta la simple enunciación en juicio de los supuestos a los que se sujetó la controversia⁶⁰.

73. La Sala constata que los demandantes no probaron que el Municipio se abstuviera de acoger las recomendaciones que le formularon para el desarrollo del negocio jurídico, ni que ello hubiese constituido la causa por la cual no se culminó el proyecto, en tanto se limitaron a aportar comunicaciones enviadas antes de que feneciera su plazo⁶¹, sin dar a conocer la correlativa respuesta de la entidad territorial para precisar las circunstancias acontecidas; tal señalamiento, por sí solo, no soporta de manera fehaciente un reproche de incumplimiento, pues sería tanto como atribuir responsabilidad por la existencia de una misiva de la que directamente se predique un resultado, sin reparar en el tipo de obligación y si la conducta realmente es antijurídica.

74. Pese a que no se allegaron insumos que dieran respuesta a esas comunicaciones, sí obran varios documentos posteriores a la fecha de vencimiento del convenio que contrastan con el reproche del Ministerio y del Fondo, al poner de

⁵⁷ “ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”

⁵⁸ Definida como una situación que comporta “una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso” (sentencia C-086 de 2016 de la Corte Constitucional).

⁵⁹ Revista Estudios en Derecho de la Universidad de Antioquia, artículo “La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas”, consultar en: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/343413/20803527#toc>

⁶⁰ Sentencia C-086 de 2016 de la Corte Constitucional.

⁶¹ En el plenario obran las siguientes solicitudes y/o recomendaciones que el FONADE y la firma interventora dirigieron al Municipio, sin aportar prueba de la conducta que éste último desplegó de cara a las mismas. Dichos documentos son: (i) oficio EU-FON-888-2007-128 del 12 de marzo de 2010, en el que la interventoría del contrato derivado le pidió a la entidad territorial coordinar con el consorcio varios temas relacionados con el diseño técnico de los equipos (archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 205); (ii) escrito 2010023330065891 del 15 de marzo de 2010, a través del cual FONADE solicitó al Municipio informe sobre las especificaciones técnicas de los equipos, para cotejar con requerimientos del contrato y el estado de importación de los mismos (archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 133); (iii) oficio 20112330014001 del 19 de enero de 2011, mediante el cual FONADE requirió al Municipio para que diera celeridad al proceso de liquidación del contrato derivado, comoquiera que de abril a junio de ese año se realizaría el cierre del convenio (archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 138); y (iv) memorando 20112330168251 del 27 de julio de 2011, donde el Fondo solicitó al Municipio conminar al consorcio para que implementara nuevos frentes de trabajo que permitieran mejorar los rendimientos. Asimismo, le puso de presente que no había ejecutado en su totalidad las obras civiles necesarias para la instalación de los equipos, y que, aunque éstas no hacían parte del objeto contractual del proyecto, eran necesarias para tal efecto (archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 139).



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

manifiesto la conducta del ente territorial de cara a solicitudes ulteriores de los demandantes, de los que se infiere que el municipio actuó en la consecución de la finalidad perseguida y, además, subraya el marco colaborativo en que se concertó la unión de las tres entidades.

75. En efecto, (i) en oficio 20112330229951⁶² del 13 de octubre de 2011, FONADE pidió al Municipio gestionar lo pertinente ante el consorcio Aguacol, para que realizara las correcciones a los equipos instalados y las pruebas a la tubería; (ii) documento 2011-430-058814-2⁶³ del 9 de noviembre de 2011, en el que las demandantes comunicaron al ente territorial que no era posible reformular el proyecto, dado que fue financiado con recursos de préstamos del Banco Mundial BIRF-7281-CO y a la fecha ya había ocurrido su cierre. La reformulación pedida por el Municipio trató sobre la adición de \$623'000.000 al valor del convenio, por la necesidad de cubrir *actividades no previstas* en el componente eléctrico, de cara a su actualización conforme a la norma RETIE; y (iii) la respuesta del Municipio⁶⁴ al oficio 20122330126411⁶⁵, fechada el 16 de octubre de 2012, en la que manifestó que no era cierto que estuviese incumpliendo el convenio, toda vez que los permisos y licencias de construcción necesarios para el proyecto estaban vigentes, además, que el diseño eléctrico tuvo que someterse a una actualización de la norma técnica, y por razón de disponibilidad del servicio la EBSA cambió el punto de conexión para la media tensión del proyecto, lo que obligó a un nuevo trazado de la red –diseño presentado y aprobado, para ese momento, por la mencionada prestadora de servicios públicos–.

76. Como se anticipó párrafos atrás, los demandantes no probaron que el Municipio dejó de atender el compromiso de cumplir *“las recomendaciones y solicitudes que realice el MINISTERIO Y/O FONADE sobre el desarrollo del objeto del presente convenio”*, y menos la incidencia de esa supuesta omisión en las resultas del negocio jurídico bajo examen.

77. Aquí cobra realce la naturaleza de los convenios interadministrativos, en la medida que éstos, por sobre todo, enmarcan un cariz colaborativo que se centra en la sumatoria de esfuerzos en orden a la realización de un proyecto público. De allí que las entidades que participan ejecutan sus competencias conforme a las pautas estipuladas y, por tanto, están ligadas en una relación horizontal donde no hay una jerarquía de *contratante* en cabeza de una frente a las otras, sino reglas acordadas para la adecuada ejecución del proyecto. Lo anterior, hace eco en la materialidad de sus funciones y se proyecta en el mejor servicio que con tal unión se logre en beneficio común, aun si ello conduce a establecer roles técnicos de asesoría, autorizaciones, o reglas en el manejo de los recursos –lo que se justifica por su origen y destinación– pero que, en cualquier caso, no cambia la paridad que caracteriza este relacionamiento negocial, ni conduce a que la eventual desatención de las *“recomendaciones”* contenga *per se*, y en todos los casos, una connotación

⁶² Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 141

⁶³ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 151

⁶⁴ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 164 a 167

⁶⁵ Descrito en párrafos previos.



de estirpe obligacional, como aquel que es coercible o mandatorio al punto de generar una sanción.

78. Las pruebas evidencian que para atender las recomendaciones efectuadas, el Municipio planteó fórmulas de solución tales como la consecución de recursos para mitigar el efecto patrimonial de actividades no previstas en el componente eléctrico y de otras afectaciones anotadas, así que no ignoró ni desistió de su propósito de llevar a buen término el objeto pactado; por el contrario, adelantó gestiones para lograr la actualización de la normativa vigente, a la vez que adoptó medidas relacionadas con el cambio de punto de conexión que fue variado por la EBSA, y avanzó en los nuevos trazados y diseños que ello impuso. Aspecto que no desconoció el actor, pero sí catalogó como incumplimiento del Municipio.

79. Es necesario precisar que las dificultades, incorrecciones o incluso incumplimientos que hayan podido provenir del consorcio Aguacol –contrato que no es objeto de este examen– no se oponen o desdicen de las gestiones adelantadas por el Municipio para atender las recomendaciones del Ministerio de vivienda y FONADE; se trata de dos negocios jurídicos autónomos que si bien comparten lazos por la relación de origen, medios y fines que cada uno representa en línea de su ejecución, lleva a precisar que el incumplimiento de un contratista no equivale, sin más, al de la entidad contratante frente al convenio del que hace parte; por ende, no se puede construir a partir de allí un silogismo de responsabilidad que pueda entenderse directamente como un incumplimiento del Convenio.

80. De otra parte, no se demostró que el Municipio desatendiera definitivamente su compromiso de liquidar el contrato derivado, como se avizora del derrotero negocial que siguió aquel acuerdo y que se resume así: dicho negocio jurídico (el No. 226 de 2009) inició el 28 de septiembre de 2009⁶⁶, tuvo como fecha de terminación inicial el 27 de marzo de 2010 y se amplió hasta el 13 de abril de 2014⁶⁷. El valor inicial acordado fue de \$2.806'957.000 M/Cte, monto que finalmente ascendió a la suma de \$3.767'225.332⁶⁸ M/Cte.

81. Las referidas modificaciones negociales (aumento de plazo y de precio) se sustentaron⁶⁹, como atrás se indicó, en las actividades del componente eléctrico que estaban afectando la fase conclusiva del proyecto, al igual que las intensas lluvias que incidieron en la instalación de los equipos⁷⁰. Estas circunstancias intentaron ser mitigadas a través de dispositivos negociales de remediación pactados entre las partes, de los que no se advierte una censura de ilegalidad formulada en esta causa.

82. Como el objeto de reproche anida en la omisión del demandado de liquidar el contrato 226 de cara al marco temporal pactado en el convenio, hay que señalar

⁶⁶ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fl. 170.

⁶⁷ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fl. 476.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Según se lee de los pactos modificatorios allegados al proceso (no fueron aportados todos estos).

⁷⁰ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 302, 306, 309 y 311.



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

que el Municipio liquidó de forma unilateral dicho negocio jurídico mediante la Resolución 497 del 12 de diciembre de 2015⁷¹, precisando que el consorcio no ejecutó obra por el monto de \$609'202.750,91 y que, en virtud de lo pagado y las prestaciones efectivamente realizadas, se concretó un saldo a favor de la entidad territorial por la cifra de \$200'800.282,82. De manera que no se contravino una de las obligaciones adquiridas por el Municipio, concerniente a *“liquidar los contratos que suscriba en desarrollo del objeto de este convenio”*, pues en efecto lo hizo; así que, incluso de considerarse posterior al convenio, tal circunstancia carece de entidad para erigirse en un incumplimiento del que se puedan derivar las consecuencias pretendidas en la demanda.

83. La Sala debe recabar que el contrato derivado terminó el 13 de abril de 2014, de forma que al momento de expedirse la resolución de liquidación unilateral en diciembre de 2015, evidentemente asistía competencia temporal al Municipio para realizar tal finiquito, lo que constata que, material y jurídicamente, el ente territorial sí cumplió tal encargo. Además, para el momento en que se rindió el informe final del convenio 2071059 *sub examine*, el 22 de mayo de 2014, aún las partes podían liquidar de forma bilateral dicho convenio, considerando el término de 8 meses pactado para su liquidación⁷² y los dos años en que esta gestión podía adelantarse, teniendo en cuenta el término de caducidad del medio de control⁷³.

84. Entender que la obligación de *“liquidar los contratos que suscriba en desarrollo ... [del] convenio”* debía efectuarse dentro del plazo de este último, no incide ni es la causa determinante del resultado al que llegó el negocio jurídico, porque puede acontecer que sólo sea viable hacer esos balances con posterioridad a dicho término (si el acreedor lo acepta) y, en el marco de los convenios, en particular, se tiene que no toda desatención a los compromisos adquiridos conduce a la frustración del fin común que se persigue, ni implica de forma automática la configuración de un menoscabo en el patrimonio público que afecte el presupuesto de las otras entidades contrayentes.

85. No basta la constatación de una incorrección, es necesario que se acredite el daño que ésta produjo, a efectos de colegir la responsabilidad contra la parte que se aduce, elemento que no se demostró en el *sub examine* puesto que la obligación de hacer la liquidación de los contratos derivados, no repercutió en la falta de consecución del objetivo mancomunado que dio lugar este negocio jurídico.

86. Ciertamente, al examinar el progreso del convenio –de la mano con el contrato derivado que lo desarrolló– se observa que las circunstancias que afectaron el logro total de su cometido quedaron establecidas por el FONADE en escrito 2011-430-048194-2 del 20 de septiembre de 2011⁷⁴ –10 días antes del

⁷¹ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 484 y ss.

⁷² De conformidad con lo establecido en la cláusula *décima sexta* del Convenio, modificada con la segunda prórroga al convenio del 29 de diciembre de 2009. Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 124.

⁷³ El convenio terminó el 30 de septiembre de 2011. Los ocho meses pactados para liquidar corrieron del 1 de octubre de 2011 al 1 de junio de 2012. De manera que el término de caducidad, también habilitado para efectuar la liquidación bilateral, corrió del 2 de junio de 2012, al 2 de junio de 2014.

⁷⁴ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 142 a 148



vencimiento del convenio—. Allí destacó que el aspecto crítico que obstaculizó su terminación fue la instalación del componente eléctrico, teniendo que construirse una subestación no programada desde el inicio, para obtener la autorización de la instalación del suministro eléctrico en la planta.

87. La Sala halla mérito demostrativo en esta declaración y en las ya referidas que informan estas circunstancias, pues se aviene razonable que el impase en materia eléctrica no solo hubiese generado demoras en la culminación del objeto, también trascendió en la falta de realización de las pruebas hidráulicas de la tubería y en el desmonte de varios equipos instalados, a la espera de la puesta en marcha del sistema, constituyéndose en el punto nodal que incidió en no alcanzar el 100% del cometido previsto.

88. Como se advierte de la estructura obligacional pactada, todos los contrayentes articularon su participación en el ámbito de sus competencias a fin de llegar al fin perseguido pero, en ese trasegar, distintas variables confluyeron a la producción del resultado señalado sin que el mismo sea atribuible de forma exclusiva a alguno de los sujetos negociales; más bien, lo que se revela es una interacción conjunta de competencias entre las entidades unidas bajo el convenio que, además, genera inquietudes respecto a sus roles y el desenlace acontecido:

(i) Al Municipio le correspondía realizar la contratación derivada con base en los pliegos de condiciones suministrados por el Ministerio para tal fin. No se acreditó si éste incluyó una norma RETIE desactualizada que tuvo que ajustarse en el desarrollo del negocio, o si la revisión del componente devino por el cambio normativo acontecido en el interregno en que se adelantó el convenio.

(ii) El Ministerio, en su calidad de supervisor, no reparó en el retraso de la ejecución del componente eléctrico, ni hizo uso de la potestad con que contaba para suspender los desembolsos de los aportes hasta tanto el Municipio subsanara los aducidos incumplimientos que, en su parecer, estaban ocurriendo.

(iii) FONADE autorizó los desembolsos del 90% de los aportes para el pago del contrato derivado, lo que constata que al hacer las labores de verificación de la interventoría los pagos correspondían al real avance del negocio. A esta entidad, se itera, incumbía la contratación de la interventoría para los negocios jurídicos derivados del convenio y su seguimiento.

(iv) El Municipio debía contar con la totalidad de permisos requeridos previo al inicio del contrato derivado, pero se desconoce si en curso de éste faltó alguno de ellos en la medida que la EBSA solicitó la construcción de una subestación en una ubicación distinta, para otorgar el permiso de suministro eléctrico de la PTAR.

89. Así las cosas, bajo la óptica con la que debe examinarse el cumplimiento de los convenios interadministrativos, se evidencia que el cúmulo de los aportes de los contrayentes conduciría, como una obligación de medio, al éxito del fin que los vinculó. Al advertirse que todos los sujetos tenían a su cargo actividades necesarias para la consecución de ese fin común, y las incorrecciones provinieron de la sumatoria de responsabilidades de cada entidad, en especial aquellos de tipo



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

administrativo y técnico, es claro que todas las partes deben asumir las resultas de su proyecto compartido, sea o no exitoso.

90. Por ende, no hay lugar a reprochar el incumplimiento de las obligaciones de que trata la cláusula tercera a cargo del Municipio demandado. Las vicisitudes inherentes a los múltiples riesgos se distribuyen entre los suscribientes y se establecen reglas para su asunción y administración de cara a la naturaleza de este tipo de negocio jurídico; por consiguiente, no se declarará la prosperidad del reproche ni, por ende, de la pretensión basada en la inobservancia de los compromisos vertidos en la cláusula tercera del convenio.

