



1022

Rama Judicial del Poder Público

Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Fallo escrito RD 2013-0015

Contractual

Tunja, Nueve (9) de Abril de dos mil quince (2015)

Referencia	: 150013333011-2013-00015-00
Medio de Control	: CONTRACTUAL
Demandante	: SOCIEDAD BOYACENSE DE INGENIEROS ARQUITECTOS
Demandado	: FONVICHIQ y MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA

De conformidad con lo previsto en los artículo 181 y 187 del C.P.A.C.A. y habiéndose agotado en debida forma las etapas procesales precedentes, decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES instaurada por la SOCIEDAD BOYACENSE DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS, en contra de FONVICHIQ y MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA.

I. ANTECEDENTES

1-. Objeto de la Acción

La SOCIEDAD BOYACENSE DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda con el fin de que se declare el incumplimiento del Convenio de Asociación No. 001 de 19 de julio de 2010 por parte de FONVICHIQ y MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA al no haber efectuado liquidación y pago final del mismo, correspondiente al 20% del valor pactado, como consecuencia de la declaración anterior solicita efectuar la liquidación judicial del Convenio y condenar a las demandadas al pago de intereses de mora sobre lo adeudado.

2. Fundamentos Fácticos:

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la parte actora narra, los hechos que enseguida se resumen:

- 1.- FONVICHIQ celebró convenio de asociación No. 001 el 19 de julio de 2010 (fl. 76-84)
- 2.- El objeto del Convenio de Asociación No. 001 fue el dictamen, peritazgo y examen técnico, financiero y administrativo de los proyectos de vivienda de interés social Villa Lilia primer y segunda etapa y parque residencia San José del municipio de Chiquinquirá. (fl 78)
- 3.- El día 3 de agosto de 2010, se firmó el acta de inicio, con un plazo de ejecución de cinco meses. (fl. 217,218)
- 4.- El 27 de septiembre de 2010, la SBIA presenta informa parcial y se solicita ampliación del plazo para la entrega del informe final en 105 días y 45 días para apoyar a FONVICHIQ en la liquidación de los convenios suscrito con la OPV la Colmena. (324-331)
- 5.- Mediante otro si No. 02 de 21 de diciembre de 2010, se modifica la cláusula tercera aportes al convenio, desembolsos, quedando: un 30% con la entrega del informe técnico y un 20% final a la entrega del componente financiero y administrativo del informe final y se haga entrega de la proyección de los actos administrativos de liquidación de los convenios 01, 02 y 03 suscritos entre FONVICHIQ y la OVP la Colmena y recibo a satisfacción del convenio, terminación y liquidación. Se prorroga el plazo de ejecución en 30 días. (fls. 313-314)
- 6.- EL 2 de febrero de 2011 se firma el otro si 03, mediante el cual se prorroga la ejecución del convenio en tres (3) meses. (fls. 313-314)
- 7.- EL 30 de marzo de 2011, mediante oficio se comunica a la SBIA sobre algunas controversias surgidas durante la revisión por parte de la supervisión. Comunica que el informe presentado por la SBIA, no cumple con los requisitos pactados en el convenio y por tanto no se puede dar como recibidos, toda vez que no cuenta con los soportes y firmas de los profesionales responsables. (fl.168,169)
- 8.-EL 30 de marzo se recibe oficio en el que solicita información detallada del desarrollo del convenio 0001 de 2010 (fls. 165, 166, 168-169)
- 9.- El 27 de abril de 2011, se recibe solicitud de entrega del informe final, que contenga todos los componentes pactados en el convenio conforme a la cláusula 8, así como la entrega debidamente soportada de campo y documentación que haya servido de base para el análisis realizado y la elaboración de informes, así como cartas de responsabilidad de los profesionales que intervinieron en el levantamiento y elaboración de informes finales. (fl.156,158)
- 10.- El 29 de abril de 2011 mediante otros si 04, se prorroga la ejecución del convenio por 30 días, conforme a la solicitud del SBIA de fecha 29 de abril de 2011 para analizar y revisar ajustes y modificaciones del informe preliminar presentado. (fls. 135,136)
- 11.-El 30 de mayo de 2011, se entrega por la SBIA, los presupuestos de obra ejecutada: urbanizaciones Villa Lilia y San José (fl. 314)

12.- Mediante oficio de fecha 1 de junio de 2011, remitido a FONVICHIQ, se informa que los presupuestos de la urbanización San José están completos, faltando la MZE 4 viviendas y Mz F 16 viviendas. (fl. 415)

13.- El 2 de junio de 2011, se firma acta de recibo a satisfacción y terminación del convenio sin embargo la supervisión del contrato realizó observaciones al informe final presentado por la SBIA, frente a actividades que deban realizarse para el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones contenidas en el convenio a cargo del contratista. (fl. 13-14)

14.- Mediante oficio de 20 de junio de 2011 se informa a Fonvichiq los hallazgos de la supervisión encontrando: 1)faltan firmas en planos, 2)al informe topográfico le falta la firma, matrícula profesional y videncia, 3)cuadro de resumen de las cantidades reales ejecutadas en urbanismo, 4)falta la adecuación de zonas verdes, circulaciones peatonales, amueblamiento urbano, la descripción de cada ítem firmado por un ingeniero civil matriculado y avalado por la SBIA, en el cuadro de cantidades reales de obra ejecutada en las unidades de vivienda, falta firma de arquitecto matriculado y avalado por SBIA, 5) el lote 6 de la manzana A de la urbanización San José, es irregular, por lo tanto no tienen las mismas especificaciones como se encuentra en el cuadro resumen, 6)dentro del concepto general de la calidad de los materiales y mano de obra falta recomendaciones para el proyecto San José, 7) sugiere entrega del informe final por proyecto para más agilidad en la revisión, 8) la información presentada sea de fácil entendimiento para profesionales y usuarios. (410-411)

15.- Mediante Resolución No. 034 de fecha 23 de junio se corre traslado a los usuarios y beneficiarios de los proyectos.(fl. 452-456)

16.- Mediante oficio de 10 de agosto de 2011 se remite a la SBIA por parte de la supervisión del convenio copia de los requerimientos de los usuarios de los proyectos de vivienda Villa Lilia I y II y parque residencial San José. (fl. 371)

17.- El 30 de agosto de 2011, esta entidad informa que se ha encontrado nueva información que es necesario revisar con detenimiento y determinar la inclusión del ítem de descapote, movimiento de tierras y suministro, extendido y compactación de material afirmado. (372, 433, 434)

18.- Mediante oficio del 16 de septiembre de 2011, la SBIA, solicita se aclare los ítems correspondientes a descapote, movimiento de tierras y suministro, extendido y capacitación de material de afirmado, por medio de oficio de la misma fecha se da contestación por parte de la supervisión del convenio. (fl. 404)

