

## **ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Niega**

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Cofinanciación para lograr la construcción de viviendas de interés social / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARARA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Caducidad del convenio / CONVENIO – Devolución de aportes para la ejecución del contrato / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ – Límites para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - El vicio debe ser palmario o manifiesto / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Se declara de oficio cuando se encuentra debidamente probada en el proceso / LÍMITES DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ - Debe tener presente el principio de conservación de los contratos que le impide al juez descartar su validez de cara a la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad de quienes a él concurren, lo cual sólo podrá ocurrir cuando se acrediten los requisitos que activan el ejercicio de dicha atribución excepcional / NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO – Surge del análisis de su contenido, derechos y obligaciones y no de la denominación manifestada por los contratantes / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO - Los rasgos de la esencia de un contrato provienen, en el caso de los contratos típicos, de una norma positiva, y, por ende, la calificación de su naturaleza está determinada más por ella que por la voluntad de las partes / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO – Las partes son libres de definir el objeto y contenido prestacional de su convención mas no de disponer sobre los rasgos de la esencia de los contratos típicos / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Objeto / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Finalidad / CONTRATO DE FOMENTO – Características / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Diferencia entre convenio de fomento y convenio de asociación / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Apoyan actividades que, siendo de un particular, son de interés público / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Competencia para celebrar el convenio de fomento / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – El convenio de asociación pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con personas jurídicas particulares, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad con o sin ánimo de lucro / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Régimen jurídico aplicable es distinto al régimen aplicable a los convenios de asociación / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – En lo no regulado se rige por lo que se estipula para los contratos de fomento que son, en principio, las normas de derecho privado / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Formalidades / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Formalidades / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Naturaleza jurídica / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Naturaleza jurídica / CONVENIO DE ASOCIACIÓN - Se rigen por las mismas normas que gobiernan los contratos de fomento, pero no son el mismo negocio jurídico / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – No deben usarse para evadir las normas imperativas que rigen la función administrativa / CONVENIO DE ASOCIACIÓN / REQUISITOS**

**DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Incumplimiento por que el negocio jurídico se rige por las normas de contratación entre particulares / DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA / CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – Presupuestos para el acceso / CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – Procedencia de la contratación de terceros de la cofinanciación y construcción de viviendas de interés social / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / DESTINACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS – Obligación de presentación de informes financieros / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO - La suspensión de un negocio jurídico no supone su extinción / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Puede declararse la caducidad del convenio así esté suspendido / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – No puede declararse con base en obligaciones suspendidas, pero esto no supone que no pueda adoptarse esa medida respecto de obligaciones que, pese a la suspensión, sí sean exigibles, hayan sido inobservadas y que, afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que pueden conducir a su paralización / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO – No suspende el deber de custodia, dar buen manejo y destinar los recursos públicos**

**SÍNTESIS DEL CASO:** La controversia versa sobre la legalidad de unos actos administrativos por medio de los cuales el Departamento de Casanare: (i) declaró la caducidad del Convenio 25 del 30 de junio de 2009 celebrado entre esta entidad territorial y la Asociación Luna Roja; (ii) ordenó el reintegro de la suma de \$2.988'000.000 correspondiente al aporte del Departamento para desarrollar el objeto del convenio; (iii) declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza 300028484 expedida por Seguros Cóndor S.A. y, (iv) ordenó hacerla efectiva.

**PROBLEMA JURÍDICO:** [L]a Sala debe advertir y dejar sentado que el análisis que abordará no consiste en escrutar la validez de dicho negocio jurídico —porque la demanda no versó sobre ese aspecto—, sino en establecer si, de cara a las pruebas que obran en este proceso, estaban dadas o no las condiciones para declarar de oficio su nulidad. En efecto, el examen en el que se avanzará en el sub lite no supone que se haga un juicio sobre la legalidad de ese convenio, sino, solamente, está orientado a definir si se configuraron o no las condiciones para declarar, de oficio, su invalidez; por tanto, se deja a salvo cualquier pronunciamiento que sobre ese aspecto pudiera darse en otra instancia judicial.

**PRESUPUESTO PROCESAL / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / FACTORES DETERMINANTES DE LA COMPETENCIA / FACTOR FUNCIONAL / COMPETENCIA – Por la naturaleza del proceso / COMPETENCIA – Por la naturaleza del proceso / FACTOR OBJETIVO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA**

Según el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (en adelante, CCA), la jurisdicción contenciosa administrativa está instituida para juzgar las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas. De otro lado, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales es la jurisdicción contencioso administrativa. Las Resoluciones 541 del 21 de mayo y 873 del 13 de agosto de 2010 cuya nulidad se pretende se expidieron con ocasión de un negocio jurídico que se califica como estatal, pues fue celebrado por una entidad pública: el

Departamento de Casanare. Por lo tanto, esta jurisdicción es la llamada a resolver la controversia. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 129 del CCA, el Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos. El numeral 5º del artículo 132 del mismo estatuto establece que los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos referentes a los contratos de las entidades estatales, cuando la cuantía exceda los 500 SMMLV. En la fecha de presentación de la demanda, 24 de junio de 2011, esta cuantía equivalía a \$267'800.000. El valor de la pretensión mayor se estimó en una suma superior, \$5.976'000.000; en consecuencia, la Sala es competente para resolver el recurso, pues el proceso tiene vocación de doble instancia. **NOTA DE RELATORÍA:** La subsección ha estimó en una controversia contractual de un convenio de cooperación pretendidamente sujeto al régimen del artículo 355, reglamentado por el Decreto 777 de 1992, que la Ley 80 de 1993 era aplicable para efectos de determinar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Cita Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 75 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 82 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 129

**CONTENIDO DE LA DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA – Variación de la causa petendi en el recurso de apelación / CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA - Debe guardar coherencia con los hechos y las pretensiones de la demanda y en las demás oportunidades procesales / CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA – No se puede condenar por objeto distinto a lo pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA - Impide que se sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio / PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN - El principio de la preclusión y la regla de señalamiento, impone a las partes exhibir de manera clara y precisa lo que se pide / PRETENSIONES DE LA DEMANDA – No se pueden variar la causa petendi mediante señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda, su corrección o adición / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO / CARGA DE LA PRUEBA - El demandante tiene la carga de indicar las normas violadas por los actos administrativos y explicar el concepto de su violación / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ – Interpretación de la demanda / LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA POR EL JUEZ - El juez administrativo no puede modificar la causa petendi / CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA – No se configura una modificación de la causa petendi cuando los planteamientos nuevos expuestos en el recurso de apelación se derivan de la sentencia de primera instancia**

Antes de delimitar el objeto de la apelación y los problemas jurídicos que deben ser analizados en esta instancia, la Sala estima necesario pronunciarse sobre la causa petendi y su variación en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC), aplicable en virtud de la remisión contemplada en el artículo 267 del CCA, la sentencia debe guardar coherencia con “los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades” a las que se refiere ese código, por lo que el demandado no puede ser condenado por “objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa

diferente invocada en ésta”. El anterior postulado procesal corresponde al principio de congruencia que impide que se sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio. Al lado de tal principio, se presenta como presupuesto el principio de la preclusión y la regla de señalamiento que impone a las partes exhibir de manera clara y precisa lo que se pide, manifestación que impone, como garantía del debido proceso y del derecho de contradicción y defensa, que quien demanda no puede modificar la causa petendi mediante señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda, su corrección o adición, oportunidades que la ley dispuso para que se precise la controversia. Los referidos principios y reglas se aplican en los procesos en los que se impugna, con un interés subjetivo y particular, la validez de un acto administrativo. Según lo previsto en el numeral 4º del artículo 137 del CCA, el demandante tiene la carga de indicar las normas violadas por los actos administrativos y explicar el concepto de su violación, requisito que no le impide al juez, como regla de excepción a esa carga y en cumplimiento de su mandato de garantizar la supremacía constitucional (artículo 4º), interpretar la demanda e integrarla con las normas constitucionales cuando advierta que un derecho fundamental de aplicación inmediata ha sido vulnerado por los actos administrativos impugnados. Empero, esta facultad debe ejercerse con extrema cautela pues el juez administrativo no puede modificar la causa petendi porque si lo hiciera “se violaría el derecho constitucional de defensa y contradicción que ampara a todo demandado”. Ciertamente, el juez administrativo debe leer integralmente la demanda y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas, para lo cual puede interpretar al demandante en su explicación del concepto de la violación, mas no modificar la causa petendi pues este es un aspecto medular sobre el que descansa el derecho al debido proceso del demandado, lo que de ninguna manera puede ser considerado un aspecto meramente formal. [...] Ahora bien, en el recurso de apelación, la Asociación incluyó dos planteamientos nuevos: (i) el primero relativo a que la Resolución 541 de 21 de mayo de 2010 se expidió por fuera del plazo de ejecución del Convenio 25 de 2009 por lo que, estimó, era “irregular”, y, (ii) el segundo relacionado con la circunstancia de que la Asociación no participó en las visitas que la interventoría realizó a los frentes de obra del proyecto y no pudo controvertir los supuestos de hecho que dieron lugar a la declaratoria de caducidad a través de la presentación de descargos. Debido a que ambos argumentos variaron la causa petendi, pues no se plantearon expresamente en la primera instancia ni pueden ser advertidos del contenido de la demanda, la Sala no los tendrá en cuenta al delimitar el objeto de la apelación. Si ello se hiciera, implicaría variar la causa petendi y, por esta vía, vulnerar el debido proceso del Departamento que sería sorprendido con nuevos planteamientos presentados de forma extemporánea. Naturalmente, los reparos del apelante relacionados con la decisión del Tribunal de declarar la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009 sí deben ser estudiados por la Sala porque su origen surge de la sentencia de primera instancia y no de las resoluciones impugnadas.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 305 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 267 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 137

**CONVENIO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ – Límites para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**

Según el a quo, en la celebración del Convenio 25 de 2009 se configuró la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 — haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal—, por vulnerarse lo previsto en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, debido a que no se elaboraron estudios previos ni se agotó una licitación pública. Estimó que, si bien en la parte considerativa del convenio las partes indicaron que el negocio jurídico estaba regulado por lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución y en los Decretos 393 de 1991, 777 de 1992 y 1403 de 1992, su objeto no se enmarcaba en esa normativa. La parte recurrente consideró que los fundamentos de la decisión son equivocados y que no están dados los elementos para declarar de oficio la nulidad del convenio, porque, de una parte, los argumentos generales del a quo no conducen a ello y, de otra, porque no obran pruebas suficientes que soporten esa decisión debido a que, por conductas atribuibles a la demandada, los antecedentes del convenio no reposan en el expediente. Al margen de lo que pudiera señalarse respecto de la causal de nulidad que a juicio del Tribunal se configuró en razón de la ausencia de estudios previos y del presunto desconocimiento del procedimiento de selección que estimó era el aplicable, la Sala encuentra que le asiste razón a la parte recurrente en cuanto a que en este caso no están dados los elementos estructurales determinados por la ley para hacer ejercicio de la facultad-deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta del convenio porque con la información que obra en el proceso no es posible tener por plenamente establecido que los supuestos fácticos y jurídicos que, a juicio del a quo habrían dado lugar a que se configure esa causal de nulidad, se hubieren presentado, por lo mismo, no es posible tampoco concluir en la existencia de una nulidad que se muestre en el proceso de forma manifiesta. [...] Como en providencia reciente lo hizo, en esta oportunidad la Sala debe ser enfática en afirmar que, si bien, en aras de proteger el orden jurídico, la ley confiere al juez el poder inquisitivo de declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos, en la medida que se activa aun sin petición de parte e, incluso, en contra de los intereses de los contratantes, esa facultad, que a la vez es un deber, debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone —y la jurisprudencia desarrolla— en garantía de la seguridad jurídica.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los límites del juez para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de mayo de 2021, exp. 57822.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 44 NUMERAL 2 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 24 – NUMERAL 8 / código civil – artículo 1742 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 45 / ley 1437 de 2011 – artículo 141

**REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - El vicio debe ser palmario o manifiesto / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Se declara de oficio cuando se encuentra debidamente probada en el proceso / LÍMITES DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ - Debe tener presente el principio de conservación de los contratos que le impide al juez descartar su validez de cara a la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad de quienes a él concurren, lo cual sólo podrá ocurrir cuando se acrediten los requisitos que activan el ejercicio de dicha atribución excepcional**

En relación con el requisito según el cual el vicio debe ser palmario o manifiesto, esta Corporación, en reciente providencia, expresó que cuando la ley refiere que el vicio debe aparecer de manifiesto en el acto o contrato, alude a que debe ser apreciable a simple vista. Es decir, que debe ser tan palmario que no requiera de

un mayor esfuerzo para ser evidenciado, ni implique para ello realizar juicios de valor sobre aspectos que no estén contenidos en el mismo acto o contrato viciado. Frente a este último tema, debe advertirse que, en materia contencioso administrativa, la ley precisa que el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “cuando esté plenamente demostrada en el proceso” , asunto que resalta los componentes del contrato estatal, y por ende, las particularidades del mismo a la luz de la valoración de los elementos de su existencia y validez, porque aunque algunos rasgos son similares a los del contrato civil o comercial, aquél tiene una dimensión igualmente diversa debido a la funcionalidad de la herramienta convencional de cara al logro de los fines y cometidos que con él se persiguen. Además, en el horizonte de análisis del ejercicio de la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta se debe tener presente el principio de conservación de los contratos que le impide al juez descartar su validez de cara a la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad de quienes a él concurren, lo cual sólo podrá ocurrir cuando se acrediten los requisitos que activan el ejercicio de dicha atribución excepcional.

**FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CONVENIO – Se debe determinar si le es aplicable la Ley 80 de 1993 / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO - Intención de las partes de evadir los requisitos de contratación y el procedimiento de selección aplicable según el régimen general de contratación de la administración pública**

[L]a Sala entra en materia y anuncia que el fundamento de su conclusión se centra en que, más allá de que esté o no acreditado que se hubiere adelantado un procedimiento de licitación pública y se hubieren adelantado estudios previos, lo cierto es que, al menos con la información con la que se cuenta en este juicio, no es posible concluir, en contra de lo estipulado en el convenio 25 de 2009, que en realidad ese negocio jurídico se rigió por la Ley 80 de 1993 y, por ello, no es posible determinar su validez con base en las exigencias de una normativa que, en principio y según lo que se acreditó en este juicio, no le resulta aplicable. El razonamiento del Tribunal partió de considerar que, en razón de su objeto, el convenio 25 de 2009 no podía enmarcarse en la naturaleza de los contratos de fomento regulados en el artículo 355 de la Constitución y reglamentados en los Decretos 777 y 1403 de 1992 —hoy derogados por el Decreto 092 de 2017—, y tampoco en lo regulado por el Decreto 393 de 1991, de donde coligió que la intención de las partes al hacer alusión a tales normas era eludir los requisitos de contratación y el procedimiento de selección aplicable según el régimen general de contratación de la administración pública, específicamente, la elaboración de estudios previos y el proceso de licitación pública. Empero, como ya se anunció, no hay pruebas que conduzcan a establecer con certeza que, en contra de lo que indica el contenido del negocio jurídico, la verdadera intención de las partes hubiere sido dar apariencia de un contrato de fomento a un negocio jurídico que, en realidad, no tenía las características de los de ese tipo, con el objeto de eludir los requisitos de contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO – Surge del análisis de su contenido, derechos y obligaciones y no de la denominación manifestada por los contratantes / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO - Los rasgos de la esencia de un contrato provienen, en el caso de los contratos típicos, de una norma positiva, y, por ende, la calificación de su naturaleza está determinada más por ella que por la voluntad de las partes /**

**CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO – Las partes son libres de definir el objeto y contenido prestacional de su convención mas no de disponer sobre los rasgos de la esencia de los contratos típicos**

Bien se sabe que la calificación de la naturaleza jurídica de un contrato parte del análisis de su contenido, derechos y obligaciones y no de la denominación manifestada por los contratantes. Los rasgos de la esencia de un contrato provienen, en el caso de los contratos típicos, de una norma positiva, y, por ende, la calificación de su naturaleza está determinada más por ella que por la voluntad de las partes, quienes son libres de definir el objeto y contenido prestacional de su convención mas no de disponer sobre los rasgos de la esencia de los contratos típicos.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1501

**CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Regulación normativa / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS FOMENTO – Inexistencia / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN**

La Sala anticipa que, partiendo del contenido del convenio 25 de 2009 y solamente de él porque en este proceso no obran pruebas que, con certeza, conduzcan a otras conclusiones, se debe colegir que, al menos formalmente, se trató de un convenio de asociación de aquellos señalados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y, aunque, como se indicará, no puede definirse como un contrato de aquellos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional —contrato de fomento—, esto impone que deba entenderse que se rigió por las mismas disposiciones de estos últimos y no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**FUENTE FORMAL:** LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 96 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 355

**CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Características / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Regulación normativa**

Con base en lo previsto en el artículo 355 constitucional y en los Decretos 777 y 1403 de 1992, así como con fundamento en el contenido del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se han identificado las características que identifican y, a la vez, distinguen a los contratos de fomento a los que hace alusión el referido artículo 355 ibídem de los convenios de asociación a los que se refiere el mencionado artículo 96. Con ese propósito se han destacado, principalmente, los siguientes rasgos característicos de cada uno de estos convenios. Sin perjuicio de esta circunstancia, y a manera de advertencia para el lector, la Sala precisa que, si bien los Decretos 777 y 1403 de 1992 fueron derogados por el artículo 11 del Decreto 92 de 2017, los mencionados eran los vigentes al momento de celebración del convenio 25 de 1999.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 355 / DECRETO 777 E 1992 / DECRETO 1403 DE 1992 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 96 / DECRETO 92 DE 2017 – ARTÍCULO 11

**CONVENIO / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Objeto / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Finalidad / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO –**

**Características / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Diferencia entre convenio de fomento y convenio de asociación / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Apoyan actividades que, siendo de un particular, son de interés público**

El objeto de los contratos de fomento está dirigido al impulso o apoyo de “programas y actividades de interés público [...] acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo” adelantados por entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, mientras que los convenios de asociación se celebran “para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones” que la ley les asigna a las entidades públicas. En segundo lugar, los convenios de fomento tienen por finalidad apoyar actividades que, siendo de un particular, son de interés público, mientras que en los convenios de asociación la colaboración se da para que las entidades públicas desarrollen actividades, en asocio con personas jurídicas privadas, en procura de lograr el cumplimiento de sus cometidos y funciones, sin que esto comporte, como se verá, una relación conmutativa, ni implique la transferencia de funciones administrativas a los particulares. Las mencionadas que son, tal vez, sus características más distintivas, encuentran su razón de ser en la motivación que dio origen a la creación de ambos negocios jurídicos. Los contratos de fomento fueron creados por la Asamblea Nacional Constituyente con el ánimo de erradicar los denominados “auxilios parlamentarios”, sin que ello comportara eliminar o impedir el desarrollo de la función benéfica que le es propia a un Estado Social de Derecho. De ahí que se entienda que su objeto consiste en apoyar programas y actividades que, aun cuando son de iniciativa privada, se ejecutan en beneficio del interés público, bajo las condiciones que quedaron definidas en el ya mencionado artículo 355 constitucional. En cambio, Los convenios de asociación creados por el legislador, no tienen por propósito cumplir una función benéfica del Estado Social de Derecho, sino que su objetivo, como ya se vio, está dirigido a que las entidades públicas puedan desarrollar las actividades que específicamente la ley les ha asignado, con la colaboración de los particulares.

**CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Competencia para celebrar el convenio de fomento / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – El convenio de asociación pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con personas jurídicas particulares, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad con o sin ánimo de lucro**

El artículo 355 establece que los convenios de fomento los pueden celebrar el “[g]obierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal” —el Decreto 777 de 1992 señalaba que también los podían celebrar “la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresa”, previa autorización expresa del representante legal de la Nación o de la entidad territorial correspondiente —, con “entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”. El inciso 1º del artículo 96 dispone que los convenios de asociación pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con “personas jurídicas particulares”, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad sin ánimo de lucro y, a su vez, descarta que se celebren con personas naturales o personas jurídicas de derecho público. Si el legislador hubiera querido que los referidos convenios se celebraran solo con personas jurídicas sin ánimo de lucro, así lo habría señalado expresamente. En ese sentido, es pertinente mencionar que la remisión que el

referido artículo 96 de la Ley 489 de 1998 hace al artículo 355 Constitucional no puede interpretarse de una forma que niegue las características que el legislador expresamente asignó a los convenios de asociación, entre ellas, las personas con las que pueden celebrarse. Una interpretación distinta conduciría a una contradicción, puesto que no podría el mencionado artículo 96 señalar expresamente que ese tipo de convenios pueden celebrarse con “personas jurídicas privadas”, sin distinguir las entre aquellas que tienen ánimo de lucro de las que no, para, al mismo tiempo, por vía de dicha remisión, imponer una restricción para su celebración únicamente con personas jurídicas sin ánimo de lucro. En soporte de esta posición también vale destacar que cuando lo que se conviene para lograr los fines a los que se refiere el inciso primero del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es la creación de una persona jurídica —incisos 1 y 3—, no se discute que los contratantes puedan ser entidades privadas con o sin ánimo de lucro, de lo que se sigue que, de una interpretación sistemática del artículo 96 en comento, ambos tipos de negocios —convenios de asociación y creación de persona jurídica— pueden celebrarse con independencia de si la persona jurídica particular que participe en ellos tiene o no ánimo de lucro, pues esto, como se verá más adelante, esto no se opone, per se, a las finalidades de este tipo de negocios jurídicos.

**FUENTE FORMAL: DECRETO 777 DE 1992**

### **CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Presupuestos de la participación de la entidad pública en la ejecución de los convenios y la autonomía del particular**

Por su objeto y finalidad, en los convenios de fomento el particular desarrolla el objeto convenido y conserva la autonomía en su ejecución, mientras que la participación de la entidad pública se circunscribe a aportar unos recursos, cuya ejecución e inversión debe vigilar. En los convenios de asociación, como se trata de la ejecución de actividades que la ley ha asignado a la entidad estatal, pero que se desarrollan en colaboración con un particular, ésta normalmente es la que detenta la dirección y seguimiento del objeto e imparte instrucciones para lograr dicho fin, por lo que la autonomía del particular puede verse limitada; no obstante, como se busca su colaboración, se deben establecer mecanismos de coordinación en la ejecución de las actividades de cada uno de los cooperantes. Cabe mencionar que, si bien en vigencia de los Decretos 777 y 1403 de 1992 surgieron discrepancias en cuanto a si, en verdad los contratos de fomento y los convenios de asociación son negocios jurídicos distintos o si, en realidad, los segundos no son más que una reiteración de los primeros, lo cierto es que en la actualidad esta discusión vino a ser zanjada con la expedición del Decreto 92 de 2017 —que aunque resulte inaplicable para la solución de este caso, resulta relevante para dar cuenta de la situación normativa actual de este tipo de convenios— toda vez que en el inciso final del artículo 5º dispuso expresamente que los convenios de asociación a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 “son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2º” de ese mismo decreto, el cual, a su vez, se remite al inciso 2º del artículo 355 Constitucional.

**CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Régimen jurídico aplicable es distinto al régimen aplicable a los convenios de asociación / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – En lo no regulado se rige por lo que se estipula para los contratos de fomento que son, en principio, las normas de derecho privado / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Formalidades / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Formalidades**

## **/ CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Naturaleza jurídica / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Naturaleza jurídica**

Ahora, en lo que concierne al régimen jurídico aplicable a unos y otros, se debe señalar que, aunque los contratos de fomento son diferentes a los convenios de asociación en cuanto a sus objetos, finalidades, sujetos contratantes, entre otros aspectos; por disposición del legislador, los segundos se rigen —en lo que no esté expresamente definido por él—, por las mismas disposiciones que gobiernan a los primeros que son, en principio, las normas de derecho privado, según pasa a verse. Al desarrollar el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 355 constitucional, el Gobierno Nacional, a través de los Decretos 777 y 1403 de 1992 —vigentes para la fecha de celebración del convenio 25 de 2009— dispuso, entre otras cosas, que deben constar por escrito y que están sujetos “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” (artículo 1º, Decreto 777 de 1992). Por su parte, el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que “[l]os 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 [...]” (énfasis agregado). Dicha remisión conduce necesariamente a concluir que, pese a las diferencias que existen entre unos y otros, los asuntos relativos a la formación de los convenios de asociación se rigen por las mismas normas aplicables a los contratos de fomento —es decir, el artículo 355 constitucional y, por ser desarrollos de aquél, los Decretos 777 y 1403 de 1992, actualmente, el Decreto 92 de 2017 que los derogó—; sin embargo, y como se anticipó en precedencia, debe precisarse que dicha remisión debe entenderse hecha respecto de los asuntos que no fueron expresamente definidos por el legislador al determinar los rasgos característicos de los convenios de asociación, entre ellos, los sujetos que pueden celebrarlos, su objeto y finalidad. A juicio de la Sala, el mencionado es el entendimiento que debe dársele a la remisión normativa que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 hace al artículo 355 constitucional, en tanto en cuanto una lectura contraria restaría todo efecto útil al contenido del inciso primero del artículo 96 y, por esa vía, desnaturalizaría el instrumento que fue creado por el legislador con un objeto claro y específico: que las entidades públicas de cualquier naturaleza y orden administrativo en asocio con los particulares —en una relación que no implique la conmutatividad de las obligaciones— puedan cumplir los cometidos y funciones que la ley les ha asignado. De esta manera, con esta lectura de la norma no se desnaturalizan las características propias que distinguen a los contratos de fomento de los convenios de asociación como instrumentos adecuados para lograr finalidades comunes al Estado Social de Derecho, pero distintas entre sí, pues reconoce tales singularidades y, a la vez, admite que el legislador, en el marco de su configuración legislativa, decidió crear un instrumento diferente al instituido por el constituyente en el artículo 355 constitucional, pero sujeto, en lo pertinente, a su mismo régimen jurídico, por lo cual el juez no puede asignarles un régimen distinto. Se observa, además, que este entendimiento garantiza la efectividad de la finalidad que se pretende lograr con los convenios de asociación, que consiste, como se indicó, en la ejecución conjunta entre una entidad pública y un particular de un cometido o función asignada por la ley a la primera. El cumplimiento de dichas funciones y cometidos no participa de la noción de conmutatividad y, por tanto, de la necesidad de establecer el valor objetivo en el mercado por la prestación de un servicio o la obtención de un bien, sino que consiste en la colaboración de un particular que, dadas sus condiciones profesionales y su

trayectoria, aportará, bajo la dirección y seguimiento de la entidad pública, a la consecución de tales cometidos y funciones.

**FUENTE FORMAL:** LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 96 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 355 / DECRETO 777 DE 1992 / DECRETO 1403 DE 1992 / DECRETO 222 1983

**CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Comparte con los convenios de asociación la característica esencial de ser negocios jurídicos que no generan una relación conmutativa, en la forma que se entiende bajo el derecho común / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Al igual que el convenio de asociación, es un negocio en el cual la entidad estatal contrata un bien o la prestación de un servicio a cambio de un precio / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Diferencia con el contrato de fomento en el fin que persigue / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Finalidad / CONTRATO DE ASOCIACIÓN – Finalidad / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Puede celebrarse con personas jurídicas con ánimo de lucro / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Si genera relación conmutativa de tipo patrimonial, no puede ser calificado como contrato de fomento o convenio de asociación**

[E]s pertinente destacar que, si bien existen diferencias que permiten distinguir a los contratos de fomento de los convenios de asociación, éstos también comparten, entre otras, una característica esencial: se trata de negocios jurídicos que no generan una relación conmutativa, en la forma que se entiende bajo el derecho común. En efecto, no son negocios en los cuales la entidad estatal contrata un bien o la prestación de un servicio a cambio de un precio, pues persiguen un fin distinto: en el contrato de fomento, el impulso de programas que, aunque tienen origen en la iniciativa privada, redundan en el beneficio del interés público, donde radica la contraprestación; en el convenio de asociación, la unión de esfuerzos encaminados a lograr un mismo fin que, aunque es compartido por las partes, está determinado principalmente por el cumplimiento de los cometidos y finalidades asignadas por la ley a la entidad pública. No hay, por ello, una relación patrimonial de orden conmutativo, porque el particular no obra con el ánimo de obtener una remuneración, sino, estrictamente, con el propósito de juntar sus esfuerzos con los de la administración para el desarrollo de las actividades que a ella corresponden, que es, como se ha indicado, el lugar donde se explica la ausencia de contraprestación. Lo anterior no es un obstáculo para que los convenios de asociación puedan ser celebrados con personas jurídicas con ánimo de lucro porque la motivación económica de un particular no niega que pueda apoyar a una entidad estatal a lograr los cometidos o funciones asignadas por la ley a esta. Lo que realmente excluye la posibilidad de celebrar convenios de asociación es, como se anotó, que exista una relación conmutativa en la que exista un claro intercambio de prestaciones que se miran como equivalentes. Sin embargo, un convenio de asociación no es sinónimo de filantropía: si un contratante quiere apoyar a la entidad en el cumplimiento de sus funciones o cometidos —finalidad determinante del convenio— y, al mismo tiempo, obtener un beneficio con la celebración de un convenio de asociación —por ejemplo, ahondar en su política de responsabilidad corporativa—, no existe un fundamento legal que permita excluir esa posibilidad. Concluir lo contrario sería socavar la eficacia de este tipo de instrumentos que pretenden concitar esfuerzos en beneficio del cumplimiento de la función pública. Por lo anterior, si un contrato genera una relación conmutativa de tipo patrimonial, no podrá ser calificado como un contrato de fomento o como un convenio de asociación, sino que se deberá analizar su naturaleza en otra figura contractual, aún en las hipótesis en que las partes hagan

aportes, pues los mismos no tienen por fin satisfacer una necesidad patrimonial o presupuestal de una de las partes, sino de redundar en beneficio del objeto del convenio. De hecho, de conformidad con lo dispuesto en el hoy derogado Decreto 777 de 1992 (artículo 2º), estaban excluidos de su aplicación, entre otros, los contratos que celebraran las entidades públicas con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando implicaran una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que, por tanto, podían ser celebrados con personas naturales o jurídicas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas generales de contratación. Agrega la Sala que tal entendimiento impide que se anule o desconozca el efecto útil de dicha remisión normativa, puesto que, si se estimara que se refiere solamente a la prohibición de conferir “auxilios parlamentarios” a los particulares, el envío normativo quedaría vacío de contenido porque solo reiteraría una disposición de rango constitucional que ya está implícita en toda norma en atención al principio de supremacía de la Constitución (art. 4º). Este entendimiento, además, supondría limitar el envío normativo al primero inciso del referido artículo 355, pese a que la norma así no lo dispone.

**CONVENIO DE ASOCIACIÓN - Se rigen por las mismas normas que gobiernan los contratos de fomento, pero no son el mismo negocio jurídico /  
CONVENIO DE ASOCIACIÓN – No deben usarse para evadir las normas imperativas que rigen la función administrativa**

Se encuentra, además, que la remisión normativa a la que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 supone que los convenios de asociación se rigen por las mismas normas que gobiernan los contratos de fomento, pero no los equipara como si se tratara del mismo tipo de negocio jurídico, este es un entendimiento que también ha sido acogido por la doctrina. En ese sentido, el autor Augusto Ramón Chávez Marín destaca que los convenios de asociación y los contratos de fomento se distinguen entre ellos, entre otros aspectos, en razón de sus finalidades, su objeto y los sujetos que los celebran, pero advierte que, por virtud de la remisión que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 hace al artículo 355 constitucional, el régimen jurídico es, para ambos, el que se establece en el artículo 355 de la Constitución Política y se desarrolla en los Decretos 777 y 1403 de 1992, hoy Decreto 92 de 2017, que es su único punto de encuentro. En ese sentido, expresa que el precitado artículo 96 contiene un “reenvío tácito” a las normas que desarrollan el artículo 355 constitucional y, por tanto, “todos los convenios de asociación que las entidades estatales celebren con personas jurídicas particulares para los efectos previstos por el primer inciso del artículo 96 [...] se sujetan no solo al artículo 355, sino también a las reglas que conforme al ordenamiento jurídico desarrollan esa disposición contractual. La aplicación —por una suerte de mecanismo de reenvío tácito— de las normas que desarrolla el artículo 355 a los convenios de asociación se deduce claramente del sentido del 2º inciso del artículo 96, en cuanto este remite a esa norma constitucional y ella integra un bloque, una unidad normativa, con sus reglamentos”. El entendimiento referido al régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 ha sido acogido también por esta Subsección que en anteriores oportunidades ha señalado que la referencia expresa que el artículo 96 hace al artículo 355 de la Constitución conduce a que el análisis del régimen de tales convenios debe partir del referido artículo constitucional junto con sus desarrollos normativos. La Sala debe ser enfática en afirmar que lo dicho en precedencia no significa, de modo alguno, que los convenios de asociación sean una carta blanca para que las entidades públicas eludan las normas imperativas que rigen la función administrativa según el artículo 209 de la Constitución pues, por el contrario, estos deben ser un instrumento para reafirmarlas. Las entidades públicas sólo pueden acudir a este tipo de

instrumentos cuando se reúnan todos los elementos que la ley establece en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y cuando su finalidad sea la ejecución conjunta con un particular de una función propia de la entidad sin que ello implique una relación conmutativa; en los demás casos deberá acudir a celebrar un contrato de conformidad con las normas generales de la Ley 80 de 1993, de la Ley 1150 de 2007 y demás disposiciones que resulten aplicables.

### **CONVENIO DE ASOCIACIÓN / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Incumplimiento por que el negocio jurídico se rige por las normas de contratación entre particulares**

Descendiendo ya al caso concreto y de cara, exclusivamente, al contenido del convenio 25 de 2009, porque, se insiste, en el expediente no hay otras pruebas que conduzcan a determinar las circunstancias y/o motivaciones que rodearon su celebración, la Sala concluye que en este caso no estaban dados los elementos para declarar oficiosamente la nulidad de ese negocio jurídico, toda vez que, según indica su contenido, al menos, formalmente, correspondió a un convenio de aquéllos a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, además de constar por escrito, su celebración estaba sometida a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares y no, como concluyó el a quo, a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo mismo que, según el Tribunal, estuviera acreditado que previo a su celebración no se hicieron estudios previos ni se adelantó licitación pública, no conducía, con los elementos de prueba que obran en este proceso, a su nulidad.

### **DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA / CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – Presupuestos para el acceso / CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL – Procedencia de la contratación de terceros de la cofinanciación y construcción de viviendas de interés social / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL**

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 constitucional, para encaminarse en el propósito de lograr el cometido de que todos los colombianos tengan una vivienda digna, el Estado debe establecer “las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda” [...] Cabe mencionar que para ampliar el acceso y desarrollar vivienda de interés social se han creado subsidios, mecanismos de financiación y políticas públicas encaminadas; sin embargo, aún persisten barreras para hacerlo, tales como el acceso al suelo —que puede frustrar el desarrollo de un proyecto de interés social por ser muy costoso—, o la financiación de la construcción. De manera que, un mecanismo, avalado por el propio constituyente, para lograr ese cometido consiste, justamente, en la posibilidad de aunar esfuerzos (incluidos recursos) de distintas fuentes que permitan desagregar los costos de ese tipo de proyectos para que sean viables como producto inmobiliario y así garantizar el derecho a una vivienda digna. En ese sentido, es oportuno mencionar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 91 de la Ley 388 de 1997, por definición, las viviendas de interés social se desarrollan para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares menos favorecidos, para lo cual corresponde al Gobierno Nacional en cada Plan Nacional de Desarrollo establecer el tipo y precio máximo de soluciones destinadas a estos hogares teniendo en cuenta, entre otros factores “las características del déficit

habitacional, las posibilidades de acceso al crédito de los hogares, las condiciones de la oferta, el monto de recursos de crédito disponibles por parte del sector financiero y la suma de fondos del Estado destinados a los programas de vivienda”. El artículo 85 de la Ley 1955 de 2019 dispone que “[...] la vivienda de interés social es aquella que se desarrolla para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos, que cumple con los estándares de calidad en diseño urbanístico, arquitectónico y de construcción sostenible, y cuyo valor no exceda ciento treinta y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (135 smmlv).” Así las cosas, nada obsta para que, en desarrollo del mandato constitucional del artículo 51, las entidades territoriales puedan acudir a contratar con terceros la cofinanciación y construcción de viviendas de interés social, a través de distintos instrumentos y formas jurídicas. Dichas cofinanciación y construcción pueden, por ejemplo, instrumentarse a través de la celebración de convenios de asociación. De manera que, no solo no existe una prohibición en la ley para que se acuda a estos mecanismos, sino que el propio marco jurídico que desarrolla el acceso a la vivienda digna incentiva la posibilidad de que se aúnen esfuerzos entre los particulares y el Estado para lograr desarrollar soluciones de vivienda de interés social. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de febrero de 2018, exp. 55147.

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 51**

**REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Incumplimiento / DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Improcedencia por no existir pruebas que conduzcan a advertir de forma palmaria y ostensible que se hubiere suscrito para disfrazar un negocio jurídico distinto del que las partes dijeron celebrar y que, en consecuencia, debiera estar sujeto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

[E]s pertinente mencionar que, si bien en la parte considerativa del Convenio 25 de 2009 se indicó que, además de lo dispuesto en el artículo 355 constitucional y sus decretos reglamentarios, el negocio jurídico se celebró en desarrollo de lo establecido en el Decreto 393 de 1991 “[p]or el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”, esta normativa no era la aplicable, dado que, de conformidad con su objeto, en el convenio no se buscó el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas; sin embargo, esta mención no lleva a concluir acerca de un motivo que active la facultad oficiosa para declarar su nulidad. Colige entonces la Sala que en este caso no estaban dados los elementos de juicio necesarios para declarar de oficio la nulidad absoluta del convenio 25 de 2009, fundamentalmente, porque, en contra de su contenido, no hay pruebas que conduzcan a advertir de forma palmaria y ostensible que se hubiere suscrito para disfrazar un negocio jurídico distinto del que las partes dijeron celebrar y que, en consecuencia, debiera estar sujeto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esto, se insiste, no supone que la Sala defina en este proceso la legalidad del convenio, sino tan solo, que no encuentra acreditados los elementos que, de conformidad con la ley, activan la facultad-deber del juez de declarar oficiosamente la nulidad de cualquier negocio jurídico.

**DEBER DE COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – El incumplimiento no acredita fehacientemente los elementos estructurales para la declaración de oficio de la nulidad absoluta del contrato / DEBER DE COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – El incumplimiento es un indicio en contra de la parte que no coopera con lo requerido /**

## **DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Improcedencia**

A pesar de que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 29 del CCA y 39 del CPC, es reprochable que el Departamento haya omitido su deber de expedir copias auténticas de toda la información del expediente contractual —que, de conformidad con el oficio remisorio de la Oficina de Asesoría Jurídica del 27 de abril de 2011 estaba compuesto por 2 carpetas con 471 folios, y no solo del convenio y las constancias de notificación y ejecutoria de las resoluciones demandadas que fue los documentos que aportó—, lo cierto es que, de cara a la información que obra en el expediente y a la que acaba de hacerse referencia, esta sola circunstancia no era suficiente para que el Tribunal hiciera las inferencias que desembocaron en la conclusión de que estaban acreditados fehacientemente los elementos estructurales que, de conformidad con la ley, habilitan al juez para declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico, pues, en el contexto previamente referenciado, lo único que prueba la conducta del demandado es su incumplimiento del deber de acatar un requerimiento judicial. Cabe destacar que aun si se considerara que el incumplimiento de la orden impartida por el Tribunal de aportar la documentación requerida a la parte demandada debe apreciarse como un indicio en su contra, lo cierto es que, en todo caso, no sería suficiente para tener por acreditados los elementos estructurales que habilitan al juez a ejercer la facultad-deber de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato. Como ya se mencionó, la posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta de un negocio jurídico requiere que aparezca probado, de manera palmaria, el vicio que se deprecia como fundamento de la sanción de nulidad. Este umbral de prueba excluye la posibilidad, de manera general, de que los indicios, que son ejercicios lógicos de inferencia para determinar la existencia de un hecho desconocido —en este caso la inexistencia de un proceso licitatorio y de la falta de elaboración de estudios previos—, sustenten el ejercicio de tal facultad-deber. Aun pasando por alto lo anterior, tendría que señalarse que ese solo indicio no sería suficiente para concluir que en este caso se reunieron los requisitos exigidos por la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009, toda vez que, además de que no hay otros elementos de juicio que conduzcan con certeza a la conclusión a la que se arribó el a quo con fundamento en el incumplimiento de la orden que emitió, esto es, que no se realizaron estudios previos ni se adelantó licitación pública, lo cierto es que, en relación con lo primero, existen otros medios de prueba que conducen a señalar que tales estudios sí se elaboraron y, en relación con lo segundo, porque, según se analizó, a partir de las pruebas que obra en el plenario, no es posible concluir que el agotamiento de dicho procedimiento de selección fuera obligatorio. Por lo anteriormente expuesto, la Sala debe concluir que en este caso no se reúnen las condiciones a las que se refieren los artículos 1742 del Código Civil y 87 del CCA —inciso tercero— para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del convenio, pues, por las razones que acaban de expresarse, los vicios a los que aludió el Tribunal no están plenamente acreditados en el proceso y, por tanto, mucho menos puede decirse que sean palmarios.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 29 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 39 / CÓDIGO CIVIL – 1742 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - 87

**FALTA DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Para conocer de las sanciones por incumplimiento en exponer en el contrato la forma y el tiempo en los que la Asociación debía invertir los recursos a los que se comprometió**

[S]í se debe advertir que llama poderosamente la atención de la Sala el hecho de que en el convenio no se hubiere definido expresamente la forma y el tiempo en los que la Asociación debía invertir los recursos a los que se comprometió, aspecto que, en todo caso, como se señalará en la parte resolutive de esta providencia, será de la competencia y verificación de otras instancias disciplinarias, fiscales y penales correspondientes. En esas condiciones, es menester señalar que el hecho de que, según quedó consignado en la Resolución 541 del 21 de mayo de 2010 a través de la cual se declaró la caducidad del contrato —confirmada por la 873 del 13 de agosto de 2010—, la Asociación no acreditó haber hecho los aportes a los que se comprometió no prueba, per se, que la intención de los contratantes al señalar que la demandante aportaría al proyecto la suma de \$1.992'000.000 hubiere sido dar al negocio jurídico la apariencia de uno que, en realidad, no quisieron pactar, pues se insiste en que, en contra de lo expresamente contenido en él, en este proceso no obra ninguna prueba que así permita establecerlo con certeza; de manera que, con lo que se logró acreditar en este juicio, y en el marco del artículo 83 constitucional, a la única conclusión que puede llegar la Sala es que ese hecho constituyó un incumplimiento de las obligaciones que la Asociación asumió en el marco del Convenio 25 de 2009. De todas maneras, este hecho y las irregularidades que pudieron haberse presentado en la celebración del convenio deben ser objeto de investigación por los órganos competentes, tal y como lo estimó el Tribunal al ordenar que se actualice “la noticia en la misma forma como se indicó en el auto de fecha 30 de marzo de 2012 a los órganos de control, para propiciar su oportuna intervención y que se investigue la conducta de los servidores públicos de Casanare y de la Asociación Luna Roja, conforme a sus competencias”. Hechas las anteriores precisiones, la Sala revocará la sentencia de primera instancia en tanto declaró la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009 por haberse celebrado contra expresa prohibición legal y se procede a analizar las pretensiones de la demanda formuladas por la Asociación en contra del Departamento mediante la cuales solicitó la nulidad de las Resoluciones 541 del 21 de mayo y 873 del 13 de agosto, ambas de 2010, que declararon la caducidad del referido convenio.

### **INTERVENTORÍA – Requerimientos / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Presentación de informes para determinar la destinación e inversión de los recursos / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Características de los informes**

Por lo anterior, encuentra la Sala que los medios documentales de prueba son convincentes para concluir que la Asociación no atendió los múltiples requerimientos de información que le hizo el interventor en el sentido de que precisara con claridad y suficiencia cuál fue la destinación e inversión de los \$2.988'000.000 entregados por el Departamento, sin que se advierta una justificación admisible para desatender esos requerimientos; también permiten concluir, de manera razonada, que los dos informes presentados por la Asociación no fueron suficientes para dar cuenta de las inversiones con cargo a la ejecución del objeto del convenio. En el recurso de reposición que presentó la Asociación contra la Resolución 541 del 21 de mayo de 2010 esgrimió que sí cumplió con su obligación de presentar los dos informes financieros que ordenaba el convenio, uno con corte al 28 de febrero y otro al 10 de marzo, con lo que entendió satisfecho su compromiso pues “conforme a la cláusula anotada [el numeral 13 de la cláusula tercera], debemos precisar que en la misma ni en ninguna parte del convenio se estableció la forma o condición o aspecto en el que se debería rendir el mismo”. La Sala encuentra que la posición de la Asociación es inadmisibles porque su interpretación del convenio es abusiva y contraviene la naturaleza y

finalidad de la obligación de presentar informes que es, justamente, la de servir de soporte para la correcta supervisión y vigilancia de la destinación de los recursos aportados por el Departamento, que son de carácter públicos. No es cierto que la obligación de rendir informes pueda cumplirse de cualquier manera, sin precisar de forma clara y fundada su contenido porque estos deben proveer información suficiente para dar cuenta de que la Asociación estaba destinando los recursos exclusivamente al cumplimiento del objeto del convenio. Por ende, la presentación de cualquier informe financiero no es suficiente para entender satisfecha esa obligación, pues para que se cumpla su cometido natural y obvio, tales informes debían contener datos claros, suficientes, precisos y soportados, lo que, según se reportó en los actos administrativos demandados y que no se desvirtuó en este proceso, no ocurrió. Agrega la Sala que, de conformidad con lo pactado en el numeral 8° de la cláusula tercera, la Asociación se obligó a “atender las observaciones que [sic] quien ejercer la supervisión del convenio”. Como se anotó, está probado que la interventoría le formuló varias observaciones y requerimientos respecto de la información financiera presentada; sin embargo, no fueron atendidas por la accionante, sin que hubiere al menos alegado en este proceso una causa justificativa de su proceder. Por ende, la Sala concluye que la Asociación no logró desvirtuar uno de los supuestos de los actos administrativos demandados en cuanto a que incumplió su obligación de rendir informes financieros que dieran cabal cuenta, de manera clara y precisa, de cuál fue la destinación que le dio a los \$2.988'000.000 entregados por el Departamento, según lo estipulado en el numeral 13 de la cláusula tercera del convenio.

**DESTINACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS – Obligación de presentación de informes financieros / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO - La suspensión de un negocio jurídico no supone su extinción / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – Puede declararse la caducidad del convenio así esté suspendido / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL – No puede declararse con base en obligaciones suspendidas, pero esto no supone que no pueda adoptarse esa medida respecto de obligaciones que, pese a la suspensión, sí sean exigibles, hayan sido inobservadas y que, afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que pueden conducir a su paralización / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO – No suspende el deber de custodia, dar buen manejo y destinar los recursos públicos**

La Asociación pretendió usar a favor de sus argumentos la referida suspensión pues, en su opinión, estando esta medida vigente el Departamento no podía declarar la caducidad del convenio. Al respecto debe decirse, de una parte, que la suspensión de un negocio jurídico no supone su extinción, por lo cual, mientras esté vigente, la Administración conserva la facultad para hacer uso de esa prerrogativa pública, por supuesto, bajo los supuestos que determina la ley ; y, de otra, que, si bien la caducidad no podría declararse con base en unas obligaciones que se encuentran suspendidas, básicamente, porque en estas condiciones no podría predicarse su incumplimiento , esto no supone que no pueda adoptarse esa medida respecto de obligaciones que, pese a la suspensión, sí sean exigibles, hayan sido inobservadas y que, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que pueden conducir a su paralización, caso en el cual la Administración debe hacer uso de tal facultad en pro de la protección del interés público que se persigue satisfacer. La Sala debe ser enfática en señalar que la suspensión del convenio no podía significar, en manera alguna, que la obligación del cooperante de custodiar, dar buen manejo y destinar los recursos públicos que le fueron entregados para la ejecución del convenio, estuviera suspendida y que, por tanto, no fuera exigible,

pues esta obligación debía cumplirse durante todo el tiempo que la Asociación tuviera bajo su responsabilidad tales recursos. Así, cuando la Asociación acordó con el Departamento la suspensión del convenio, no se suspendió con ello el deber que tenía de custodiar y manejar debidamente los recursos que la entidad territorial ya había aportado; pese a ello, de lo que da cuenta el proceso es de que entre el 26 de febrero de 2010 —12 días antes de la suspensión— y el 31 de marzo de 2010 —21 días después— la Asociación retiró de la cuenta del Banco de Occidente la suma de \$1.113'472.963, dejando apenas un saldo de \$967.392 sin que, como ya se vio, justificara su destinación.

**FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 18**

### **CONVENIO DE ASOCIACIÓN / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – No probado**

[E]n relación con la pretensión de que se declare el rompimiento del equilibrio económico del convenio, contenida en ese mismo numeral, la Sala anota que no es claro si esta pretensión se planteó como principal o consecencial de otras. En todo caso, cualquiera sea la forma en que se lea, tampoco está llamada a prosperar. Si fuera lo primero, porque, incluso al margen de la discusión que pudiera darse respecto de la procedencia de esa figura en el marco de un convenio de asociación a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, lo cierto es que no se demandó la nulidad el acto de liquidación unilateral adoptado a través de la Resoluciones 92 del 16 de noviembre de 2010 y 290 del 15 de febrero de 2011; si fuera lo segundo, porque esa pretensión debe correr la misma suerte de las principales.

**NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO – Cuando se pretende la nulidad de actos administrativos de naturaleza contractual no es necesario demandar el acto administrativo de liquidación unilateral / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL – Contenido sustancial y autónomo / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO – Cuando el negocio jurídico ha sido objeto de liquidación unilateral no es posible que prosperen pretensiones que pretendan alterar su contenido sin antes derribar los efectos vinculantes de dicho acto, en virtud del carácter ejecutivo y ejecutorio que se predica respecto de los actos administrativos cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada**

En este punto es pertinente mencionar que, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, cuando se pretende la nulidad de actos administrativos de naturaleza contractual no es necesario demandar el acto administrativo de liquidación unilateral, en tanto se entiende que, aunque unos y otro están relacionados entre sí, cada uno tiene un contenido sustancial y autónomo. Esto, sin embargo, no aplica para otra clase de pretensiones que puedan llegar a alterar el balance final del contrato, pues en relación con éstas esta Corporación ha sido enfática en señalar que cuando el negocio jurídico ha sido objeto de liquidación unilateral no es posible que prosperen pretensiones que pretendan alterar su contenido sin antes derribar los efectos vinculantes de dicho acto, en virtud del carácter ejecutivo y ejecutorio que se predica respecto de los actos administrativos cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada .

**COMPULSA DE COPIAS – Procedencia porque no es posible determinar cuál fue la destinación que se le dio a los recursos públicos**

Por último, dado que de las pruebas que obran en el expediente no es posible determinar cuál fue la destinación que se le dio a los recursos públicos aportados por el Departamento para la ejecución del Convenio 25 de 2009, la Sala confirmará la decisión del Tribunal de compulsar copias a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para que, en el marco de sus respectivas competencias, investiguen las conductas y omisiones de los funcionarios del Departamento de Casanare y de los empleados o directivos de la Asociación Luna Roja en relación con la celebración, ejecución, terminación y liquidación del Convenio 25 del 30 de junio de 2009.

**CONDENA EN COSTAS – Procedencia / CONDUCTA DE LAS PARTES – Presupuestos de existencia de temeridad o mala fe / TEMERIDAD – Configurada por que la demanda carecía absolutamente de fundamento legal, tanto que, para sustentar sus pretensiones, alegó, a sabiendas, hechos contrarios a la realidad y, aun así, insistió en ello en la apelación / MALA FE – Configurada / AGENCIAS EN DERECHO – Liquidación**

El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, establece que “[e]n todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil” [énfasis agregado]. De manera que, en materia contencioso administrativa y en los procesos que, como este, se rigen por ese código por haber iniciado su curso bajo su vigencia, la condena en costas procede mediante un análisis subjetivo de la conducta observada por las partes y no con fundamento en los factores objetivos establecidos en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, normas a las que remite el citado artículo 55 únicamente para efectos de determinar la forma de su liquidación. Para formular un juicio de reproche sobre la conducta de las partes dentro del proceso a efectos de determinar la procedencia de la condena en costas, la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a lo previsto en el artículo 74 del C.P.C que señala que hay temeridad o mala fe cuando, entre otros eventos, “1. [...] sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste [o] “2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”; de manera concordante, ha analizado el cumplimiento de los deberes que la ley les impone a ellas y a sus apoderados (art. 71 del C.P.C), entre ellos: “1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos. 2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales”. De conformidad con las pruebas que obran en el expediente y a las que la Sala hizo alusión previamente, se concluye que la Asociación Luna Roja actuó con temeridad y mala fe, toda vez que es palmario que su demanda carecía absolutamente de fundamento legal, tanto que, para sustentar sus pretensiones, alegó, a sabiendas, hechos contrarios a la realidad y, aun así, insistió en ello en la apelación. [...] Así, entonces, resulta evidente que la Asociación actuó con temeridad y mala fe porque, “a sabiendas de su falta de razón”, ejerció de manera abusiva su derecho de acción. Por ende, se condenará en costas a la demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría en los términos del artículo 393 ibídem. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del C.P.C., en esta misma providencia se fijarán las agencias en derecho. Según lo previsto en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta que se trata de un proceso declarativo en segunda instancia, se fijarán en la suma de \$201'132.182,62 que corresponden al 3% del valor de las pretensiones a favor de la demandada.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 171 / LEY 446 DE 1998 – ARTÍCULO 55 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 392 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 393 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 71

**NOTA DE RELATORÍA:** Providencia con aclaración de voto de la magistrada María Adriana Marín.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 85001-23-31-000-2011-10099-01(48957)**

**Actor: ASOCIACIÓN LUNA ROJA**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Asunto: Sentencia de segunda instancia

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 por la Asociación Luna Roja en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Casanare.

La controversia versa sobre la legalidad de unos actos administrativos por medio de los cuales el Departamento de Casanare: (i) declaró la caducidad del Convenio 25 del 30 de junio de 2009 celebrado entre esta entidad territorial y la Asociación Luna Roja; (ii) ordenó el reintegro de la suma de \$2.988'000.000 correspondiente al aporte del Departamento para desarrollar el objeto del convenio; (iii) declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza 300028484 expedida por Seguros Cóndor S.A. y, (iv) ordenó hacerla efectiva.

El Tribunal Administrativo de Casanare declaró la nulidad absoluta del convenio por considerar que se celebró contra expresa prohibición legal (numeral 2º del

artículo 44 de la Ley 80 de 1993) porque no se elaboraron estudios previos y se eludieron los procedimientos de selección aplicables. Consecuencialmente, ordenó la restitución de la totalidad del valor del aporte entregado por el Departamento para la ejecución del convenio y denegó las demás pretensiones de la demanda. La parte recurrente señala que no estaban dados los supuestos para que se declarara oficiosamente la nulidad e insiste en la ilegalidad de los actos demandados.

## I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión referida, adoptada el 29 de agosto de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Casanare dispuso:

**“PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD ABSOLUTA** del convenio 025 celebrado el 30 de junio de 2009, entre el departamento de Casanare y la Asociación Luna Roja representada por el señor Rubén Pérez Romero [sic], cuyo objeto consistía en un ‘convenio de cooperación para cofinanciar la construcción de 332 unidades de vivienda social correspondientes a la construcción de vivienda en sitio propio o vivienda nucleada o dispersa distribuida así: 2 núcleos familiares en zona urbana del municipio de Yopal, 60 núcleos familiares ubicados en zona urbana del centro poblado de El Morro del municipio de Yopal, 100 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Trinidad, 15 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Monterrey, 50 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Orocué, 60 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Aguazul y 45 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Nunchía, departamento de Casanare’, por las razones indicadas en la motivación.

**En consecuencia, se ORDENA** a la Asociación Luna Roja, representada legalmente por el señor Andrés Velasco Apráez, el **REEMBOLSO** de los \$2.988.000.000 entregados por el departamento de Casanare, valor que deberá ser reintegrado a valor presente a la fecha del pago, conforme a la ecuación  $Ra=Vh*If/li$ , teniendo en cuenta para el  $lf$  la fecha de pago; para  $li$  el del mes en que la Administración lo entregó al ‘cooperante’. Todo ello, sin perjuicio del reintegro de la totalidad de los rendimientos financieros que esos dineros hayan producido en poder del particular, conforme al Estatuto Orgánico de Presupuesto.

**SEGUNDO: DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda; y sin lugar a restituciones a favor de la parte actora, por no haberse causado y probado.

**TERCERO:** Aceptar la coadyuvancia de Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, con las precisiones indicadas en la motivación.

**CUARTO:** Sin esperar a ejecutoria, actualícese la noticia en la misma forma como se indicó en el auto de fecha 30 de marzo de 2012 a los órganos de control, para propiciar su oportuna intervención y que se investigue la conducta de los servidores públicos de Casanare y de la Asociación Luna Roja, conforme a sus competencias.

**QUINTO:** Reconocer personería jurídica al Dr. Juan Carlos Morales identificado con la C.C. núm. 1.049.604.676 y T.P. 180.742 del C.S. de la J. En los términos y para los efectos del poder conferidos en el presente proceso, como apoderado de Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales.

**SEXTO:** Sin costas en esta instancia.

**SÉPTIMO:** en firme lo resuelto, por la Secretaría líbrense las comunicaciones que dispone el art. 173 del C.C.A.; devuélvase el excedente del depósito de gastos procesales, si lo hubiere y archívese el expediente<sup>1</sup>.

2. El anterior proveído decidió la demanda presentada el 24 de junio de 2011 por la Asociación Luna Roja (en adelante, la Asociación)<sup>2</sup>, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación:

### **Pretensiones**

3. La Asociación formuló las siguientes pretensiones<sup>3</sup>:

*“1. Que son nulas las resoluciones números 541 del [sic] 21 de Mayo [sic] de 2010, expedida por la Gobernación del Casanare y la No. 873 del 13 de Agosto [sic] de 2010, mediante las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del Convenio 25 de 2009, celebrado entre la entidad demandada y mi representada, y se resuelve el recurso de reposición, confirmándose la primera de las decisiones citadas.*

*2. Condenase [sic] á [sic] la NACIÓN, GOBERNACIÓN DEL CASANARE, a pagar a la ASOCIACION LUNA ROJA, el valor de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que le fueron ocasionados [sic], los cuales ascienden, aproximadamente, a la suma de NUEVE MIL QUINIENTOS DOS MILLONES CUATROSCIENTOS [sic] SEIS MIL OCHENTA Y SIETE PESOS ((\$9.502.406.087) monto [sic] que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del código contencioso administrativo, así como el reconocimiento del equilibrio financiero, una vez se reanude la ejecución del contrato, en un término igual al inicialmente pactado- [sic]*

*3. A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

*4. Que se declare la existencia y vigencia del convenio No. 25 de 2009, de cooperación, suscrito entre las partes y como consecuencia se declare el reconocimiento del equilibrio financiero a favor de la accionante. En caso que el objeto contractual ya haya sido ejecutado con otro contratista, ordenar el pago total del convenio en cuestión.”<sup>4</sup>*

### **Hechos**

4. En apoyo de sus peticiones, la demandante relató los siguientes hechos:

---

<sup>1</sup> Folio 257, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>2</sup> Folios 1 a 20, cuaderno 1. La fecha de presentación de la demanda consta en el reverso del folio 20. Según certificado de existencia y representación, la demandante se constituyó como una asociación sin ánimo de lucro mediante documento privado de 20 de diciembre de 1996 Inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá el 7 de febrero de 1997 bajo el número 00001895 del Libro I. La Asociación está domiciliada en Bogotá D.C. y su objeto social contempla la posibilidad de ejecutar proyectos de vivienda, folio 32, cuaderno 1.

<sup>3</sup> Folios 229 y 230, cuaderno 1.

<sup>4</sup> Folios 2 y 3, cuaderno 1. A renglón seguido de las pretensiones transcritas, la Asociación incluyó lo que denominó “*pretensiones especiales*”, una, consistente en una solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, medida cautelar que fue negada por el Tribunal mediante auto del 20 de octubre de 2011 (folios 153 y 154, cuaderno 1), la otra, en realidad, se refiere a una alegación de la demandante que sustenta sus pretensiones de nulidad, en tanto señala que la causal para declarar la caducidad es cualificada, pero que en este caso no se configuró porque la parte que incumplió el convenio fue el Departamento. Previa inadmisión de la demanda, la cuantía se corrigió y se determinó en la suma de \$6.704'406.087 (folios 102 y 104 a 106, cuaderno 1).

4.1. Señaló que el Departamento de Casanare celebró con la Asociación el Convenio 25 de 30 de junio de 2009, cuyo objeto consistió en cofinanciar la construcción de 332 viviendas en sitio propio o vivienda nucleada dispersa en los municipios de Yopal, Trinidad, Monterrey, Orocué, Aguazul y Nunchía.

4.2. Indicó que, según la cláusula quinta, el valor del convenio ascendió a \$5.976'000.000 resultante de sumar los siguientes aportes: (i) \$3.320'000.000 del Departamento, (ii) \$664'000.000 de los municipios en los que se construirían las respectivas viviendas, y (iii) \$1.992'000.000 *“como aporte de cooperación por parte de una entidad de naturaleza privada y sin ánimo de lucro”*. Agregó que los aportes se manejaron en la cuenta de ahorros 80785-9 del Banco de Occidente.

4.3. Manifestó que, según lo estipulado en la cláusula sexta del convenio, el 90% del valor del aporte del Departamento se desembolsaría una vez suscrita el acta de inicio y el 10% restante una vez recibida la obra a satisfacción por cada hogar beneficiario y por la Gobernación de Casanare.

4.4. Afirmó que el acta de inicio se suscribió el 24 de agosto de 2009, por tanto, mediante orden de pago 01-1CA9 4913, el Departamento de Casanare (en adelante, el Departamento) consignó la suma de \$2.988'000.000 en la cuenta de ahorros asociada al convenio; sin embargo, no se pudo iniciar la ejecución dado que no se entregaron las resoluciones de adjudicación de beneficiarios, las licencias de construcción, los planos y estudios técnicos de los proyectos ni los lotes adecuados para poder construir las viviendas, de lo cual se dejó constancia en comunicación del 15 de diciembre de 2009.

4.5. Aseveró que el 10 de marzo de 2010, a escasos 13 días de la finalización del plazo pactado para la ejecución del convenio, por solicitud del Departamento, las partes suscribieron un acta de suspensión, con fundamento en que las obras de construcción no podían adelantarse hasta que el Departamento entregara *“las obras de urbanismo, licencias de construcción y la adecuación de terrenos”*. En dicha acta se señaló que las actividades se reiniciarían el 24 de mayo de 2010. La demandante consideró que se debió prorrogar el plazo de ejecución por un término igual o superior al originalmente convenido en atención al escaso tiempo que restaba para finalizar la ejecución del convenio y porque las causas que justificaron la suspensión eran atribuibles al Departamento.

4.6. Dijo que el 13 de mayo de 2010, el Director Administrativo de Planeación del Departamento y la interventoría suscribieron el acta de comité técnico-administrativo 128 en la que se dejó constancia que a esa fecha la ejecución del convenio se encontraba en *“ceros”* por lo que la interventoría recomendó declarar la ocurrencia del siniestro de indebido manejo del anticipo. La Asociación aseveró que dicha recomendación no tenía fundamento porque se presentaron dos informes financieros sobre el manejo de los recursos aportados por el Departamento, además de que la falta de ejecución de las obras era atribuible exclusivamente a la entidad pública.

4.7. Manifestó que el Departamento declaró la caducidad del convenio a través de la Resolución 541 el 21 de mayo de 2010 —cuando aún estaba vigente su suspensión—, con fundamento en unos incumplimientos de la Asociación que no existieron. Afirmó que nunca se le impusieron multas, que el valor aportado por el Departamento se destinó para la adquisición de los materiales necesarios para ejecutar las obras, de lo cual daban fe las facturas de venta 546, 547, 548, 549 y 550 del 27 de julio de 2009 expedidas por la sociedad Ferre H. Sánchez y suscritas por su representante legal y que resultaba improcedente declarar la caducidad de un negocio jurídico que estaba suspendido.

4.8. Finalmente, aseveró que la declaratoria de caducidad del convenio le causó graves perjuicios, los cuales deben ser indemnizados por el Departamento.

### **Los fundamentos de derecho de la demanda**

5. En el acápite de fundamentos de derecho, la demandante señaló que los actos administrativos impugnados violaron las siguientes normas: artículos 2, 6, 25, 83, 50, 51, 90 y 124 de la Constitución Política; los artículos 1, 2, 4, 9, 18, 23, 28, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993; y los artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil. El concepto de violación de estas disposiciones lo concretó en los siguientes cargos:

5.1. Manifestó que el Departamento, a sabiendas de sus incumplimientos, resolvió caducar el Convenio 25 de 2009 sin fundamento alguno, evadiendo sus propias responsabilidades y atentando directamente contra el principio de imparcialidad y el mandato de garantizar la efectividad de los derechos de la Asociación. Añadió que dicha decisión atentó contra el orden social justo, la buena fe y los fines del Estado Social de Derecho. Agregó que la expedición arbitraria de los actos administrativos impugnados vulneró el derecho al trabajo de la Asociación.

5.2. Consideró que la decisión de declarar la caducidad del contrato no se encuadró en las causales previstas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en particular porque la demandada incumplió gravemente el convenio, lo que fue la causa eficiente que impidió ejecutar las obras. Aseveró que la facultad de declarar la caducidad del convenio fue ejercida mediante “*acomodadas interpretaciones*” de la realidad motivo por el cual se vulneró el principio de legalidad. Agregó que el Departamento nunca le entregó a la Asociación las áreas a intervenir pues, al momento de suscribir el acta de inicio, escasamente entregó el 10% de los lotes y, un mes después, tan solo el 30%, por lo cual no podía exigirle a la Asociación la entrega de la obra en el plazo originalmente estipulado. Afirmó que con esa interpretación el Departamento vulneró el Estatuto General de Contratación, comprometiendo su responsabilidad y el equilibrio entre las prestaciones de los contratantes.

5.3. Señaló que el ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración no se ajustó al principio de normatividad de los contratos consagrado en el artículo 1602 del Código Civil porque el Departamento se extralimitó al ejercerlas. Esto,

dijo, generó desequilibrios injustificados entre los contratantes que comprometen la responsabilidad del Departamento.

### **Los argumentos de defensa de la parte demandada**

6. El Departamento contestó la demanda para oponerse a sus pretensiones. Planteó las excepciones de *“mala fe y dolo en la demandante”*, *“legalidad de los actos demandados”* y *“la genérica”*, cuyos fundamentos fácticos y jurídicos fueron los siguientes:

6.1. Aseveró que, si bien el acta de suspensión se suscribió con fundamento en la imposibilidad de que el Departamento entregara los lotes y las licencias citadas por la demandante, lo cierto es que, de una parte, esas circunstancias eran de conocimiento de la Asociación desde el principio; y, de otra, según el estado de cuenta del 12 de mayo de 2010 la Asociación, inconsulta e inexplicablemente, y a sabiendas de que para ese momento no podía ejecutarse el objeto del convenio, retiró la totalidad del aporte realizado por el Departamento y dejó un saldo de apenas \$967.392,72, correspondiente a rendimientos financieros.

6.2. Manifestó que la caducidad del convenio no se sustentó en aspectos relacionados con la entrega de las obras, como parece entender la demandante, sino que se fundamentó en que, pese a los varios requerimientos del interventor y de estar suspendida la ejecución del convenio, la Asociación nunca explicó con suficiencia cuál fue la destinación que le dio a los recursos aportados por el Departamento.

6.3. Indicó que la Asociación nunca justificó el uso de los recursos girados por el Departamento y dijo que era sorprendente que aportara al proceso las facturas de venta 546, 547, 548, 549 y 550 del 27 de julio de 2009 expedidas por la sociedad Ferre H. Sánchez, puesto que no fueron allegadas como soportes de las respuestas a las comunicaciones de la interventoría y del Departamento, pese a su constante insistencia para que se justificara el destino del aporte del ente territorial, por lo cual, cuando menos, era *“extraño que teniendo las pruebas en su poder solo se vengan a exhibir en el juicio”*.

6.4. Afirmó que la suspensión del plazo de ejecución del convenio no le daba derecho a la Asociación de *“apropiarse”* de los recursos sin demostrar gestión alguna y que, antes bien, esa sustracción de recursos daba cuenta de su mala fe y de su conducta dolosa. Señaló que la interventoría del convenio le solicitó a la Asociación, en repetidas ocasiones, que justificara la destinación de los dineros entregados por el Departamento, pero que *“jamás se obtuvo respuesta”*.

6.5. Señaló que las Resoluciones 541 de 21 de mayo 2010 y 873 de 13 de agosto de 2010 se ajustan a derecho, que la declaratoria de caducidad y sus consecuencias están más que justificadas y documentadas y que, por ende, no es procedente declararlas nulas.

6.6. Agregó que, de conformidad con lo resuelto en dichos actos administrativos, el Convenio 25 de 30 de junio de 2009 se liquidó unilateralmente por el Departamento mediante Resolución 92 del 16 de noviembre de 2010, confirmada mediante Resolución 290 del 15 de febrero de 2011.

6.7. La demandada invocó como fundamentos jurídicos las cláusulas primera, quinta, sexta y séptima del Convenio 25 de 2009.

### **La coadyuvancia de Seguros Cóndor S.A.**

7. El 28 de mayo de 2013, Seguros Cóndor S.A. presentó escrito de coadyuvancia<sup>5</sup> a través del cual solicitó al Tribunal que declarara la nulidad de las resoluciones impugnadas por las mismas razones esgrimidas por la Asociación. Manifestó que tiene interés para hacerse parte en el proceso debido a que expidió la póliza de cumplimiento 300028484 que amparó el riesgo de buen manejo del anticipo y cuyo pago fue ordenado en la Resolución 541 del 21 de mayo de 2010<sup>6</sup>.

### **Los fundamentos de la sentencia impugnada**

8. El Tribunal Administrativo de Casanare declaró oficiosamente la nulidad absoluta del Convenio 25 de 30 de junio de 2009, ordenó a la Asociación restituir al Departamento la suma de \$2.988'000.000 y negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

8.1. Señaló que en el expediente están probados los supuestos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 1742 del Código Civil, en concordancia con lo desarrollado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, habilitan la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del Convenio 25 de 30 de junio de 2009.

8.2. Cuestionó que la naturaleza del convenio fuera la de un contrato de fomento porque pese a que en ese negocio jurídico se citaron como fundamentos normativos el artículo 355 de la Constitución (considerando 1), así como los decretos 393 de 1991, 777 de 1992 y 1403 de 1992 (considerandos 2 y 3), el objeto de la prestación a cargo de la Asociación era la construcción de viviendas de interés social, lo cual no se encuadraba en lo dispuesto en los mencionados decretos, especialmente en el 393<sup>7</sup>. Consideró que el interés de sujetar el contrato a dicho régimen de excepción daba fe de la intención de eludir las normas de derecho público sobre selección objetiva<sup>8</sup>.

8.3. Indicó que está acreditado que el Departamento no adelantó el proceso de licitación que era obligatorio, porque, pese a haber sido requerido para que aportara "*los documentos auténticos que conforman la carpeta del convenio en*

---

<sup>5</sup> Ver folio 13, cuaderno 1.

<sup>6</sup> La Sala observa que esta fue la única actuación de Seguros Cóndor S.A. en el proceso.

<sup>7</sup> Folio 253 (reverso), cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>8</sup> Folio 254 (reverso), cuaderno del Consejo de Estado.

*cuestión*”, ninguno de los que allegó dieron cuenta de la existencia de convocatoria, estudios previos, criterios para selección del contratista y, en fin, los referidos a los antecedentes que llevaron a la celebración del convenio. Por ende, concluyó que el Departamento “*no realizó estudio previo alguno para establecer la necesidad de las obras y la conveniencia de la contratación, ni definió pliegos de condiciones ni procedimientos de evaluación, requisitos indispensables para dar validez al contrato que resulte ser suscrito como resultado del proceso de selección*”<sup>9</sup>.

8.4. El Tribunal consideró que además de la ausencia de estudios previos, el Departamento vulneró el Decreto 2170 de 2002 que reglamentó los artículos 6, 9 y 24 de la Ley 80 de 1993 y que exigía que “*las entidades publicaran los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos licitatorios o concurso público*”<sup>10</sup>.