(ii) Cargo contra la decisión del *a quo* de declarar abusiva la cláusula segunda de la prórroga No. 4

91. En la apelación, el Ministerio sostiene que las demandantes no actuaron con abuso o desviación de poder al estipular la cláusula segunda de la prórroga 4. Indica que tratándose de convenios interadministrativos las entidades operan en un marco de igualdad y bajo esta regla buscaron garantizar la funcionalidad del proyecto y la utilización de los recursos para culminar la PTAR. Al ser un pacto legítimo, insisten en la devolución de los recursos aportados por el Ministerio ante el incumplimiento del Municipio de la obligación contenida en la cláusula segunda de la prórroga 4, en la que éste se obligó a *“la consecución y ejecución de los recursos necesarios para la instalación de los equipos durante el transcurso de la misma, de manera tal que se garantice la funcionalidad del proyecto, so pena de hacer efectivo el reintegro de la totalidad de los recursos asignados por EL MINISTERIO en calidad de apoyo financiero para la ejecución del proyecto...”*. Como no se materializó dicha funcionalidad, ya que no se culminó el proyecto, pide dar paso a la consecuencia pactada.

92. Previo al examen sobre la procedencia de la devolución de los recursos aportados por el Ministerio, la Sala debe pronunciarse sobre la decisión del Tribunal de declarar la nulidad absoluta de la cláusula segunda de la prórroga 4 bajo la causal de abuso de poder, a la que arribó al considerar que hubo aprovechamiento de la posición de dominio de las demandantes frente al Municipio y desconocimiento de los principios de equidad, lealtad y proporcionalidad y, bajo estas consideraciones le asignó a dicho pacto la calificación de *cláusula abusiva*. Lo anterior, conduce a estudiar, delanteramente, la génesis y caracterización de esta figura con el propósito de colegir si el desenlace otorgado en la decisión de primer grado es conforme con su noción y tratamiento.

Teoría de las cláusulas abusivas

93. La relevancia que ostentan las relaciones sociales en la génesis y el desarrollo de la ciencia del derecho, permite explicar la evolución que ha tenido el valor de la justicia y las diversas formas en que esta aspiración –de lo justo– se ha revelado. Así acontece con las denominadas cláusulas abusivas, concepto que desde sus orígenes alude a una desproporción negocial que una parte impone a otra, sin considerar el interés que asiste a esta última en el acuerdo, ni la eventual vulneración o mengua injustificada que puede proyectar en sus derechos.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

94. Se tiene huella de que este fenómeno fue objeto de censura a través de expresiones literarias que revelaban comportamientos proclives a esta clase de distorsiones. Tales narraciones ilustraban el lado opuesto de una conducta recta, en aquellas situaciones en que se llegaba a un acuerdo con una parte más fuerte en el negocio y el abuso que tal predominio podía derivar. Así fue descrito en importantes fábulas⁷⁵ que de manera didáctica lo revelaron.

95. Luego, la necesidad de definir los contornos del concepto de lo justo se vio enfrentada a la complejidad de determinar si el ejercicio de un derecho propio podría, a su vez, producir un menoscabo a otro sujeto. El derecho romano concibió el principio “*qui iure suo utitur neminem laedit*”, que suele traducirse como “*quien hace lo que tiene derecho a hacer, no daña a nadie*”⁷⁶; posteriormente, estableció la proscripción de usar un derecho para afectar a otro a través de la figura “*ad aemulationem*”, conocida en el derecho medieval como una medida que castigaba a los propietarios que, al ejercitar sus derechos, perjudicaban intencionadamente a alguien, con poca o ninguna utilidad propia⁷⁷.

96. Sobre la teoría de las *cláusulas abusivas*, la Sala constata que respecto de su origen no existe uniformidad, pero la doctrina ha esbozado varios asertos en torno a su fuente⁷⁸. Como primer antecedente se reconoce el pensamiento liberal, criterio rector del derecho privado, en el que la racionalidad e individualidad de cada sujeto dirige la identificación plena de sus necesidades (libertad de contratar y autonomía de la voluntad), de allí que el mercado obre como escenario para crear riqueza y transferir los factores económicos y, a su vez, hace del contrato el puente de su efectiva realización, con el alcance que definieran los sujetos.

97. El reconocimiento de la autonomía negocial vino seguido de una transformación económica, que de un proceso de producción artesanal a pequeña escala dio el paso hacia una manufactura en serie que derivó en la revolución industrial, trayendo consigo la necesidad de contratar en masa dado el significativo aumento en la producción de bienes y su demanda en el mercado. Tal cambio condujo a los empresarios a crear instrumentos estándar para adelantar sus

⁷⁵ La fábula “*Las partes del león*” sustenta la denominación de las llamadas *cláusulas leoninas*, de Esopo (S. VI a.C.), en la que se reconoce la desproporción que se puede derivar de las relaciones donde una parte abusa de su posición frente a las otras. Allí se narra como el león, luego de invitar a cazar a un asno y a una zorra, y de que cada cual desarrollara su tarea, mató al asno y, enseguida, le indicó a la zorra que las tres partes en que se dividió el botín serían: la primera para él, por ser el rey de la selva, la segunda para él, por corresponderle esa parte en virtud de la tarea emprendida y, la tercera también, si la zorra no quería que le ocurriera lo mismo que al asno. De lo cual se desprende la moraleja relacionada con la posición que puede adoptar el más fuerte en un acuerdo y el riesgo que de ello se desprende.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de diciembre de 2022, Rad. 11001310301120110009001, M. P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁷⁷ Consultar en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4982/4656>.

Sobre este aspecto, la doctrina manifiesta: “*No es romana -clásica- la previsión de los llamados actos ad aemulationem, esto es, aquellos que realiza el propietario, no con miras a una propia utilidad, sino con la sola intención de perjudicar al vecino -animo nocendi-. El principio de tolerancia de tales actos es claramente afirmado por los clásicos: qui iure utitur nemine laedit. Ahora bien, una cosa es que el propietario puede usar libremente de lo que es suyo y otra quien va a la esfera de libertad del vecino ... Hay en Roma una especie de opinión pública vigilante, en virtud de la cual nadie puede usar de los propios derechos sin sufrir una inspección y un juicio. Porque los derechos privados atienden directamente al bien del individuo, pero interesan, en última instancia, al bien común*”. RENGIFO GARCÍA, Ernesto, “*Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*”, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá, 2004, pág. 39.

⁷⁸ Posada Torres, C. 2015, “*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano*”, Revista de derecho Privado. 29 (dic. 2015). DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07> y RODRÍGUEZ YONG, Camilo “*Una aproximación a las cláusulas abusivas*”. Editorial Universidad del Rosario, Segunda Edición, Bogotá, 2024.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

operaciones sobre los bienes y servicios ofrecidos (originando los contratos de adhesión), a fin de hacer más ágiles las relaciones mercantiles.

98. Ese ánimo de estandarización llevó a que una sola de las partes (empresario o industrial) impusiera las condiciones del acto comercial a las personas que requirieran sus bienes o servicios. Panorama en que aquel se valió de su conocimiento y posición para incluir condiciones que lo beneficiaban aun en desmedro de sus clientes, incluyendo, entre otras estipulaciones, la limitación o exclusión de su responsabilidad y la llamada omisión de calidad de las cosas vendidas.

99. Allí se reconoció como problemático el escenario de la contratación masiva, proclive al aprovechamiento de la posición de una parte para consolidar desventajas excesivas frente a la otra, quien se encontraba en un estatus de debilidad por no contar con capacidad de negociación, o por vulnerar la confianza que esta última depositó en los fines del negocio jurídico. En todo caso, el reconocimiento de ese ámbito de desproporción no estaba reducido a contratos estandarizados a gran escala, pues también pudo estar presente en acuerdos producto de negociaciones individuales, según las circunstancias especiales de cada evento. Todo lo cual tuvo como plataforma de análisis al instituto del abuso del derecho.

100. Así, ante el quebrantamiento de la equivalencia de las posiciones de los sujetos al negociar, se concibieron teorías que restaban el carácter absoluto a los derechos subjetivos, como el de la libertad contractual, en tanto éstos operan bajo dos restricciones: una externa, definida por la caracterización objetiva del derecho, y una interna que prescribe que las atribuciones individuales no pueden vulnerar los principios generales ni el espíritu⁷⁹ que motivó su asignación.

101. En efecto, bajo el Código de Napoleón imperaba el formalismo⁸⁰ y el absolutismo de los derechos, lo que significaba que *“sí yo soy un titular de un derecho es contradictorio pensar que con su ejercicio esté violando o infringiendo el derecho”*⁸¹; por vía de interpretación de la Corte Francesa se pasó a un entendimiento funcional de las finalidades que cimientan las reglas⁸², fundamentado, en parte, en la teoría del profesor Josserand llamada *“De l’espit des droits et de leur relativité. Théorie dite l’abus des droits”* según la cual, *“cada derecho tiene su espíritu, su objetivo y finalidad, quienquiera que pretenda desviarlo de su*

⁷⁹ La noción de espíritu ha sido desarrollada como el propósito o finalidad de la institución, de modo que el titular del derecho no puede usarlo de forma excesiva, inoportuna, o innecesaria, esto es, fuera de su finalidad, sin que resulte necesario valorar una intencionalidad ilegítima o ajena al ordenamiento, basta con que la utilización del derecho sobrepase las razones para las que fue concebido o altere el eje de protección de los demás individuos (resguardados en sus derechos individuales y en los principios del derecho) (SUESCUN MELO, Jorge *“Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”*, Tomo II. Editorial Legis, 2005, pág. 241).

⁸⁰ *“... concepción según la cual la ley (el Código) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles ... sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez”* (ATIENZA, Manuel, *“Ilícitos atípicos”*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 34).

⁸¹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *“Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante”*, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá, 2004, pág. 45.

⁸² De ahí que, doctrinantes como ATIENZA M., Y RUIZ MANERO, J., hayan señalado que la cuna de la teoría de las cláusulas abusivas es de origen francés, y fue desarrollada por Josserand *“como una reacción al individualismo extremo imperante hacia fines del siglo XIX.”* Tomado de CUENCA MENESES Hermes, en *“EL ABUSO DEL DERECHO EN EL EJERCICIO DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES”*. Universidad Externado de Colombia, pág. 9. Consultado en el enlace: <https://bdigital.uxternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/e1554339-798d-410a-9780-c0f894f72430/content>



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

misión social comete culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con ese motivo su responsabilidad”⁸³.

102. Con todo, el derecho clásico había establecido institutos para proteger la autonomía y la libertad de contratar a través de la consagración de los *vicios de consentimiento* –que ocurren por error, fuerza o dolo en la declaración de voluntad– y de la *lesión enorme* –que opera bajo un criterio objetivo, en ciertos contratos, a través de la constatación aritmética de la diferencia descomunal entre el valor pagado y el justo precio⁸⁴–. Las reflexiones sobre los defectos que podían afectar la voluntad indicaron que aquellos mecanismos resultaban insuficientes ante el surgimiento de distintos escenarios en el marco convencional que merecían protección; por esta razón, con posterioridad, los juristas franceses examinaron la posibilidad de incluir una *lesión en sentido subjetivo*⁸⁵, para sancionar la desproporción derivada del aprovechamiento de una posición de parte frente a otra, es decir, aquella inequidad producida en situaciones ajenas a la violencia donde un contratante obtiene un beneficio injustificado en desmedro del otro, por cuenta del estatus que ostenta en la relación negocial; esta propuesta fue presentada como proyecto de reforma al Código Civil francés⁸⁶.

103. Un sector de la doctrina española construyó una definición de la figura del abuso del derecho derivado de las relaciones negociales, basado en el desarrollo de la jurisprudencia y de las críticas surgidas frente a algunos de sus elementos⁸⁷. De aquellas reflexiones surgió el diseño de una *ecuación*⁸⁸ de cuyas variables se pretendió establecer las premisas de su configuración.

⁸³ Aunque la misma fue criticada por renombrados doctrinantes como PLANIOL quien aseveró que esa tesis es contradictoria, pues el ejercicio de derechos implica que de éstos sólo se puedan generar actos lícitos, de modo que lo ilícito ocurre cuando

se actúa sin derecho. Mientras que los hermanos MAZEUD consideraron que el abuso del derecho no constituye una fuente de obligaciones distinta a la culpa, en esa medida definen al abuso como la culpa cometida en el ejercicio del derecho. (Al respecto, ver: RENGIFO GARCÍA, Ernesto, ib. págs. 47 y 48)

⁸⁴ Esta figura se remonta al derecho romano y fue recogida en el Código Civil Francés. “*El Codex de Justiniano, lex secunda, título 44, libro 4, concedió acción sólo al vendedor para rescindir la venta si hubiese sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, que valía la cosa vendida; en la ley octava, título XLIV, Libro IV, señala: “Neque bonam fidem pati, neque ullam rationem concedere, rescindi consensu finitum contractum; nisi minus dimidia justı pretil, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione jam emptori praestita servanda”* (Ni la buena fe permite, ni razón alguna concede, que se rescinda un contrato concluido por el consentimiento; salvo que se haya dado menos de la mitad justo precio al tiempo de la venta, y deba reservarse al comprador la elección ya otorgada) (Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil, Parte tercera, v. III, Los principales contratos, trad. de Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1974*)”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de julio de 2018, SC2485-2018.

⁸⁵ CÁRDENAS, Juan Pablo, “*Justicia y abuso contractual*”, en “*Los Contratos en el Derecho Privado*”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pág. 694.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Como lo son, las conductas valorativas que se asignan al término abusivo, enmarcado en la inmoralidad o antisocialidad del daño y las condiciones de aplicación de la calificación de abusividad.

⁸⁸ “*La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si y solo si:*

1. Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un derecho subjetivo.

2. Como consecuencia de A, otro y otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D.

3. D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1 Que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio discernible.

3.2 Que D es un daño excesivo o anormal.

El carácter injustificado determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1. y que surja una regla que establece que en las circunstancias X’ (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o la acción A está prohibida”. En, ATIENZA, Manuel, “*Ilícitos atípicos*”, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 57.



104. El referente de tal proposición fue el caso del “Consortio de la Zona Franca de Barcelona” (sentencia del Tribunal Superior del 14 de febrero de 1944), cuyo pronunciamiento tuvo origen en el conflicto que generó el derecho conferido al consorcio de extraer arena del litoral de Barcelona. En inmediaciones de la playa se ubicaba una central eléctrica, y al extraer la arena desaparecieron las defensas naturales que protegían a aquella del desbordamiento del mar y de un río aledaño, por lo que la empresa eléctrica solicitó la indemnización por los daños que le fueron ocasionados por la extracción permitida al consorcio; el Tribunal accedió por considerar que hubo un abuso del derecho. De ahí que la doctrina, a fin de ilustrar la consolidación de dicha figura, aplicó la *ecuación* definitoria de dicho instituto, concluyendo, en síntesis, lo siguiente⁸⁹:

- (i) el consorcio podía extraer la arena del litoral, por la concesión otorgada;
- (ii) la extracción de arenas privó a la central eléctrica de las defensas que tenía frente a eventos naturales y no existía una regla que prohibiera eliminar tales defensas;
- (iii) la central eléctrica sufrió un daño excesivo o anormal;
- (iv) ese daño dio paso a una nueva regla, según la cual, en circunstancias como las narradas, la permisión de extraer arenas se restringe cuando implique la pérdida de las defensas naturales de un tercero ubicado en el área de la concesión otorgada.