19.- Mediante oficio 3 de octubre de 2011 se remite por parte de la SBIA, respuestas a las peticiones realizadas por los usuarios de Villa Lilia I y II y Parque residencial San José. (fl. 432)

20.- Mediante oficio de 31 de octubre, la supervisión del convenio solicita la corrección de las liquidaciones de dos usuarios. (fl. 399, 400 y 402)

- 21.- La SBIA da respuesta por medio de oficio de fecha 26 de noviembre de 2011 (fl. 376)
- 22.- Mediante oficio del 17 de noviembre de 2011, se entrega por parte de la SBIA informe técnico financiero y administrativo del Peritazgo, conclusiones, recomendaciones y liquidación de contratos. (fl. 398)
- 23.- Mediante oficio de 1 de diciembre de 2011, se solicita a la SBIA se aclare el informe financiero de acuerdo a los aportes de cada uno de los usuarios de la OVP y subsidios. Especificar los aportes de cada usuario en cada uno de los proyectos. (fl. 378)
- 24.- La SBIA, da respuesta a lo solicitado mediante oficio del 9 de diciembre de 2011. (379,395)
- 25.- Mediante oficio de 28 de diciembre de 2011, se entrega informe final organizado del "dictamen, Peritazgo y/o examen técnico, financiero y administrativo de los proyectos de vivienda de interés social Villa Lilia Primera y segunda Etapa y Parque Residencial San José del municipio de Chiquinquirá- (fl. 385-387)
- 26.- Mediante oficio de fecha 2 de enero de 2012, enviado por FONVICHIQ a la SBIA, se solicita la presencia de los profesionales que realizaron el estudio y cita a reunión el 9 de febrero de 2012 (fl. 362)
- 27.- Mediante derecho de petición de fecha 30 de mayo de 2012, la SBIA solicita la liquidación del convenio y la cancelación de los recursos correspondientes al último pago. (fl.334)
- 28.- Mediante oficio de 7 de junio de 2012, se da respuesta por municipio al derecho de petición, en donde se solicita una reunión para definir el trámite de liquidación. (fl. 332)
29. Mediante oficio del 17 de septiembre de 2012, dirigido a la SBIA, se da a conocer el proceso y los pasos seguidos dentro del convenio a la fecha, a fin de lograr un acuerdo para la liquidación del convenio. (fls. 324-331)
- 30.- El 25 de septiembre de 2012, se llevó a cabo una reunión, entre los representantes del municipio de Chiquinquirá y la SBIA, a fin de llegar a un acuerdo para la liquidación del contrato. (fl. 322)
- 31.- En la reunión del 25 de septiembre se extrajo, que los temas a tratar y agotar fueron los artículos 15 y 16 del contrato, relacionados con los verbos rectores que allí se evidencian, específicamente apoyar y acompañar, verbos que aparecen en dichos artículos y de los cuales se discutió su alcance y comprensión contractual.(fl.322)
- 32.- En la reunión del 25 de septiembre se acordó que se proyectaría el acta por parte del municipio y se enviaría para revisión a la SBIA para luego proceder a la liquidación.(fl. 322)
- 33.- Se recibe por parte del SBIA, la proyección del acta de la reunión con la sorpresa de que no se trata ninguno de los temas discutidos el día de la reunión. (fl. 322)

34.- El 10 de diciembre de 2012, mediante oficio dirigido al municipio de Chiquinquirá, se hace la aclaración pertinente de los temas tratados en la reunión a fin de que se corrija el acta y se prosiga con la liquidación del convenio. (319-321)

35.- Luego de varias solicitudes telefónicas, el municipio de Chiquinquirá a la fecha se ha negado sistemáticamente a realizar la liquidación del Convenio de Asociación No. 001 de julio 19 de 2010, a pesar de que el objeto contractual ha sido plenamente cumplido por la SBIA.

36.- La no liquidación del convenio de asociación No. 001 de 19 de julio de 2010, por parte del municipio de Chiquinquirá ha traído graves perjuicios a la SBIA, que ha tenido que sufragar los gastos y realizar los pagos acordados a los profesionales que intervinieron en dicho convenio para el cumplimiento del mismo.

37.- Pese al cumplimiento del contrato por parte de la SBIA, a la suscripción del acta de recibo a satisfacción y de la terminación de todos y cada uno de los ítems del convenio de asociación, así como la infinidad de reuniones tendientes a lograr la liquidación del convenio, a la fecha este acto no se ha realizado por parte del municipio.

3. Contestación de la Demanda.

La entidad accionada FONVICHIQ, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que el último pago no se ha efectuado como resultado de múltiples anomalías en la ejecución del contrato, no subsanadas por el contratista.

Propuso las excepciones de ilegitimidad en la causa por activa e ilegitimidad en la causa por pasiva, sustentadas en el hecho de que la parte incumplida es la sociedad demandante, quien desatendió las obligaciones adquiridas. Advierte que la no liquidación del convenio obedece a una falla del contratista y no a la responsabilidad aducida a la entidad FONVICHIQ.

La entidad accionada municipio de Chiquinquirá, presentó escrito, sin embargo al no haber acreditado el derecho de postulación que exige la Ley, no puede ser tenido en cuenta como contestación.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 29 de agosto de 2013 (fls. 93,94), ordenando notificar personalmente a las entidades demandadas (fl. 98,99) entidades que contestaron dentro del término (fls. 137-113, 799-803).

Mediante auto de fecha 08 de mayo de 2014, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial (fl.814), la cual se llevó a cabo el 12 de junio de 2014 (fl. 819-826) decretando pruebas; posteriormente se fijó fecha para audiencia de pruebas mediante auto de fecha 19 de junio de 2014, para el día 11 de agosto del corriente (fl.947), reanudada el 25 de septiembre (fls. 969-972), mediante auto de fecha 19 de febrero de 2015, se corrió traslado a las partes para alega de conclusión. (fls. 1002)

1.- Alegatos de conclusión

El apoderado de la parte actora no presentó alegatos de conclusión dentro del término señalado para el efecto.

La apoderada de la entidad demandada FONVICHIQ presentó escrito de alegatos, en el que refiere que de conformidad con el acta de transacción allegada, solicita dar por terminado el proceso y se emita fallo inhibitorio.(fls. 1007)

El apoderado de la entidad demandada municipio de Chiquinquirá presentó escrito de alegatos extemporáneamente. (fls. 1009-1021)

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

La controversia se contrae a determinar si procede declarar el incumplimiento del Convenio de Asociación No. 001 de 19 de julio de 2010, suscrito entre el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Chiquinquirá Fonvichiq y la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos y si es procedente efectuar la liquidación del referido contrato por vía judicial?.

Para resolver el problema jurídico plateado el despacho considerará los siguientes ítems.

- i) DERECHO APLICABLE, ii) CASO CONCRETO, iii) DE LA LIQUIDACION iv) CONCLUSION, v) COSTAS, vi) DECISIÓN

I) DERECHO APLICABLE

Para dirimir el caso que nos ocupa resulta relevante identificar varios temas.