8.5. En este orden de ideas, ante el incumplimiento de los requisitos exigidos en la ley —estudios previos, publicación de pliegos de condiciones, aviso de convocatoria, etc.— y en vista de la elusión de los procesos de selección objetiva —específicamente la licitación—, el Tribunal concluyó que las partes celebraron el convenio contra expresa prohibición legal contenida en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y que, por ello, el negocio jurídico vulneró los principios de transparencia e imparcialidad.

8.6. En relación con los efectos del fallo, el Tribunal señaló que en el proceso se probó que la Asociación no ejecutó ninguna parte del objeto contractual, por lo que no había lugar a realizar reconocimiento alguno a su favor a título de restitución mutua.

8.7. Señaló que, después de 4 meses de iniciada la ejecución del convenio, en enero de 2010, por intermedio de la interventoría, el Departamento empezó a exigir el cumplimiento de lo convenido; sin embargo, pese a los requerimientos, ni una sola vivienda fue construida por la Asociación al momento de declararse la caducidad del Convenio 25 de 2009 mediante Resolución 541 del 21 de mayo de 2010.

8.8. En punto a las facturas 546, 547, 548, 549 y 550 del 27 de julio de 2009 expedidas por la sociedad Ferre H. Sánchez que la Asociación aportó al proceso para soportar la compra de materiales para la construcción de las viviendas, el Tribunal concluyó que “*cuando mucho probarían que la demandante hizo algunos negocios con Ferre H. Sánchez*”<sup>11</sup>, pero que existían fundadas dudas sobre su veracidad.

8.9. Al respecto, expresó que, según el informe de visita del 1º de agosto de 2013 presentado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), el propietario del establecimiento de comercio Ferre H. Sánchez, Héctor Armando

---

<sup>9</sup> Folio 255, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>10</sup> Folio 255 (reverso), cuaderno 1.

<sup>11</sup> Folio 250 (reverso), cuaderno 1.

Sánchez Larrota, manifestó que las facturas fueron expedidas el 27 de septiembre de 2009 y que las declaró en julio de 2009, lo cual era contradictorio. Además, según ese mismo informe, las facturas no fueron canceladas por la Asociación, lo que siembra serias dudas sobre su veracidad, pues no se entiende por qué el valor de los materiales nunca fue pagado por la Asociación pese a contar con los fondos.

8.10. En todo caso, el Tribunal expresó que el Departamento incumplió sistemáticamente el convenio pues lo “*suscribió [...] sin tener la documentación necesaria y sin el lleno de los requisitos mínimos exigidos, brilla por su ausencia que el Departamento de Planeación, encabezado por el señor Luis Carlos Aponte Pérez, no realizó estudio previo, al menos, para establecer la necesidad o conveniencia de suscribir el convenio; tampoco elaboró documento alguno que indicara las bases y requisitos para participar en la convocatoria; la fijación de los criterios para la escogencia, evaluación y ponderación de los mismos, exigencias mínimas que son propias de una selección objetiva*”<sup>12</sup>. Agregó que el Departamento no presentó planos, estudios, diseños, permisos de urbanismo ni las licencias de construcción que resultaban necesarias para la construcción de las viviendas.

## **II. EL RECURSO DE APELACIÓN**

9. El 11 de septiembre de 2013, la Asociación interpuso<sup>13</sup> recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque en su integridad y, en su lugar, se declare la nulidad de las Resoluciones 541 del 21 de mayo y 873 del 13 de agosto de 2010 y se le indemnicen los perjuicios causados. Para sustentar su inconformidad en relación con la declaración de nulidad absoluta del convenio, expuso los siguientes argumentos:

9.1. Afirmó que la nulidad absoluta puede decretarse cuando “*no se tienen mas [sic] opciones, cuando el acto es carente de requisitos esenciales*”<sup>14</sup>, pero que este no era el caso porque, además de que se decretó una nulidad que no fue pedida, la decisión del *a quo* se fundó en razonamientos equivocados que no se ajustan a la ley, y al basar sus conclusiones en la ausencia de unos documentos, premió la desidia de la administración<sup>15</sup>.

9.2. Manifestó que los “*planteamientos hechos por el Honorable Tribunal de manera genérica no permiten colegir la existencia de ninguna de las causales de nulidad absoluta*”<sup>16</sup> y, por tanto, concluyó que no era procedente declararla respecto del convenio. Agregó que dicha decisión vulnera el principio de legalidad porque no cumple ninguno de los supuestos del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y

---

<sup>12</sup> Folio 250 (reverso), cuaderno 1.

<sup>13</sup> La sentencia de primera instancia fue notificada por edicto que se desfijó el 6 de septiembre de 2013 (ver folio 254, cuaderno Consejo de Estado), por lo que el recurso fue interpuesto y sustentado oportunamente mediante escrito que obra a folios 260 a 2718 del cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>14</sup> Folio 270, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>15</sup> Folio 270, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>16</sup> Folio 278, cuaderno del Consejo de Estado.

viola la garantía de contradicción porque la Asociación no pudo manifestarse en relación con sus fundamentos.

9.3. Aseveró que, en todo caso, a la celebración del Convenio 25 de 30 de junio de 2009 sí precedió la elaboración de estudios previos en los que se identificó la necesidad de construir viviendas para 332 familias con base en los lineamientos del plan de desarrollo departamental. Agregó que *“esos estudios previos con la factibilidad correspondiente dada por la oficina de planeación departamental, con análisis de valores unitarios y cantidades de obra fueron colgados en la página de contratación estatal como puede verificarse”*<sup>17</sup>.

9.4. Añadió también que, si bien el Departamento no entregó la información requerida por el Tribunal, lo cierto es que esa omisión no prueba que los estudios previos no se hubieren realizado —los cuales, afirmó, están en el Banco de Proyectos del Departamento—, sino que de lo que da cuenta es de la falta de cooperación de la parte demandada<sup>18</sup>. Señaló que, en varias oportunidades, la Asociación le solicitó el expediente completo del convenio al Departamento pero que no fue posible acceder a él por culpa de la desorganización de ese ente territorial, que alegó que los documentos no estaban en su poder sino en manos de asesores externos.

9.5. Para la apelante, la discusión debió centrarse en los graves y reiterados incumplimientos en los que incurrió el Departamento y que terminaron por impedir la construcción de las 332 viviendas. Sin embargo, el Tribunal se apartó de lo que se le pidió en la demanda. Censuró que a título de restituciones mutuas ni siquiera se le hubiera reconocido a la Asociación los gastos en los que incurrió para celebrar el contrato, como los asociados a la expedición de la póliza de cumplimiento, a los impuestos nacionales y locales, entre otros.

9.6. Adujo que el hecho de que los testigos William Enrique Cortés, Nohora Shirley Gutiérrez y Luis Hernán Rodríguez López —todos funcionarios de la interventoría Diarco Ltda.— manifestaran que no conocían las facturas de venta 546, 547, 548, 549 y 550 que soportan la compra de materiales, no prueba su falsedad. Reiteró que esas facturas dan fe del buen manejo de los recursos aportados por el Departamento porque se emplearon en la compra de materiales para la construcción de las viviendas.

9.7. En lo que concierne a la declaratoria de caducidad del convenio, ratificó los argumentos planteados en su demanda sobre la nulidad de los actos administrativos<sup>19</sup>. Agregó que el Departamento vulneró el debido proceso de la Asociación porque no le dio la oportunidad de debatir los motivos que dieron lugar a la declaratoria de caducidad, en tanto no rindió descargos ni participó en las

---

<sup>17</sup> Folio 271, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>18</sup> Folio 275, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>19</sup> Lo afirmó sobre la base de reseñar gran parte del material probatorio recabado en el expediente. Ver folios 262 a 269, cuaderno Consejo de Estado. El apelante se refirió: (i) al objeto y cláusulas del Convenio 25 de 30 de junio de 2009; (ii) al acta de inicio del convenio de 24 de agosto de 2009; (iii) al acta de suspensión del convenio del 10 de marzo de 2010; (iv) al acta de comité técnico administrativo del 13 de mayo de 2010; (v) a distintos oficios de Diarco Ltda. remitidos a Asociación Luna Roja; (vi) a las Resoluciones 541 de 21 de mayo y 873 de 13 de agosto de 2010; entre otras.

visitas que la interventoría Diarco Ltda. llevó a cabo en los frentes de obra y en los lugares donde debían construirse las viviendas objeto del convenio.

9.8. Insistió en que transcurrieron más de 6 meses —de los 7 pactados— antes de que el Departamento reconociera en el acta de suspensión del 10 de marzo de 2010 que era necesario suspender la ejecución del convenio por falta de licencias de construcción, de obras de urbanismo, de estudios y planos técnicos para la construcción de las viviendas, entre otros requisitos indispensables.

9.9. Afirmó que resulta ilegal que el Departamento suspendiera el término de ejecución del Convenio 25 de 2009 y que luego de reanudarse pretendiera que en 15 días se construyeran todas las viviendas. Agregó que es irregular que el acto de caducidad se hubiere proferido después de vencido el término de ejecución pactado.

9.10. Concluyó que la decisión del Tribunal no se ajusta a derecho y que los actos administrativos demandados le continúan causando graves perjuicios económicos y morales.

10. Mediante auto del 26 de septiembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Casanare concedió el recurso de apelación<sup>20</sup>. Admitido el recurso, se le dio el trámite procesal de rigor, agotado el cual se les corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, por el término de 10 días. No se hizo ningún pronunciamiento en esta etapa procesal<sup>21</sup>.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **Jurisdicción y competencia**

11. Según el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (en adelante, CCA), la jurisdicción contenciosa administrativa está instituida para juzgar las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas. De otro lado, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales es la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>22</sup>. Las Resoluciones 541 del 21 de mayo y 873 del 13 de agosto de 2010 cuya nulidad se pretende se expidieron con ocasión de un negocio jurídico que se califica como estatal, pues fue celebrado por una entidad pública: el Departamento de Casanare. Por lo tanto, esta jurisdicción es la llamada a resolver la controversia.

12. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 129 del CCA, el Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia las apelaciones de las

---

<sup>20</sup> Folios 280 y 281, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>21</sup> Constancia secretarial que obra a folio 287, cuaderno del Consejo de Estado.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez (Exp. 55.147), sección 1. En este caso, la Subsección A estimó en una controversia contractual de un convenio de cooperación pretendidamente sujeto al régimen del artículo 355, reglamentado por el Decreto 777 de 1992, que la Ley 80 de 1993 era aplicable para efectos de determinar la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

sentencias dictadas por los tribunales administrativos. El numeral 5º del artículo 132 del mismo estatuto establece que los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los asuntos referentes a los contratos de las entidades estatales, cuando la cuantía exceda los 500 SMMLV. En la fecha de presentación de la demanda, 24 de junio de 2011<sup>23</sup>, esta cuantía equivalía a \$267'800.000. El valor de la pretensión mayor se estimó en una suma superior, \$5.976'000.000<sup>24</sup>; en consecuencia, la Sala es competente para resolver el recurso, pues el proceso tiene vocación de doble instancia.

### **Consideraciones previas a la fijación del objeto de la apelación - La variación de la *causa petendi* en el recurso de apelación**

13. Antes de delimitar el objeto de la apelación y los problemas jurídicos que deben ser analizados en esta instancia, la Sala estima necesario pronunciarse sobre la *causa petendi* y su variación en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC<sup>25</sup>), aplicable en virtud de la remisión contemplada en el artículo 267 del CCA, la sentencia debe guardar coherencia con “*los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades*” a las que se refiere ese código, por lo que el demandado no puede ser condenado por “*objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente invocada en ésta*”.

14. El anterior postulado procesal corresponde al principio de congruencia que impide que se sorprenda a las partes con decisiones que recaigan sobre aspectos que no fueron objeto de debate en el proceso, salvo los que, de conformidad con la ley, deban ser resueltos de oficio. Al lado de tal principio, se presenta como presupuesto el principio de la preclusión y la regla de señalamiento que impone a las partes exhibir de manera clara y precisa lo que se pide, manifestación que impone, como garantía del debido proceso y del derecho de contradicción y defensa, que quien demanda no puede modificar la *causa petendi* mediante señalamientos alegados por fuera de las etapas procesales previstas legalmente para ello, esto es, la demanda, su corrección o adición<sup>26</sup>, oportunidades que la ley dispuso para que se precise la controversia.

15. Los referidos principios y reglas se aplican en los procesos en los que se impugna, con un interés subjetivo y particular, la validez de un acto administrativo. Según lo previsto en el numeral 4º del artículo 137 del CCA, el demandante tiene la carga de indicar las normas violadas por los actos administrativos y explicar el concepto de su violación, requisito que no le impide al juez, como regla de

---

<sup>23</sup> Folio 20 (reverso), cuaderno No. 1.

<sup>24</sup> La pretensión de mayor valor fue incluida en el memorial de subsanación de demanda presentado el 29 de julio de 2011 (104 a 106, cuaderno No. 1) y corresponde a daño emergente “*por concepto del Valor del convenio dejado de percibir por Luna Roja*”.

<sup>25</sup> La referencia a las normas del CPC obedece a la aplicación de la regla de tránsito de legislación prevista en literal c) del numeral 1º del artículo 624 del Código General del Proceso, pues el recurso de apelación fue el 11 de septiembre de 2013, fecha anterior al 1º de enero de 2014 en que, según la posición unificada de la Sección Tercera de esta Corporación, entró a regir el Código General del Proceso en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Exp. 49.299. C.P: Enrique Gil Botero.

<sup>26</sup> CCA, artículo 208.

excepción a esa carga y en cumplimiento de su mandato de garantizar la supremacía constitucional (artículo 4º), interpretar la demanda e integrarla con las normas constitucionales cuando advierta que un derecho fundamental de aplicación inmediata ha sido vulnerado por los actos administrativos impugnados<sup>27</sup>.

16. Empero, esta facultad debe ejercerse con extrema cautela pues el juez administrativo no puede modificar la *causa petendi* porque si lo hiciera “*se violaría el derecho constitucional de defensa y contradicción que ampara a todo demandado*”<sup>28</sup>. Ciertamente, el juez administrativo debe leer integralmente la demanda y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas<sup>29</sup>, para lo cual puede interpretar al demandante en su explicación del concepto de la violación, mas no modificar la *causa petendi* pues este es un aspecto medular sobre el que descansa el derecho al debido proceso del demandado, lo que de ninguna manera puede ser considerado un aspecto meramente formal.

17. Analizada la demanda, la Sala observa que la Asociación indicó como violadas varias disposiciones constitucionales (artículos 2, 6, 25, 50, 51, 83, 90 y 124) y legales (artículos 1, 2, 4, 9, 18, 23, 28, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil). No obstante, desarrolló únicamente el concepto de violación del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 en el que manifestó que no era procedente que el Departamento declarara la caducidad del Convenio 25 de 2009 porque, en verdad, fue esa entidad territorial la que incumplió gravemente sus obligaciones y fueron sus incumplimientos los que impidieron que se continuara la ejecución del convenio. En contra de lo referido como fundamento de tal decisión administrativa, afirmó que la Asociación sí cumplió con las obligaciones relacionadas con la presentación de informes financieros y la inversión de los aportes del Departamento en la ejecución del negocio jurídico.

18. En lo que respecta a las demás normas que enunció vulneradas, la Asociación se limitó a alegar y aducir como violados los fines del Estado Social de Derecho, los principios constitucionales de buena fe, imparcialidad, transparencia, orden social justo y el derecho al trabajo, y los principios legales de responsabilidad, de normatividad de los contratos, de buena fe contractual y de equilibrio entre las prestaciones de las partes de un contrato estatal; empero, omitió “*explicar el concepto de su violación*”<sup>30</sup> pues no precisó concretamente cómo los artículos invocados habrían sido vulnerados mediante la expedición de

---

<sup>27</sup> Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo debe aplicar la norma constitucional correspondiente de manera oficiosa (Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 7 de abril de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell, declaró la exequibilidad condicionada del numeral 4 de artículo 137 del Decreto 01 de 1984).

<sup>28</sup> Sobre la congruencia de la sentencia en los procesos en que se impugna un acto administrativo contractual, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp. 27.723. C.P. Hernán Andrade Rincón. En esta decisión, la Sala citó la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 7 de 2009, radicado 18509, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>29</sup> Este principio fue el que la Corte Constitucional resaltó en la sentencia C-197 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) cuando dijo: “Así se desprende cuando la Corte señaló en la sentencia C-197 de 1999 que: “No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.”

<sup>30</sup> Numeral 4º del artículo 137 del CCA.

las resoluciones impugnadas. De esta suerte, sus señalamientos no pueden ser estudiados como parte del concepto de la violación.

19. Ahora bien, en el recurso de apelación, la Asociación incluyó dos planteamientos nuevos: (i) el primero relativo a que la Resolución 541 de 21 de mayo de 2010 se expidió por fuera del plazo de ejecución del Convenio 25 de 2009 por lo que, estimó, era “irregular”, y, (ii) el segundo relacionado con la circunstancia de que la Asociación no participó en las visitas que la interventoría realizó a los frentes de obra del proyecto y no pudo controvertir los supuestos de hecho que dieron lugar a la declaratoria de caducidad a través de la presentación de descargos. Debido a que ambos argumentos variaron la *causa petendi*, pues no se plantearon expresamente en la primera instancia ni pueden ser advertidos del contenido de la demanda, la Sala no los tendrá en cuenta al delimitar el objeto de la apelación. Si ello se hiciera, implicaría variar la *causa petendi* y, por esta vía, vulnerar el debido proceso del Departamento que sería sorprendido con nuevos planteamientos presentados de forma extemporánea.

20. Naturalmente, los reparos del apelante relacionados con la decisión del Tribunal de declarar la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009 sí deben ser estudiados por la Sala porque su origen surge de la sentencia de primera instancia y no de las resoluciones impugnadas.

### **El objeto de la apelación**

21. Con el objeto de resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, corresponde a la Sala determinar: (i) si estaban acreditados los elementos para que el Tribunal declarara de oficio la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009 con fundamento en la transgresión del numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. (ii) Se deberá determinar además si las Resoluciones 541 del 21 de mayo y 873 del 13 de agosto de 2010 que declararon la caducidad del convenio están viciadas de nulidad por no cumplir los requisitos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Si lo anterior resultare cierto, (iii) tendrá que establecerse si la Asociación tiene derecho a que el Departamento le indemnice los perjuicios que le habría causado como consecuencia de la expedición de las resoluciones impugnadas, y, por último, (iv) si se debe declarar la vigencia del convenio y restablecerse el equilibrio económico.

### **Análisis del caso**

22. Para motivar la decisión, la Sala abordará los problemas en el mismo orden en que se identificaron.

### **La nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009**

23. Según el *a quo*, en la celebración del Convenio 25 de 2009 se configuró la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 — haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal—, por vulnerarse lo previsto en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, debido

a que no se elaboraron estudios previos ni se agotó una licitación pública. Estimó que, si bien en la parte considerativa del convenio las partes indicaron que el negocio jurídico estaba regulado por lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución y en los Decretos 393 de 1991, 777 de 1992 y 1403 de 1992, su objeto no se enmarcaba en esa normativa. La parte recurrente consideró que los fundamentos de la decisión son equivocados y que no están dados los elementos para declarar de oficio la nulidad del convenio, porque, de una parte, los argumentos generales del *a quo* no conducen a ello y, de otra, porque no obran pruebas suficientes que soporten esa decisión debido a que, por conductas atribuibles a la demandada, los antecedentes del convenio no reposan en el expediente.

24. Al margen de lo que pudiera señalarse respecto de la causal de nulidad que a juicio del Tribunal se configuró en razón de la ausencia de estudios previos y del presunto desconocimiento del procedimiento de selección que estimó era el aplicable<sup>31</sup>, la Sala encuentra que le asiste razón a la parte recurrente en cuanto a que en este caso no están dados los elementos estructurales determinados por la ley<sup>32</sup> para hacer ejercicio de la facultad-deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta del convenio<sup>33</sup> porque con la información que obra en el proceso no es posible tener por plenamente establecido que los supuestos fácticos y jurídicos que, a juicio del *a quo* habrían dado lugar a que se configure esa causal de nulidad, se hubieren presentado, por lo mismo, no es posible tampoco concluir en la existencia de una nulidad que se muestre en el proceso de forma manifiesta.

25. Como en providencia reciente lo hizo<sup>34</sup>, en esta oportunidad la Sala debe ser enfática en afirmar que, si bien, en aras de proteger el orden jurídico, la ley confiere al juez el poder inquisitivo de declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos<sup>35</sup>, en la medida que se activa aun sin petición de parte e, incluso, en contra de los intereses de los contratantes, esa facultad, que a la vez es un deber, debe ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone —y la jurisprudencia desarrolla— en garantía de la seguridad jurídica<sup>36</sup>.

26. En relación con el requisito según el cual el vicio debe ser palmario o manifiesto, esta Corporación, en reciente providencia<sup>37</sup>, expresó que cuando la ley refiere que el vicio debe aparecer de manifiesto en el acto o contrato, alude a que

---

<sup>31</sup> La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación no ha sido pacífica al respecto, pues en algunas providencias ha señalado que cuando se eluden los procedimientos de selección para la contratación estatal la causal de nulidad que se configura es la de desviación de poder (Ley 80 de 1993, art. 44, núm. 3), en otras ha expresado que es un hecho que encaja en la causal de “*celebración contra expresa prohibición constitucional o legal*” (Ley 80 de 1993, art. 44, núm. 2) y, en otras, ha afirmado que no se trata de ninguna de las anteriores, sino que la causal de nulidad que se configura es la de objeto ilícito, prevista en el artículo 1741 del Código Civil.

<sup>32</sup> Artículos 1742 del Código Civil y 87 –inciso tercero– del Decreto 01 de 1984.

<sup>33</sup> (i) Que el vicio que estructura la causal de nulidad sea palmario o surja de bulto, (ii) que el contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones y (iii) que al proceso hayan concurrido las partes del contrato o sus causahabientes (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.720. C.P. Marta Nubia Velásquez).

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 57822.

<sup>35</sup> Artículos 1742 del Código Civil, 45 de la Ley 80 de 1993 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 57822.

<sup>37</sup> Ídem.

debe ser apreciable a simple vista. Es decir, que debe ser tan palmario que no requiera de un mayor esfuerzo para ser evidenciado, ni implique para ello realizar juicios de valor sobre aspectos que no estén contenidos en el mismo acto o contrato viciado. Frente a este último tema, debe advertirse que, en materia contencioso administrativa, la ley precisa que el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato “*cuando esté plenamente demostrada en el proceso*”<sup>38</sup>, asunto que resalta los componentes del contrato estatal, y por ende, las particularidades del mismo a la luz de la valoración de los elementos de su existencia y validez, porque aunque algunos rasgos son similares a los del contrato civil o comercial, aquél tiene una dimensión igualmente diversa debido a la funcionalidad de la herramienta convencional de cara al logro de los fines y cometidos que con él se persiguen.

27. Además, en el horizonte de análisis del ejercicio de la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta se debe tener presente el principio de conservación de los contratos que le impide al juez descartar su validez de cara a la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad de quienes a él concurren, lo cual sólo podrá ocurrir cuando se acrediten los requisitos que activan el ejercicio de dicha atribución excepcional.

28. Entonces, teniendo como parámetro ese contexto normativo, se procede a desarrollar las razones por las cuales se concluye que no se encuentran estructurados los elementos que, según la ley, dan lugar a que el juez ejerza la facultad-deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta, en este caso, del convenio 25 de 2009. Se agrega que, además de lo señalado por el Tribunal, tampoco se encuentra plena y manifiestamente probado que se hubiere configurado alguna otra causal de nulidad que imponga mantener esa declaración en esta instancia.