105. En una línea de distinción fina pero certera, se ratificó la legitimidad del derecho, pero se sancionó su *abuso*. De manera que las acciones ubicadas dentro de la categoría que confiere el derecho son permitidas, pero el análisis de las especiales circunstancias que lo rodean puede denotar un escenario de divergencia entre el derecho que permitió la conducta y su ejercicio; por lo que esta figura se presenta como un mecanismo correctivo de daños.

106. En el contexto nacional, la Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones de fines del siglo XIX, reseñó:

*“el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social”*⁹⁰.

107. A partir de 1936, y de manera uniforme, la jurisprudencia señaló que el abuso de los derechos no se presenta solo con *animus nocendi* o motivación subjetiva de dañar a alguien sino, además, cuando su ejercicio no corresponda a la normalidad para la cual fue conferido, o riña con el interés público o con el bien social, mediante el exceso o desvío de su fin estricto y efectivo, pues el abuso *“sí lesiona, sí perjudica, [y] sí daña”*⁹¹.

108. En sentencia del 27 de mayo de 1943, ese alto tribunal señaló que el abuso tiene como presupuesto la existencia de un derecho subjetivo, de modo que el sujeto actúa en el marco normativo que lo reconoce como titular, pero al ejercerlo

⁸⁹ Ibidem, pág. 58.

⁹⁰ Pronunciamiento de 1899, citado en sentencia de 19 de mayo de 1941 y transcrito por dicha Corporación, Sala de Casación Civil, en sentencia del 13 de diciembre de 2022, radicación 11001-31-03-011-2011-00090-01, SC3957-2022.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, providencia del 7 marzo de 1944, G. J. t. LVII.



excede o desvía la finalidad que le es propia, ya sea en perspectiva económica o social⁹².

109. En el contexto más reciente, e imbuido de las garantías de estirpe constitucional afianzadas en la Carta Política de 1991, la teoría del abuso del derecho y, en particular, de aquel que se proyecta en las cláusulas abusivas, ha cobrado relevancia, y para definir sus cimientos se ha acudido a los preceptos del art. 13 superior que consagra el deber estatal de proteger especialmente a las personas que se encuentren en condiciones de debilidad en razón a su situación económica, física o mental para sancionar “*los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*”, y del art. 95 ib. que al referirse a los deberes de toda persona y ciudadano, estatuyó el de “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”.

110. Aunque los desarrollos de la teoría del abuso del derecho han sido mayormente analizados en el terreno extracontractual –fundamentado en la responsabilidad aquiliana–, habrá de indicarse que, al corresponder a un principio general, es una figura que irradia el sistema jurídico, de manera que puede presentarse en todos aquellos casos en los que un sujeto implante o ejercite de forma abusiva sus derechos frente a otro y genere un daño; universalidad que también toca con el ámbito contractual en el que, entre otros eventos, tienen asiento las denominadas cláusulas abusivas.

111. Bajo esta plataforma, la doctrina, la jurisprudencia y el mismo legislador, han buscado perfilar primeramente lo que constituye el abuso en las relaciones negociales, acudiendo de forma principal a principios como: la prohibición del abuso de la posición dominante, la buena fe y la autonomía negocial.

112. El primero de ellos ha sido asimilado a la proscripción del abuso del derecho, y persigue frenar el uso indebido de una prerrogativa o derecho subjetivo para causar daño. La *posición dominante* consiste en la preeminencia que ostenta un sujeto sobre otro, y su *abuso* estriba en el aprovechamiento de ese rol negocial para imponer al cocontratante unas condiciones desmedidas, o generar a su favor ventajas injustificadas que en otras circunstancias no conseguiría.

113. El segundo, la buena fe, también corresponde a un mandato que se proyecta a todas las instituciones del derecho. Su examen se desarrolla en perspectiva objetiva, no subjetiva⁹³ mediante la comprobación de una conducta basada en los postulados de honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia y responsabilidad. En el *iter* contractual, su concreción se traduce en honrar las obligaciones adquiridas mediante un proceder leal y recto, desprovisto de engaño o de cambios inesperados que contradigan no sólo aquello a lo que expresamente se han comprometido las partes sino todas las cosas que emanan de la naturaleza del pacto o que por ley pertenecen; además, cabe destacar, un comportamiento bajo

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de mayo de 1943- Gaceta Judicial. Tomo 55. Página 315-320. Magistrado Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza.

⁹³ Referida a la convicción del sujeto de actuar de conformidad con el ordenamiento. Es un estado de convencimiento individual, sustentado en “*la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico*” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Bogotá, 1 de diciembre de 1938).



su amparo se opone al aprovechamiento de la debilidad de otro, y a las reclamaciones originadas en la negligencia o el descuido propios⁹⁴.

114. En contraposición, la mala fe conlleva al abuso de la posición negocial, pues el hecho de que uno de los contrayentes actúe de forma ajena a la experticia que se le atribuye, conduce a evidenciar el perjuicio injustificado que aquella proyecta en la situación de su par en el negocio.

115. Si bien su examen corresponde a un ejercicio eminentemente casuístico, es de resaltar que bajo este parámetro, la parte que redacta el acuerdo debe guiar su labor en el beneficio mutuo y bajo una óptica integral respecto del pacto alcanzado, es decir, no sólo en observancia de su propio y exclusivo interés, sino en consideración al de las demás partes, al conocimiento técnico que rodea el asunto y honrando las motivaciones que dieron lugar al ligamen de sus voluntades en procura de un beneficio concurrente.

116. Finalmente, el principio de la autonomía de la voluntad –pilar de la doctrina civilista francesa y del estado liberal⁹⁵– reconoce a los sujetos la facultad de disponer de sus intereses con efectos vinculantes, mediante la decisión de celebrar o no contratos, de escoger con quien se vincula para el efecto, y del contenido obligacional al que se atan, siendo el límite de tal manifestación el imperio de la ley, es decir, el ámbito de lo lícito. De suerte que, en el marco de esta premisa, la autonomía de la voluntad puede ser desplegada en el más amplio horizonte, con la fluidez y alcance que definan los sujetos, según sea su voluntad.

117. Bajo este prisma es posible diferenciar dos conceptos disímiles, no excluyentes, relacionados con la calificación que puede tener una cláusula: el de ilegalidad y el de abuso del derecho. El punto central de su distinción estriba en que el primero habla de la existencia de un vicio de origen que está arraigado en su propia concepción; el segundo tiene reconocimiento en la existencia de un derecho subjetivo cuya validez no se cuestiona, siendo objeto de censura el abuso de ese derecho que desemboca en una asimetría prestacional del negocio jurídico celebrado, generando una desventaja injustificada a la parte débil de la negociación.

118. Contribuye a este análisis indagar sobre ambas nociones. La ilegalidad está constituida por aquello que va en contravía de lo dispuesto imperativamente por la ley para determinado negocio, sea porque no atiende los requerimientos establecidos para que pueda nacer a la vida jurídica, o porque contraviene el orden público. Lo abusivo revela el ejercicio de una facultad permitida, cuyo despliegue (en este caso proveniente de una posición dominante) deriva en la estipulación de un contenido negocial generador de un menoscabo en el estatus jurídico del otro.

119. Al lado de las anteriores nociones también incursiona el concepto de fraude a la ley, que se explica bajo la expresión acuñada en el derecho romano, conforme

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de agosto de 2007, radicación 08001-31-03-004-2000-00254-01.

⁹⁵ No es un axioma absoluto, pues encuentra su límite en el orden público, el interés general y el respeto a los derechos fundamentales.



al cual incurre en éste quien *“respetando las palabras de la ley, elude su sentido”*⁹⁶; es decir, cuando se invoca una norma, pero se usa para un fin que le es ajeno. El aparente paralelismo entre el abuso y el fraude del derecho se desata a partir de su naturaleza jurídica, pues el abuso se refiere *“a acciones que constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo, mientras que el fraude es relativo a acciones que suponen casos de uso de un poder normativo (de una regla que confiere poder)”*⁹⁷.

120. En estos términos, el derecho subjetivo es un título que fundamenta la posición del sujeto por medio de derechos estrictos, libertades e inmunidades, mientras que el poder normativo proviene de reglas constitutivas que otorgan atribuciones a los sujetos bajo ciertas circunstancias, con el elemento principal de que ese poder no se otorga en blanco, pues su alcance está regulado por el ordenamiento como obligatorio. Al ser disímiles estas figuras, ello conduce a que una actividad pueda ser categorizada como abusiva y fraudulenta al mismo tiempo lo que explica que también podrá ser abusiva sin ser fraudulenta, por cuanto esta última característica solo se consolida con la indebida aplicación o interpretación de una norma que confiere un poder.

121. De lo que se viene diciendo se colige, que el ordenamiento jurídico no reprocha la existencia de derechos a favor de un sujeto, lo que reprueba es que los beneficios de los que goza sean utilizados al margen del propósito para el cual fueron otorgados y, de esta forma, se rompa o defraude la comunidad de intereses que debe vincular a las partes en un pacto negocial.

122. La doctrina especializada explica que dichas cláusulas corresponden a estipulaciones que atentan contra la buena fe, en detrimento del adherente o consumidor al generar un desbalance significativo de las obligaciones o cargas que éste asume, o de las ventajas o prerrogativas excesivas a favor de la otra parte; advierte que tal fenómeno puede ocurrir respecto de condiciones impuestas de forma general, o en contratos de contenido particular en donde no acontece la negociación individual de sus preceptos⁹⁸. También se han entendido como aquellas disposiciones fuente *“de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”*⁹⁹.

123. La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado la teoría de las cláusulas abusivas mediante la indicación de sus características: *“a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesione los requerimientos emergentes de la buena fe negocial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad–; y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”*¹⁰⁰.

⁹⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *“Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante”*, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá, 2004, pág. 67.

⁹⁷ ATIENZA, Manuel, *“Ilícitos atípicos”*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 86 y 87.

⁹⁸ RODRIGUEZ YONG, Camilo *“Una aproximación a las cláusulas abusivas”*. Editorial Universidad del Rosario, Segunda Edición, Bogotá, 2024.

⁹⁹ CÁRDENAS, Juan Pablo, *“Justicia y abuso contractual”*, en *“Los Contratos en el Derecho Privado”*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pág. 700.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de febrero de 2001. Exp. 5670, MP. Carlos Ignacio Jaramillo.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

124. El ordenamiento jurídico colombiano en el campo del derecho privado y las relaciones de consumo, ha incursionado con mayor concreción en la materia, en la medida que incorpora normas que prevén un tratamiento especial frente a las cláusulas abusivas¹⁰¹, por lo que la normativa general contenida en los Códigos Civil y de Comercio es aplicada solo de forma supletiva. En este último escenario las medidas de corrección anidan en los postulados de protección general establecidos en el derecho común que, a título ilustrativo, son: (i) el art. 1535 ib. que establece que una condición potestativa no puede quedar a la mera voluntad de la persona que se obliga; (ii) el art. 1865 ib., que determina que tratándose de la venta el precio no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes; y (iii) se ha acudido a las reglas que prevén que la interpretación de las cláusulas ambiguas debe hacerse a favor del deudor, según dispone el art. 1624 del C.C.

125. Lo expuesto no agota los eventos en que se puede considerar una cláusula abusiva, puesto que no se trata de enlistar una serie de requisitos para considerar la existencia de una de ellas, sino de identificar cuándo una previsión negocial puede ser catalogada como tal, se itera, por tratarse del desarrollo de un principio general del derecho. De modo que lo esencial en la consolidación de la teoría que se analiza, es la comprobación de la existencia del *abuso*, cuyo examen en el panorama contractual impone analizar las particularidades del negocio específico tomando en consideración que la cláusula que se revisa hace parte de un todo en el contrato y, en esa medida, puede haber razones que justifican la presencia de dicho pacto, y por tanto eliminan la posibilidad de considerarla constitutiva de abuso¹⁰².

126. En este marco, la respuesta del derecho ante la falta de suficiencia de las previsiones tradicionales de cara a las advertencias del mundo negocial, conllevan a un control de la equidad negocial, donde *“la sacralidad del contrato ... ha de ceder ante la exigencia de justicia contractual”*¹⁰³, mediante la integración del contenido obligacional con los deberes de corrección y lealtad, paralelos al clásico imperio de la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la conservación del negocio jurídico y el propósito que las partes vertieron en él.

¹⁰¹ Así: (i) el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, determina que si se estipula alguna de las disposiciones de que trata su art. 43, éstas serán ineficaces de pleno derecho; (ii) la Ley 142 de 1994, al regular el régimen de los servicios públicos domiciliarios determina la intervención del Estado frente a los prestadores, para evitar que éstos utilicen de forma abusiva su posición dominante respecto de los usuarios, con la correlativa prohibición frente a aquellos de usar prácticas abusivas de su posición cualquiera que sea la otra parte contratante y, a su vez, reguló un listado de estipulaciones que se presumen este tipo de conductas en el contrato de servicios públicos (art. 133); y (iii) la Ley 1328 de 2009, que versa sobre la protección a los consumidores financieros, en su art. 11, enuncia unas cláusulas que son consideradas abusivas, cuyo pacto acarrea no tenerlas por escritas o desprovistas de efectos frente al consumidor.

¹⁰² Una mirada a otros regímenes legales, aunque sucinta, resulta ilustrativa para analizar el tratamiento asignado a las cláusulas abusivas. En Alemania se estableció un control al abuso de la posición de dominio, por medio de la verificación de tres criterios: (i) la comprobación de si las cláusulas pactadas se apartan de la esencia de la reglamentación; (ii) la interpretación de las reglas negociales de forma restringida si difieren de normas supletivas; y, (iii) el control particular frente al contenido de las cláusulas, para el cual los jueces han acudido a examinar si, al redactar el acuerdo, el interés de ambas partes fue tenido en cuenta y, si *“en consideración del conjunto de condiciones del contrato, ella [la cláusula] aparece como injusta y como no pudiendo ser equitativamente impuesta”*. El Bürgerliches Gesetzbuch – BGB (Código Civil Alemán) desarrolla los contratos de adhesión y privilegia la protección del usuario por falta de consentimiento, al establecer que las condiciones contractuales que se pacten individualmente tendrán prioridad sobre los términos generales preestablecidos.

¹⁰³ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, Op. cit, pág. 17.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

127. Entonces, la figura de las cláusulas abusivas hace referencia al posicionamiento negocial preponderante de uno de los sujetos sobre otro, conforme al cual se pacta una estipulación asimétrica cuyo abuso es generador de un daño; estos elementos llevan a identificar tres momentos en el *iter* de configuración de las cláusulas abusivas, que permiten comprender su noción, como adelante explicará la Sala.

128. Si bien en la legislación moderna se han definido algunos criterios objetivos de identificación de estas cláusulas, a través de las denominadas “*listas negras*”, lo cierto es que esta caracterización no agota el panorama de este instituto, pues está circunscrita a ciertas materias asociadas a la protección del consumidor –en particular, aquellas atinentes a la posición jurídica del *consumidor financiero* y al ámbito de los servicios públicos domiciliarios, entre otros– por lo que, bueno sea decirlo, la generalidad de las relaciones jurídico negociales está desprovista de esos lineamientos objetivos, es decir, aquellos llevados a una norma, lo que significa que le corresponde a la autoridad judicial apreciar su configuración.

129. En estos términos, considera la Sala necesario recoger los diversos matices y perspectivas bajo las cuales se ha explicado la figura de las cláusulas abusivas, pues partiendo de su génesis –que corresponde al instituto del abuso del derecho– ha de seguirse la lógica en que hacen presencia sus elementos definitorios: posición de negociación dominante, estipulación asimétrica, y ejercicio abusivo del derecho; esta trilogía identifica, a su vez, los momentos del itinerario contractual que cimientan el instituto de las cláusulas abusivas.