Liquidación en el contrato estatal.

Frente al concepto de liquidación judicial, debe entenderse como el balance final de una relación contractual en la que una de las partes es el estado, adoptada por el Juez ante la ausencia de liquidación bilateral o unilateral:

“En cuanto corresponde a la liquidación de los contratos de la Administración, ha de señalarse que dicha figura corresponde al balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto. Es por ello que el acto contentivo de la liquidación del contrato se encuentra señalado, de manera expresa, como integrante del título ejecutivo que en asuntos contractuales puede configurarse a favor de la correspondiente entidad estatal contratante (artículo 68-4, C.C.A.). Como es bien sabido, la liquidación de los contratos de la Administración pueden revestir alguna de las siguientes modalidades: bilateral, unilateral o judicial. (...) Liquidación judicial, es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas. El juez deriva su competencia sobre esta materia, entre otras disposiciones legales, tanto de los dictados del artículo 87 como de lo dispuesto en la mencionada letra d) del numeral 10 del artículo 136, ambas normas del Código Contencioso Administrativo - C.C.A.-.”¹

En cuanto a los plazos para efectuar la liquidación es claro que el primer plazo es el bilateral que puede ser establecido de común acuerdo entre las partes, que de no señalarse, la Ley suple este vacío temporal otorgando cuatro meses a las partes para que realicen la liquidación bilateral, de no surtirse ésta, la entidad pública cuenta con dos meses para practicar la liquidación unilateral y de no hacerla procede solicitar la liquidación del contrato por vía judicial dentro de los dos años siguientes, en tanto sostenía la jurisprudencia que la administración perdía su competencia por el factor temporal:

¹ C.E. S.3. 4 diciembre de 2006. Rad. No. 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239) C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez

1029

*“Desde otra perspectiva, en cuanto corresponde a la oportunidad o el plazo establecido para la realización o adopción de la liquidación de un contrato de la Administración, dentro del marco normativo aplicable de manera particular al caso concreto que aquí se examina, importa destacar que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, vacío legal que fue satisfecho por vía jurisprudencial cuyos lineamientos fueron recogidos posteriormente por la Ley 80 de 1993, en sus artículos 60 y 61, normas que posteriormente complementó la Ley 446 de 1998 mediante lo dispuesto en su artículo 44, numeral 10, letras b), c) y d). Según las disposiciones legales actualmente vigentes, contenidas fundamentalmente en la Ley 80 expedida en el año 1993 y el C.C.A., la oportunidad señalada para la realización de la liquidación conjunta o bilateral, corresponde al “... término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia ...”, cuestión que, en criterio de la Sala, no excluye la posibilidad de dicho plazo también pueda ser estipulado o acordado, convencionalmente, dentro del propio contrato. Ahora bien, si en el pliego de condiciones o en el contrato no se consagra un plazo específico para la liquidación, la ley (artículo 60, Ley 80), de manera supletiva, determina que la liquidación bilateral deberá realizarse “... a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato”. En cuanto a la oportunidad que las normas hoy en vigor establecen para el ejercicio de las facultades con que cuentan las entidades estatales para adoptar la liquidación unilateral, cabe señalar que esa materia se encuentra regulada en la citada letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., según su contenido a la Administración se le concede un plazo legal de dos (2) meses para adoptar la liquidación unilateral, término que empieza a correr a partir del vencimiento de aquél convenido por las partes para la liquidación bilateral o, a falta de tal plazo convencional, a partir del vencimiento del plazo de los cuatro (4) meses que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 consagra, de manera supletiva, para la liquidación bilateral o conjunta. Ahora bien, si la entidad estatal contratante no efectúa la liquidación unilateral dentro del mencionado término de dos (2) meses, siguientes al vencimiento del plazo acordado o legalmente establecido para la procedencia de la liquidación conjunta, **ha de concluirse que aquella pierde su competencia por razón del factor temporal -ratione témporis-, puesto que el aludido plazo legal de dos (2) meses es preclusivo en la medida en que la propia ley consagra una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar dicha competencia al juez del contrato** y autorizar entonces al respectivo interesado -que podrá ser la propia entidad contratante o el particular contratista-, para que a partir del vencimiento de dicho plazo pueda demandar la realización de la liquidación ante el juez del contrato, de conformidad con el texto la norma en cita [parte final de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.]. En este caso la oportunidad para ejercer la acción contractual, cuando la misma se encamina a obtener la*

liquidación judicial del contrato estatal, se encuentra enmarcada entre el momento en que vence el plazo legal de dos (2) meses con que cuenta la entidad estatal para realizar la liquidación unilateral -dos (2) meses adicionales al plazo convencional o legal establecido para la realización de la liquidación bilateral o conjunta-, y el momento en que fenece el plazo de dos (2) años siguientes al vencimiento del referido término legal de dos (2) meses, que es cuando opera la caducidad de la acción.”²

Sin embargo la posición que ha imperado en el Máximo Tribunal Administrativo y que se encuentra vigente, es aquella en virtud de la cual se aplican los mismos plazos, pero se advierte que la administración está facultada para efectuar la liquidación durante los dos años siguientes al vencimiento del plazo para liquidarla unilateralmente, como quiera que los plazos legales no son perentorios, como sigue:

“El plazo para la liquidación del contrato ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales. De conformidad con el art. 60 de la ley 80 de 1993, la liquidación del contrato estatal debe realizarse por el mutuo acuerdo de las partes durante los 4 meses siguientes a la finalización del plazo del mismo, en cuanto en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el contrato no se haya indicado un plazo diferente, o unilateralmente por la administración durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o en su defecto, del establecido por la ley. Y si la administración no lo hiciere en este término, podrá el interesado acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (lit d. numeral 10 art. 136 c.c.a.). Sin embargo, la sala sostuvo que si la administración no liquida el contrato en el término que la ley le concede para efectuarla unilateralmente (dos meses después del plazo convenido o del señalado en el art. 60 de la ley 80 de 1993), puede hacerlo por fuera de ese término, ya sea por mutuo acuerdo con el contratista o unilateralmente, toda vez que los términos anteriores no son perentorios. No obstante, advirtió, “que ante la preceptiva del literal d. numeral 10 del actual art. 136 del C.C.A, esa facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual”, ya que “dentro de este término, el contratista podrá pedir no sólo la liquidación judicial del contrato sino que se efectúen las declaraciones o condenas que estime pertinentes.”³

Ahora bien la Ley 1437 de 2011, respecto de la caducidad de las acciones relativas a contratos dispone en el artículo 164:

² Ibidem 2

³ C.E. S.3. 10 de junio de 2004. Rad. O. 68001-23-15-000-2001-3482-01(23617). C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Literal j) numeral v): *“En los que se requieran de liquidación y ésta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que los disponga.”*

De conformidad con lo anterior se puede establecer que la contratante o entidad pública, tiene un plazo de 30 meses después de terminado el contrato para realizar la liquidación unilateral.