29. Antes de proceder con el ejercicio propuesto, la Sala debe advertir y dejar sentado que el análisis que abordará no consiste en escrutar la validez de dicho negocio jurídico —porque la demanda no versó sobre ese aspecto—, sino en establecer si, de cara a las pruebas que obran en este proceso, estaban dadas o no las condiciones para declarar de oficio su nulidad. En efecto, el examen en el que se avanzará en el *sub lite* no supone que se haga un juicio sobre la legalidad de ese convenio, sino, solamente, está orientado a definir si se configuraron o no las condiciones para declarar, de oficio, su invalidez; por tanto, se deja a salvo

---

<sup>38</sup> “La jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato no puede ser entendida en el sentido de haber instalado una facultad omnímoda para fallar *extra petita*, en caso de la evidencia de cualquier violación legal. Lo correcto es entender que la jurisdicción en materia de controversias contractuales ha establecido la posibilidad de reubicar la pretensión dentro del contexto fáctico que se evidenció en el plenario y de aplicar la ley pertinente, con independencia de la forma y el tenor literal en que la causa haya sido expuesta por las partes. Es decir, se reconoce la potestad para decidir sobre la violación de la ley imperativa y decretar la nulidad del contrato aunque no haya sido invocada en el proceso, sin embargo, en caso alguno puede desconocerse el derecho constitucional al debido proceso. De lo anterior se concluye que le está vedado al Juez apartarse de lo que demuestren las pruebas expuestas en el plenario, esto es, que sigue siendo un elemento ‘*sine qua non*’ que existan las pruebas de la causal de nulidad y que hayan estado expuestas a la oportunidad de su contradicción, aunque las partes hayan guardado silencio sobre ello”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 6 de febrero de 2019. Exp. 61.270. C.P Marta Nubia Velásquez Rico. La cita original es de la sentencia del 18 de abril de 2016 (exp. 30.682) dictada por la misma Sala.

cualquier pronunciamiento que sobre ese aspecto pudiera darse en otra instancia judicial.

30. Preciado lo anterior, la Sala entra en materia y anuncia que el fundamento de su conclusión se centra en que, más allá de que esté o no acreditado que se hubiere adelantado un procedimiento de licitación pública y se hubieren adelantado estudios previos, lo cierto es que, al menos con la información con la que se cuenta en este juicio, no es posible concluir, en contra de lo estipulado en el convenio 25 de 2009, que en realidad ese negocio jurídico se rigió por la Ley 80 de 1993 y, por ello, no es posible determinar su validez con base en las exigencias de una normativa que, en principio y según lo que se acreditó en este juicio, no le resulta aplicable.

31. El razonamiento del Tribunal partió de considerar que, en razón de su objeto, el convenio 25 de 2009 no podía enmarcarse en la naturaleza de los contratos de fomento regulados en el artículo 355 de la Constitución<sup>39</sup> y reglamentados en los Decretos 777 y 1403 de 1992 —hoy derogados por el Decreto 092 de 2017—, y tampoco en lo regulado por el Decreto 393 de 1991, de donde coligió que la intención de las partes al hacer alusión a tales normas era eludir los requisitos de contratación y el procedimiento de selección aplicable según el régimen general de contratación de la administración pública, específicamente, la elaboración de estudios previos y el proceso de licitación pública. Empero, como ya se anunció, no hay pruebas que conduzcan a establecer con certeza que, en contra de lo que indica el contenido del negocio jurídico, la verdadera intención de las partes hubiere sido dar apariencia de un contrato de fomento a un negocio jurídico que, en realidad, no tenía las características de los de ese tipo, con el objeto de eludir los requisitos de contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conclusión a la que se arriba con fundamento en los razonamientos que se expresan a continuación.

### **La naturaleza del Convenio 25 de 2009 y su régimen jurídico**

32. Bien se sabe que la calificación de la naturaleza jurídica de un contrato parte del análisis de su contenido, derechos y obligaciones y no de la denominación manifestada por los contratantes. Los rasgos de la esencia<sup>40</sup> de un contrato provienen, en el caso de los contratos típicos, de una norma positiva, y, por ende, la calificación de su naturaleza está determinada más por ella que por la

---

<sup>39</sup> El artículo 355 de la Constitución Política establece que: “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.” En esta providencia, la Sala se referirá a los contratos de fomento como aquellos que celebran las referidas entidades públicas con una entidad particular sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad para el desarrollo de las actividades descritas en el referido artículo y en los Decretos 777 y 1403 de 1992 (hoy Decreto 92 de 2017).

<sup>40</sup> Código Civil, artículo 1501: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

voluntad de las partes, quienes son libres de definir el objeto y contenido prestacional de su convención mas no de disponer sobre los rasgos de la esencia de los contratos típicos<sup>41</sup>.

33. La Sala anticipa que, partiendo del contenido del convenio 25 de 2009 y solamente de él porque en este proceso no obran pruebas que, con certeza, conduzcan a otras conclusiones, se debe colegir que, al menos formalmente, se trató de un convenio de asociación de aquellos señalados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998<sup>42</sup> y, aunque, como se indicará, no puede definirse como un contrato de aquellos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional —contrato de fomento<sup>43</sup>—, esto impone que deba entenderse que se rigió por las mismas disposiciones de estos últimos y no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Para desarrollar el sustento de esta afirmación, la Sala se detendrá primero en la identificación de los rasgos característicos de este tipo de negocios jurídicos y en el régimen jurídico que los gobierna, para luego, de cara al contenido del convenio 25 de 2009, destacar las condiciones que llevan en este juicio a calificarlo como uno de aquellos a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

33.1. Con base en lo previsto en el artículo 355 constitucional y en los Decretos 777 y 1403 de 1992, así como con fundamento en el contenido del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se han identificado las características que identifican y, a la vez, distinguen a los contratos de fomento a los que hace alusión el referido artículo 355 *ibídem* de los convenios de asociación a los que se refiere el mencionado artículo 96. Con ese propósito se han destacado, principalmente, los siguientes rasgos característicos de cada uno de estos convenios<sup>44</sup>. Sin perjuicio

---

<sup>41</sup> Sobre el particular, ha dicho esta Subsección que: “*Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (Exp. 55.147). Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>42</sup> El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone: “*Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia 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.*

*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 dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:[...].”*

<sup>43</sup> En la sentencia C-671 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para lo cual se señaló que los convenios de asociación son “*instrumento[s] que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado*”, sin que ellos puedan conducir a servir de base para conceder auxilios parlamentarios a los particulares. La Sala considera que de la lectura del artículo 355 de la Constitución y del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 surgen diferencias claras en los elementos esenciales de los contratos de fomento y convenios de asociación, lo cual no obsta para que el legislador, en el marco de su configuración legislativa, pueda sujetar los convenios de asociación al régimen jurídico a través del cual se regulan los primeros.

<sup>44</sup> En la sentencia del 3 de abril de 2020 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 46.963) esta Corporación identificó las diferencias sustanciales entre contratos de fomento y convenios de asociación, en punto a sus objetos, sujetos contratantes, entre otros aspectos. En ese mismo sentido, el tratadista Augusto Ramón

de esta circunstancia, y a manera de advertencia para el lector, la Sala precisa que, si bien los Decretos 777 y 1403 de 1992 fueron derogados por el artículo 11 del Decreto 92 de 2017, los mencionados eran los vigentes al momento de celebración del convenio 25 de 1999, por lo cual en esta ocasión se hará alusión a ellos:

i **En relación con su objeto y finalidad.** El objeto de los contratos de fomento está dirigido al impulso o apoyo de “*programas y actividades de interés público [...] acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo*” adelantados por entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, mientras que los convenios de asociación se celebran “*para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones*” que la ley les asigna a las entidades públicas. En segundo lugar, los convenios de fomento tienen por finalidad apoyar actividades que, siendo de un particular, son de interés público<sup>45</sup>, mientras que en los convenios de asociación la colaboración se da para que las entidades públicas desarrollen actividades, en asocio con personas jurídicas privadas, en procura de lograr el cumplimiento de sus cometidos y funciones, sin que esto comporte, como se verá, una relación conmutativa<sup>46</sup>, ni implique la transferencia de funciones administrativas a los particulares<sup>47</sup>.

ii Las mencionadas que son, tal vez, sus características más distintivas, encuentran su razón de ser en la motivación que dio origen a la creación de ambos negocios jurídicos. Los contratos de fomento fueron creados por la Asamblea Nacional Constituyente con el ánimo de erradicar los denominados “*auxilios parlamentarios*”, sin que ello comportara eliminar o impedir el desarrollo de la función benéfica que le es propia a un Estado Social de Derecho<sup>48</sup>. De ahí que se entienda que su objeto consiste en apoyar programas y actividades que, aun cuando son de iniciativa privada, se ejecutan en beneficio del interés público, bajo las condiciones que quedaron definidas en el ya mencionado artículo 355 constitucional<sup>49</sup>. En cambio, Los convenios de asociación creados por el

---

Chávez concuerda en que se trata de dos tipos negociales diferentes y los identifica, en lo sustancial, por las mismas características destacadas en la mencionada providencia. (“*Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual*”, Cuarta edición, Temis, Bogotá).

<sup>45</sup> En sentencia C-254 de 1996, la Corte Constitucional precisó que: “*La prohibición de los auxilios y donaciones, es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los "auxilios parlamentarios", y en buena medida explica su alcance. La prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad.*” En sentencia C-543 de 2001, señaló que a través de los convenios de fomentos a los que se refiere el art. 355 constitucional “*se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38), buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas*”.

<sup>46</sup> Código Civil, artículo 1498: “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*”.

<sup>47</sup> Si existe delegación de funciones administrativas no se estaría en presencia de un convenio de asociación y, por tanto, la delegación se deberá regir por lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998. Ver Augusto Ramón Chávez Marín. “*Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual*”, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 432 y siguientes.

<sup>48</sup> En sentencia C-256 de 1996, La Corte Constitucional expresó que la prohibición de conferir auxilios parlamentarios no condujo a “*la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad*”.

<sup>49</sup> La Asamblea Nacional Constituyente en la discusión sobre el presupuesto indicó: “*La presupuestal es una materia lo suficientemente árida y técnica como para no necesitar ni permitir devaneos retóricos ni justificar disquisiciones filosóficas. Al presente el tema en la Comisión V decíamos: (...) 5. Radicación del gasto en las personas de derecho público: al proscribirse los auxilios parlamentarios, es lo más sensato prohibir también a*

legislador, no tienen por propósito cumplir una función benéfica del Estado Social de Derecho, sino que su objetivo, como ya se vio, está dirigido a que las entidades públicas puedan desarrollar las actividades que específicamente la ley les ha asignado, con la colaboración de los particulares.

iii **En relación con los sujetos.** El artículo 355 establece que los convenios de fomento los pueden celebrar el “[g]obierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal” —el Decreto 777 de 1992 señalaba que también los podían celebrar “la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresa”, previa autorización expresa del representante legal de la Nación o de la entidad territorial correspondiente<sup>50</sup>—, con “entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”<sup>51</sup>. El inciso 1º del artículo 96 dispone que los convenios de asociación pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con “personas jurídicas particulares”, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad sin ánimo de lucro y, a su vez, descarta que se celebren con personas naturales o personas jurídicas de derecho público<sup>52</sup>. Si el legislador hubiera querido que los referidos convenios se celebraran solo con personas jurídicas sin ánimo de lucro, así lo habría señalado expresamente.

iv En ese sentido, es pertinente mencionar que la remisión que el referido artículo 96 de la Ley 489 de 1998 hace al artículo 355 Constitucional no puede interpretarse de una forma que niegue las características que el legislador expresamente asignó a los convenios de asociación, entre ellas, las personas con las que pueden celebrarse. Una interpretación distinta conduciría a una contradicción, puesto que no podría el mencionado artículo 96 señalar expresamente que ese tipo de convenios pueden celebrarse con “personas jurídicas privadas”, sin distinguirlas entre aquéllas que tienen ánimo de lucro de las que no, para, al mismo tiempo, por vía de dicha remisión, imponer una restricción para su celebración únicamente con personas jurídicas sin ánimo de lucro.

v En soporte de esta posición también vale destacar que cuando lo que se conviene para lograr los fines a los que se refiere el inciso primero del artículo 96

---

las demás ramas la traslación de recursos públicos a personas de derecho privado. (...) Artículo J: Ninguna de las ramas del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Presupuesto. En: Gaceta Constitucional. Junio, 1991, n.º 92. p. 4-5.

<sup>50</sup> Artículo 4º del Decreto 777 de 1992.

<sup>51</sup> Artículo 1º, Decreto 777 de 1992.

<sup>52</sup> El referido artículo 96 no señala expresamente que las personas jurídicas de derecho privado deban ser entidades sin ánimo de lucro; sin embargo, algunos han estimado que, en virtud de la remisión normativa al artículo 355 constitucional y el criterio de jerarquía normativa, así debe entenderse. Otros, en cambio, señalan que dicha remisión no tiene ese efecto. En ese sentido, El doctrinante Augusto Ramón Chávez Marín expresa que: “desde el punto de vista de los sujetos contratantes el convenio de interés público (el primero) se celebra por los gobiernos de los distintos niveles territoriales, mientras que los convenios de asociación (el segundo) por las entidades estatales cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo. Atendiendo los sujetos contratantes, en el primero lo son solas las EPSAL [entidades privadas sin ánimo de lucro], en tanto en el segundo en general personas particulares” (énfasis añadido). “Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual”, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 438. La Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación ha estimado que: “De ahí que la actividad estatal a ejecutar en el marco del convenio deba estar relacionada con el objeto social del particular, sin importar si es una sociedad comercial o una entidad sin ánimo de lucro.” (sentencia del 3 de abril de 2020, Exp. 46.963, C.P. Ramiro Pazos Guerrero).

de la Ley 489 de 1998 es la creación de una persona jurídica —incisos 1 y 3—, no se discute que los contratantes puedan ser entidades privadas con o sin ánimo de lucro, de lo que se sigue que, de una interpretación sistemática del artículo 96 en comento, ambos tipos de negocios —convenios de asociación y creación de persona jurídica— pueden celebrarse con independencia de si la persona jurídica particular que participe en ellos tiene o no ánimo de lucro, pues esto, como se verá más adelante, esto no se opone, *per se*, a las finalidades de este tipo de negocios jurídicos.

vi **En relación con la participación de la entidad pública en la ejecución de los convenios y la autonomía del particular.** Por su objeto y finalidad, en los convenios de fomento el particular desarrolla el objeto convenido y conserva la autonomía en su ejecución, mientras que la participación de la entidad pública se circunscribe a aportar unos recursos, cuya ejecución e inversión debe vigilar<sup>53</sup>. En los convenios de asociación, como se trata de la ejecución de actividades que la ley ha asignado a la entidad estatal, pero que se desarrollan en colaboración con un particular, ésta normalmente es la que detenta la dirección y seguimiento del objeto e imparte instrucciones para lograr dicho fin, por lo que la autonomía del particular puede verse limitada; no obstante, como se busca su colaboración, se deben establecer mecanismos de coordinación en la ejecución de las actividades de cada uno de los cooperantes<sup>54</sup>.

33.2. Cabe mencionar que, si bien en vigencia de los Decretos 777 y 1403 de 1992 surgieron discrepancias en cuanto a si, en verdad los contratos de fomento y los convenios de asociación son negocios jurídicos distintos o si, en realidad, los segundos no son más que una reiteración de los primeros<sup>55</sup>, lo cierto es que en la

---

<sup>53</sup> Según la jurisprudencia de esta Corporación los aportes que puede hacer la entidad pública en los convenios de fomento solo pueden estar representados en dinero. Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de septiembre de 2009, Exp. 1957, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de julio de 2018, Exp. 2010-00478-01(AP), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2020 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero), Exp. 46.963.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2020 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero), Exp. 46.963.

<sup>55</sup> Esta tesis se basó fundamentalmente en que en la sentencia C-671 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 señaló que “*si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados ‘de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política’, lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política*”. Al respecto, se debe precisar que el alcance que le dio la Corte a la remisión que el artículo 96 hace al artículo 355 Constitucional en cuanto a que los convenios de asociación solo pueden celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el único fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo no constituyó la razón de la decisión que en esa oportunidad se adoptó respecto de la constitucionalidad del referido artículo 96 y, por eso, esa interpretación de la norma no es vinculante. En efecto, el problema jurídico al que se enfrentó la Corte constitucional en esa oportunidad consistió en determinar si los convenios de asociación del artículo 96 vulneran la prohibición de conceder auxilios parlamentarios, lo que se negó enfáticamente en el entendido que esa norma remite al artículo 355 que los prohíbe, es decir que, como esa no fue la finalidad ni el alcance del artículo 96, se concluyó que, en lo que a ese preciso aspecto concierne, la norma no vulnera la Constitución. En ese sentido, es claro que la mención que se hizo en relación con los sujetos y el objeto de los convenios de asociación corresponde no más que a una apreciación que, incluso si se retirara del texto de la providencia, no cambiaría la decisión de esa Corporación. Se agrega a lo anterior que, como no era el caso,

actualidad esta discusión vino a ser zanjada con la expedición del Decreto 92 de 2017 —que aunque resulte inaplicable para la solución de este caso, resulta relevante para dar cuenta de la situación normativa actual de este tipo de convenios— toda vez que en el inciso final del artículo 5º dispuso expresamente que los convenios de asociación a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 “*son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2º*” de ese mismo decreto, el cual, a su vez, se remite al inciso 2º del artículo 355 Constitucional.

34. Ahora, en lo que concierne al régimen jurídico aplicable a unos y otros, se debe señalar que, aunque los contratos de fomento son diferentes a los convenios de asociación en cuanto a sus objetos, finalidades, sujetos contratantes, entre otros aspectos; por disposición del legislador, los segundos se rigen —en lo que no esté expresamente definido por él—, por las mismas disposiciones que gobiernan a los primeros que son, en principio, las normas de derecho privado, según pasa a verse.

34.1. Al desarrollar el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 355 constitucional, el Gobierno Nacional, a través de los Decretos 777 y 1403 de 1992 —vigentes para la fecha de celebración del convenio 25 de 2009— dispuso, entre otras cosas, que deben constar por escrito y que están sujetos “*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*” (artículo 1º, Decreto 777 de 1992)<sup>56</sup>.

34.2. Por su parte, el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que “[l]os 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 [...]” (énfasis agregado). Dicha remisión conduce necesariamente a concluir que, pese a las diferencias que existen entre unos y otros, los asuntos relativos a la formación de los convenios de asociación se rigen por las mismas normas aplicables a los contratos de fomento —es decir, el artículo 355 constitucional y, por ser desarrollos de aquél, los Decretos 777 y 1403 de 1992, actualmente, el Decreto 92 de 2017 que los derogó—; sin embargo, y como se anticipó en precedencia, debe precisarse que dicha remisión debe entenderse hecha respecto de los asuntos que no fueron expresamente definidos por el

---

porque no fue parte del problema jurídico planteado, la Corte Constitucional no reparó en si el hecho de que el inciso primero del artículo 96 señalara que estos convenios los podían celebrar “*Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo*” con “*personas jurídicas*” era contrario a la Constitución y tampoco condicionó la lectura de la norma en el entendido que, en razón de dicha remisión, se deba entender que los únicos sujetos autorizados para celebrar esos convenios sean aquéllos a los que se refiere el artículo 355 Constitucional, o que su objeto y finalidad sea, en estricto sentido, la de apoyar “*programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo*” y no la de cumplir funciones que la ley ha asignado expresamente a dichas entidades públicas. A este respecto arribó también la Subsección B en sentencia del 3 de abril de 2020 (C.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 46.963, párrafos 61 y siguientes).

<sup>56</sup> El artículo 8º del Decreto 092 de 2017 dispone: “*La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto*”.

legislador al determinar los rasgos característicos de los convenios de asociación, entre ellos, los sujetos que pueden celebrarlos, su objeto y finalidad.

34.3. A juicio de la Sala, el mencionado es el entendimiento que debe dársele a la remisión normativa que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 hace al artículo 355 constitucional, en tanto en cuanto una lectura contraria restaría todo efecto útil al contenido del inciso primero del artículo 96 y, por esa vía, desnaturalizaría el instrumento que fue creado por el legislador con un objeto claro y específico: que las entidades públicas de cualquier naturaleza y orden administrativo en asocio con los particulares —en una relación que no implique la conmutatividad de las obligaciones— puedan cumplir los cometidos y funciones que la ley les ha asignado.

34.4. De esta manera, con esta lectura de la norma no se desnaturalizan las características propias que distinguen a los contratos de fomento de los convenios de asociación como instrumentos adecuados para lograr finalidades comunes al Estado Social de Derecho, pero distintas entre sí<sup>57</sup>, pues reconoce tales singularidades y, a la vez, admite que el legislador, en el marco de su configuración legislativa, decidió crear un instrumento diferente al instituido por el constituyente en el artículo 355 constitucional, pero sujeto, en lo pertinente, a su mismo régimen jurídico, por lo cual el juez no puede asignarles un régimen distinto.

34.5. Se observa, además, que este entendimiento garantiza la efectividad de la finalidad que se pretende lograr con los convenios de asociación, que consiste, como se indicó, en la ejecución conjunta entre una entidad pública y un particular de un cometido o función asignada por la ley a la primera. El cumplimiento de dichas funciones y cometidos no participa de la noción de conmutatividad y, por tanto, de la necesidad de establecer el valor objetivo en el mercado por la prestación de un servicio o la obtención de un bien, sino que consiste en la colaboración de un particular que, dadas sus condiciones profesionales y su trayectoria, aportará, bajo la dirección y seguimiento de la entidad pública, a la consecución de tales cometidos y funciones.

34.6. A propósito de lo anteriormente anotado, es pertinente destacar que, si bien existen diferencias que permiten distinguir a los contratos de fomento de los convenios de asociación, éstos también comparten, entre otras, una característica esencial: se trata de negocios jurídicos que no generan una relación conmutativa<sup>58</sup>, en la forma que se entiende bajo el derecho común. En efecto, no son negocios en los cuales la entidad estatal contrata un bien o la prestación de

---

<sup>57</sup> La Sala reitera que en los contratos de fomento el objeto corresponde al impulso o fomento de “programas y actividades de interés público [...] acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo”, que las entidades privadas sin ánimo de lucro desarrollan, mientras que en los convenios de asociación consistirá en la ejecución de una o varias actividades que se relacionen con los cometidos o funciones propias de la entidad estatal, el cual debe definirse de manera clara, precisando las obligaciones para las partes y el término de su duración.

<sup>58</sup> El artículo 1498 del Código Civil la define así: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

un servicio a cambio de un precio<sup>59</sup>, pues persiguen un fin distinto: en el contrato de fomento, el impulso de programas que, aunque tienen origen en la iniciativa privada, redundan en el beneficio del interés público, donde radica la contraprestación; en el convenio de asociación, la unión de esfuerzos encaminados a lograr un mismo fin que, aunque es compartido por las partes, está determinado principalmente por el cumplimiento de los cometidos y finalidades asignadas por la ley a la entidad pública<sup>60</sup>. No hay, por ello, una relación patrimonial de orden conmutativo, porque el particular no obra con el ánimo de obtener una remuneración, sino, estrictamente, con el propósito de juntar sus esfuerzos con los de la administración para el desarrollo de las actividades que a ella corresponden, que es, como se ha indicado, el lugar donde se explica la ausencia de contraprestación.

34.7. Lo anterior no es un obstáculo para que los convenios de asociación puedan ser celebrados con personas jurídicas con ánimo de lucro porque la motivación económica de un particular no niega que pueda apoyar a una entidad estatal a lograr los cometidos o funciones asignadas por la ley a esta. Lo que realmente excluye la posibilidad de celebrar convenios de asociación es, como se anotó, que exista una relación conmutativa en la que exista un claro intercambio de prestaciones que se miran como equivalentes. Sin embargo, un convenio de asociación no es sinónimo de filantropía: si un contratante quiere apoyar a la entidad en el cumplimiento de sus funciones o cometidos —finalidad determinante del convenio— y, al mismo tiempo, obtener un beneficio con la celebración de un convenio de asociación —por ejemplo, ahondar en su política de responsabilidad corporativa—, no existe un fundamento legal que permita excluir esa posibilidad. Concluir lo contrario sería socavar la eficacia de este tipo de instrumentos que pretenden concitar esfuerzos en beneficio del cumplimiento de la función pública.

34.8. Por lo anterior, si un contrato genera una relación conmutativa de tipo patrimonial, no podrá ser calificado como un contrato de fomento o como un convenio de asociación, sino que se deberá analizar su naturaleza en otra figura contractual, aún en las hipótesis en que las partes hagan aportes, pues los mismos no tienen por fin satisfacer una necesidad patrimonial o presupuestal de una de las partes, sino de redundar en beneficio del objeto del convenio. De hecho, de conformidad con lo dispuesto en el hoy derogado Decreto 777 de 1992 (artículo 2º), estaban excluidos de su aplicación, entre otros, los contratos que celebraran las entidades públicas con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando implicaran una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que,

---

<sup>59</sup> La doctrina se ha planteado el interrogante: “¿Qué es una contraprestación directa? Ello ocurre cuando la entidad recibe un bien o se ve liberado de una obligación. Así por ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga”. CÁRDENAS, Juan. *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. 2 ed., Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1995, p. 295.