130. Un primer estadio hace relación a la posición que ostentan las partes de manera previa al surgimiento del acuerdo. Al corresponder al escenario de negociación, es allí donde se percibe el mayor poder que tiene uno de los contrayentes en la relación jurídica frente al otro, para definir el contenido de determinadas estipulaciones.

131. Esta fase expresa la posición de dominio que tiene la parte fuerte en la relación negocial en ciernes. Dado que la ley no atribuye ilegalidad a la existencia de este rol de preeminencia –y además lo reconoce en determinados ámbitos como un ejercicio inherente a las operaciones de mercado y a la necesidad de eficiencia de los instrumentos negociales–, se trata de una variable que debe estar presente, pero que, por sí sola, no adquiere una connotación censurable.

132. El segundo momento se concreta con el acuerdo de voluntades. Aquí se materializa la posición de dominio a través del pacto de una estipulación que expresa una asimetría prestacional relevante en favor del predisponente. Más allá de la existencia de dicha previsión contractual, ella, en sí misma, no configura ni una ilicitud, ni un abuso. De ahí que, como se ha indicado, sea necesario analizar el contexto integral del negocio y las motivaciones que asistieron a las partes en su pacto, dado que el desbalance que formalmente exhibe la cláusula puede estar justificado o contrarrestado por otras estipulaciones, o incluso en otras relaciones negociales que incumben a los contrayentes.



133. El tercer estadio constata el abuso. Se trata del hilo conductor que articula las anteriores piezas, en tanto trenza el ejercicio de una prerrogativa –la del poder de negociación preeminente–, con trascendencia en el pacto –a través de una estipulación contractual asimétrica–, las cuales se conectan mediante la constatación del abuso para dar cabida a la figura en estudio; este ingrediente es el que cierra el circuito que inició con el ejercicio de un poder negocial dominante de uno de los sujetos, y que resultó en el abuso.

134. Conforme a lo indicado, cuando se constate que la asimetría proviene del ejercicio abusivo de la posición dominante (primer momento) y es fuente de la desproporción injustificada en la estructura que define el pacto, se estará en presencia de una cláusula abusiva, en tanto allí se compendian los factores de su configuración. Este examen debe hacerse en clave de los principios de buena fe y de autonomía negocial, que hacen comprensión de los valores y límites en que se expresa la voluntad de los contrayentes, en torno a la calificación de una estipulación de este tipo. Como se verá, ello conduce al análisis de la responsabilidad contractual del predisponente por el daño que genere la cláusula abusiva.

135. En los casos en que el abuso no se sitúa en el plano de formación y materialización del pacto (primera y segunda fase), sino en la etapa llana de su ejecución, lo que se controvierte es el ejercicio desmedido de la facultad convenida, no los términos en que fue concertada, de modo que tal comportamiento se afilia al incumplimiento contractual, pues apunta a corregir la conducta antijurídica de quien excede lo pactado.

136. Aunque más adelante la Sala se ocupará de analizar el correctivo aplicable ante la configuración de una cláusula abusiva en un contrato, deja sentada la premisa de que su análisis se ubica en el escenario de la responsabilidad contractual, en la medida que habrá responsabilidad del sujeto negocial que condujo a la configuración de una cláusula abusiva cuando tal conducta sea generadora de un daño, sin perjuicio del efecto que se pueda derivar de la sanción que resulta aplicable a dicha estipulación. Con la precisión de que la ley no consagra el correctivo para este instituto, y no hay un criterio uniforme en la doctrina y la jurisprudencia sobre la consecuencia que se desprende de las cláusulas abusivas, pues en unos eventos se ha entendido que corresponde a la ineficacia, en otros, a la nulidad absoluta, y en algunos a la nulidad relativa.

137. Es necesario resaltar, que en la tarea valorativa de control al negocio jurídico, y antes de desatar alguna de tales consecuencias, se hará primar la voluntad que animó a las partes a ligarse negocialmente, escogiendo, primeramente, aquella interpretación que mejor revele el propósito de sus acuerdos, ya sea mediante la aplicación de unas cláusulas por otras, la preferencia del efecto útil en el contexto integral del negocio o a través de la interpretación de las reglas ambiguas u oscuras en contra de quien las redactó, amparado el juez en su deber de preservación de las disposiciones negociales.

138. En estos términos si a pesar de aplicar los instrumentos generales de interpretación negocial, sin privar al negocio de sus características esenciales, el



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

afectado pregonar una desproporción originada en el estatus de debilidad que le impuso el contratante fuerte, el juez tendrá que aplicar el remedio que se ajuste a la solución del caso, como adelante se propone, a fin de amparar una justicia equitativa en el marco de la concertación y ejercicio de los negocios jurídicos, bajo el designio de que la aplicación de la sanción propuesta se oriente de forma preponderante a la preservación del acuerdo examinado.

Las cláusulas abusivas en la contratación estatal

139. La naturaleza y características que se vienen indicando, llevan a reflexionar si los lineamientos de la teoría de las cláusulas abusivas tienen o no cabida frente a los contratos estatales¹⁰⁴ y, en caso afirmativo, cuál es el tratamiento que merece de cara a sus efectos jurídicos, comoquiera que el Tribunal de origen consideró que la cláusula segunda de la prórroga 4 se ubicaba en tal categoría y, bajo esa premisa, declaró su nulidad absoluta –con fundamento en la causal de desviación de poder– determinación censurada por el apelante¹⁰⁵.

140. El análisis de esta figura en el marco de la contratación estatal ha sido escaso¹⁰⁶, pues más allá de señalar que procede la aplicación de las reglas del derecho privado –según el art. 13 de la Ley 80 de 1993– y dar curso al examen de las cláusulas abusivas por esta vía¹⁰⁷, lo relevante viene a ser si, en realidad, los especiales matices que el legislador atribuyó a los contratos públicos y su régimen permiten *mutatis mutandis* hacer tal aplicación de manera directa.

141. Para la Sala, la anterior premisa resulta insuficiente y merece precisiones. Ello justifica avanzar en un análisis que se integre concretamente al contexto de la contratación regida por el derecho público, en orden a perfilar la utilización de dicho

¹⁰⁴ Teniendo en cuenta que el negocio jurídico *sub-examine* corresponde a un convenio interadministrativo, se precisa que éstos están sujetos a las regulaciones que acuerdan las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, al principio de la buena fe, y de manera supletiva al EGCAP siempre que no se oponga a su naturaleza, por lo que resulta pertinente su estudio.

¹⁰⁵ En reciente oportunidad, esta Sala cuestionó la asignación de la categoría de abusiva a una cláusula en un contrato de consultoría, comoquiera que el contratista, desde el pliego de condiciones, estuvo enterado y conforme con las condiciones en que se debió desarrollar el estudio de impacto ambiental; conoció la zona de influencia del proyecto y tuvo que considerar esa referencia para la presentación de la propuesta, sin que existiera, para ese momento, un escenario que imposibilitara el desarrollo de su labor, por lo que no se trató de una regla arbitraria, abusiva, desproporcionada o irrazonable. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de junio de 2024, radicación 25000-23-36-000-2018-00308-02 (69.775), Consejero Ponente: Fernando Alexei Pardo Flórez.

¹⁰⁶ La jurisprudencia de esta Sección no ha decantado un único criterio sobre la teoría de las cláusulas abusivas. Así, por ejemplo, (i) en sentencia del 23 de agosto de 2024, expediente 61.023, la Subsección C acogió la caracterización de la Corte Suprema de Justicia para definir las cláusulas abusivas, destacando que esta jurisdicción ha declarado la nulidad de cláusulas en las que el contratante se arrogaba, en la práctica, la facultad de interpretar unilateralmente el contrato, sin sujetarse a las disposiciones atinentes a esa facultad excepcional y en las que el contratista renunció de forma anticipada a la reclamación de sus derechos; (ii) en sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 21.573, la Subsección A indicó que las cláusulas abusivas son aquellas que causan un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, entendiendo ese rompimiento desde la óptica económica del negocio jurídico; y (iii) en la providencia de Sala Plena de esta Sección del 28 de abril de 2014, expediente 41.834, pese a que no se ventilaba una controversia contractual, sino la aprobación de un acuerdo conciliatorio en un proceso de reparación directa, se puso de presente el abuso de la posición dominante con el que la entidad actuó frente al particular al negociar el porcentaje de pago de una condena judicial, resaltando que la abusividad no solo se advertía en la diferenciación del poder de negociación de los sujetos inmiscuidos en el acuerdo –el Estado frente a una víctima de la violencia–, sino que también se revela en que las fórmulas de arreglo sean evidentemente lesivas, desequilibradas o desproporcionadas en contra del particular.

¹⁰⁷ Esta Corporación ha mencionado que tales razonamientos tienen aplicación en todos los terrenos en que se controvertan los efectos jurídicos de manifestaciones de voluntad, lo que incluye los contratos estatales, dada la remisión a la normativa al derecho privado que contempla el art. 13 de la Ley 80 de 1993 (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 28 de abril de 2014. Exp. 41.834).



instituto. Esta razón anima a contrastar los elementos de esta figura en el ámbito de la negociación del Estado sometida al EGCAP, así:

142. (i) La teoría de la abusividad encuentra su génesis en relaciones de consumo y en masa, de las que no participa el contrato estatal. No cabe duda que este último no se presenta como un instrumento encaminado a la satisfacción de necesidades individuales o personales. La contratación estatal se aparta de un interés de producción a gran escala, no se fundamenta en la prestación de servicios a fin de acumular riqueza y, por el contrario, se focaliza en la materialización del interés general a través de la escogencia de la mejor propuesta respecto de una multiplicidad de bienes y servicios bajo un régimen de selección reglamentado, y abierto a la participación.

143. (ii) La referida teoría pregona que la *“cláusula no debió ser negociada de forma individual”*, lo que supone que sólo una parte se encargó de su confección, sin otorgar a la otra la oportunidad de establecer su contenido y esta última se limita a aceptarla o no.

144. Sobre este lineamiento, en los negocios estatales los pliegos de condiciones contienen los derroteros para adelantar el proceso de selección (requisitos de habilitación y reglas de selección claras, justas y objetivas), junto a las condiciones del objeto de la contratación y los parámetros bajo los que el contratista está llamado al cumplimiento¹⁰⁸.

145. El pliego de condiciones, aunque nace de un acto de la Administración en el que se define la necesidad a suplir con el negocio jurídico que se propone celebrar, no tiene un carácter estático ni inmutable en la etapa que precede al contrato estatal, pues la ley establece la participación de los interesados, quienes tienen el derecho/deber de efectuar solicitudes de aclaración, revisión, complementaciones y ajustes, en suma, de formular observaciones a los estudios previos, los pre pliegos, y pliegos definitivos, y a hacerlo en cualquier estado del proceso para que se corrijan yerros o imprecisiones, y se tengan en cuenta todas las circunstancias que deben llevar al mejor suceso en la selección y posibiliten el acuerdo que desemboca en la adjudicación¹⁰⁹.

146. Por ello, una comprensión que desconozca la existencia de un escenario de discusión en la contratación estatal resulta incompleta y se aleja de los esquemas legales establecidos para la construcción de las voluntades, tal como se proyecta de forma reglada en la estructura misma de las modalidades de selección. De modo que, con los matices que comporta la materialidad del interés general, en los procesos de escogencia se adelanta un relacionamiento entre la entidad pública y

¹⁰⁸ La Sala precisa que la metodología utilizada para diferenciar la teoría de las cláusulas abusivas en derecho privado y público se asentó en la plataforma principal dispuesta por el legislador como regla general de selección que es la licitación (art. 2.1 de la Ley 1150 de 2007).

¹⁰⁹ El art. 8 de la Ley 1150 de 2007 prevé que la publicación del pliego debe estar acompañada de la información suficiente (lo que incluye los estudios previos que los fundamentaron) para que quienes pretendan participar puedan formular sus observaciones y formular precisiones, con el fin de disipar las dudas que tengan sobre los supuestos requeridos por la entidad, así como las correcciones, enmiendas o aclaraciones respecto de los defectos o imprecisiones en que pudo incurrir la Administración en su elaboración. Esa normativa contiene el deber conexo de la entidad de dar respuesta a las observaciones elevadas, con la indicación de las razones que acompañan su análisis.



los interesados, sin que de la unilateralidad del acto contentivo del pliego se predique un rol de imposición definitivo, tal como lo revelan sus etapas y construcción final.

147. En este punto es de precisar, que el ejercicio que hace la entidad estatal de predisponer los términos de participación y las condiciones del objeto a contratar, no se acompasa con la misma noción usada en el régimen privado; pues cuando en el derecho público se ejerce tal facultad, la entidad contratante materializa las competencias legales atribuidas para garantizar la consecución del interés general, como lo imponen las prescripciones establecidas en el EGCAP, al paso que le confiere a tales actos la presunción de legalidad –lo cual no elimina la posibilidad de acreditación de un escenario de invalidez frente a estos últimos–.

148. En esa medida, el ejercicio de confección de los términos de la contratación, mediante la participación de los posibles oferentes en la elaboración de los pliegos de condiciones sí denota una etapa que da lugar al ajuste de su contenido, por lo que resulta inadecuado entender, de forma generalizada, que por el sólo hecho de que una cláusula haya tenido origen en un proceso de contratación pública carezca de acuerdo previo entre los sujetos. Esta actividad de construcción permite que los interesados en ser seleccionados deliberen sobre las condiciones de la negociación, máxime que son los expertos en el bien, obra o servicio objeto del contrato, a fin de que puedan formular, con bases serias, su voluntad de contratar.

149. La conducta que estos sujetos –los oferentes– despliegan en esta fase, resulta en un derrotero valioso para el juez, al momento en que se sometan a su conocimiento discusiones concernientes a previsiones tratadas o que pudieron ser discutidas en esta etapa, pues le permite dilucidar si su comportamiento se ajustó o no a los mandatos de lealtad, corrección y honestidad que les son exigibles durante el *iter* negocial, teniendo en cuenta los conocimientos que ostentan en el sector de sus actividades económicas¹¹⁰, sin que dicha discusión se convierta, en modo alguno, en un prerrequisito para controlar judicialmente alguna de las previsiones negociales incluidas en los pliegos de condiciones.

150. Así pues, se revela una distinción importante entre el derecho común y el público en la aplicación de la teoría de las cláusulas abusivas, pues en este último la participación conjunta de los posibles oferentes y la Administración en la elaboración de las condiciones negociales, constituye un elemento intrínseco del proceso de selección público; naturaleza que se aleja de los contratos de adhesión del régimen privado, en los que la voluntad de la parte adherente se circunscribe a analizar si acepta o no los términos predispuestos por el otro contratante, sin contar con una etapa que le permita su discusión conjunta. Con todo, en el escenario estatal el futuro oferente puede optar por abstenerse de formular la propuesta, lo cual también materializa su ejercicio de autonomía y libertad negocial.

¹¹⁰ Esta afirmación se sustenta en la provisión regular de los conocimientos con que deben contar los interesados, para efectos de que estudien sus posibilidades de participación en un proceso de selección. Este aserto no trata los escenarios en que pueda existir una asimetría de información en contra de aquellos, pues tal situación no derivaría en la estipulación de una cláusula abusiva, sino un vicio constitutivo de la voluntad que desemboca en la contratación, lo cual no es materia de estudio en esta oportunidad.