Así lo explica más reciente jurisprudencia:

“La norma es clara en el sentido de precisar que si transcurrió el término de dos años y la liquidación del contrato no se ha efectuado ni bilateral ni unilateralmente, la administración pierde competencia; pero ante este hecho, surgen dos situaciones a tenerse en cuenta: (i) Si a pesar de haber transcurrido los cuatro meses que otorga la ley o cualquier otro tiempo que haya sido estipulado por los contratantes más dos meses para la liquidación del contrato, y ésta no se ha efectuado ni de mutuo acuerdo ni por parte de la administración, siempre y cuando no se demande ante el juez competente y se notifique a la contraparte de tal actuación, la administración durante el tiempo de caducidad de la acción, es decir de los dos años, conserva competencia para liquidar. (II) Si la administración no liquida unilateral o bilateralmente, dentro del término legal o convencional, el contratista puede obtener la liquidación a través del juez competente, siempre y cuando así lo solicite dentro del término de dos años que es la caducidad de la acción y tan pronto a la administración se le notifique el auto admisorio de la demanda, ésta pierde competencia para proceder a la liquidación unilateral del contrato.”⁴

Incumplimiento del contrato

“En cuanto a la declaratoria de incumplimiento del contrato como decisión independiente y autónoma de la Administración, observa la Sala que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, se admitía la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual una vez vencido el contrato, para los solos efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, toda vez que el artículo 72 establecía:

De la cláusula penal pecuniaria.- En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

⁴ C.E. S.3. Sb C 13 de abril de 2011. Rad. No. 25000-23-26-000-1998-03040-01(18878). C.P. Dr. Olga Melida Valle de De la Hoz

La Ley 80 de 1993 no contempló la posibilidad de declarar el incumplimiento como una decisión distinta de la misma declaratoria de caducidad del contrato, pero posteriormente, la Ley 1150 de 2007 revivió tal posibilidad en el artículo 17, con la misma finalidad que lo hacía el Decreto Ley 222 de 1983: "... con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato".⁵

En providencia posterior se explicó en qué evento procede imputar incumplimiento a la entidad pública:

"La exceptionon adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones."⁶

Convenios de asociación

Para abordar el tema de fondo, es necesario precisar que en los convenios, por su naturaleza, las partes tienen y hacen aportes para un propósito común, para el cual cada uno aporta lo necesario para su cumplimiento y ninguna de las partes se dirige a obtener un mayor beneficio que el de cumplir una misión conjuntamente, diferente al contrato que siempre involucra contenido patrimonial y contraprestación a favor del contratista.

Frente a los convenios de Asociación, resulta importante señalar que la norma constitucional que les dio origen, fue el artículo 355 de la Constitución Política que dispone:

Artículo 355.- Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

⁵ C.E. S.3. Sb. B 25 de agosto de 2011. Rad. No. 25000232600019930836501-01. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth

⁶ C.E. S.3. Sb. B 30 de enero de 2013. Rad. No. 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217). C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth

Por su parte los Decretos 777 de 1992⁷ y 1403 de 1992⁸, anteriores a la ley 80 de 1993, regularon la materia asemejándolo a una contratación directa, con un régimen propio, que abrió la puerta a la contratación con particulares sin agotar las etapas propias de la escogencia de contratistas y que solo hasta el año 2012 fue regulada mediante la figura de las asociaciones públicas privadas con la Ley 1508 de 2012⁹.

Según lo dispuesto en el Art. 1 del decreto 777 de 1992, subrogado por el Art. 1 del Decreto 1403 de 1992, se dispone que en los convenios de asociación es posible incluir las cláusulas exorbitantes:

“Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983”.

Frente a la celebración de convenios de asociación la Ley 489 de 1998¹⁰ dispuso:

Artículo 96º.- *Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.*

⁷ Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política

⁸ Por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992

⁹ Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones

¹⁰ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

e. La duración de la asociación y las causales de disolución.

Así las cosas es claro para el Despacho que tratándose de convenios de asociación, debe darse aplicación a lo estipulado en el Art. 355 de la Constitución Nacional, en concordancia con el Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992 y el Art. 96 de la Ley 489 de 1998.

Sobre las normas que regulan los convenios de Asociación se ha pronunciado el Consejo de Estado como sigue:

“Los dos primeros incisos del artículo 96 de la ley 489 de 1998 regulan los “convenios de asociación” que pueden suscribir las entidades estatales de todo orden, con “personas jurídicas particulares... de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política.” (...) Los estrictos requisitos establecidos por la norma superior (artículo 355) hacen referencia a que el particular con el que se contrate sea una “entidad”, esto es, una persona jurídica, sin ánimo de lucro y de “reconocida idoneidad”; y a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo

1035

de lucro, corresponda a **programas y actividades de interés público**, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo. El mismo artículo 355 constitucional habilitó al gobierno para reglamentar esta actividad contractual; al efecto expidió y se encuentra vigente el decreto 777 de 1992, con las modificaciones introducidas por el decreto 1403 del mismo año; de manera que a más de los requisitos constitucionales deberán observarse los reglamentarios contenidos en los decretos en mención. Entre las disposiciones del decreto 777, la Sala destaca las relativas a la disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal, como requisitos previo y posterior a la celebración del respectivo contrato, que guardan coherencia con el texto del inciso segundo del artículo 355 constitucional en cuanto éste circunscribe el fomento de las actividades privadas a la existencia de los recursos presupuestales. (...) La Sala concluye que tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión “recursos de los respectivos presupuestos” no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que sólo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas”.¹¹

Así las cosas se verifica que los convenios, en desarrollo de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deben constar por escrito y sujetarse a las formalidades que exige la Ley para la contratación entre particulares, sin perder de vista que el municipio o entidad pública autorizada, no obtiene una contraprestación directa a su favor, ya que la beneficiaria directa es la comunidad, sin embargo de la normas referidas, se deduce que los convenios de asociación o interinstitucionales, celebrados con entidades sin ánimo de lucro, con los dineros del Estado, deben propugnar por impulsar programas y actividades de interés público, que no son susceptibles de transferencia, donación o traspaso a las mismas y por lo tanto hacen parte del patrimonio de los entes territoriales, quienes están facultados para incluir cláusulas exorbitantes que garanticen el cumplimiento del objeto convenido.