<sup>60</sup> Es importante destacar que la conmutatividad depende, como lo establece el Código Civil, de si una prestación se mira como la equivalente a la de la otra parte. Sin embargo, en el convenio de asociación las prestaciones que se cumplen no tienen esta característica de reciprocidad, sino que se encaminan al cumplimiento de un fin común compartido por los contratantes. Con base en lo anterior, debe precisarse que la ejecución de un convenio de esta naturaleza generará siempre algún beneficio a sus contratantes, sin que por esto se tornen en conmutativos.

por tanto, podían ser celebrados con personas naturales o jurídicas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas generales de contratación<sup>61</sup>.

34.9. Agrega la Sala que tal entendimiento impide que se anule o desconozca el efecto útil de dicha remisión normativa, puesto que, si se estimara que se refiere solamente a la prohibición de conferir “*auxilios parlamentarios*” a los particulares, el envío normativo quedaría vacío de contenido porque solo reiteraría una disposición de rango constitucional que ya está implícita en toda norma en atención al principio de supremacía de la Constitución (art. 4º). Este entendimiento, además, supondría limitar el envío normativo al primero inciso del referido artículo 355, pese a que la norma así no lo dispone.

34.10. Se encuentra, además, que la remisión normativa a la que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 supone que los convenios de asociación se rigen por las mismas normas que gobiernan los contratos de fomento, pero no los equipara como si se tratara del mismo tipo de negocio jurídico, este es un entendimiento que también ha sido acogido por la doctrina. En ese sentido, el autor Augusto Ramón Chávez Marín destaca que los convenios de asociación y los contratos de fomento se distinguen entre ellos, entre otros aspectos, en razón de sus finalidades, su objeto y los sujetos que los celebran, pero advierte que, por virtud de la remisión que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 hace al artículo 355 constitucional, el régimen jurídico es, para ambos, el que se establece en el artículo 355 de la Constitución Política y se desarrolla en los Decretos 777 y 1403 de 1992, hoy Decreto 92 de 2017<sup>62</sup>, que es su único punto de encuentro

34.11. En ese sentido, expresa que el precitado artículo 96 contiene un “*reenvío tácito*” a las normas que desarrollan el artículo 355 constitucional y, por tanto, “*todos los convenios de asociación que las entidades estatales celebren con personas jurídicas particulares para los efectos previstos por el primer inciso del artículo 96 [...] se sujetan no solo al artículo 355, sino también a las reglas que conforme al ordenamiento jurídico desarrollan esa disposición contractual. La aplicación —por una suerte de mecanismo de reenvío tácito— de las normas que desarrolla el artículo 355 a los convenios de asociación se deduce claramente del sentido del 2º inciso del artículo 96, en cuanto este remite a esa norma constitucional y ella integra un bloque, una unidad normativa, con sus reglamentos*”<sup>63</sup>.

34.12. El entendimiento referido al régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 ha sido acogido también por esta Subsección que en anteriores oportunidades ha señalado que la referencia expresa que el artículo 96 hace al artículo 355 de la

---

<sup>61</sup> En la actualidad el artículo 2º del Decreto 092 de 2017 dispone, en ese mismo sentido, que “*Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones: [...] b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato*”.

<sup>62</sup> Ver Augusto Ramón Chávez Marín, “*Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual*”, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 438.

<sup>63</sup> Augusto Ramón Chávez Marín, “*Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual*”, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 435.

Constitución conduce a que el análisis del régimen de tales convenios debe partir del referido artículo constitucional junto con sus desarrollos normativos<sup>64</sup>.

34.13. La Sala debe ser enfática en afirmar que lo dicho en precedencia no significa, de modo alguno, que los convenios de asociación sean una carta blanca para que las entidades públicas eludan las normas imperativas que rigen la función administrativa según el artículo 209 de la Constitución pues, por el contrario, estos deben ser un instrumento para reafirmarlas. Las entidades públicas sólo pueden acudir a este tipo de instrumentos cuando se reúnan todos los elementos que la ley establece en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y cuando su finalidad sea la ejecución conjunta con un particular de una función propia de la entidad sin que ello implique una relación conmutativa; en los demás casos deberá acudir a celebrar un contrato de conformidad con las normas generales de la Ley 80 de 1993, de la Ley 1150 de 2007 y demás disposiciones que resulten aplicables.

35. Descendiendo ya al caso concreto y de cara, exclusivamente, al contenido del convenio 25 de 2009, porque, se insiste, en el expediente no hay otras pruebas que conduzcan a determinar las circunstancias y/o motivaciones que rodearon su celebración, la Sala concluye que en este caso no estaban dados los elementos para declarar oficiosamente la nulidad de ese negocio jurídico, toda vez que, según indica su contenido, al menos, formalmente, correspondió a un convenio de aquéllos a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, además de constar por escrito, su celebración estaba sometida a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares y no, como concluyó el *a quo*, a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo mismo que, según el Tribunal, estuviera acreditado que previo a su celebración no se hicieron estudios previos ni se adelantó licitación pública, no conducía, con los elementos de prueba que obran en este proceso, a su nulidad.

36. Se destaca, en lo pertinente, el contenido del convenio 25 de 2009:

36.1. El 30 de junio de 2009, la demandante, una asociación sin ánimo de lucro constituida en el año 1996<sup>65</sup>, celebró con el Departamento de Casanare el Convenio 25 cuyo objeto consistió en:

---

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de octubre de 2017, Exp. 53.390, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, partes: Constructora Medina Palacio y Cía. Ltda. c. Municipio de Apartadó. Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, Exp. 55.147, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, partes: Ruiz Arévalo Constructora S.A. c. INVIYUMBO, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2018, Exp. 55756, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>65</sup> En el considerando 9 del convenio se indicó que el convenio se celebra con dicha Asociación en razón de se trata de una persona sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad "*por los resultados satisfactorios que demuestran la capacidad técnica y administrativa para ejecutar el objeto del convenio de conformidad con los documentos entregados para tal fin*". En el considerando 6 se indicó que la Asociación acreditó su existencia y representación y se destacó que está constituida con antelación a la celebración del convenio. Según certificado de existencia y representación, la Asociación se constituyó mediante documento privado de 20 de diciembre de 1996 Inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá el 7 de febrero de 1997 bajo el número 00001895 del Libro I. La Asociación está domiciliada en Bogotá D.C. y su objeto social contempla la posibilidad de ejecutar proyectos de vivienda, folio 32, cuaderno 1.

*“Cofinanciar la construcción de 332 unidades de vivienda social correspondientes a la construcción de vivienda en sitio propio o vivienda nucleada o dispersa distribuida así: 2 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Yopal, 60 núcleos familiares ubicados en zona urbana del centro poblado de El Morro del municipio de Yopal, 100 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Trinidad, 15 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Monterrey, 50 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Orocué, 60 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Aguazul y 45 núcleos familiares ubicados en zona urbana del municipio de Nunchía, departamento de Casanare’, por las razones indicadas en la motivación”<sup>66</sup>.*

36.2. En sus consideraciones, las partes anotaron, entre otras cosas: (i) que el convenio se regiría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política y en los Decretos 393 de 1991, 777 de 1992 y 1403 de 1992; (ii) que *“el Plan de Desarrollo del Departamento establece como estrategia la consecución de recursos de Cooperación Internacional”<sup>67</sup>* para destinarlos a aliviar necesidades básicas insatisfechas en materia de vivienda de interés social, saneamiento básico, transferencia de tecnología de energías renovables, obras de infraestructura vial, planes maestros de acueducto y alcantarillado en ese Departamento<sup>68</sup>; (iv) que la Asociación acreditó su trayectoria e idoneidad para ejecutar el objeto del convenio; y (v) que la celebración del convenio estaba respaldada por la respectiva disponibilidad presupuestal<sup>69</sup>.

36.3. En la cláusula segunda, las partes precisaron cuál sería el alcance de las obligaciones de la Asociación en los siguientes términos:

***“SEGUNDA: ACTIVIDADES DEL COOPERANTE LUNA ROJA se obliga para con el DEPARTAMENTO a desarrollar las siguientes actividades: Cofinanciar, mediante convenio de cooperación, con recursos del departamento del orden de diez millones de pesos (\$10.000.000) por núcleo familiar beneficiario, la construcción de 332 unidades de vivienda social correspondientes a la construcción de vivienda en sitio propio o vivienda nueva nucleada o dispersa [...]”<sup>70</sup>.***

36.4. De conformidad con la cláusula quinta, los recursos que aportaba el Departamento —a razón de \$10'000.000 por cada una de las 332 viviendas— correspondían a \$3.320'000.000 del total del valor del convenio que ascendía a \$5.976'000.000. El valor restante se entregaría, en parte, por los municipios beneficiarios de la construcción de las viviendas —\$664'000.000— y en lo demás *“[c]omo aporte de cooperación”<sup>71</sup> por parte de una entidad de naturaleza privada y sin ánimo de lucro”<sup>72</sup> —\$1.992'000.000—. Según la cláusula sexta, el 90% de los aportes se entregarían con la suscripción del acta de inicio y el 10% restante *“una**

<sup>66</sup> Cláusula primera del convenio 25 de 30 de junio de 2009, folios 180 y 181, cuaderno 1.

<sup>67</sup> Consideración No. 5, folio 180, cuaderno 1.

<sup>68</sup> Así surge de leer de manera conjunta los considerandos 4 y 5 del convenio, folio 180, cuaderno 1.

<sup>69</sup> En la cláusula décima se señaló que el gasto que se erogara con ocasión del convenio 0025 se pagaría con cargo al rubro 2.RP30.822721301 y con base en el certificado de disponibilidad presupuestal 291213 de 26 de junio de 2009, folio 182, cuaderno 1.

<sup>70</sup> Cláusula segunda del convenio 0025 de 30 de junio de 2009, folio 181, cuaderno 1.

<sup>71</sup> En el numeral 5º de la cláusula tercero se indicó que era obligación de la Asociación realizar los aportes.

<sup>72</sup> Cláusula quinta, folio 182, cuaderno 1.

vez recibida la obra a satisfacción por cada hogar beneficiario y por la gobernación de Casanare, previa acta de liquidación final”<sup>73</sup>.

36.5. Para el desarrollo del convenio, en la cláusula tercera, la Asociación se comprometió, entre otras cosas, a: (i) “desarrollar vivienda social, saneamiento básico, transferencia de tecnología de energías renovables, Obras de infraestructura vial, Planes maestros de Acueducto y Alcantarillado”<sup>74</sup> de acuerdo con los ítems del convenio<sup>75</sup>; (ii) realizar los aportes y ejecutar las actividades necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto; (iii) atender las observaciones del supervisor del convenio; (iv) “desarrollar los proyectos conforme lo establecen los diseños, planos, especificaciones técnicas [...] de la Gobernación de Casanare [...]”<sup>76</sup>; y (v) entregarle al Departamento tres tipos de informes: (a) un informe de ejecución del convenio; (b) un informe financiero, y (c) un informe final.

36.6. Por su parte, el Departamento de Casanare se obligó, entre otras cosas, a: (i) designar un supervisor que realizaría el seguimiento de la correcta ejecución de las actividades; (ii) hacer los aportes estipulados en el convenio; y (iii) “suministrar todos los Planos [sic], estudios, diseños, permisos, urbanismo requerido para intervenir en obras y licencias, así como toda la documentación necesario [sic] que se re requiere [sic] para la ejecución del presente convenio”<sup>77</sup>.

36.7. Se acordó que el plazo de ejecución del convenio sería de siete (7) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual, según las partes —pues ese documento no obra en el expediente—, fue suscrita el 24 de agosto de 2009.

36.8. En las cláusulas décima tercera<sup>78</sup> y décima quinta se consagraron las facultades exorbitantes de caducidad e interpretación, terminación y liquidación unilaterales en cabeza del Departamento. En la décima sexta se previó la posibilidad de que el Departamento aplicara multas e hiciera efectiva la cláusula penal. Finalmente, se acordó que la liquidación del contrato se regiría por lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007<sup>79</sup>.

37. Según se desprende de su contenido, el objeto del convenio consistió en la “cofinanciación” de la construcción de 332 viviendas de interés social en distintos municipios del Departamento de Casanare. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 3 de 1991, a los Departamentos —que hacen parte del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social<sup>80</sup>— les corresponde la labor de “concurrir a la financiación de programas de vivienda de interés social en asocio

<sup>73</sup> Cláusula sexta, folio 182, cuaderno 1.

<sup>74</sup> Cláusula tercera, numeral primero, folio 181, cuaderno 1.

<sup>75</sup> La Sala anota que los ítems a ejecutar no fueron aportados al expediente.

<sup>76</sup> Cláusula tercera, numeral noveno, folio 181, cuaderno 1.

<sup>77</sup> Cláusula cuarta, folio 181, cuaderno 1.

<sup>78</sup> “DÉCIMA TERCERA: CADUCIDAD Previo requerimiento EL COOPERANTE, EL DEPARTAMENTO declarará la caducidad del presente Convenio por cualquiera de las causales previstas en la Ley 80 de 1993, de acuerdo a los procedimientos señalados en la normatividad. La declaratoria de caducidad, tendrá como efecto inmediato la terminación y liquidación del Convenio. En la resolución que la declare se hará efectiva la cláusula penal pecuniaria y prestará mérito ejecutivo con la parte que incurra en el incumplimiento”. Cláusula décima tercera, folio 183, cuaderno 1.

<sup>79</sup> Cláusula décima séptima, folio 183, cuaderno 1.

<sup>80</sup> Ley 3 de 1991 artículo 1º.

*con los municipios, a través de convenios, transferencias, créditos, cofinanciación o cualquier modalidad definida por aquéllos conjuntamente con los municipios”.*

38. La Sala no cuenta con ninguna información acerca de los acuerdos a los que el departamento pudo haber llegado con los municipios en los que se construirían las viviendas, pero tampoco con pruebas que indiquen, en contra de lo pactado, que la entidad territorial, verdaderamente, no celebró el convenio 25 de 2009 con el ánimo de cumplir, con el apoyo de un particular, una función que la propia ley le asignó.

39. Según el texto del convenio, la cofinanciación que se buscaba lograr para la construcción de viviendas de interés social en el Departamento de Casanare se originó en una iniciativa de la entidad territorial y no en una actividad propia de la Asociación que requiriera del apoyo de la demandada. De conformidad con lo indicado en su parte considerativa, el convenio se celebró en desarrollo de la estrategia que se planteó en el Plan de Desarrollo de ese departamento para obtener recursos de cooperación internacional con el fin de destinarlos a aliviar necesidades básicas insatisfechas, entre otras, en materia de vivienda de interés social. En ese mismo sentido declaró quien se desempeñó como Director Administrativo de Planeación del Departamento de Casanare al momento de celebrarse el convenio<sup>81</sup>, al señalar que ese negocio jurídico se celebró en el marco de los programas de vivienda de la entidad territorial y previa convocatoria a entidades sin ánimo de lucro que tuvieran la capacidad de comprometer recursos de cooperación internacional para destinarlos, entre otras necesidades básicas insatisfechas, a viviendas de interés social<sup>82</sup>.

40. Asimismo, el texto del convenio sugiere que su celebración concitó la unión de esfuerzos para lograr su objeto, entre ellos, los de un particular. Así se desprende de sus considerandos<sup>83</sup> y de las cláusulas segunda, sobre actividades del cooperante, tercera, relativa a las obligaciones de la Asociación, y quinta, concerniente a los aportes que tenían que hacer el Departamento, la demandante y los municipios para cofinanciar la construcción de las viviendas<sup>84</sup>.

41. De conformidad con lo estipulado en las cláusulas tercera y cuarta, el Departamento asumió la posición de dirección y seguimiento de la ejecución del convenio. En la segunda de las mencionadas cláusulas, se pactó que la entidad territorial ejercería su supervisión, en la primera, se acordó que la Asociación atendería las observaciones emanadas de quien realizara la supervisión del convenio y a desarrollarlo conforme lo establecieran los diseños, planos, especificaciones técnicas dadas por la Oficina de Obras Públicas del Departamento de Casanare.

41.1. A partir del contenido del convenio —al que, se insiste, debe ceñirse la Sala porque no hay pruebas en el proceso que lleven, con certeza, a concluir en otro

---

<sup>81</sup> Según informó al Tribunal se posesionó en el cargo el 7 de enero de 2009, folio 200, cuaderno 2.

<sup>82</sup> Folio 199, cuaderno No. 2.

<sup>83</sup> Ver Consideración No. 4, folio 180, Cuaderno 1.

<sup>84</sup> Cláusula quinta, folio 182, cuaderno 1.

sentido— no se observa que, al menos en el plano formal, se hubiere pactado una relación patrimonial conmutativa entre el Departamento de Casanare y la Asociación<sup>85</sup> que apunte a calificarlo como un contrato estatal sujeto al régimen de la Ley 80 de 1993. Lo que se estipuló fue la conjunción de esfuerzos y recursos para “*cofinanciar*” la construcción de dichas viviendas, no la construcción de unas viviendas que el Departamento contratara de la Asociación a cambio de una remuneración. Según el esquema reflejado en el convenio, la entidad pública demandada no obtendría una contraprestación directa por su ejecución, pues los beneficiarios de las viviendas serían las familias adjudicatarias de los subsidios de vivienda de interés social<sup>86</sup>.

42. Finalmente, dado que, a juicio del Tribunal el objeto del convenio 25 de 2009 –sin calificar su naturaleza– no podía entenderse comprendido en los negocios jurídicos regulados por el artículo 355 Constitucional y sus decretos reglamentarios, la Sala estima pertinente precisar, como en otras oportunidades lo ha hecho<sup>87</sup>, que las entidades públicas cuentan con diversas formas para llevar a cabo las soluciones de vivienda de interés social, entre ellas, pueden acudir a formas asociativas que hagan viable este tipo de iniciativas que propenden por efectivizar el derecho a la vivienda digna de todos los colombianos consagrado en el artículo 51 Constitucional.

43. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 constitucional, para encaminarse en el propósito de lograr el cometido de que todos los colombianos tengan una vivienda digna, el Estado debe establecer “*las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda*” [énfasis agregado].

---

<sup>85</sup> Sobre esta nota distintiva del interés económico para diferenciar los contratos estatales en sentido estricto de los convenios de asociación, ha dicho la doctrina: “*Ciertamente la doctrina nacional y comparada ha calificado a los contratistas de la administración como colaboradores de la misma. No obstante, el autor de este trabajo considera que puede plantearse que la colaboración a la administración desde la perspectiva contractual asume dos sentidos, atendiendo los intereses que marcan al sujeto colaborador: colaboración en sentido débil, cuando se trata de contratistas vinculados a través de contratos administrativos o estatales, por cuya virtud el sujeto efectivamente ayuda a la administración pero a cambio de un precio que implica una ganancia, un ánimo de lucro, como sería el caso de negocios jurídicos en los cuales se concrete un esquema de la asociación o [...] y colaboración en sentido fuerte, cuando quiera que el particular se une a la administración en el marco de una actividad convencional, signado por fines armónicos con los de entidad pública [...]*” Augusto Ramón Chávez Marín, “*Los convenios celebrados por la Administración con los particulares: fundamentos, aproximación conceptual y rasgos característicos*”, disponible en internet: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art8.pdf> (página 28)

<sup>86</sup> En la cláusula quinta del contrato se estipuló que la viviendas debían ser recibidas a satisfacción por cada hogar beneficiario. En ese mismo sentido se encuentra las siguientes comunicaciones y testimonios: (i) testimonio de Luis Carlos Aponte (folio 199-202, cuaderno 2); (ii) Comunicación D-SCA-001-10 de Diarco Ltda. a la Gobernación del Departamento de Casanare (folio 20, cuaderno 2); (iii) Comunicación D-SCA-001-10 de Diarco Ltda. a la Asociación Luna Roja (folios 21 a 23, cuaderno 2). Esta circunstancia ha sido destacada por esta Subsección como indicativa de que una relación jurídica no puede ser calificada como conmutativa a efectos de adscribirle la naturaleza de un contrato estatal de obra pública. En efecto, en sentencia del 15 de febrero de 2018, esta Sala dijo: “*Con todo, en el sublite no se evidencia que la prestación a cargo del constructor se hubiera dirigido directamente hacia la entidad pública gestora o hubiera recaído en ella su titularidad al obtener el producto de la misma. Por el contrario, la ejecución de las obras, en este caso de unidades de vivienda de interés social, se haría en favor de los particulares que resultarían beneficiados con el subsidio [...]* En esa medida, no se observa una relación directa de conmutatividad prestacional entre el Instituto gestor y la sociedad demandante”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (Exp. 55.147).

<sup>87</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (Exp. 55.147).

44. Cabe mencionar que para ampliar el acceso y desarrollar vivienda de interés social se han creado subsidios<sup>88</sup>, mecanismos de financiación<sup>89</sup> y políticas públicas encaminadas<sup>90</sup>; sin embargo, aún persisten barreras para hacerlo, tales como el acceso al suelo —que puede frustrar el desarrollo de un proyecto de interés social por ser muy costoso<sup>91</sup>—, o la financiación de la construcción. De manera que, un mecanismo, avalado por el propio constituyente, para lograr ese cometido consiste, justamente, en la posibilidad de aunar esfuerzos (incluidos recursos) de distintas fuentes que permitan desagregar los costos de ese tipo de proyectos para que sean viables como producto inmobiliario y así garantizar el derecho a una vivienda digna.

44.1. En ese sentido, es oportuno mencionar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 91 de la Ley 388 de 1997, por definición, las viviendas de interés social se desarrollan para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares menos favorecidos, para lo cual corresponde al Gobierno Nacional en cada Plan Nacional de Desarrollo establecer el tipo y precio máximo de soluciones destinadas a estos hogares teniendo en cuenta, entre otros factores *“las características del déficit habitacional, las posibilidades de acceso al crédito de los hogares, las condiciones de la oferta, el monto de recursos de crédito disponibles por parte del sector financiero y la suma de fondos del Estado destinados a los programas de vivienda”*. El artículo 85 de la Ley 1955 de 2019 dispone que *“[...] la vivienda de interés social es aquella que se desarrolla para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos, que cumple con los estándares de calidad en diseño urbanístico, arquitectónico y de construcción sostenible, y cuyo valor no exceda ciento treinta y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (135 smmlv).”*

44.2. Así las cosas, nada obsta para que, en desarrollo del mandato constitucional del artículo 51, las entidades territoriales puedan acudir a contratar con terceros la cofinanciación y construcción de viviendas de interés social, a través de distintos instrumentos y formas jurídicas<sup>92</sup>. Dichas cofinanciación y construcción pueden, por ejemplo, instrumentarse a través de la celebración de convenios de asociación.

44.3. De manera que, no solo no existe una prohibición en la ley para que se acuda a estos mecanismos, sino que el propio marco jurídico que desarrolla el acceso a la vivienda digna incentiva la posibilidad de que se aúnen esfuerzos entre los particulares y el Estado para lograr desarrollar soluciones de vivienda de

---

<sup>88</sup> En el caso de vivienda de interés social se creó el subsidio de que trata el Decreto 2090 de 2009 (compilado por el artículo 2.1.1.1.1.3 y siguientes del Decreto 1077 de 2015).

<sup>89</sup> Ver por ejemplo la Ley 546 de 1999.

<sup>90</sup> Ver parágrafo 1º, artículo 85 Ley 1955 de 2019.