151. (iii) La posición de dominio en el derecho público no corresponde a la misma que se presenta en las negociaciones entre privados. La primera surge de una relación de autoridad derivada de un régimen legal especial enmarcado bajo la premisa de acción de servidores públicos, al tenor de la cual ellos sólo están autorizados para desarrollar aquello que la ley o el reglamento expresamente les faculta, mientras que la superioridad de que trata el derecho común se enmarca en una relación en la que no hay, en principio, una norma que encumbra la posición de uno sobre otro.

152. La calidad del Estado como predisponente en la contratación estatal, si así puede llamarse, está dada en función de la identificación de la necesidad pública a suplir, la apropiación de los recursos para atender el gasto y la planificación de la contratación, que incluye las bases económicas, técnicas y jurídicas que habrán de considerarse para seleccionar al contratista.

153. Aquí sobresale la circunstancia, no menor, de que quienes acuden a colaborar con el Estado son sujetos que ostentan conocimiento en el ámbito y rama de su ocupación o labor pues, justamente, el interés de la Administración de lograr un vínculo transaccional con ellos está fincado en su experticia y en los aportes que puedan efectuar a los cometidos públicos, por lo que claramente cuentan con herramientas para solicitar información, pedir ajustes y cuestionar los requerimientos de la entidad –a diferencia p. ej. del ámbito del consumidor–; de modo que no es posible en el marco de su conocimiento predicar de ellos un velo frente a los requerimientos de contratación que las entidades formulan, y sin que, con posterioridad, puedan eximirse de haber actuado con lealtad y probidad en la etapa de selección, si no manifiestan aquello sobre lo cual discrepan basados en la única razón de que las condiciones fueron predispuestas por la entidad. Ello, en sí mismo, ningún defecto comporta, siempre bajo la óptica del análisis de las particularidades de cada asunto en específico.

154. (iv) La cláusula debe transgredir la buena fe objetiva. El examen de una conducta regida por este principio del derecho, como ya se mencionó, es propio de cada caso, no hay razón para presumir que por ser el Estado parte del vínculo contractual actúe bajo una directriz egoísta o ilegítima y en contravía de la situación de su colaborador; además, hace imperante la obligación de no actuar contra sus propios actos.

155. (v) La teoría general impone acreditar una desproporción relevante de los derechos y obligaciones de las partes. Son extrañas a tal caracterización aquellas estipulaciones que resulten ajenas a la equivalencia prestacional, pero en virtud de una mala negociación o de una indebida estimación del riesgo asumido; por lo que el desbalance que se estudia se refiere a la afectación connotada de la situación jurídica de alguno de los sujetos contrayentes, mas no un examen del precio frente a la prestación pactada¹¹¹, pues para ello existen otras figuras jurídicas cuya

¹¹¹ “... el numeral 2 del artículo 4º de la ya referida Directiva Europea 93/13 apunta a que ‘la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”



individualidad no se pierde, ni esta teoría se superpone a ellas¹¹². La alteración de la equidad negocial se examina a partir de la restricción de la autonomía de la voluntad (p. ej. a través de disposiciones que limitan la responsabilidad de una parte, que invierten la carga de la prueba, o conllevan a la renuncia de derechos en detrimento de un contrayente) y descansa en el desatino que conlleva, o en la carencia de motivación que la sustente –esto último debe entenderse en sentido material, es decir, como una ausencia real de motivación, más allá de los raciocinios aparentes que la sustenten–.

156. Lo anterior explica que no caben los razonamientos que se han esbozado para aplicar la teoría de las cláusulas abusivas en contiendas que se relacionan con el mantenimiento del equilibrio económico del contrato estatal, por cuanto se han concebido otros instrumentos para preservar el sinalagma prestacional, sin tener que recurrir al criterio de abusividad de la posición contractual, pues sus fuentes de reproche son disímiles¹¹³.

157. Cobra cardinal relevancia, en relación con la limitación de los derechos de alguna de las partes, que en el escenario de la contratación pública la Administración cuenta con una serie de prerrogativas que el ordenamiento jurídico le confiere para la consecución de los fines que benefician la colectividad. En ese marco, no es extraño que la Administración pueda interpretar o modificar unilateralmente el negocio jurídico, imponer sanciones económicas al contratista, determinar ante la aseguradora directamente la ocurrencia de un siniestro, declarar el incumplimiento e incluso inhabilitar a su colaborador para futuras contrataciones con el Estado.

158. El ejercicio de esas prerrogativas de poder no puede asimilarse a la utilización abusiva de la posición de dominio estatal, comoquiera que no sólo encuentran legitimación en las normas que las establecen, sino también tienen fundamento sustancial en el fin que persiguen, que no es otro que garantizar la debida protección del interés general. Por supuesto, como se sabe, este tipo de potestades son aplicables en el caso de la relación contratante-contratista, que son los eventos en los que se autoriza, y con las especificidades que señala la ley¹¹⁴. De modo que esta posición de dominio, derivada de los poderes públicos, proviene directamente del ordenamiento, a diferencia de la posición dominante que deriva de una posición de mercado o de una ubicación contractual.

159. En suma, la identificación de los especiales visos que tocan al ámbito público impide forzar la teoría de las cláusulas abusivas desarrollada en el derecho privado para implantarla sin mayor reparo a la contratación del Estado; por ende, previo a considerar como abusiva una cláusula en un negocio del que es parte una entidad

RODRÍGUEZ YONG, Camilo *“Una aproximación a las cláusulas abusivas”*. Editorial Universidad del Rosario, Segunda Edición, Bogotá, 2024, pág. 53.

¹¹² Como lo son, la aplicación de la teoría de la imprevisión cuando se presenta una ruptura de la ecuación negocial, la revisión o ajuste de precios de los contratos durante su ejecución y el reconocimiento de aquellas situaciones que pudieron generar una mayor permanencia en obra, y, por ende, mayores costos en su desarrollo.

¹¹³ La desproporción negocial puede desencadenar efectos en el economía del pacto, sin que esto desnaturalice su delimitación distintiva pues, más allá de dichas consecuencias patrimoniales, lo cierto es que el punto cardinal para su identificación es esa disimilitud entre derechos y obligaciones de cara a los contrayentes.

¹¹⁴ Siempre que el contratista sea un particular, no una entidad estatal.



estatal, es vital establecer si están configurados sus elementos según los parámetros y distinciones descritas.

160. Con otras palabras, la teoría de las cláusulas abusivas tiene cabida en la contratación estatal, pero no mediante una reproducción automática de la caracterización que le dio origen en el derecho privado, pues su aplicación en los negocios públicos debe adecuarse a la especial naturaleza, prerrogativas y finalidades que prevé el estatuto público de contratación; lo anterior, sin perder de vista, como ya se explicó, que para considerar una estipulación como abusiva es necesario que provenga del ejercicio de la posición de predominio de un sujeto en la formación del contrato y ella materialice una asimetría injustificada para la parte débil que revele la configuración de aquel abuso –no de una regla de poder–, pues para estos casos, es decir para controlar las expresiones de poder, el legislador dispuso las causales de nulidad de los actos y contratos estatales.

161. Lejos de entender que el estudio de esta figura se encuentra agotado, la Sala se propone reflexionar sobre el efecto que se debe asignar a una cláusula que se postula como abusiva en la contratación pública, ello por cuanto, como se indicó, el ordenamiento jurídico nacional no estableció la sanción aplicable a esta figura¹¹⁵.

162. El legislador, consciente de la posibilidad de que el juez se enfrente a un vacío normativo para la resolución de un caso concreto, dispuso herramientas a las que debe acudir para cumplir los fines de la administración de justicia. Por ello, en el art. 230 de la Constitución Política dispuso que el juez en sus decisiones está sometido al imperio de la ley, y agregó que “[l]a equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, pilar superior que reconoce que no todo el derecho y sus soluciones puede estar contenido en un instrumento legal.

163. Lo anterior, es concordante y explica la vigencia del precepto contenido en el art. 8 de la Ley 153 de 1887, que establece que “[c]uando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

164. Comoquiera que técnicamente se observa la carencia de una pauta general para sancionar la configuración de una cláusula abusiva, la salvaguarda de la justicia negocial que se le adjudica al juez del contrato, impone el uso de los instrumentos del ordenamiento jurídico que acojan de mejor manera la solución al conflicto planteado. De esta manera, si bien el enjuiciamiento de tales cláusulas se inscribe en el plano de la responsabilidad contractual, lo cierto es que no existe una regla que establezca la consecuencia de su configuración –salvo los casos en que el legislador le ha asignado directamente el efecto, positivizándolo–.

¹¹⁵ En la literatura especializada se indica que “en Colombia no existe normatividad legal que de manera general trate el tema de la sanción jurídica de las cláusulas abusivas, dándose eso sí un tratamiento asimétrico en la normatividad especial, en el que se recogen dos posibilidades según se expuso en el capítulo anterior: la nulidad y la ineficacia diferencia esta (sic), que tiene sus consecuencias en cuanto a la necesidad de su declaración judicial o administrativa”. SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo, Trabajo presentado en su acto de posesión como miembro de la academia colombiana de jurisprudencia en 2013, pág. 215.



165. En este panorama, hay casos en que dichas cláusulas se han removido del contrato a través del instituto de la nulidad absoluta, declarando que tienen objeto ilícito por contravenir el imperativo de la buena fe negocial, o cuando se oponen a una norma prohibitiva especial que le atribuye tal efecto; también al amparo de la causal de nulidad prevista en el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993 por abuso o desviación de poder; en otros, el correctivo es la ineficacia, como ocurre en los eventos que prevé el literal f, del art. 24.5 de la Ley 80 de 1993; y se ha reflexionado por la doctrina, como adelante se explica, en la nulidad relativa, sin llegar a una conclusión unívoca.

166. Lo anterior, impone auscultar si existe en el caso específico norma especial que prescriba que la estipulación negocial es abusiva y le atribuya un correctivo – nulidad o ineficacia– sin que este examen se margine del ámbito general de la responsabilidad contractual, y sin perjuicio de la consecuencia que deba recaer sobre la cláusula. Ello explica que esta Colegiatura haya sostenido frente a las cláusulas abusivas, que *“para su control debe acudirse a las reglas generales en materia de responsabilidad contractual, de manera que puede comportar todas las especies de ineficacia dependiendo de lo que puntualice la ley para la materia de que se trate, esto es, la inexistencia, la nulidad total o parcial (según si la afectación versa sobre un elemento existencial o fundamental del negocio jurídico) como en este evento ... los hechos descritos en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la ineficacia de pleno derecho ...”*¹¹⁶; según los supuestos del caso concreto.

167. En estos términos, la Sala precisa que no solamente se edifica la responsabilidad contractual por incumplimiento del contenido objetivo del negocio jurídico, comportamiento antijurídico a través del cual el contratante desconoce o se separa del marco obligacional contraído bajo el pacto, sino que también acoge e indemniza el daño que genera el abuso del derecho producto de la declaración de una cláusula como abusiva.

168. Esta distinción permite razonar que habrá responsabilidad contractual en los casos en que se desatienden los términos concertados en tal instrumento –bajo el principio de normatividad del contrato que pregona que éste es ley para las partes (art. 1.602 del C.C.)–; a la vez, habrá eventos en los que no se reclama la observancia de lo estipulado, al contrario, se reprocha el abuso como ingrediente de la cláusula, que sea generador de un perjuicio injustificado a la parte débil de la relación, de modo que en estos casos se afecta el elemento subjetivo del pacto, por lo que, conforme al instituto de la responsabilidad, sus efectos negativos son susceptibles de resarcimiento.

169. De ahí que la doctrina especializada ha inscrito el examen de las cláusulas abusivas en el marco del control subjetivo, en tanto lo que se mira es el comportamiento e igualdad de las partes –en el sentido negocial de sus intereses y de sus repercusiones–, y lo diferencia del denominado control objetivo, que apunta a la disciplina que contrasta lo estipulado por los contrayentes frente a la ley, para confirmar los elementos de validez del contrato y/o de sus cláusulas. Se impone

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 10 de octubre de 2013, CP. Álvaro Namen Vargas. Pág. 44, pie de pág. 54. Visible en: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/137/SC/concepto2157.pdf>.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

reiterar que sólo en los casos en que determinadas estipulaciones han sido calificadas por el legislador como abusivas, habrá de decirse que allí procederá su control objetivo¹¹⁷, a lo que se añade que, según disponga la norma especial, la consecuencia jurídica será la que allí se prevea, v. gr. la ineficacia de pleno derecho en las relaciones de consumo¹¹⁸, o la nulidad por violación de la ley al tipificarse como cláusulas extendidas con abuso del derecho, lo que las hace prohibidas, como ocurre en el régimen de los servicios públicos¹¹⁹, por nombrar algunas. Lo anterior, pues en estas hipótesis es la propia ley la que especifica el correctivo a imponer.

170. A este elenco de posibilidades es necesario agregar el instituto de la nulidad relativa pues, “[a] la luz del derecho tradicional y de la concepción voluntarista del contrato, el control al contenido del contrato se hacía con la institución de los vicios del consentimiento [lo que permitiría plantear en] un debate judicial la fuerza o el error en la declaración de voluntad como consecuencia de condiciones abusivas que no hayan sido conocidas por el adherente, o que sean oscuras, incomprensibles, inequitativas o sorpresivas”¹²⁰, o impuestas. Esta tesis adquiere contundencia en tanto habla de la posición de negociación dominante al contratar y su abuso en la estipulación que es llevada al contrato (primer y segundo estadios de formación de la cláusula), por lo que se afilia al elemento subjetivo relacionado con el estado de una parte, que sólo puede ser alegado por quien sufre el vicio.

171. Al explorar más en detalle el tratamiento que esta Corporación ha asignado a casos en que se debate la calificación de una cláusula abusiva, se observa que en la sentencia del 18 de julio de 2012, Exp. 21.573¹²¹, esta Subsección consideró que dos cláusulas de un contrato de obra eran absolutamente nulas *por abuso de poder*, de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del art. 78 del Decreto-ley 222 de 1983¹²². Como fundamento se consideró que ellas establecían que, en caso de divergencia entre el contrato y el pliego de condiciones, el contratante elegiría a cuál dar prevalencia y, además, le otorgó a este último la atribución de decidir de manera unilateral sobre los eventos en los cuáles reconocería el pago al contratista de obras adicionales o de mayores cantidades de obra. En esa oportunidad se concluyó que se trataba de estipulaciones violatorias del principio de buena fe, a través de las cuales la contratante abusó de su preponderancia en la relación contractual¹²³.

¹¹⁷ RENGIFO GARCÍA, Ernesto, ib. págs. 202 y 203

¹¹⁸ Inciso 2° del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011

¹¹⁹ Artículo 133 de la Ley 142 de 1994.

¹²⁰ Op. Cit, Ib. pág. 208.

¹²¹ Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

¹²² “Art. 78. De las causales de nulidad absoluta. - Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el presente estatuto son absolutamente nulos:

a) Cuando se celebren con personas afectadas por causa de inhabilidades o incompatibilidades según este estatuto;

b) Cuando contra vengan normas de derecho público;

c) Cuando se celebren contra prohibición constitucional o legal;

d) Cuando se hubiere celebrado por funcionario que carezca de competencia o con abuso o desviación de poder.

Parágrafo. - Las causales aquí previstas pueden alegarse por el ministerio público en interés del orden jurídico o se declaradas oficiosamente, cuando estén plenamente comprobadas. No se sanan por ratificación de las partes”.