II) CASO CONCRETO

El material probatorio obrante en el plenario nos permite establecer:

Que entre el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Chiquinquirá FONVICHIQ y la Asociación Boyacense de Ingenieros y Arquitectos se suscribió

¹¹ C.E. S.C.S.C. 3 de septiembre de 2009. Rad. No. 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957) C.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

Convenio de Asociación No. 001 de 19 de julio de 2010, cuyo objeto era “aunar esfuerzos para la ejecución de proyecto dictamen, peritazgo o examen técnico, financiero y administrativo de los proyectos de vivienda de interés social Villa Lilia Primera y Segunda Etapa y Parque San José del municipio de Chiquinquirá” (fls. 223-231)

En el convenio celebrado se señaló como valor total del convenio la suma equivalente a \$82.641.680, con aportes distribuidos así: por parte de FONVICHIQ \$73.054.000 y por la SBIA el valor de \$9.587.680 (fl. 225); el plazo de ejecución determinado en la cláusula quinta fue de cinco (5) meses.

Se encuentra acreditado que en el desarrollo del convenio se suscribieron cuatro (4) otro si: el 01 de 27 de septiembre de 2010, por medio del cual se dispuso ampliar el plazo para entrega del informe final 105 días siguientes a la iniciación del convenio y 90 días siguientes para apoyar la liquidación de convenios (fls. 214-216); el 02 de 21 de diciembre de 2010, por medio del cual se modifican los desembolsos de los aportes y se amplía el plazo de ejecución en 30 días (fls. 175-176); el 03 de 02 de febrero de 2011 prorroga el plazo por tres meses (fls. 171,172) y el 04 de 29 de abril de 2011 amplía el plazo en treinta días.(fl. 135,136).

En desarrollo del contrato se verifican informes realizados por la dirección técnica de obras y supervisiones técnicas de fechas 20 de junio de 2011 (fls. 410-411), 17 de septiembre de 2012 (fls. 324-331, 937-944) y uno sin fecha (fls. 364-366), así mismo se arrió informe del Director de Fonvichiq con destino al Alcalde municipal de fecha 15 de abril de 2013 (fls. 311-316) y un informe general presentado por la Directora de Fonvichiq (fls. 675-684).

De conformidad con la ampliación de plazos establecida a través de otro sí, es claro que el término que en principio empieza a contarse desde el acta de inicio, es decir desde el 3 de agosto de 2010 (fls. 217,218), se vencería el 3 de junio de 2011, motivo por el cual se verifica acta de terminación del convenio de fecha 2 de junio de 2011 y acta de recibo de la misma fecha (fls. 12-14)

Se encuentra claramente acreditado de conformidad con certificado expedido por el Tesorero del Fondo de Vivienda de Interés Social y reforma Urbana de Chiquinquirá, los egresos por concepto del convenio interadministrativo así: a) egreso No. 201000095 de fecha 30 de julio de 2010 por la suma de \$36.527.000, b) egreso No. 201000214 de 30 de diciembre de 2010 por valor de \$21.916.200, para un total de \$ **58.443.200**; dichos egresos se encuentran soportados en certificados de fechas 30 de julio de 2010 y 30 de diciembre de 2010. (fls. 858-860) valores que coinciden con los extractos bancarios allegados por el demandante. (fls. 897,898).

De los informes existentes en el plenario se puede determinar, que el Director Técnico de obra pública, para el 20 de junio de 2011, realizó algunas advertencias en cuanto a **factores formales** como la falta de algunas firmas en los planos, en informes topográficos, en cuadros resúmenes de cantidades reales de obra ejecutada; se sugiere presentar la información con datos más entendibles para los usuarios.

En principio no se advierte la existencia de un reclamo de fondo frente a los informes presentados por la SBIA, son solicitudes formales que podían ser fácilmente subsanables por la entidad requerida.

Ahora bien del informe de fecha 17 de septiembre de 2012, presentado por la Directora Técnica de Obras y Supervisiones Técnicas, se puede destacar que en el acápite denominado, “respecto de los productos a entregar” se hace alusión a planos topográficos firmados por un ingeniero, debidamente matriculado, lo que hace inferir que ya se había subsanado lo relativo a las firmas, según inconformidad anotada en informe anterior al igual que los cuadros resúmenes. En este informe simplemente se limita a hacer un resumen temporal de lo acontecido en el desarrollo contractual, sin que salten a las vista inconformidades respecto de la ejecución el Convenio, solo refiere a que se hace necesario determinar el cumplimiento del objeto del convenio, pues no resulta claro para la nueva administración.

En el informe sin fecha, con corte 30 de diciembre de 2011, suscrito por el Director Técnico de obras públicas, se determina del balance financiero reportado los pagos efectuados así: a) valor anticipo con fecha 30 de julio de 2010 por \$36.527.000, b) valor pagado por la SBIA a 30 de julio de 2010 \$9.587.680, c) valor primer pago parcial a 30 de diciembre de 2010 por \$21.916.200. Así mismo se determina como valor final de pago la suma de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$ 14.610.800) (fls. 364-366)

De otra parte y considerando los requisitos para que podamos enmarcarnos en un convenio de asociación, se verifica la existencia de registro en el banco de Programas y Proyectos de Inversión Municipal de Chiquinquirá, de fecha 7 de julio de 2010, por valor de \$73.054.000 (fl. 236), esto es lo correspondiente al aporte realizado por FONVICHIQ de conformidad con lo previsto en la cláusula tercera del convenio (fl.225); pese a que el peritazgo objeto de convenio, tiene como finalidad hacer un dictamen o examen integral, técnico, financiero y administrativo de los proyectos de vivienda de interés social Villa Lilia primera y segunda etapa y parque residencial San José del municipio de Chiquinquirá, es claro que no tiene como beneficiaria directa a la comunidad y por consiguiente no se hace tan obvio que nos encontremos ante la presencia de un Convenio de Asociación; pues más se adecua en un trabajo de consultoría, requerido por la entidad pública, hecho que desvirtúa la esencia del convenio pues la contraprestación es obtenida directamente por la entidad.

1038

Pese a lo anterior se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 115 de julio de 2010, el Director del Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Chiquinquirá, ordena la celebración de convenio de asociación con una entidad sin ánimo de lucro (fls. 252-254); que mediante Resolución 405 de 19 de julio de 2010, el Alcalde Municipal de Chiquinquirá, autorizó al Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Chiquinquirá, para celebrar un Convenio de Asociación con la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos SBIA (fls. 255-258); y que se dispuso el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal No. 2010000079 de fecha 15 de julio de 2010 (fl. 299), hechos que permiten inferir la correcta disposición precontractual, pese a que el objeto y el destinatario no se enmarque directamente en programas y actividades de interés público, sino en establecer un balance final de obras de interés social ya efectuadas por la administración, estudio que en nada contribuye directamente a la comunidad y por ende la figura del convenio de asociación, fue indebidamente utilizado, pues a la luz de la jurisprudencia es claro que nos encontramos frente a un estudio de consultoría.