<sup>91</sup> *“la relación entre el índice de precios de la vivienda y el índice de precios del suelo muestra una tendencia decreciente, lo que implica que el precio del suelo está creciendo a un mayor ritmo que el de la vivienda.”* Natalia Salazar; Roberto Steiner; Alejandro Becerra; Jaime Ramírez, *“Los efectos del precio del suelo sobre el precio de la vivienda para Colombia”*, Ensayos sobre POLÍTICA ECONÓMICA, vol. 31, núm. 70, Edición especial sobre economía de las ciudades, 2013, disponible en internet: [https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/espe\\_art1\\_70.pdf](https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/espe_art1_70.pdf)

<sup>92</sup> *“[C]onsideramos que no existe un régimen excepcional al Estatuto específico para estos proyectos, pero sí existen diversas formas de lograr la contratación de viviendas de interés social.”* Juan Carlos Expósito, *“la contratación de proyectos de vivienda de interés social”*, Revista digital de Derecho Administrativo, n. 7, segundo semestre de 2012, pp. 89-108.

interés social<sup>93</sup>. En ese sentido, en sentencia del 15 de febrero de 2018 (Exp. 55.147), esta Subsección señaló:

*“Otra de las formas a las que, a la luz de los antecedentes legislativos plasmados, podrían acudir las entidades estatales con el fin de llevar a cabo las soluciones de vivienda de interés social, sin perjuicio de las demás modalidades contractuales que a través de su celebración tuvieran vocación para satisfacer ese preciso objeto, **habrían de corresponder a las distintas clases de asociación entre entidades públicas y personas de derecho privado. [...] De allí se desprende otro de los eventos en que la contratación para la ejecución de actividades de interés público, dentro de los cuales podrían hallarse los proyectos de vivienda de interés social, se encuentra exceptuado de aplicación de la Ley 80 de 1993. Con todo, la norma precisa que el acuerdo respecto del cual opera la excepción deberá ser celebrado entre Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.**”<sup>94</sup> (énfasis añadido)*

45. Finalmente, es pertinente mencionar que, si bien en la parte considerativa del Convenio 25 de 2009 se indicó que, además de lo dispuesto en el artículo 355 constitucional y sus decretos reglamentarios, el negocio jurídico se celebró en desarrollo de lo establecido en el Decreto 393 de 1991 “[p]or el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”, esta normativa no era la aplicable, dado que, de conformidad con su objeto, en el convenio no se buscó el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas; sin embargo, esta mención no lleva a concluir acerca de un motivo que active la facultad oficiosa para declarar su nulidad.

46. Colige entonces la Sala que en este caso no estaban dados los elementos de juicio necesarios para declarar de oficio la nulidad absoluta del convenio 25 de 2009, fundamentalmente, porque, en contra de su contenido, no hay pruebas que conduzcan a advertir de forma palmaria y ostensible que se hubiere suscrito para disfrazar un negocio jurídico distinto del que las partes dijeron celebrar y que, en consecuencia, debiera estar sujeto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esto, se insiste, no supone que la Sala defina en este proceso la legalidad del convenio, sino tan solo, que no encuentra acreditados los elementos que, de conformidad con la ley, activan la facultad-deber del juez de declarar oficiosamente la nulidad de cualquier negocio jurídico.

47. A lo anterior se agrega que, contrario a lo señalado por el Tribunal, en el proceso sí se acreditó que previo a la celebración del convenio se elaboraron unos estudios previos. De ello da cuenta el considerando 8 en el que se indicó expresamente que esta labor se adelantó y que en tales estudios se determinó la oportunidad, conveniencia y necesidad del objeto del negocio jurídico, información

---

<sup>93</sup> “En dos grupos se pueden dividir las formas como las entidades estatales acostumbran a adelantar sus proyectos de viviendas de interés social: por un lado, se pueden observar contratos que representan una contraprestación a la entidad, como son los casos de contrato obra y concesiones de obra, y, de otro lado, están formas de asociación.” Juan Carlos Expósito, “la contratación de proyectos de vivienda de interés social”, Revista digital de Derecho Administrativo, n. 7, segundo semestre de 2012, pp. 89-108.

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (Exp. 55.147).

a la que el *a quo* no se refirió para su valoración y que no se puede desacreditar con ninguna de las otras pruebas que obran en el expediente.

48. En cuanto a la selección del cooperante, la declaración de quien dijo haberse desempeñado como Director del Departamento de Planeación del demandado —a la que se hizo alusión previamente— da cuenta de que, previo a la celebración del convenio, se adelantó un proceso de selección que, al parecer, no correspondió propiamente a una licitación pública; sin embargo, por las razones ya enunciadas esto no lleva a la nulidad del negocio jurídico, porque, como ya se estudió, el régimen que lo gobernó no fue el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

49. En lo que a estos aspectos concierne, es pertinente mencionar que la conclusión del Tribunal de que no se hicieron estudios previos ni se adelantó proceso de selección —específicamente licitación pública— se basó en que, aun cuando requirió al Departamento para que aportara “*los documentos auténticos que conforman la carpeta del convenio en cuestión*”, ninguno de los que allegó dieron cuenta de la existencia de convocatoria, estudios previos, criterios para selección del contratista y, en fin, los referidos a los antecedentes que llevaron a la celebración del convenio.

50. A pesar de que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 29 del CCA<sup>95</sup> y 39 del CPC<sup>96</sup>, es reprochable que el Departamento haya omitido su deber de expedir copias auténticas de toda la información del expediente contractual —que, de conformidad con el oficio remisorio de la Oficina de Asesoría Jurídica del 27 de abril de 2011 estaba compuesto por 2 carpetas con 471 folios<sup>97</sup>, y no solo del convenio y las constancias de notificación y ejecutoria de las resoluciones demandadas<sup>98</sup> que fue los documentos que aportó—, lo cierto es que, de cara a la información que obra en el expediente y a la que acaba de hacerse referencia, esta sola circunstancia no era suficiente para que el Tribunal hiciera las inferencias que desembocaron en la conclusión de que estaban acreditados fehacientemente los elementos estructurales que, de conformidad con la ley, habilitan al juez para declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico, pues, en el contexto previamente referenciado, lo único que prueba la conducta del demandado es su incumplimiento del deber de acatar un requerimiento judicial.

51. Cabe destacar que aun si se considerara que el incumplimiento de la orden impartida por el Tribunal de aportar la documentación requerida a la parte

---

<sup>95</sup> Artículo 29 del CCA: “*ARTICULO 29. FORMACION Y EXAMEN DE EXPEDIENTES. Cuando hubiere documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, se hará con todos un solo expediente al cual se acumularán, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad y tengan relación íntima con él para evitar decisiones contradictorias [...]*”

<sup>96</sup> Artículo 39 del CPC: “*ARTÍCULO 39. PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ. El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios: “1. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución [...]”*

<sup>97</sup> Ver folio 36, cuaderno 1.

<sup>98</sup> La respuesta a este requerimiento fue atendida por la Oficina Asesora Jurídica mediante oficio 120 29-01 No. 1025 del 1º de septiembre de 2011 que obra a folios 110 y 111 del cuaderno 1. En este oficio se entregan copias auténticas del convenio 25 junto con las constancias sobre notificaciones y ejecutoria de las resoluciones 541 y 873 de 2010 (folios 112 a 129, cuaderno 1).

demandada debe apreciarse como un indicio en su contra, lo cierto es que, en todo caso, no sería suficiente para tener por acreditados los elementos estructurales que habilitan al juez a ejercer la facultad-deber de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato. Como ya se mencionó, la posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta de un negocio jurídico requiere que aparezca probado, de manera palmaria, el vicio que se deprecia como fundamento de la sanción de nulidad. Este umbral de prueba excluye la posibilidad, de manera general, de que los indicios, que son ejercicios lógicos de inferencia para determinar la existencia de un hecho desconocido —en este caso la inexistencia de un proceso licitatorio y de la falta de elaboración de estudios previos—, sustenten el ejercicio de tal facultad-deber.

52. Aun pasando por alto lo anterior, tendría que señalarse que ese solo indicio no sería suficiente para concluir que en este caso se reunieron los requisitos exigidos por la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009, toda vez que, además de que no hay otros elementos de juicio que conduzcan con certeza a la conclusión a la que se arribó el *a quo* con fundamento en el incumplimiento de la orden que emitió, esto es, que no se realizaron estudios previos ni se adelantó licitación pública, lo cierto es que, en relación con lo primero, existen otros medios de prueba que conducen a señalar que tales estudios sí se elaboraron y, en relación con lo segundo, porque, según se analizó, a partir de las pruebas que obra en el plenario, no es posible concluir que el agotamiento de dicho procedimiento de selección fuera obligatorio.

53. Por lo anteriormente expuesto, la Sala debe concluir que en este caso no se reúnen las condiciones a las que se refieren los artículos 1742 del Código Civil y 87 del CCA —inciso tercero— para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del convenio, pues, por las razones que acaban de expresarse, los vicios a los que aludió el Tribunal no están plenamente acreditados en el proceso y, por tanto, mucho menos puede decirse que sean palmarios.

54. Sin perjuicio de lo anterior, sí se debe advertir que llama poderosamente la atención de la Sala el hecho de que en el convenio no se hubiere definido expresamente la forma y el tiempo en los que la Asociación debía invertir los recursos a los que se comprometió, aspecto que, en todo caso, como se señalará en la parte resolutive de esta providencia, será de la competencia y verificación de otras instancias disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

55. En esas condiciones, es menester señalar que el hecho de que, según quedó consignado en la Resolución 541 del 21 de mayo de 2010 a través de la cual se declaró la caducidad del contrato —confirmada por la 873 del 13 de agosto de 2010—, la Asociación no acreditó haber hecho los aportes a los que se comprometió no prueba, *per se*, que la intención de los contratantes al señalar que la demandante aportaría al proyecto la suma de \$1.992'000.000 hubiere sido dar al negocio jurídico la apariencia de uno que, en realidad, no quisieron pactar, pues se insiste en que, en contra de lo expresamente contenido en él, en este proceso no obra ninguna prueba que así permita establecerlo con certeza; de manera que, con lo que se logró acreditar en este juicio, y en el marco del artículo 83

constitucional, a la única conclusión que puede llegar la Sala es que ese hecho constituyó un incumplimiento de las obligaciones que la Asociación asumió en el marco del Convenio 25 de 2009.

56. De todas maneras, este hecho y las irregularidades que pudieron haberse presentado en la celebración del convenio deben ser objeto de investigación por los órganos competentes, tal y como lo estimó el Tribunal al ordenar que se actualice *“la noticia en la misma forma como se indicó en el auto de fecha 30 de marzo de 2012 a los órganos de control, para propiciar su oportuna intervención y que se investigue la conducta de los servidores públicos de Casanare y de la Asociación Luna Roja, conforme a sus competencias”*.

57. Hechas las anteriores precisiones, la Sala revocará la sentencia de primera instancia en tanto declaró la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009 por haberse celebrado contra expresa prohibición legal y se procede a analizar las pretensiones de la demanda formuladas por la Asociación en contra del Departamento mediante la cuales solicitó la nulidad de las Resoluciones 541 del 21 de mayo y 873 del 13 de agosto, ambas de 2010, que declararon la caducidad del referido convenio.

#### **La legalidad de las Resoluciones 541 y 873 de 2010 expedidas por el Departamento de Casanare mediante las que se declaró la caducidad del Convenio 25 de 2009**

58. En su demanda, la Asociación pretendió la nulidad de las anotadas resoluciones con fundamento en los siguientes argumentos: (i) aseveró que la razón por la que no se pudo ejecutar el convenio dentro del plazo pactado no obedeció a incumplimientos suyos, sino que se debió a causas imputables exclusivamente al Departamento, concretamente, a la falta de entrega de *“los planos, estudios, diseños, permisos, urbanismo requerido para intervenir en obras y licencias”*<sup>99</sup>, motivo por el que alegó que en este caso no se configuraron los presupuestos contemplados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para declarar la caducidad del convenio; (ii) señaló que, por lo anterior, el Departamento se extralimitó al hacer uso de esa prerrogativa pública, pues a pesar de que era consciente de que por sus incumplimientos no se podía ejecutar el convenio, declaró su caducidad; y, (iii) arguyó que la Asociación cumplió con todas sus obligaciones porque, de una parte, destinó las sumas de dinero aportadas por el Departamento para comprar los materiales necesarios para ejecutar las obras y, de otra, rindió los informes financieros dando las explicaciones suficientes del caso sobre la destinación de la inversión de los dineros.

59. La demandada, por su parte, defendió la legalidad de los actos administrativos. Aclaró que la caducidad no se declaró por la inejecución de la obra sino por la *“apropiación indebida”* de los recursos que aportó el Departamento, por la inexistencia de justificaciones en su destinación y por la indebida rendición de los informes financieros exigidos por el convenio. Expresó que la Asociación no dio explicaciones sobre la destinación de los \$2.988'000.000

---

<sup>99</sup> Ver cláusula cuarta, numeral noveno, folio 182, cuaderno 1.

que le fueron entregados y que, pese a los múltiples requerimientos de la interventoría, las justificaciones fueron siempre insuficientes.

60. Para resolver los argumentos de las partes en relación con la validez de los actos demandados, resulta indispensable precisar cuáles fueron los fundamentos por los cuales el Departamento declaró la caducidad del Convenio 25 de 2009.

60.1. Como sustento de su determinación, el Departamento, con base en sendos informes del 26 de abril y del 11 de mayo de 2010<sup>100</sup> suministrados por la sociedad Diarco Ltda. (en adelante, Diarco) que fungió como interventor del convenio<sup>101</sup>, concluyó que la Asociación incumplió gravemente las siguientes obligaciones: (i) la contenida en el numeral quinto de la cláusula tercera relativa a la necesidad de realizar los aportes a los que se comprometió<sup>102</sup>; (ii) la establecida en el numeral 13 de la cláusula tercera en la que se estipuló su deber de presentar, dentro de los cinco días siguientes a la finalización del trimestre ejecutado, los informes financieros al Departamento<sup>103</sup> debido a que *“si bien la Asociación Luna Roja ha presentado en dos ocasiones documentación para informar la situación financiera del Convenio 0025-09, esta información ha sido siempre insuficiente y se ha enfocado en enviar información irrelevante para las múltiples solicitudes planteadas”*<sup>104</sup>; y (iii) la consistente en invertir los aportes que el Departamento entregó para la ejecución de las obras según los alcances dispuestos en el objeto del convenio y en la cláusula segunda<sup>105</sup>.

60.2. En la Resolución 873 del 13 de agosto de 2010, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Asociación en contra de la Resolución 541 de 21 de mayo de dicho año, el Departamento señaló que no era cierto, como alegó la Asociación, que hubiese incumplido sus obligaciones, pues el hecho de que las licencias y demás documentos no se entregaran con la suscripción del acta de inicio no implicaba que la ahora demandante no pudiera ejecutar los deberes que asumió a medida que iba recibiendo tales documentos, como ocurrió en el municipio de Aguazul. Precisado lo anterior, insistió en que la responsabilidad de la ahora demandante tenía relación con la disposición de los recursos aportados por esa entidad territorial y su inversión en el objeto del convenio, en ese sentido señaló que *“la Asociación Luna Roja de manera simple elude la responsabilidad exclusiva que tiene el cooperante sobre la disposición de los recursos y su inversión en el objeto contractual”*<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> Ver folios 67 a 70 y 92 a 95, cuaderno 2.

<sup>101</sup> De conformidad con la cláusula vigésima primera, el convenio sería supervisado y vigilado por la Dirección Departamental de Planeación o por quien esta designara. De conformidad con la comunicación D-SCA-001-10, la sociedad Diarco Ltda., suscribió el convenio de cooperación 128 de 2009 para llevar a cabo la interventoría del Convenio 25 de 2009 (ver folio 20, cuaderno 2).

<sup>102</sup> Cláusula tercera, numeral quinto: “[obligaciones del cooperante] 5. Realizar los respectivos aportes y ejecutar las actividades necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto del convenio”, folio 181, cuaderno 1.

<sup>103</sup> Cláusula tercera, numeral 13: “[obligaciones del cooperante] 13. Suministrar al Departamento los siguientes informes [...] 2) Informe Financiero: estos informes se deberán presentar dentro de los primeros cinco días siguientes a la finalización del respectivo trimestre ejecutado”, folio 181, cuaderno 1.

<sup>104</sup> Ver folio 67, cuaderno 2.

<sup>105</sup> Ver folio 215, cuaderno 2.

<sup>106</sup> Indicó que *“la Asociación Luna Roja de manera simple elude la responsabilidad exclusiva que tiene el cooperante sobre la disposición de los recursos y su inversión en el objeto contractual”* (folio 200, cuaderno 1).

60.3. Se precisa entonces que, si bien al resolver el recurso de reposición el demandado se refirió a los argumentos de la reposición planteados por la Asociación relacionados con los supuestos incumplimientos de la entidad pública que habrían impedido que se ejecutaran las obras de construcción, lo cierto es que lo que surge del contenido de los actos demandados es que el sustento de la declaratoria de caducidad no partió de ese supuesto, sino, como se referenció anteriormente, partió de los siguientes tres aspectos: (i) la insuficiente información contenida en los informes financieros presentados por la Asociación, en tanto que no dieron cuenta de cuál fue la destinación que se le dio a los recursos entregados por el Departamento, aunado a ello, (ii) la falta de inversión de los recursos entregados por la entidad territorial a la demandante para ejecutar el objeto del convenio, y (iii) la omisión de hacer los aportes a los que se comprometió en la cláusula quinta del convenio.

61. De lo anterior se concluye, como alegó el Departamento en su contestación, que la razón por la cual se declaró la caducidad no obedeció a la inejecución de las viviendas de interés social objeto del convenio, sino, en términos generales, a que, aunque no se había avanzado en la ejecución de las obras, la Asociación sí había retirado casi la totalidad de los aportes que entregó el Departamento para ese propósito, sin que pudiera establecerse la destinación que se le dio a tales recursos, aunado al hecho de que la Asociación tampoco había hecho los aportes a los que se comprometió.

62. Lo dicho en precedencia, autoriza a la sala a precisar, que el argumento de la demandante no guarda relación con los motivos que llevaron a declarar la caducidad, pues en la génesis del grave incumplimiento que le fue achacado, no se sitúan las razones que en vía gubernativa y ahora en sede judicial esgrime para exculpar su conducta de las graves acusaciones de que tratan los actos administrativos demandados. Este aspecto, desde la perspectiva de las obligaciones y su cumplimiento, descarta estudiar si el incumplimiento de la Asociación encuentra su génesis en el incumplimiento del Departamento, como parecería veladamente indicarlo la demandante, debiendo, por lo mismo, analizar, a falta de una pretensión de reconvencción, la efectiva ocurrencia de los motivos y razones que se tuvieron para declarar la caducidad del convenio.

63. Así las cosas, como la Asociación alegó que, contrario a lo señalado en las Resoluciones 541 y 873 de 2010, sí cumplió con todas sus obligaciones, la Sala debe analizar si ese hecho está probado y, en consecuencia, si, por esa razón, en este proceso se logró desvirtuar la presunción de legalidad de la que están revestidos los actos administrativos demandados.

### **La obligación de presentar informes financieros al Departamento**

64. En el numeral 13 de la cláusula tercera del convenio se estipuló que la Asociación debía presentar al Departamento: (i) informes que dieran cuenta de lo efectivamente ejecutado cada 45 días, (ii) un informe final dentro de los 10 días siguientes a la finalización del proyecto, e (iii) informes financieros “*dentro de los*

*cinco días siguientes a la finalización del respectivo trimestre ejecutado*<sup>107</sup>, obligación que, según el contenido de los actos administrativos demandados, no se cumplió porque los informes que presentó la demandante fueron deficientes para determinar el estado financiero del proyecto y, específicamente, para establecer la destinación de los recursos aportados por la entidad territorial.

65. Está probado en el proceso que, de conformidad con lo estipulado en la cláusula quinta del convenio, mediante orden de pago 01-1CA9 4913 del 28 de septiembre de 2009, el Departamento desembolsó el 90% de su aporte<sup>108</sup> – correspondiente a la suma de \$2.988'000.000– en la cuenta de ahorros 505-80785-9 del Banco de Occidente<sup>109</sup>.

66. Igualmente, está acreditado que la Asociación retiró la totalidad de los \$2.988'000.000 entregados por el Departamento —e incluso parte de los rendimientos financieros de esos dineros— durante el plazo de ejecución del Convenio 25 de 2009 y antes de que se profirieran las resoluciones demandadas. En efecto, en el expediente obran certificaciones de estados de la cuenta de ahorros 505-90785-9 del Banco de Occidente que corroboran los movimientos financieros que se realizaron con los \$2.988'000.000 entre enero de 2010 y mayo de 2010:

Documento	Fecha del estado de cuenta	Saldo de la cuenta de ahorros 505-90785-9 del Banco de Occidente
Estado de cuenta de ahorros No. 505-90785-9 Banco de Occidente <sup>110</sup>	29/01/10	\$1.300'588.648
Estado de cuenta de ahorros No. 505-90785-9 Banco de Occidente <sup>111</sup>	26/02/10	\$1.114'439.451
Estado de cuenta de ahorros No. 505-90785-9 Banco de Occidente <sup>112</sup>	31/03/10	\$966.488
Estado de cuenta de ahorros No. 505-90785-9 Banco de Occidente <sup>113</sup>	30/04/10	\$967.392

67. Se precisa que en el expediente no obran pruebas que permitan establecer con certeza cuándo inició el plazo de ejecución del convenio y, por tanto, cuándo, según lo pactado por las partes en la referenciada cláusula tercera, la Asociación debía presentar los informes financieros; sin embargo, ese dato no es relevante

<sup>107</sup> Cláusula segunda, folio 181, cuaderno 1.

<sup>108</sup> Cláusula sexta, folio 39, cuaderno 1.

<sup>109</sup> Pese a que en el convenio no se precisa si esta cuenta es de la Asociación Luna Roja, este aspecto fue aclarado por su representante legal, quien manifestó que los “*recursos consignados por el departamento de Casanare en la cuenta corriente [sic] del Banco de Occidente se utilizaron para dar cumplimiento a la cláusula 4ª del convenio*” folio 188, cuaderno 2. La propia entidad bancaria certificó que el titular de la cuenta de ahorros era la Asociación (certificación del 31 de mayo de 2011, folio 100, cuaderno 1).

<sup>110</sup> Folios 203 y 204, cuaderno 1.

<sup>111</sup> Folios 205 y 206, cuaderno 1.

<sup>112</sup> Folios 207 y 208, cuaderno 1.

<sup>113</sup> Folios 209 y 210, cuaderno 1.

para resolver lo que interesa a este proceso, pues lo que se discute no es si los informes se presentaron oportunamente, sino, principalmente, si su contenido era suficiente para entender cumplida su obligación de rendirlos.

68. Se advierte también que no se aportaron al proceso los dos informes financieros que la Asociación presentó al Departamento, por lo cual el análisis se remitirá a lo que frente a ellos se señaló en los actos administrativos demandados y en las comunicaciones cruzadas entre las partes que abordaron ese aspecto.

68.1. En las resoluciones demandadas, la entidad territorial, con sustento en un informe presentado por la interventoría del convenio, manifestó que los informes que presentó la Asociación fueron “*incipientes e imprecisos*” y que, en todo caso, no daban cabal cuenta del manejo de los \$2.988'000.000 entregados por el Departamento para la cofinanciación de la construcción de las 332 unidades de vivienda.

68.2. Ese aspecto que quedó contenido en las resoluciones demandadas, es concordante con los requerimientos que en varias oportunidades se le hicieron a la Asociación para que justificara razonadamente y con los soportes de rigor la destinación e inversión de los dineros entregados por el Departamento<sup>114</sup>.

68.3. La Sala no encuentra que la Asociación hubiese atendido cabalmente tales requerimientos antes —o incluso después— de la expedición de la Resolución 541 del 21 de mayo de 2010 y, al contrario, existen pruebas que dan cuenta de que no entregó información suficiente y clara que permitiera precisar cuál fue la destinación que le dio a los recursos públicos que se aportaron en razón del Convenio 25 de 2009.

68.4. En efecto, mediante comunicación D-SCA-001-10 del 5 de enero de 2010, cuando, según los estados de cuenta previamente referenciados ya se habían retirado alrededor de \$1.697'411.352 de recursos aportados por el Departamento, la interventoría le solicitó a la Asociación “*que presente de inmediato el balance económico en donde se establezca con claridad el buen manejo del anticipo, a partir de la fecha de desembolso, con los respectivos rendimientos financieros y/o facturas de compra de materiales e insumos que la Asociación Luna Roja argumentó que se invertiría el anticipo*”<sup>115</sup>.