¹²³ Allí se indicó: “Con ello ECOPETROL abusó de su preponderancia en la relación contractual para arrogarse la facultad de decidir de manera unilateral sobre los eventos en los cuáles reconocería el pago al contratista de obras adicionales o las mayores cantidades de obra, lo cual resulta a todas luces inaceptable para la Sala, porque ello ha conducido en este caso a que ECOPETROL excluyera de la liquidación del contrato la compra e instalación de algunos elementos efectuados por el contratista por un valor de \$ 19’147.012, como pasa a explicarse a continuación (...)”.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

172. Luego, en sentencia del 14 de marzo de 2013¹²⁴, Exp. 20.524, esta Subsección determinó que la cláusula de renuncia anticipada a los reajustes de precios era abusiva, porque propendía por el favorecimiento de una de las partes de la relación contractual sin una justificación constitucional o legal válida; bajo ese discernimiento declaró su nulidad absoluta, *por objeto ilícito*, conforme a los arts. 1519 y 1741 del C.C. y 44 de la Ley 80 de 1993. Explicó que cuando las partes pactan que el contratista renuncia a los reajustes de precios, ello excede o desborda el marco de libertad que éstas tienen para autorregular la relación negocial, y precisó, de un lado, que no es posible que ellas modifiquen la esencia o la naturaleza del contrato (conmutativo – aleatorio) y, de otro, que no pueden concebir reglas contractuales en contravía de preceptos legales imperativos.

173. Este último razonamiento fue reiterado en sentencia del 29 de julio de 2015, Exp. 41.008¹²⁵, en el que se consideró que una cláusula que dispuso que los precios propuestos no serían objeto de ningún ajuste, era abusiva, pues carecía de sustento legal y porque incluso en el caso de que no se hubiera pactado una fórmula de reajuste, ello no era óbice para que procediera su revisión, por lo que declaró su nulidad absoluta *por objeto ilícito*, indicando que se vulneraron las normas de derecho público, específicamente los arts. 4.8, 5.1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

174. Como se observa, en tales casos se atribuyó la misma consecuencia – nulidad absoluta– ante la prosperidad de la declaratoria de una cláusula abusiva, sólo que se llegó a tal sanción con base en la aplicación de causales diferentes: en un escenario, por considerar que se pactaron con abuso o desviación de poder y, en otros, por ilicitud de su objeto.

175. La nulidad, como instituto que escruta la validez de un acto, una estipulación, una actuación, o un contrato, es un instrumento que autoriza el retiro de aquellas manifestaciones o actos contrarios al ordenamiento jurídico, y sus causales son expresión de una medida correctiva que es adecuada al nivel de agravio que se genera respecto del orden legal. Se trata de una reacción que, al pertenecer a la teoría general del derecho, puede verificarse en los diversos ámbitos y ramas del derecho: civil, comercial, administrativo y procesal.

176. Esta figura supone una “*patología consistente en la disconformidad (...) con las exigencias del sistema*”¹²⁶ que se erige en una sanción (pena) conforme a la cual el acto, en sentido amplio, es privado de sus efectos (pasados, presentes y futuros). Se diferencia de conceptos como la inexistencia, porque esta última constituye “*la nada*” en el campo negocial, un cero en la relación que vincula a los negociantes¹²⁷ y opera de pleno derecho. Mientras que la nulidad se refiere a la existencia de un

¹²⁴ Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹²⁵ Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

¹²⁶ SANTAELLA QUINTERO, Héctor, “*Convergencia y sustantividad: análisis sobre la singularidad del régimen de nulidades del contrato estatal*”, contenido en “*Dimensión general del contrato estatal en Colombia y su impacto en la internacionalización de la compra pública*”, Universidad Externado de Colombia, 2023.

¹²⁷ La doctrina prefiere definirla con el nombre de “*estados o situaciones de inexistencia*”, pues es contradictorio usar la denominación “*acto jurídico inexistente*”, por referirse a una concepción de algo que no se ha configurado. Esta se ubica en la teoría general del derecho, y no en la teoría de los negocios jurídicos, toda vez que es un *no negocio*, no existe en el tráfico, por lo que no debe alterar a quienes han querido originarlo. RAMÍREZ BAQUERO, Édgar. “*La ineficacia en el negocio jurídico*”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

acto, sólo que es imperfecto en la medida que desconoce un mandato superior y, por ello, requiere de pronunciamiento judicial.

177. En relación con el contrato, aunque corresponde al instrumento por excelencia en el que se edifica la autorregulación de los intereses particulares y constituye ley para las partes –art. 1602 C.C.–, no por ello implica una absoluta liberalidad en su contenido, pues las voluntades manifestadas tienen limitación en el respeto del orden público, los derechos ajenos, las normas imperativas y las buenas costumbres. Su afrenta autoriza al juez a invalidar el negocio jurídico, en todo o en parte, siempre que se constaten tales sucesos.

178. La determinación de los casos que dan lugar a la invalidez del negocio no proviene del discernimiento subjetivo del juez, sino de la conformidad de que uno de tales eventos se corresponda con las causales que están dispuestas en la ley de forma expresa, previa y taxativa. De modo que no es admisible valorar como motivo invalidante alguna hipótesis no establecida por el legislador, en tanto ello equivaldría a restringir el campo de actuación de la autonomía, sin razón legal. Este mandato proviene de la doctrina francesa, acogida por el derecho nacional, que pregona que no hay nulidad sin texto que la consagre –*pas de nullité sans texte*–.

179. Puntualmente, en la esfera de la contratación estatal, la Ley 80 de 1993 ha hecho expreso reconocimiento de las bases que ofrece el derecho privado en los negocios jurídicos de carácter público que celebra la Administración, siempre y cuando no contravenga las disposiciones que de manera específica ha definido el EGCAP, o el régimen especial que atañe a algunos contratos –arts. 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993–.

180. Esta doble dimensión se proyecta en la figura de la *nulidad*, en la medida que el art. 44 de la citada Ley 80 determina que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y, además, en cinco hipótesis especiales en las que se sanciona la celebración de negocios jurídicos: a) con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; b) contra expresa prohibición constitucional o legal; c) con abuso o desviación de poder; d) cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan; y, e) si se celebran con desconocimiento de los criterios previstos en el art. 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esa ley.

181. Siendo la nulidad absoluta la consecuencia que la jurisprudencia de esta Corporación ha asignado para la remoción de las cláusulas abusivas, la Sala debe analizar si tal sanción es procedente, se itera, como una regla general, o si existe otro mecanismo legal que contrarreste dicho abuso. Sólo dos de los cinco eventos especiales que define la Ley 80 de 1993 como causales de nulidad absoluta subsisten en punto al examen indicado, los demás, tratan hipótesis totalmente ajenas a este escenario, como despusa de su propia consagración.

182. El primero, atañe a la celebración del pacto contra expresa prohibición constitucional o legal, evento cuya interpretación no ha sido pacífica pues en algunas oportunidades, para su aplicación, se ha exigido que la prohibición esté



expresamente establecida por una regla constitucional o legal en sentido estricto, sin avalar normas de menor jerarquía¹²⁸, mientras que en otros se ha entendido que se configura una *prohibición expresa* cuando se trasgreden de forma grave las reglas o pautas de contratación¹²⁹.

183. En cualquier caso, esta causal no es aplicable, *in genere*, para sancionar la estipulación de cláusulas abusivas, pues tal hipótesis impone la directa constatación de una prohibición legal o constitucional, la cual solo halla fundamento en la existencia de un mandato previo y expreso que, como ya se advirtió, no existe en la legislación nacional para casos como el *sub-lite* (dejando a salvo las normas especiales sobre cláusulas abusivas establecidas para los consumidores del sector financiero, el Estatuto del Consumidor, y al regular el régimen de los servicios públicos domiciliarios Ley 142 de 1994).

184. No se desconoce que la Constitución Política, en el art. 95.1, establece el deber de toda persona de “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”, y si bien esa enunciación es pilar del Estado Social del Derecho, no resulta suficiente para proclamar una prohibición expresa sobre la estipulación de cláusulas abusivas, puesto que la taxatividad de los eventos de nulidad –que obra como punto de balance entre el ordenamiento jurídico y los derechos y libertades de los sujetos en la construcción de sus voluntades– exige una puntual manifestación del supuesto restrictivo.

185. El segundo evento corresponde a la causal contenida en el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993 que consiste en que los acuerdos *se celebren con abuso o desviación de poder*, causal conforme a la cual el *a quo* optó por declarar la nulidad absoluta de la cláusula segunda de la prórroga 4 del convenio, y que ha sido aplicada algunas veces por la jurisprudencia como sanción frente a la determinación de cláusulas abusivas.

186. Es de resaltar que no por la similitud semántica que guarda esta causal respecto de la teoría de las cláusulas abusivas, esta será aplicable, en tanto que la desviación de poder y el fraude a la ley suponen no solo la existencia de una regla permisiva, sino de una norma que confiere poder. “*Cuando se trata de poderes normativos privados, la figura pertinente es la del fraude a la ley; y cuando se trata de poderes normativos públicos, lo es la desviación de poder*”¹³⁰.

187. El abuso o desviación de poder es una figura originada en la jurisprudencia francesa, como mecanismo para someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Su propósito fue controlar el exceso de poder, la conexión entre el resultado y la consecuencia, no a partir del análisis de lo que sería la esfera de competencia (vicio de origen) sino como el uso de esta para un fin no previsto por el legislador¹³¹.

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente: 15.599.

¹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, expediente 23.966.

¹³⁰ ATIENZA, Manuel, “Ilícitos atípicos”, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 127.

¹³¹ ATIENZA, Manuel, “Ilícitos atípicos”, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 99.



Expediente: 150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado: Municipio de Tunja
Referencia: Controversias Contractuales

188. Esta hipótesis se ha identificado con el ejercicio de la función administrativa en los eventos en que ésta se orienta a favorecer los intereses de un tercero o de unos funcionarios, dejando de lado el cumplimiento de los cometidos estatales¹³², lo que ocurre aun cuando el fin perseguido no sea corrupto o dañino, e incluso si propende por el logro de un objetivo benéfico para una parte de la sociedad o del Estado, pero es extraño al fin que persigue el ejercicio de las funciones atribuidas por la ley a la autoridad respectiva¹³³.

189. En sus orígenes, esta noción se abordó a través del denominado recurso por *exceso de poder* –*excès de pouvoir*– que surgió en el Estado de Derecho francés para salvaguardar el interés en que se sustentaba la actividad administrativa y, a la vez, los derechos del ciudadano frente a las decisiones del ejecutivo (pues con anterioridad, el poder provenía de la figura del príncipe que contaba con una potestad ilimitada que podía ser cambiante sin estar referida a un marco legal); así que, mediante este instrumento, se estructuró una vía que permitiese defender estos dos extremos frente a los excesos de poder¹³⁴.

190. Sobre el advenimiento de tal forma de control, la doctrina ha señalado:

“La realidad social concretará de este modo, que vivir en un orden jurídico significa limitación y responsabilidad y, por consiguiente, que el Estado someta sus actuaciones al sistema de normas que las condicionan y han de inspirarlas; que las acate y contraiga el compromiso de cumplir los deberes que dicho acatamiento le impone y que, en caso de incumplimiento, responda con el género de responsabilidad que proceda. Así el Estado de Derecho es, en efecto, preconditionado e inspirado por normas jurídicas y en ello existe de verdad garantía de los presupuestos institucionales del mismo, de los derechos individuales y también de la efectividad de las responsabilidades de los actos del poder público”¹³⁵.

191. Precisó que al interior de tal dispositivo tenían cabida las expresiones de poder que agrupaban tanto el interés público de la legalidad, como el interés subjetivo del afectado. Luego, en la evolución de esta institución, el control por exceso o abuso de poder, incluyó al *détournement de pouvoir*, o desviación de poder, momento a partir del cual la misma figura agrupó ambos tipos de incorrecciones.

“Finalmente en cuanto al exceso de poder concierne, se ha de tener en cuenta que siendo función esencial de tal vía de recurso la defensa del ordenamiento jurídico establecido, éste

¹³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de febrero de 2015, expediente: 29.473

¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 7 de junio de 2012, radicación 66001-23-31- 000-1998-00645-01.

¹³⁴ “*si bien los principios de la responsabilidad pública se fueron incubando en las doctrinas de la Filosofía de la Revolución Francesa, ésta no se ocupó del problema de las garantías civiles del ciudadano, sino que le interesó fundamentalmente, ab initio, el de su soberanía política (...) pero fue el Estado Constitucional a ella subsiguiente el que inició la real estructuración de la Justicia administrativa. En principio, y por permanencia del predominio del sentido político sobre el administrativo, no con la idea de defender los derechos del ciudadano, sino con el ánimo de servir a la Administración. Esta defensa del ciudadano se percibe clara a partir de la era napoleónica y precisamente como secuencia del estado de cosas nacido ante la nueva presencia de un fuerte poder de imperium creado ya bajo el predicamento de las ideas del Estado de Derecho. Comienza entonces la virtualidad de lo contencioso administrativo como instrumento de protección al particular y, con ella, la efectividad de las doctrinas que abatieron la Monarquía absoluta y los resabios feudales del sistema político en que el Príncipe era dominador y dueño universal de cuanto en el Reino existía. Se actualiza entonces la personalidad jurídica del individuo y la vigencia de sus derechos. El hombre pasa de súbdito a ciudadano y hace sentir sus derechos incluso frente al acto de autoridad. Más aún, reconocidos sus derechos y sus intereses como miembro de la comunidad política, aspira a que se estructure la fórmula que defienda a ambos frente a los excesos del poder*”. MARTÍNEZ USEROS, Enrique. “Desviación de poder” Universidad de Murcia España, pág. 9. En <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/4645/1/Desviaci%C3%B3n%20de%20poder.pdf>

¹³⁵ Ídem.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

*puede verse atacado de diferentes modos por los actos administrativos y de aquí las diversas formulaciones o causas motivadoras de la calificación de un acto como incurso en exceso de poder; entre los cuales aparece en un determinado momento histórico, le détournement de pouvoir*¹³⁶.

192. Vale decir que, si bien el abuso y la desviación de poder son conceptos próximos que integran la noción del que fue denominado *exceso de poder*, en su semántica legal guardaban una sutil distinción. Mientras el abuso representaba el uso excesivo de una facultad, aun para cumplir objetivos que en principio pueden lucir inherentes al Estado, la desviación apuntaba a la utilización de la función para fines distintos a los legales.

193. Por ello, a finales del siglo XIX, aquellos excesos se congregaron en un solo concepto, *desviación de poder*¹³⁷ el cual fue concebido así, y por primera vez, por el jurista francés AUCOC, indicando que “[h]ay exceso de poder cuando un agente de la Administración produciendo un acto de su competencia y siguiendo las formas prescritas por la Ley, usa de su poder discrecional para un caso y por motivos distintos de aquellos en consideración a los cuales le fue atribuido dicho poder”¹³⁸; por su parte, HAURIU lo define como “el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio”¹³⁹.

194. La legislación nacional no registra una discusión relacionada con una distinción entre el abuso y la desviación de poder, forma compuesta incorporada como causal de nulidad bajo el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993 que se analiza, lo que hace inferir la univocidad entre estas nociones en un solo concepto, acogido e implantado de esta manera en nuestro sistema legal. De suerte que al hacer referencia a la causal de nulidad por *abuso o desviación de poder*, ha de entenderse que se trata de una construcción dogmática –que además difiere a la falta de competencia– conforme a la cual se sanciona el ejercicio de las facultades públicas cuando éstas se dirijan a objetivos distintos a aquellos que asigna la normatividad: tanto en el alcance de su uso, como respecto de sus finalidades.