El Consejo de Estado ha precisado” *son de la esencia del contrato de consultoría el que una parte se obligue a prestar un servicio consistente en realizar estudios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos determinados, prestar asesoría técnica de coordinación, control y supervisión, realizar actividades de interventoría, asesoría y gerencia de obra o de proyectos, así como la dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos, y el que la otra se obligue a pagar una determinada remuneración como retribución por el servicio prestado. (...) la demostración de la celebración de éste contrato implicará que se acredite, de un lado, cuál o cuales de las actividades antes mencionadas se obligó una parte a realizar, y, de otro lado, cuál es la remuneración que la otra parte habría de pagar por la actividad realizada.*”¹²

Es claro que en los informes presentados por los Directores Técnicos de obras públicas de la entidad, siempre hacen alusión a actividades a las cuales se obligó la SBIA, sin dejar de anotar que hace referencia a pago de anticipo, pagos parciales y pago final, cuando técnicamente se hablaría de aportes al convenio, hechos que de bulto convierten en la práctica un presunto convenio en un contrato de consultoría, situación que resulta deleznable, pues la finalidad de los convenios de asociación, atañen directamente al interés de la comunidad y por consiguiente es solo en el contrato estatal que se aplica la institución de la conservación del equilibrio contractual que obliga a la entidad estatal a restablecerla en caso de que se rompa por razones no imputables al contratista, generándose en consecuencia la posibilidad de

¹² C.E. S.3. Sb. C. 25 de abril de 2012. Rad. No. 52001-23-31-000-2000-00173-01(22167). C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

pagar indemnizaciones o compensaciones a favor del contratista por la ruptura del equilibrio económico del contrato por causas no imputables a éste, mientras que en el convenio no existe esa posibilidad puesto que ninguna de las partes le presta un servicio a la otra, ni mucho menos existe una remuneración por el servicio prestado, lo que excluye la posibilidad de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato.

De conformidad con el acta de recibo parcial del Convenio de Asociación de fecha 21 de diciembre de 2010, suscrito por las partes, de los 15 items de descripción de actividades que debía cumplir la SBIA, se referencia sin ejecutar tres de ellos (fls. 205-207).

Sin embargo para la fecha de entrega, esto es el 2 de junio de 2011, se infiere ya se habían concretado los referidos items, pues en el acta de recibo final se puede leer: “ (...) con el fin de suscribir la presente acta de recibo teniendo en cuenta que las obligaciones de la SBIA descritas en la cláusula séptima del contrato, fueron cumplidas y recibidas a entera satisfacción por parte del FONVICHQ y la supervisión quedando un tiempo prudencial para verificación y posibles reclamaciones de los usuarios de los proyectos. Una vez cumplido el objeto del convenio No. 001 de 19 de julio de 2010, FONVICHQ y la SUPERVISION dan por recibido el convenio por valor de OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS (\$ 82.641.680). En atención a lo previsto en la presente acta, **las partes asociadas dan por terminado y recibido el convenio No. 001 de 19 de julio de 2010 celebrado entre el fondo de vivienda de interés social y reforma urbana de FONVICHQ y la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos SBIA declarándose las partes a paz y salvo entre ellas, libres de todo apremio o desavenencia, por lo cual no se consignan observaciones u objeciones.**”(fls. 350,351)

De conformidad con lo anterior podríamos entender que las partes terminaron el presunto convenio y firmaron el acta de entrega final por encontrarse a paz y salvo, sin embargo, de conformidad con el último informe que reposa, suscrito por la directora saliente de FONVICHQ (fls. 675-684) se puede observar que a la firma del acta de entrega, revisado el trabajo por el supervisor y habiendo corrido traslado del dictamen a los usuarios de las urbanizaciones mediante Resolución No. 034 de fecha 23 de junio(fl. 452-456), se encontraron falencias que fueron materializados en reclamaciones, objeciones y reclamos, que de conformidad con el informe citado, fueron objeto de respuesta por parte de la SBIA, en el mes de noviembre de 2011, fecha en la que la citada sociedad, entregó las recomendaciones y conclusiones de los proyectos, como consta a folio 398; así mismo se prueba en el plenario que mediante

oficio de 28 de diciembre de 2011, la SBIA hace entrega del informe final organizado del "dictamen, Peritazgo y/o examen técnico, financiero y administrativo de los proyectos de vivienda de interés social Villa Lilia Primera y segunda Etapa y Parque Residencial San José del municipio de Chiquinquirá- (fl. 385-387)

Hasta acá podemos sacar varias conclusiones generales respecto del caso que nos ocupa; en primer término en estricto sentido, no nos encontramos frente a un convenio de asociación sino un contrato de consultoría, pues no se advierte la existencia de un objetivo común entre la sociedad y la entidad pública en beneficio exclusivo de la comunidad, así mismo el desarrollo como tal del presunto convenio, tiene una ejecución y desarrollo similar a un contrato de consultoría, de otra parte, no se entiende por este despacho como fue aplicado el aporte a cargo de la SBIA, de conformidad con la cláusula tercera del Convenio de Asociación No. 001 la SBIA, aportaría la suma de NUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS (\$9.587.680), valor que estaría representado en labores intelectuales y operativas; de las cuales no existe prueba específica en el plenario, con menor razón cuando las labores fijadas en la citada clausula, atañen a las contenidas en las obligaciones de la SBIA, incluidas en la cláusula séptima y con la entrega de productos descritos en la cláusula octava del citado convenio.

De otra parte la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido reiteradamente, *"que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral no puede ser enjuiciado por vía jurisdiccional, salvo que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); pero si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, es claro que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que hubiere sido motivo de inconformidad manifiesta. Bajo las orientaciones de la jurisprudencia citada, resulta claro precisar que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo; porque sobre aquellas otras materias respecto de las cuales no realice observación alguna, por encontrarse de acuerdo con su liquidación y así lo formaliza con su firma, no cabe reclamación alguna en sede judicial. Admitirlo sería ir contra la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual "a nadie le es lícito venir contra sus propios actos", la cual tiene sustento en el principio de la buena fe o "bona fides" que debe imperar en las relaciones jurídicas."*¹³

¹³ C.E. S.3. 29 de agosto de 2007, Rad. No. 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854). C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez

1041

Si bien es cierto en el caso concreto no se adelantó liquidación bilateral, haciendo una interpretación sistemática, resulta inaudito que la administración y el contratista, firmen un acta de recibido final, sin objeción o salvedad alguna, en la que expresamente se refiere estar a paz y salvo y ahora pretenda el contratista acudir por vía jurisdiccional a reclamar un hecho que no dejó notar en sede administrativa.

Así mismo, si la administración debía surtir un trámite de traslado del dictamen rendido por la sociedad a los beneficiarios, no podía suscribir actas de recibido a satisfacción, hasta corroborar que la experticia correspondiera a los parámetros precisados para su ejecución y adicionalmente hasta que fueran resueltas las reclamaciones y objeciones presentadas por los interesados; sin embargo como se puede advertir en el sub –lite, solamente después del recibido a satisfacción, la entidad FONVICHIQ empezó a encontrar inconformidades, que fueron resueltas por parte de la SBIA y tal como se advirtió el 28 de diciembre de 2011, la SBIA hace entrega del informe final.

Lo antes expuesto significa que en la ejecución del Convenio 001 de 19 de julio de 2010, existió un incumplimiento recíproco de las partes, que solo se dejó notar con posterioridad a haber recibido supuestamente a satisfacción, sin que lo anterior implique o conlleve a que el contrato en cita quede en un limbo jurídico, sin ninguna solución jurídica tal como se encuentra en estos momentos. Es evidente que pese al incumplimiento recíproco de las partes en la ejecución del referido contrato, éste produjo unos efectos jurídicos entre las partes, que requieren ponerle fin a las relaciones obligacionales que nacieron entre las partes y que aún se mantienen vigentes, tal como lo reconocen las mismas partes, quienes afirman que el convenio no se ha liquidado y no pueden aquellas quedar atadas indefinidamente por ese vínculo contractual. Una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento recíproco es que ninguno de los contratantes incurre en mora y al no estar en mora no se puede demandar la indemnización de perjuicios.

Desde enero de 2012 pese a los requerimientos de la SBIA para efecto de que se tramitara la liquidación del convenio, la entidad FONVICHIQ, no gestionó lo correspondiente, por existir presuntas omisiones en el trabajo desarrollado por la SBIA, sin embargo no existe prueba que demuestre o de certeza a cerca de las inconformidades reportadas por la entidad FONVICHIQ, pues de la prueba documental arrimada se desprende que la SBIA cumplió con los requerimientos específicos efectuados, sin desconocer que ya las dos partes habían aceptado con su firma estar a paz y salvo respecto de las obligaciones previstas en el Convenio 001 de 19 de julio de 2010.

Así las cosas es evidente que el incumplimiento alegado por la entidad demandada, no se encuentra acreditado, contrario a ello la entidad no solamente utilizó una figura contractual que no corresponde con la realidad del objeto contratado, es decir utilizó la figura del convenio, cuando a todas luces nos encontramos ante un contrato, dentro del cual se pactaron obligaciones económicas que no se encuentran satisfechas. Así mismo frente al incumplimiento alegado por el demandante, no concretó en que consistió el incumplimiento, pues tal como se adujo, en el contenido del convenio no se hizo alusión específica a la liquidación del convenio.

Ahora bien es inevitable deducir el incumplimiento del demandante en lo que concierne a los plazos, pues un convenio cuyo plazo inicial fue determinado en la cláusula quinta del convenio en cinco meses a partir de la firma del acta de iniciación del convenio, esto es desde el 3 de agosto de 2010 (217,218), fue terminado informalmente solo hasta junio de 2011, como quiera que el informe final tan solo fue presentado el 28 de diciembre de 2011, esto es mas de dieciséis meses después de haber iniciado, sin dejar de anotar las inconsistencias formales que saltaron a la vista según se reporta en los informes presentados en los directores de obra.

La administración independientemente del mecanismo que utilice debe proceder a finiquitar las relaciones contractuales y dejar definidos los extremos económicos de la relación conforme lo previene el art. 60 de la Ley 80 de 1993, pues no puede desligarse de obligaciones que le competen poniendo en movimiento a la jurisdicción para *"suplir una función pública que ha debido quedar plenamente satisfecha en sede administrativa"*. En el caso concreto procede declarar terminado el Convenio No. 001 de 19 de julio de 2010 y liquidarlo judicialmente ante la omisión de la administración.

Se advierte la omisión de la administración FONVICHIQ, como quiera que el convenio como se señaló cumplió el término de duración el 2 de junio de 2011, de conformidad con el acta de terminación del convenio No. 0001 (fl. 12); como quiera que en el contenido del citado convenio, no se hizo alusión a la liquidación del mismo, procede aplicar la regla general prevista por la jurisprudencia, es decir que la entidad tiene un término de 30 meses para realizarla, esto es hasta diciembre de 2013, pero prefirió pasar su obligación a la jurisdicción administrativa, pese a los escritos remitidos por la SBIA, donde dejaba notar su interés en liquidar el contrato.

Ahora bien respecto del municipio de Chiquinquirá, el despacho declarará de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que fue acreditado en el plenario que el FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE CHIQUINQUIRA FONVICHIQ, es un establecimiento público del orden municipal con autonomía administrativa, personería jurídica, presupuesto

propio y patrimonio independiente, como se acredita con la Directiva No. 001 de 20 de noviembre de 2002, por el cual se expiden los estatutos de FONVICHIQ (fls. 986-995), lo que significa que al tener autonomía administrativa y presupuesto propio, puede responder por las obligaciones contraídas, en calidad de persona jurídica. Su naturaleza sigue siendo la misma, de conformidad con certificación expedida por el Director de FONVICHIQ (fl. 996).

Adicional a lo anterior es claro para el Despacho que en el convenio No. 001 de 19 de julio de 2010, no intervino directamente el municipio de Chiquinquirá, pues si bien es cierto en la cláusula decima primera se estableció que la supervisión del contrato sería ejercida por la Secretaria de Planeación del municipio de Chiquinquirá, se acreditaron la presentación de informes por parte del supervisor a FONVICHIQ (fls. 862-891), sin que en el convenio se verifica firma del representante legal de la entidad municipio de Chiquinquirá, motivo por el cual al no existir prueba que comprometa su responsabilidad, no es factible hacerlo titular de una obligación en cabeza de otra entidad autónoma como lo es FONVICHIQ.

III) DE LA LIQUIDACIÓN:

Tal como quedó acreditado FONVICHIQ celebró convenio de asociación No. 001 con la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos SBIA, por valor de \$82.641.680, sin embargo como ya se dijo, el nomen iuris de convenio de asociación, no corresponde con la realidad de la relación jurídico negocial, en tanto corresponde a un contrato de consultoría, motivo por el cual a este valor es necesario descontar el presunto aporte efectuado por la SBIA equivalente a \$9.587.680, pues como quedó dicho no se arrió prueba específica en la que se verifique la exploración geotécnica, ni los ensayos de laboratorio ni el informe geotécnico, que correspondía al aporte, lo que implica que dichas actividades son asimilables a las contratadas y por consiguiente no respaldan el presunto aporte efectuado.

Así la cosas de conformidad con la disponibilidad presupuestal de la entidad tenemos que contaba con un presupuesto de \$73.054.000 (fl. 299) para adelantar el contrato, como quiera que las actividades que hacían parte del aporte intelectual de la SBIA, también corresponden a las actividades contratadas, significa que este valor estimado debe descontarse del valor presupuestado por la entidad, para un total de \$63.466.320, valor éste del cual se pagó efectivamente a la sociedad \$58.443.200, por lo que es determinable que para la terminación del contrato la entidad adeudaba la suma de \$5.023.120.