195. Como adelante será desarrollado, en el caso concreto no existe una expresión que se vincule al vicio por abuso o desviación de poder que afecte la cláusula segunda de la prórroga 4 *sub examine*. De modo que corresponde estudiar las causales de nulidad absoluta del derecho común, a fin de establecer su pertinencia como medida de sanción frente a las cláusulas abusivas en la contratación pública.

¹³⁶ Ídem. Pág. 28.

¹³⁷ El concepto de *desviación de poder* fue utilizado por primera vez por León Aucoc, al referirse a las facultades de policía de un agente administrativo, quien utilizó sus potestades por motivos distintos a los que el ordenamiento jurídico le había conferido; este concepto fue posteriormente desarrollado por Laferriere. Ver SABALUA Francisco, “BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FINALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA DESVIACIÓN DE PODER” pág. 5. Visible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7351468.pdf> fecha de consulta 25/05/2025.

¹³⁸ Tomado de MARTÍNEZ USEROS, Enrique. Ib. pág. 30. Cita original: “Aucoc, *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, 3. ed, vol. I, 1885, pág. 531”.

¹³⁹ Tomado de MARTÍNEZ USEROS, Enrique. “*Desviación de poder*” Universidad de Murcia España, pág. 6. Citando a HAURIU, Maurice “*Précis de Droit Administratif*” 10 ed., París, 1921, pág. 455.



196. En el derecho privado, el instituto de las nulidades puede presentarse en las categorías de nulidad absoluta y nulidad relativa. Los casos de nulidad absoluta evidencian el mayor grado de menosprecio por el orden jurídico, requieren de pronunciamiento del juez y tienen efecto retroactivo, es decir, llevan a que las cosas retornen al estado anterior al perfeccionamiento del acto o contrato; por su trascendencia pueden ser declaradas de oficio por el fallador, y cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes, y en todo caso por prescripción extraordinaria. Los eventos que constituyen esta sanción son: 1) la ausencia de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, 2) la ilicitud en la causa y el objeto, y 3) la celebración del negocio por una persona absolutamente incapaz (art. 1741 C.C.).

197. La nulidad relativa –o anulabilidad en el derecho mercantil– denota vicios de menor envergadura, representan una afrenta menguada contra el orden público. Su declaración solo procede previa petición de parte, con la precisión de que la falencia puede ser ratificada por manifestación de los sujetos involucrados, o también saneada por el paso del tiempo, por prescripción extintiva. El art. 1508 del C.C. dispone que las causas que dan lugar a este tipo de invalidez son los vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo); a su vez, el art. 1504 ib. establece que la incapacidad relativa de los sujetos negociales también lo configura. Y el art. 1741 de la misma codificación le asigna un estatus residual a estos defectos al determinar, en su tercer inciso, que *“cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”*.

198. La Sala no encuentra aplicable alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho civil para sancionar la estipulación de cláusulas abusivas –excepto en los casos en los que la estipulación denunciada contenga reproches de ilegalidad y de abuso del derecho, concurrentemente–. Las razones que fundamentan la regla general indicada, son las siguientes:

a) La incapacidad absoluta prevista en el Código Civil¹⁴⁰ se refiere a aquellos sujetos que carecen absolutamente de capacidad o aptitud legal para obligarse –los impúberes– por lo que corresponde a un vicio que por su naturaleza atañe a una condición que no tiene reflejo directo en el derecho Administrativo para los sujetos de derecho público; a lo sumo, ha sido objeto de comparación cuando se analiza la *competencia* como elemento objetivo que define y autoriza el ejercicio de la función administrativa y delimita el ámbito de actuación de los funcionarios públicos (art. 6 de la C.P.). Aún si se analiza el asunto frente al vicio de falta de competencia de las entidades, hay que decir que éste no toca el tema en estudio, pues ante la hipótesis de que se hubiese incorporado una cláusula en desmedro de uno de los contrayentes, dada la posición negocial dominante de uno sobre otro, la controversia no versa sobre la verificación de competencia de las entidades para comprometerse, ni la capacidad del particular para convenir con la Administración.

b) El pacto de cláusulas abusivas no denota la inobservancia de las solemnidades que el legislador ha impuesto para el perfeccionamiento de ciertos actos, porque se

¹⁴⁰ Art. 1504 C.C.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

trata de estipulaciones que afectan la posición negocial de uno de los contrayentes, sin que exhiba la desatención de algún requisito de formación del negocio jurídico.

c) El *objeto* del negocio es la materia sobre la cual este recae y es ilícito cuando se construye “*en contra de las normas legales imperativas (cogentes), del orden público o de las buenas costumbres*”¹⁴¹. Por su parte, la *causa* es ilícita cuando el motivo o móvil que enlazó la voluntad de los sujetos es ajeno al sistema jurídico. Tratándose de la estipulación de cláusulas abusivas no se advierte, por sí solo, un sustrato negocial que esté fuera del ordenamiento jurídico; de hecho, como el móvil que conduce al contrato de la Administración está definido por el logro de los fines institucionales que ésta persigue, la concreción de una causa ilícita acontecerá cuando el propósito que indujo a la negociación no corresponda a las razones que el ordenamiento prescribe para la celebración de sus contratos, que es el interés general.

199. Al descartar que la configuración de cláusulas abusivas tenga lugar en las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho privado y en el EGCAP, como regla general, el análisis se orienta a establecer si el mecanismo sancionatorio que le corresponde puede afiliarse al tratamiento de la *nulidad relativa*.

200. El art. 46 de la Ley 80 de 1993¹⁴² establece que las nulidades relativas en la contratación estatal albergan todos aquellos vicios que no se adecuan a ninguno de los casos de invalidez absoluta previstos tanto en el régimen privado como el público y, por tanto, en principio, pueden sanearse por ratificación expresa¹⁴³ o por el transcurso de dos años a partir de su ocurrencia. Este supuesto normativo es consonante con el tercer inciso del art. 1741 del C.C., ya explicado, que dispone que “*cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa*”, lo que incluye defectos de orden subjetivo como el que controla el poder de negociación cuando se abusa de éste (la sanción de ineficacia de pleno derecho sólo tiene lugar por mandato de la ley, en tanto es el propio ordenamiento jurídico que define los eventos en que se configura ya que no requiere declaración judicial).

201. En el marco descrito, el defecto que emerge de las cláusulas abusivas, ciertamente afecta la libertad del sujeto que es disminuido en la estructura pactada, lo que se traduce en un vicio de orden subjetivo y *posicional* en la negociación, en tanto que el abuso de un derecho configurado en el contexto negocial rompe injustificadamente la paridad de los sujetos en la estructuración de las reglas que gobiernan sus acuerdos. Por tanto, al no tener cabida, en principio, dentro del catálogo de causales de invalidez absoluta, ni de la ineficacia, este defecto se sitúa en el plano de la nulidad relativa; no por la presencia de un pacto ilícito, sino porque es la medida residual que establece la ley frente a cualquiera y todos los demás vicios; tesis que se respalda en los parámetros de protección que confiere el art.

¹⁴¹ RAMÍREZ BAQUERO, Édgar. “*La ineficacia en el negocio jurídico*”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

¹⁴² “ARTÍCULO 46.- De la Nulidad Relativa. Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio”.

¹⁴³ Ha de entenderse que la alusión al saneamiento debe tener en cuenta el itinerario en que se expresa y concreta la cláusula abusiva, sin que contra ello pueda aducirse la existencia de un vicio que antes no había sido revelado; por lo que su determinación habrá de constatarse en cada caso, y según el sujeto del que se predique.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

1740 del C.C. que prevé expresamente la afectación al estado de una de las partes del negocio jurídico, en este caso, ante el ejercicio desmesurado del derecho de un contrayente en perjuicio del otro, y que explica que el citado art. 1741 ib. disponga que cualquier otro vicio produce nulidad relativa “y *da derecho a la rescisión del acto o contrato*”¹⁴⁴.

202. Sanción concordante con el hecho de que la transgresión que genera una cláusula abusiva debe ser propuesta por quien sufre la presión indebida pues, como fue analizado líneas atrás, a la vez que una cláusula puede contener una asimetría específica, es posible que en la integralidad del negocio jurídico se encuentre equilibrada con otras prestaciones que remontan a su favor. De modo que sólo el sujeto negocial potencialmente afectado, es quien tiene el interés jurídico para determinar la existencia o no del abuso, y bien puede pasar por alto tal desbalance ante la contrapartida que le reporta la generalidad de ese acuerdo, o incluso de otros entre las mismas partes; ello explica que no pueda declararse su nulidad de manera oficiosa por el juez.

203. Aun cuando la nulidad corresponde a una sanción que remueve el vicio del acto o contrato, lo que exhibe, como regla general, su incompatibilidad frente al incumplimiento del negocio jurídico en el marco de la responsabilidad contractual (ante el desaparecimiento del pacto), la Sala precisa que en el campo del abuso del derecho, que incluye las cláusulas abusivas, nada se opone a la coexistencia de dos figuras: las restituciones mutuas, por cuenta de la retrotracción de los efectos que se derivan del instituto anulatorio, y la indemnización de perjuicios derivada del abuso de la parte dominante si con ésta se genera un daño.

204. En esta línea, las restituciones deben comprender todas aquellas medidas que, de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico, su objeto y los sujetos comprometidos, permitan a las partes volver al estado anterior al de su estipulación, lo que no siempre se logra, resultando insuficiente tal dispositivo frente a la generación de un daño. Así que, en el marco de las cláusulas abusivas se autoriza examinar la conducta del contratante que dio lugar a la configuración del abuso, y en este plano se concibe la posibilidad de reclamar una indemnización de conformidad con el art. 830 del Código de Comercio que dispone, “[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”¹⁴⁵; a la vez, ello es expresión del art. 90 de la Constitución Política que establece la cláusula general de responsabilidad del Estado en cualquiera de sus esferas de actuación, de manera que no puede restringirse el alcance del postulado superior únicamente al contexto de las restituciones mutuas. Al respecto se ha precisado:

“la regulación a la que se alude no es de naturaleza restrictiva o excluyente en el sentido de que por fuera o más allá de las restituciones mutuas -cuando ellas proceden en la medida en que no se esté en frente de una de las excepciones que, por uno u otro motivo, se le introducen al mencionado efecto-, no cabe considerar ninguna otra cuestión como derivada

¹⁴⁴ El efecto de la rescisión es el de extinguir el acto o contrato válido, en el que se presenta una desproporción por exceder determinados límites cuantitativos (lesión enorme) o por provocar un desbalance injustificado respecto del estatus subjetivo de una de las partes. Consultado en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/416ef263-a9ff-400a-8fc1-49316643615e/content>. BULLA CASTELLANOS, Mabel Paola.

¹⁴⁵ Desarrollado en el Libro Cuarto “DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES MERCANTILES” del citado código.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

de la nulidad declarada. El silencio de la ley no puede, pues, ser tomado como prohibitivo. Y mal lo podría ser en la medida en que se refiere solo a una de las características propias de la nulidad declarada, la de ser retroactiva. Porque al lado de la anotada característica, la nulidad ofrece otra, que consiste en hacer desaparecer del mundo jurídico el acto o contrato materia del correspondiente pronunciamiento judicial. Siendo aquí, en esta desaparición, y no en la retroactividad, en donde corresponde situar la cuestión propuesta, pues desaparecido el negocio nulo, ha sido dicho con acierto, lo que queda es el hecho ilícito. Por tanto, las restituciones mutuas, secuela de la retroactividad de la nulidad, no interfieren con que se pueda abordar el estudio del aspecto relativo a los perjuicios que las partes o una de ellas lleguen a padecer como consecuencia de que el negocio nulo no continúe generando los efectos que, de otro modo, estaría llamado a producir¹⁴⁶.

205. El art. 46 de la Ley 80 de 1993, prescribe que el instituto de la nulidad relativa se remite a los desarrollos que en la materia trae el derecho común –siempre que sean compatibles con el EGCAP–. En este punto, y ante los vacíos que se propuso superar la Sala, la tesis planteada adquiere mayor respaldo al constatar que el Código Civil tiene, además, previstas hipótesis en las que si uno de los contratantes es quien provoca la nulidad, como ocurre en las cláusulas abusivas, está obligado tanto a las restituciones como a la indemnización¹⁴⁷, siempre que se den los supuestos de estas figuras. De allí que la Sala no encuentre la incompatibilidad que se predica entre ambos institutos como un canon absoluto y, por el contrario, se decanta por hacer estas precisiones en el entendimiento de la responsabilidad contractual que es posible derivar con fuente en las cláusulas abusivas.

206. Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra razones para descartar la abusividad que el *a quo* aseguró afectaba a la cláusula en estudio, así como el efecto sancionador que impuso (nulidad absoluta), pues al analizar sus elementos, en conjunto con el examen integral del acuerdo, la Subsección observa que el objeto y finalidad de dicha estipulación sí tiene una interpretación en el contexto negocial, que desdice de las consideraciones expresadas por el Tribunal, y sin que en ella se advierta un vicio de nulidad absoluta. Para razonar sobre este cargo la Sala trae de presente el contenido de ese pacto, en tanto reviste la concreción de la posición de dominio que se adujo abusiva, y para descifrar el alcance de los compromisos pactados.

207. La prórroga 4¹⁴⁸ fue suscrita por los contrayentes el 30 de junio de 2011. A través de este instrumento se pactaron unas medidas para lograr el finiquito del negocio teniendo en cuenta el avance que hasta el momento se había obtenido y los aspectos que pendían de culminación, lo anterior, por cuenta del retraso generado por el rediseño del sistema eléctrico y la construcción de obras complementarias (necesarias para el módulo I) que demandaron el ajuste del convenio, para garantizar la seguridad del objeto y su funcionamiento óptimo. Las partes acordaron lo siguiente (transcripción literal incluidos eventuales errores):

¹⁴⁶ José Alejandro Bonivento Fernández, Héctor Marín Naranjo y José Fernando Ramírez Gómez. Tribunal arbitral Contraloría General de la República. vs. Proyectos y Desarrollos I S.A. Consultado en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/5f080c25-9885-460f-8a7b-f19d64d18902/content>. Laudo Arbitral del 31 de agosto de 2016.

¹⁴⁷ “ARTÍCULO 1512. El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”.

¹⁴⁸ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 128 a 130.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

“PRIMERA.PRÓRROGA: *Prorrogar el plazo de ejecución del Convenio de Apoyo Financiero No. 2071059 hasta el treinta (30) de septiembre de 2011 ...* **SEGUNDA. OBLIGACIÓN ADICIONAL DEL MUNICIPIO:** *Además de las obligaciones establecidas en el convenio principal y sus modificaciones, el Municipio de Tunja mediante la suscripción de la presente prórroga se obliga a la consecución y ejecución de los recursos necesarios para la instalación de los equipos durante el transcurso de la misma, de manera tal que se garantice la funcionalidad del proyecto, so pena de hacer efectivo el reintegro de la totalidad de los recursos asignados por EL MINISTERIO en calidad de apoyo financiero para la ejecución del proyecto, incluidos los rendimientos financieros ...* **SEXTA.VIGENCIA DE LAS ESTIPULACIONES:** *En lo demás, las cláusulas del convenio principal y de las demás prórrogas y modificaciones conservan su vigencia y alcance”.*

208. El alcance y entendimiento de la cláusula segunda junto con las demás prestaciones que componen el convenio, no llevan a sostener la conclusión del *a quo* de corresponder a una cláusula abusiva susceptible de la sanción prevista en el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993, como atrás fue advertido.

209. Las partes se desenvolvieron en un plano de igualdad y equivalencia, donde el ejercicio de las funciones propias de cada una confluyó en el logro del propósito mancomunado; es decir, se trató de una relación que descartó la existencia de una parte dominante y otra débil en la relación jurídica. Este punto da cuenta que desde su génesis se constituyó un despliegue negocial en el que el factor de financiamiento no constituyó un evento que detonara una inequidad negocial, lo que no se modifica por la estructura subjetiva de las partes y el manejo inherente a los recursos asignados. Por el contrario, se observa que todas las partes asumieron un rol en el que sus funciones encajan y coinciden en procura de las diversas actividades y compromisos pactados; y, además, no se revela el pacto de una atribución o potestad a favor del Ministerio o el Fondo, sino el efecto de la inobservancia de unos compromisos determinados, cuyas bases y entendimiento son los que deben ser analizados.

210. Tampoco se probó que la aludida cláusula no fuese objeto de negociación o que hubiera sido impuesta por las demandantes; como la misma provino de un pacto entre los contrayentes, con efectos vinculantes, se colige que tuvo fuente en la expresión libre y autónoma de su voluntad, y no hay prueba que demuestre lo contrario.

211. Asimismo, escapa de los insumos probatorios la acreditación de un comportamiento constitutivo de *mala fe*, es decir, desleal o deshonesto por parte del Ministerio y el FONADE; por el contrario, las razones dadas para su inclusión corresponden con la finalidad conjunta que se pretendía alcanzar mediante la celebración del convenio, sin que la misma se materialice en una medida injustificada, de espaldas al desarrollo del negocio, por cuanto esta estipulación reafirmó los compromisos que los contrayentes adquirieron (en especial el Municipio) desde el inicio del convenio –como adelante se explica–, lo que desdice del supuesto aprovechamiento en que incurrieron el Ministerio y FONADE al momento de su proposición, por cuanto, de ninguna forma, resultan ajenas o separadas al contexto negocial, ni le imponen a la entidad territorial una consecuencia desproporcionada, pues su entendimiento sistemático, de la mano las demás estipulaciones, no arroja el desenlace desmesurado aludido. En esa medida, no se puede categorizar a la mencionada cláusula como abusiva y, por tanto, no



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

cabe la imposición de sanción alguna de cara a la misma, por lo que la decisión de abusividad declarada por el *a quo* en ese sentido, será revocada.

212. Sumado a lo anterior, no era dable encuadrar a la cláusula en examen en la causal de abuso o desviación de poder, de que trata el art. 44.3 de la Ley 80 de 1993 y, como consecuencia, declarar su nulidad absoluta, pues su pacto no evidenció el ejercicio de las funciones asignadas al Ministerio y a FONADE de forma separada al contenido que les atribuye el ordenamiento jurídico o las bases mismas del convenio. La estipulación analizada no evidencia que las demandantes hubieren actuado de forma ajena a los mandatos institucionales que dirigen su actuar negocial, ya sea mediante su alejamiento con fines corruptos o persuadidos de intereses diferentes al objetivo que les fue provisto legalmente.

213. Esta causal –de aplicación e interpretación taxativa– no acoge eventos de aprovechamiento de la posición negocial de un sujeto frente a otro, en tanto emerge como correctivo de la desviación de los fines institucionales a propósitos distintos para los cuales fueron concebidos. Pero hay más, ni siquiera bajo la calificación atribuida por el *a quo* a la estipulación que tildó como abusiva, ello autorizaba a declarar su nulidad, menos oficiosa, dado que este supuesto no encuadra en ninguno de los eventos de nulidad absoluta y tampoco fue pedido por las partes, que es presupuesto para la activación de la sanción de nulidad relativa, aplicable a los pactos que se ciñen de tal carácter.

214. No se observa que el Ministerio, en su calidad de aportante de la mayoría de la financiación, hubiere utilizado esta posición en aras de imponer un compromiso alejado de los fines que enlazaron a las tres entidades para el logro de la causa común, comoquiera que las prestaciones pactadas en la cláusula segunda de la prórroga No. 4 reafirman los compromisos que éstas ya habían adquirido (en especial el Municipio) desde el inicio del convenio, como atrás quedó visto, lo que desdice del supuesto aprovechamiento en que incurrió el Ministerio y FONADE al momento de su proposición, por cuanto su alcance no resulta ajeno o separado del contexto negocial, como adelante se precisará. En esa medida, no se puede categorizar a la mencionada cláusula como abusiva, ni hay prueba que respalde tal supuesto.

215. No se pasa por alto que el municipio se limitó a aducir en su defensa que la cláusula examinada adolecía de nulidad por la falta de planeación, razonamiento que no se corresponde con el fenómeno de la *abusividad* y, por tanto, no podía el Tribunal asimilar o tener por razonado un argumento no planteado, puesto que la nulidad relativa prescinde de la atribución oficiosa de su declaración¹⁴⁹.

216. Esclarecidas las razones por las cuales no se configuró el instituto de la abusividad respecto de la cláusula segunda de la prórroga No. 4, corresponde a la Sala analizar si tal previsión fue incumplida.

¹⁴⁹ De acuerdo con el art. 46 de la Ley 80 de 1993, la nulidad relativa puede “*sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio*”. Dado que el otrosí 4 fue suscrito el 30 de junio de 2011 y la demanda se presentó el 30 de mayo de 2014, tal vicio, de haberse propuesto en la demanda, en todo caso estaba saneado por el transcurso del tiempo.



217. La citada estipulación negocial está conformada por dos ejes prestacionales que dan lugar al efecto jurídico acordado; de un lado, el Municipio se comprometió a conseguir los recursos necesarios (primera prestación), con el fin de instalar los equipos durante la vigencia del acuerdo negocial (segundo compromiso), de modo que se garantizara la funcionalidad del proyecto (objetivo) y en caso de que esto no aconteciera se planteó el reintegro de la totalidad de los recursos asignados por el Ministerio (consecuencia jurídica).

218. Así, la primera prestación consagrada en la cláusula bajo examen –provisión de los recursos requeridos–, recalca los compromisos adquiridos por la entidad territorial desde la celebración del convenio, puesto que en el núm. 11 de la cláusula tercera se pactó que el Municipio gestionaría *“si fuere necesario, la obtención de recursos de aporte local y/o regional para asegurar la terminación del objeto del presente convenio de apoyo financiero, cuando por ajustes o actividades no programadas, costos adicionales de interventoría originados por causas no atribuibles a las partes o cualquier otro valor adicional no establecido en el proyecto inicial, y cuando sea imposible cubrir tales erogaciones con la partida de imprevistos que se haya definido en el Plan Financiero aprobado”*¹⁵⁰.

219. El plenario da cuenta de que el Municipio satisfizo ese compromiso, comoquiera que (i) en escrito del 9 de noviembre de 2011¹⁵¹, el Fondo puso en evidencia que la entidad territorial aludió la necesidad de reformular el proyecto para incorporar sumas de dinero provenientes de su cuenta, (ii) el 16 de octubre de 2012, aquel indicó al FONADE que se reinició el contrato derivado con el giro de recursos provenientes de la Administración territorial, (iii) en la comisión de verificación efectuada el 30 de septiembre de 2013¹⁵², el alcalde del Municipio aseguró que se adicionarían los dineros necesarios para completar la instalación de los equipos, y (iv) al comparar las sumas de dinero que el Fondo certificó que se transfirieron para el pago al consorcio –\$2.525'895.984¹⁵³– frente a las sumas canceladas a este último para el desarrollo del contrato derivado, en virtud de lo referido en su acta de liquidación unilateral –\$3.358'822.864¹⁵⁴–, se advierte una diferencia de \$832'926.880, consistente en los recursos que el Municipio efectivamente giró para lograr el cometido del contrato derivado y, por ende, del convenio. De este modo, se acreditó que el Municipio sí desembolsó una suma dineraria para lograr el fin pactado en el convenio.

220. En relación con la segunda prestación, relativa a la instalación de los equipos en el término del convenio, se demostró que fue observada sin tener certidumbre sobre el momento en que esto ocurrió, por cuanto el Fondo aseveró, en los anexos de su informe final, que el Municipio *“realizó en su totalidad la instalación de los*

¹⁵⁰ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 116.

¹⁵¹ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 151.

¹⁵² Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 217 a 222.

¹⁵³ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 215.

¹⁵⁴ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 485.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

*equipos suministrados con los recursos de la Nación*¹⁵⁵, afirmación expresa y clara en punto a la instalación de los equipos, sin mención del lapso temporal de su consolidación. Por tanto, no hay lugar a concluir que aconteció fuera del plazo del convenio, pues nada se demostró al respecto. A lo anterior se agrega que FONADE destacó, en su informe final, que el 10% de incumplimiento del objeto –relacionado con los impases del componente eléctrico– se materializó en que el Municipio “no ha realizado la puesta en marcha de los equipos suministrados e instalados”¹⁵⁶.

221. No se puede obviar que, seguido a las mencionadas prestaciones, los contrayentes señalaron que las mismas se pactaban “(...) *de manera tal que se garantice la funcionalidad del proyecto*”, manifestación que no se entiende como un mandato adicional de resultado frente al objeto pactado, so pena de activar la consecuencia jurídica ya descrita. Se trata de un requerimiento de utilidad del módulo de la PTAR, de cara al efectivo despliegue de las prestaciones convenidas, por lo que si estas últimas se observaron, el resultado esperado era su provecho para el propósito que se concibieron dichas medidas; sin embargo, pese a su ejecución, podía acontecer que no se completara el objeto, pues más allá de aquellas, lo cierto es que otros factores podían incidir en las resultas esperadas.

222. Ante la acreditación de que la entidad territorial observó los compromisos previstos en esa regla convencional, no procede la activación del desenlace definido por la falta de prestación de aquellos; de modo que, no hay lugar a ordenar al Municipio restituir la totalidad de los recursos girados por el Ministerio, a través del FONADE, para el desarrollo del proyecto, pues lo cierto es que todos fueron ejecutados en la obra, según fue afirmado en el informe final de interventoría del Convenio, sin oposición del Ministerio en ello.

(iii) Liquidación del convenio de apoyo financiero No. 2071079

223. Las demandantes pidieron que en el finiquito del negocio se incluya la devolución por parte del Municipio de la totalidad de los recursos desembolsados para la concreción del proyecto, con sustento en el supuesto incumplimiento en que éste incurrió, en relación con las cláusulas tercera del convenio y segunda de su prórroga 4.

224. La Sala comparte la decisión del *a quo* de liquidar el negocio jurídico en ceros, es decir, sin establecer un crédito a cargo de alguno de los contrayentes, porque dicha determinación se sujeta a lo concluido en apartes previos sobre la ausencia de acreditación de los incumplimientos endilgados al Municipio y guarda coherencia con los valores que el FONADE certificó como desembolsados al contratista, en consonancia con el porcentaje de avance del convenio que fue acreditado en el *sub-lite*.

225. En su informe final¹⁵⁷, FONADE indicó que cobró por su gestión gerencial la suma de \$118'235.273, desembolsó al contratista el monto de \$2.525'895.984,

¹⁵⁵ Índice 68, SAMAI –Gestión en otras corporaciones, TA Boyacá–, archivo “CUADERNO UNO 2014-00336”, fls. 218.

¹⁵⁶ Ibidem

¹⁵⁷ En este documento, el Fondo elaboró la siguiente relación financiera:



Expediente

Demandantes:

Demandado:

Referencia:

150012333000201400336 01 (69.562)

Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE

Municipio de Tunja

Controversias Contractuales

quedando un saldo pendiente por pagar al consorcio de \$358'868.473, para completar los \$3.003'000.000 de aportes a los que se comprometió el Ministerio. Como el saldo a favor del contratista se derivaba del porcentaje de ejecución del convenio que no se alcanzó, no corresponde ordenar pagos a favor de alguno de los contrayentes del convenio pues los desembolsos efectuados se acompañaron con el desarrollo negocial acreditado en el plenario.

226. Se aclara, así mismo, que la cláusula penal pactada por las partes y reclamada en las pretensiones como una suma a incluirse en la liquidación judicial, no procede en el *sub examine*, en la medida que no se atribuyó a sujeto alguno una conducta culpable generadora de un menoscabo frente a los demás contrayentes; en efecto, la no consecución del 100% del objeto convenido devino pese a la articulación conjunta de funciones desplegadas para tal fin, por lo que la afectación derivada de dicho resultado se debe asumir de forma congregada por todos los participantes, escenario que restringe, dada la naturaleza sancionatoria de la cláusula penal, su imposición respecto de alguno de tales sujetos.

227. En virtud de todo lo expuesto, la Sala modificará la sentencia objeto de alzada, manteniendo la liquidación efectuada por el *a quo*, y revocará la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula contractual examinada; negando las demás súplicas de incumplimiento aducidas en la demanda e insistidas en la apelación con fundamento en las razones desarrolladas en esta providencia.

Costas

228. En los términos del artículo 188 del CPACA, resulta aplicable lo previsto en el Código General del Proceso en relación con la condena en costas, normativa que consagra, en su artículo 365 -numeral 1-, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto, lo que conduciría a imponer costas por esta instancia a cargo del Ministerio (a quien se le resolvió de forma desfavorable la alzada); sin embargo, como prosperó parcialmente la demanda, al accederse a la liquidación judicial pedida, pero con un resultado diverso al peticionado, la Sala aplicará el supuesto de que trata el numeral 5 del mencionado art. 365¹⁵⁸, que autoriza al juez a abstenerse a condenar en costas a las partes, aserto fundado en la constatación de que los recursos aportados al convenio sí fueron invertidos y, además, se logró un avance certificado en la consecución del cometido pactado.

EJECUCION FINAL CONSOLIDADA				
RUBRO	VALOR APROBADO RECURSOS NACIÓN	VALOR EJECUTADO		
		PAGOS A CONTRATISTAS	EJECUCIÓN FONADE	TOTAL
Obra Civil y Suministros	2.884.764.727	2.525.895.984	-	2.525.895.984
Fortalecimiento Institucional	-	-	-	-
Interventoría	58.175.273	-	58.175.273	58.175.273
Seguimiento y Evaluación	60.060.000	-	60.060.000	60.060.000
TOTAL	3.003.000.000	2.525.895.984	118.235.273	2.644.131.257
RESUMEN EJECUCIÓN		Pagos a Contratistas	2.525.895.984	
		Ejecución Fonade	118.235.273	
		Saldo por pagar al contratista	358.868.743	
		Saldo por ejecutar / Reíntegro Convenio 194048	-	
		TOTAL	3.003.000.000	

¹⁵⁸ “5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.



Expediente	150012333000201400336 01 (69.562)
Demandantes:	Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FONADE
Demandado:	Municipio de Tunja
Referencia:	Controversias Contractuales

III. PARTE RESOLUTIVA

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 y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2022, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, de conformidad con las motivaciones esgrimidas en esta sentencia y, en su lugar, se dispone:

***“PRIMERO: LIQUIDAR** en ceros el convenio de apoyo financiero 2071059 del 26 de junio de 2007, por las razones que señala esta providencia.*

***SEGUNDO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con el análisis efectuado en la parte motiva de esta sentencia.*

***TERCERO:** Sin condena en costas.*

***CUARTO:** Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la ANDJE, de conformidad con lo indicado en el inciso final del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.*

***QUINTO:** En firme la presente sentencia, ARCHÍVESE el expediente dejando las constancias de rigor”.*

SEGUNDO: Sin condena en costas por esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ
Con aclaración de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de 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 enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.**