Así las cosas la liquidación judicial se determina como sigue:



LIQUIDACION CONVENIO 001 DE 19 DE JULIO DE 2010			
	ITEM	FONVICHIQ	SBIA
VALOR CONVENIO		82,641,680	
DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL		73,054,000	73,054,000
VALOR ANTICIPO			36,527,000
VALOR PRIMER PAGO PARCIAL			21,916,200
VALOR APOORTE INTELECTUAL			9,587,680
VALOR FINAL A PAGAR			5,023,120
SUMAS IGUALES		73,054,000	73,054,000

De conformidad con lo anterior se concluye que FONVICHIQ será condenado a pagar como consecuencia de la liquidación del Convenio 001 de 19 de julio de 2010 a favor de la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos SBIA demandante la suma de **CINCO MILLONES VEINTITRES MIL CIENTO VEINTE PESOS M/CTE \$ 5.023.120.**

Tal como se citó, frente a los intereses de mora reclamados y los presuntos perjuicios causados no tienen vocación de prosperidad, como quiera que una de las consecuencias jurídicas del incumplimiento recíproco de las partes, es que ninguno de los contratantes incurre en mora y al no estar en mora no se puede demandar la indemnización de perjuicios, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado¹⁴.

La actualización de la suma en cita procederá desde el **2 de diciembre de 2013** fecha esta última en que venció el plazo con que contaba la entidad estatal para realizar la liquidación unilateral hasta la ejecutoria del fallo así:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$5.023.120 * 120,27 / 113,98 = 5.300.321$$

Así las cosas el valor a pagar por parte de FONVICHIQ a la SOCIEDAD BOYACENSE DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS es de **CINCO MILLONES TRESCIENTOS MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE. (\$ 5.300.321)**

¹⁴ C.E. S.3. Sb. C. 13 de abril de 2011. Rad. No. 25000-23-26-000-1998-03040-01(18878). C.P. Dra Olga Mérida Valle De De La Hoz

Las irregularidades en las actuaciones por parte de FONVICHIQ, que no solamente celebró un presunto convenio con un objeto diferente al bienestar directo de la comunidad, sino que la ejecución de lo convenido no es claro en tanto no se puede determinar si el peritazgo cumplió la finalidad, entre otros aspectos, aunados a la omisión en la supervisión y requerimientos previo al recibido de conformidad de los productos entregados por el contratista, ameritan ser puestos en conocimiento de los órganos de control para que ocupen de eventuales connotaciones penales, disciplinarias y fiscales e individualicen responsabilidades, si a ellas hubiere lugar.

IV) CONCLUSIÓN

El Despacho accederá a declarar terminado el Convenio interadministrativo No. 0001 de 19 de julio de 2010, celebrado entre el FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE CHIQUINQUIRA FONVICHIQ y la SOCIEDAD BOYACENSE DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS SBIA, por incumplimiento recíproco de las obligaciones y liquidará el citado convenio en los términos indicados, de conformidad con la prueba arrojada al plenario; en forma accesoria ordenará remitir copia de la demanda de las contestaciones de la demanda y la sentencia a los entes de control para lo de su competencia.

V) COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 que establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. (Ahora Código General del Proceso), se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del C.G.P. las que serán liquidadas de conformidad con el artículo 366 de C.G.P.

Respecto de las agencias en derecho, las mismas se establecen teniendo en cuenta la tarifa prevista por el numeral III del Acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que se fijará el 1% del valor de la condena, a cargo de FONVICHIQ.

VI) DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

1046

FALLA.

PRIMERO.- DECLARAR de oficio probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del municipio de Chiquinquirá.

SEGUNDO.- DECLARAR la terminación del llamado convenio de asociación No. 0001 de 19 de julio de 2010, como quiera que se verifico incumplimiento parcial reciproco de las obligaciones contraídas por las partes, conforme se indicó en la motivación.

TERCERO.- LIQUIDAR judicialmente el Convenio No. 0001 de 19 de julio de 2010, celebrado entre el FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE CHIQUINQUIRA FONVICHIQ y la SOCIEDAD BOYACENSE DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS SBIA, en los términos indicados en los considerandos

CUARTO.- En consecuencia de lo anterior declarar que el FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA DE CHIQUINQUIRA FONVICHIQ debe cumplir la obligación de pagar a la SOCIEDAD BOYACENSE DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS la suma de CINCO MILLONES TRESCIENTOS MIL TRESCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE. (\$ 5.300.321)

QUINTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- Condénese en costas a la entidad demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SEPTIMO.- En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, y para efectos cumplir lo ordenado en el numeral anterior fíjese como agencias en derecho la suma del 1% del valor de la condena.

OCTAVO.- ORDENAR la remisión de copias auténticas de la demanda, las contestaciones de la demanda, y el fallo con la constancia de notificación, con destino a la Fiscalía General de la Nación – Seccional Boyacá, a la Procuraduría Regional de Boyacá y a la Contraloría General de la República - Gerencia Boyacá y Contraloría departamental de Boyacá, para que si es del caso inicien las acciones de su competencia conforme a lo expuesto en la parte motiva .

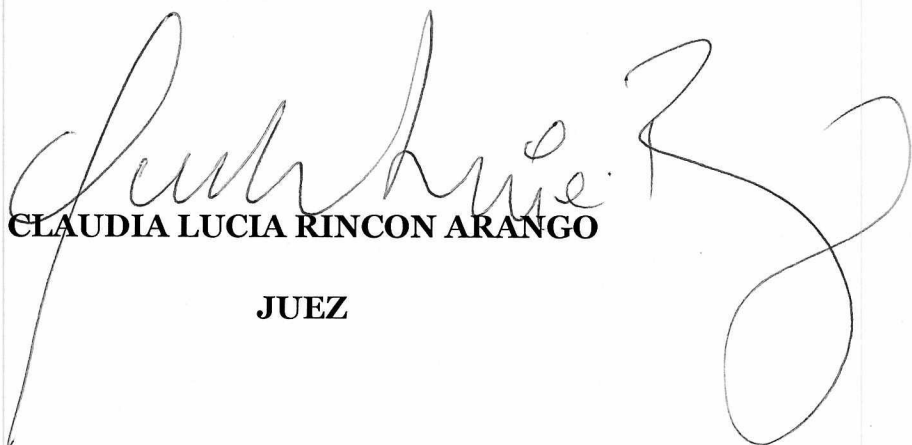
NOVENO.- Por Secretaría **NOTIFÍQUESE** esta providencia conforme lo dispone el inciso 2 del numeral 1 del artículo 291 del C.GP. .

DECIMO.- En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia autentica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar merito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 Y 115 del C.G.P , y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable expresa remisión del artículo 306 del CPACA.

DECIMO PRIMERO.- Reconocer personería al abogado JORGE MARIO IBÁÑEZ ARANGO, portador de la T.P. pNo. 159.136, como apoderado del municipio de Chiquinquirá, en los términos del poder allegado visto a folio 1017.

DECIMO SEGUNDO.- Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI **y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.**

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO

JUEZ