68.5. El 26 de enero de 2010, mediante comunicación D-SCA-003-10, la interventoría insistió a la Asociación que entregara el informe financiero. Señaló que en el acta del comité técnico del 12 de enero de 2010 se dejó “*constancia que el señor Andrés Velazco [representante legal de la Asociación] incumplió con la presentación del informe financiero[...]*”<sup>116</sup>; asimismo, indicó que se le concedieron 10 días para subsanar dicho incumplimiento; sin embargo, cumplido ese plazo no

---

<sup>114</sup> Los requerimientos fueron aportados por el arquitecto William Enrique Cortés en audiencia del 30 de marzo de 2012 en la que se recibió su testimonio. En dicha audiencia, el Tribunal accedió a incorporar los documentos al expediente. Eso, de conformidad con el numeral 7º del artículo 228 del CPC.

<sup>115</sup> Folio 21, cuaderno 2.

<sup>116</sup> Folio 24, cuaderno 2.

lo hizo, por lo cual la interventoría reiteró su solicitud en los términos de la comunicación del 5 de enero hogañó.

68.6. El 9 de febrero de 2010, la interventoría le manifestó al Departamento, a través de comunicación D-SCA-005-10, que había recibido el primer informe financiero de parte de la Asociación pero que este documento —que no obra en el expediente— era *“incipiente e impreciso”*<sup>117</sup>, por lo que le solicitó que, por su conducto, le pidiera al Banco de Occidente el estado de la cuenta de ahorros del convenio para determinar la destinación de los recursos públicos.

68.7. El 22 de febrero de 2010, la interventoría le remitió a la Asociación la comunicación D-SCA-007-10 en la que le reiteró la solicitud de entregar el informe financiero en el que diera cuenta clara y precisa de la inversión de los recursos entregados por el Departamento, dado que, pese a la entrega de un informe a comienzos de ese mes, no era clara la destinación que se les había dado. Anotó que, pese a lo manifestado por la Asociación en correo del 12 de enero de 2010 en el sentido de que *“el informe solicitado del gasto del anticipo o amortización del mismo, estará en su escritorio y del jefe de planeación el día 12 de enero”*<sup>118</sup>, aún no se había cumplido ese compromiso y, a esa fecha, no se tenía claridad y certeza sobre el buen manejo de los recursos.

68.8. Ante el silencio de la Asociación, la interventoría le remitió las comunicaciones D-SCA-012-10 del 8 de marzo<sup>119</sup>, D-SCA-013-10 del 12 de marzo<sup>120</sup> y D-SCA-017-10 del 21 de abril, todas de 2010<sup>121</sup> insistiendo en la solicitud.

68.9. En la comunicación del 12 de marzo<sup>122</sup>, la interventoría acusó recibo de un informe financiero presentado por la Asociación con corte a 28 de febrero de 2010 sobre el cual advirtió, entre otras, las siguientes observaciones: (i) *“se hace referencia [en el informe entregado] a gastos que aún no han sido causados, y además se hace referencia a una reserva presupuestal para mano de obra que ciertamente debe ser discriminada con mayor claridad, esto sumado a que los análisis de precios unitarios ya incluyen mano de obra”*<sup>123</sup>; (ii) *“las certificaciones de materiales presentadas, son válidas siempre y cuando se puedan relacionar con los materiales adquiridos específicamente para este proyecto, por lo que sin facturas estas certificaciones carecen de validez”*<sup>124</sup>; y (iii) *“de la misma manera las referencias comerciales presentadas no representan soporte alguno del estado financiero ni de negociaciones particulares para el proyecto”*<sup>125</sup>. En consecuencia, requirió a la Asociación mayores explicaciones sobre los gastos y transacciones reportados, los cuales nunca fueron entregados, tal y como se señaló en la

---

<sup>117</sup> Folio 27, cuaderno 2.

<sup>118</sup> Folio 32, cuaderno 2.

<sup>119</sup> Folios 38 y 39, cuaderno 2.

<sup>120</sup> Folios 42 y 43, cuaderno 2.

<sup>121</sup> Folios 65 y 66, cuaderno 2.

<sup>122</sup> Folios 42 y 43, cuaderno 2.

<sup>123</sup> Folio 43, cuaderno 2.

<sup>124</sup> Folio 43, cuaderno 2.

<sup>125</sup> Folio 43, cuaderno 2.

comunicación D-SCA-017-10 del 21 de abril de 2010<sup>126</sup> dirigida a la ahora demandante.

69. Por lo anterior, encuentra la Sala que los medios documentales de prueba son convincentes para concluir que la Asociación no atendió los múltiples requerimientos de información que le hizo el interventor en el sentido de que precisara con claridad y suficiencia cuál fue la destinación e inversión de los \$2.988'000.000 entregados por el Departamento, sin que se advierta una justificación admisible para desatender esos requerimientos; también permiten concluir, de manera razonada, que los dos informes presentados por la Asociación no fueron suficientes para dar cuenta de las inversiones con cargo a la ejecución del objeto del convenio<sup>127</sup>.

70. En el recurso de reposición que presentó la Asociación contra la Resolución 541 del 21 de mayo de 2010 esgrimió que sí cumplió con su obligación de presentar los dos informes financieros que ordenaba el convenio, uno con corte al 28 de febrero y otro al 10 de marzo, con lo que entendió satisfecho su compromiso pues *“conforme a la cláusula anotada [el numeral 13 de la cláusula tercera], debemos precisar que en la misma ni en ninguna parte del convenio se estableció la forma o condición o aspecto en el que se debería rendir el mismo”*<sup>128</sup>.

71. La Sala encuentra que la posición de la Asociación es inadmisibles porque su interpretación del convenio es abusiva y contraviene la naturaleza y finalidad de la obligación de presentar informes que es, justamente, la de servir de soporte para la correcta supervisión y vigilancia de la destinación de los recursos aportados por el Departamento, que son de carácter públicos. No es cierto que la obligación de rendir informes pueda cumplirse de cualquier manera, sin precisar de forma clara y fundada su contenido porque estos deben proveer información suficiente para dar cuenta de que la Asociación estaba destinando los recursos exclusivamente al cumplimiento del objeto del convenio. Por ende, la presentación de cualquier informe financiero no es suficiente para entender satisfecha esa obligación, pues para que se cumpla su cometido natural y obvio, tales informes debían contener datos claros, suficientes, precisos y soportados, lo que, según se reportó en los actos administrativos demandados y que no se desvirtuó en este proceso, no ocurrió.

72. Agrega la Sala que, de conformidad con lo pactado en el numeral 8º de la cláusula tercera, la Asociación se obligó a *“atender las observaciones que [sic] quien ejercer la supervisión del convenio”*<sup>129</sup>. Como se anotó, está probado que la interventoría le formuló varias observaciones y requerimientos respecto de la información financiera presentada; sin embargo, no fueron atendidas por la accionante, sin que hubiere al menos alegado en este proceso una causa justificativa de su proceder.

---

<sup>126</sup> Folios 65 y 66, cuaderno 2.

<sup>127</sup> En su testimonio, el director de la interventoría corroboró que *“solo se presentó un informe que fue devuelto con observaciones que nunca fueron corregidas”* (minuto 8:10 de la grabación de la audiencia del 30 de marzo de 2012).

<sup>128</sup> Folios 56 y 57, cuaderno 2.

<sup>129</sup> Folio 181, cuaderno 1.

73. Por ende, la Sala concluye que la Asociación no logró desvirtuar uno de los supuestos de los actos administrativos demandados en cuanto a que incumplió su obligación de rendir informes financieros que dieran cabal cuenta, de manera clara y precisa, de cuál fue la destinación que le dio a los \$2.988'000.000 entregados por el Departamento, según lo estipulado en el numeral 13 de la cláusula tercera del convenio.

#### **La inversión de los recursos en el objeto convenido**

74. Ahora la Sala se detendrá a analizar un aspecto directamente relacionado con el anterior relativo a la destinación de los recursos, pues la presentación de informes financieros está imbricada con la inversión de estos y está atada con el segundo fundamento que tuvo en cuenta el Departamento para proferir las resoluciones a través de las cuales declaró la caducidad del Convenio 25 de 2009. En efecto, aunque ya se estableció que la Asociación incumplió su obligación de rendir informes financieros, resulta necesario analizar si la Asociación destinó los recursos entregados por el Departamento para la ejecución del convenio pues, según la demandante, estos fueron invertidos en la compra de materiales y de mano de obra.

75. La Asociación manifestó en su demanda que con los recursos aportados por el Departamento “*compró los materiales requeridos para el proyecto*”<sup>130</sup>. En sentido similar declaró su representante legal, Andrés Velazco Apráez, quien, en interrogatorio de parte solicitado como prueba por la demandada, al ser cuestionado sobre ese aspecto manifestó que los recursos se invirtieron: “*en compra de materiales en sostener y durante más de 9 meses en traer y retirar personal de que supone y admite una contratación, en fin, en prever todo recurso humano y técnico para la construcción de 332 soluciones de vivienda en el expediente reposa facturas y otros documentos que da fe de lo que estoy diciendo*”<sup>131</sup>. Luego, cuando se le preguntó sobre dónde estaban los materiales y cómo se transportaron, respondió “*están en presentación de la demanda [sic] como un anexo y se encuentran en FERRE H SANCHEZ [...] se transportó en su momento a través de Argos hierro a través de Diarco, tubería a través de Jerfor, cubierta a través de Colombit todo eso se hizo con la única finalidad de poder dar inicio a la ejecución de las obras [...]*”<sup>132</sup>.

76. Para sustentar sus afirmaciones, la Asociación aportó con su demanda cinco facturas expedidas por Ferre H. Sánchez, todas del 27 de julio de 2009 en las que se detallan las siguientes compras: (i) 150 kits de carpintería metálica, cada uno por valor de \$667.000, para un total de \$100'050.000 (factura 546)<sup>133</sup>; (ii) lavaderos, bultos de cemento puntillas, repisas, duchas, etc., por valor de \$185'812.850 (factura 547)<sup>134</sup>; (iii) ventanas, manijas, tableros, etc., por valor

---

<sup>130</sup> Hecho 18, folio 11, cuaderno principal.

<sup>131</sup> Folio 188, cuaderno 2.

<sup>132</sup> Folio 189, cuaderno 2.

<sup>133</sup> Folio 87, cuaderno 1.

<sup>134</sup> Folio 88, cuaderno 1.

\$116'327.000 (factura 548)<sup>135</sup>; (iv) ladrillos, tubos, tacos eléctricos, tanques de agua, etc., por valor total de \$110'057.000 (factura 549)<sup>136</sup>; así como (v) hierro, bultos de cemento, tejas, marcos de ventanas y de puertas, etc., por la suma de \$801'826.000 (factura 550)<sup>137</sup>.

77. Obran también en el expediente dos certificaciones expedidas por Ferre H. Sánchez, una del 28 y la otra del 29 de julio de 2009, mediante las cuales su representante legal certificó que *“la ASOCIACIÓN LUNA ROJA [...] suscribió acuerdo comercial con FERRE H. SÁNCHEZ [...] por la suma de [...] (\$1.314.073.350) [...] de los cuales se comprometió la misma suma [...] mediante facturas de venta Nos. 0546, 0547, 0548, 0549 y 0550”*<sup>138</sup>.

78. Pese a lo anterior, por las razones que enseguida se expresarán, la Sala concluye que no existen medios de prueba que afirmen el dicho de la demandante y, en cambio, hay varios que ponen en tela de juicio, con la gravedad que ello supone, que la Asociación haya destinado los recursos entregados por el Departamento para la compra y transporte de materiales, mano de obra y otros gastos relacionados con el desarrollo del convenio.

78.1. La demandante aportó un documento que tituló *“copia de la relación de cantidad de materiales – convenio 025”*<sup>139</sup>. En este, se enlistan una serie de materiales (cemento, tejas, tubos, puertas, ventanas, etc.), sus cantidades y el precio unitario pactado en el convenio 0025 que serían necesarios para construir cada vivienda. La Sala no le concederá ningún valor probatorio a este documento porque no se identifica quién lo elaboró ni fue expresamente admitido por el Departamento contra quien se oponía el documento, requisito que era necesario para darles valor de conformidad con el artículo 269 del CPC<sup>140</sup>. Además, este documento, que parece un cuadro de presupuesto elaborado por la Asociación, no es prueba de que los ítems y cantidades allí descritos fueran efectivamente adquiridos por ellas, pues, como ya se vio, pese a los múltiples requerimientos que le fueron hechos, la demandante no ha soportado debidamente las erogaciones que, afirma, hizo con cargo a los recursos aportados por el Departamento para la adquisición de, entre otros rubros, materiales. Por ende, este documento no puede ser tomado como prueba de que la Asociación invirtió los recursos del anticipo para comprar los materiales allí consignados a los precios indicados.

78.2. En punto a las facturas de venta, el 1º de agosto de 2013, como respuesta a una prueba decretada de oficio por el Tribunal<sup>141</sup>, la DIAN llevó a cabo una visita

---

<sup>135</sup> Folio 89, cuaderno 1.

<sup>136</sup> Folio 90, cuaderno 1.

<sup>137</sup> Folio 91, cuaderno 1.

<sup>138</sup> Folio 86, cuaderno 1.

<sup>139</sup> Obra en el expediente a folios 93 a 99 del cuaderno 1.

<sup>140</sup> Artículo 269, Código de Procedimiento Civil: *“Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes.”*

<sup>141</sup> Mediante auto del 15 de julio de 2013, el Tribunal solicitó a la DIAN que llevara a cabo una visita a la sociedad Ferre H Sánchez con el fin de determinar si las operaciones celebradas con la Asociación Luna Roja habían sido declaradas tributariamente (folios 211 y 212, cuaderno 1). El informe de auditoría de la DIAN fue valorado en la sentencia de primera instancia para señalar que *“esas facturas cuando mucho probarían que la demandante hizo algunos negocios con Ferre H. Sánchez, aun así quedan vacíos y dudas respecto de la veracidad de ellas [...] Además el reporte de la DIAN permite deducir que se documentó el intento de realizar una operación comercial que, en el escenario más benigno, no se consumó, no produjo efectos económicos,*

de verificación a Ferre H Sánchez con el fin de indagar en la operación económica que llevó a cabo con la Asociación. En el informe, de cara a lo encontrado en su visita y expresado por el representante de esa sociedad, la DIAN concluyó que: (i) el “señor HECTOR ARMANDO SANCHEZ [...] expidió las facturas 0546, 0547, 0548, 0549 y 0550 el 27 de septiembre de 2009 [sic] a la ASOCIACIÓN LUNA ROJA”<sup>142</sup>; (ii) el “señor HECTOR ARMANDO SANCHEZ [...] recibió un cheque por valor de [...] (\$1.314.073.350), cheque No AD705203 de Bancolombia el cual nunca fue cobrado, en razón a que nunca se formalizó el contrato”<sup>143</sup>; (iii) “el señor HECTOR ARMANDO SANCHEZ [...] registró contablemente dicha operación, la cual no fue declarada en función a que nunca se concretó la operación comercial, específicamente no se entregaron los materiales y no se recibió ningún tipo de pago”<sup>144</sup>; y (iv) “el señor HECTOR ARMANDO SANCHEZ [...] no declaro [sic] el IVA de las facturas 0546, 0547, 0548, 0549 y 0550 del mes de julio año 2009 en función de que el contrato nunca se formalizó, y dichas facturas no fueron canceladas. Además verificada la declaración de IVA por el bimestre 04 del año gravable 2009 con No de formulario 300708046573 (folio 14) no se reportó como ingreso ésta cuantía”<sup>145</sup>.

78.3. A lo anterior agrega la Sala que las facturas de venta aportadas no cumplen con todos los requisitos del artículo 617 del Estatuto Tributario porque en ninguna de ellas se precisó “la discriminación del IVA pagado” por los bienes que, al parecer, pretendía adquirir la Asociación.

78.4. Como anexo del informe presentado por la DIAN<sup>146</sup>, se aportó copia del cheque AD705203 de Bancolombia por el valor total de las facturas, título que fue diligenciado sin fecha<sup>147</sup>. Cabe destacar que este cheque no estaba respaldado por los fondos de la cuenta del Banco de Occidente en la que el Departamento desembolsó sus recursos ni hay prueba de que tales fondos hubieren sido transferidos a una cuenta de Bancolombia, hecho que el señor Velasco enfáticamente rechazó cuando dijo “insisto en cuentas del banco de Colombia [sic] no se manejaron los recursos del convenio consignados por el departamento de Casanare en la cuenta corriente [sic] del banco de occidente [sic]”<sup>148</sup>.

78.5. La DIAN también anexó a su informe una certificación del 22 de febrero de 2010 mediante la cual Ferre H. Sánchez le manifestó a la Asociación que las facturas no se habían podido legalizar porque no se habían pedido los materiales para su entrega<sup>149</sup>.

---

*no hubo pago, no generó efectos fiscales: no existió materialmente. Más parece una simulación con la intervención de un tercero, supuesto proveedor, para construir una apariencia de anticipo, aspecto que deberá clarificar la jurisdicción penal”* (folio 250 (reverso), cuaderno del Consejo de Estado. La demandada no se refirió a esta conclusión o al informe de la DIAN en su recurso de apelación ni a la hora de presentar sus alegatos de segunda instancia.

<sup>142</sup> Folio 263, cuaderno 2.

<sup>143</sup> Folio 263, cuaderno 2.

<sup>144</sup> Folio 263, cuaderno 2.

<sup>145</sup> Folio 264, cuaderno 2.

<sup>146</sup> Artículo 258, Código de Procedimiento Civil: “La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.”

<sup>147</sup> Folio 308, cuaderno 2.

<sup>148</sup> Ver folio 188, cuaderno 2.

<sup>149</sup> Folio 307, cuaderno 2.

79. Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que la Asociación no acreditó que destinó la suma de \$1.314'073.350 a compra de materiales para la obra de Ferre H. Sánchez pues ese negocio nunca fue consumado y los materiales jamás fueron entregados<sup>150</sup>.

80. Además, incluso si se admitiera que la Asociación compró los materiales a Ferre H. Sánchez —lo que sólo se puede estudiar a manera de hipótesis—, lo cierto es que no existe soporte de la inversión de la diferencia entre lo desembolsado por el Departamento en cuantía de \$2.988'000.000 y lo supuestamente comprometido para comprar los materiales de Ferre H. Sánchez. Como ya se anotó, las facturas de venta 546 a 550 de 27 julio de 2009 sumaron \$1.314'073.350, pero no existe prueba alguna que indique en qué se destinaron los \$1.673'926.650 que resultan de esa diferencia. No hay elementos de juicio que soporten el dicho del representante legal de la Asociación en cuanto a que esa suma de dinero se destinó a pagar el costo de transporte de materiales o de mano de obra o cualquier otro costo asociado al convenio.

81. En lo que concierne a los gastos asociados a transporte de materiales ya se estableció que los que, según el representante legal de la Asociación, se adquirieron de Ferre H. Sánchez, en verdad, no fueron comprados y tampoco fueron despachados. La demandante no alegó ni probó que hubiere adquirido otros materiales en otros establecimientos.

81.1. Los testimonios recabados en el proceso corroboran que los materiales supuestamente adquiridos por la Asociación nunca fueron transportados a los frentes de obra, o siquiera almacenados en bodegas a la espera de iniciar la confección de las viviendas. En efecto, en su testimonio, William Enrique Cortés, director de la interventoría, al ser preguntado acerca de si la Asociación compró materiales para ejecutar el objeto del convenio, señaló que *“nunca se evidenció en los frentes de trabajo disposición de materiales y bodega”*<sup>151</sup>. Agregó que la interventoría nunca vio las facturas expedidas por Ferre H. Sánchez, pese a haberle solicitado a la Asociación que aportara los soportes de los pagos que se habrían hecho con cargo a los recursos entregados por el Departamento<sup>152</sup>. Manifestó también que antes de que los materiales pudieran ser transportados a los frentes de obra, la interventoría debía inspeccionarlos en bodega, pero que ello nunca ocurrió. La funcionaria de la interventoría, Nohora Shirley Gutiérrez, también corroboró esta posición cuando dijo que *“a nivel de obra, [la demandante] jamás puso material e insumos en la obra”*<sup>153</sup>.

81.2. Lo anterior se refuerza a partir de la afirmación del asesor que representó a la Asociación en la reunión del comité técnico de supervisión del convenio del 28

---

<sup>150</sup> A esta conclusión llegó la DIAN cuando señaló que *“el señor HECTOR ARMANDO SÁNCHEZ LARROTA [...] recibió un cheque por valor de [...] \$1.314.073.350, cheque No. AD705203 de Bancolombia el cual nunca fue cobrado, en razón a que nunca se formalizó el contrato”* (folio 263, cuaderno 2). Dicha conclusión fue soportada tanto en el cheque aportado y en la respuesta del señor Sánchez durante la visita quien manifestó que dicho cheque *“no se podía hacer efectivo”* por carecer de fecha (folio 292, cuaderno 2).

<sup>151</sup> Ver minuto 9 de la grabación de la audiencia de pruebas del 30 de marzo de 2012.

<sup>152</sup> Ver minuto 24 de la grabación de la audiencia de pruebas del 30 de marzo de 2012.

<sup>153</sup> Ver minuto 3 de la grabación de la audiencia de pruebas del 30 de marzo de 2012.

de abril de 2010, quien, al preguntársele sobre la inversión de los recursos del Departamento y sobre las razones por las cuales no había materiales en los frentes de obra, señaló que “*no existen materiales en obra por la misma causa de la suspensión del convenio*”<sup>154</sup>. Así las cosas, se reafirma que no existe prueba alguna de que los recursos del demandado se hubieren destinado a transporte de materiales.

82. Tampoco existen elementos de juicio que permitan afirmar que la Asociación hubiere invertido los recursos aportados por el Departamento en gastos relacionados con mano de obra o cualquier otro costo asociado al convenio. Esta afirmación descansa en el solo dicho del representante legal de la demandante —que no puede ser valorado como prueba de ese hecho<sup>155</sup>—, sin que exista ni un solo soporte documental o testimonial en el expediente que permita sustentar lo afirmado por él.

83. Así las cosas, la Sala echa de menos las pruebas que justifiquen las erogaciones con cargo a los \$2.988'000.000 que aportó el Departamento y concluye, por ello, que la Asociación retiró casi la totalidad de tales recursos sin que se sepa a ciencia cierta cuál fue su destinación, porque, como acaba de analizarse, ni durante la ejecución del convenio ni ahora en este proceso, acreditó debidamente su inversión.

84. Lo anterior es tanto más grave si se tiene en cuenta que la Asociación retiró \$1.113'472.963 entre finales de febrero<sup>156</sup> y finales de marzo de 2010<sup>157</sup>, toda vez que el 10 de marzo de 2010 las partes, de mutuo acuerdo, suspendieron la ejecución del convenio<sup>158</sup>. De esta suerte, la Asociación, a sabiendas de que la ejecución del negocio jurídico estaría suspendida a partir de ese día, retiró intempestivamente de la cuenta de ahorros las sumas anotadas, sin que se sepa con qué objeto o propósito. Resulta totalmente contrario a la buena fe y reprochable que un colaborador de la administración que concurre a celebrar un convenio para cumplir con los fines públicos haga uso de dineros públicos sin justificar su destino y alegue la compra de materiales, costos de transporte y de mano de obra que, en realidad, conforme las pruebas del expediente, nunca se entregaron o pagaron.

85. La Asociación pretendió usar a favor de sus argumentos la referida suspensión pues, en su opinión, estando esta medida vigente el Departamento no podía declarar la caducidad del convenio. Al respecto debe decirse, de una parte,

---

<sup>154</sup> Ver folio 77, cuaderno de pruebas 2.

<sup>155</sup> Las afirmaciones del representante legal de la parte rendidas en un interrogatorio de parte no pueden ser valoradas como pruebas sino en tanto éstas le sean desfavorables, bajo el principio de que nadie puede preconstituir sus propias pruebas. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el particular que “*Desde otra arista, la jurisprudencia ha decantado que las declaraciones de las partes alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de junio de 2007, M.P. Edgardo Villamil Portilla, Exp. 2001-00152; reitera sentencia del 13 de septiembre de 1994. Exp. No. 5502)

<sup>156</sup> Folios 205 y 206, cuaderno 1.

<sup>157</sup> Folios 207 y 208, cuaderno 1.

<sup>158</sup> Ver folios 49 a 51, cuaderno 1.

que la suspensión de un negocio jurídico no supone su extinción, por lo cual, mientras esté vigente, la Administración conserva la facultad para hacer uso de esa prerrogativa pública, por supuesto, bajo los supuestos que determina la ley<sup>159</sup>; y, de otra, que, si bien la caducidad no podría declararse con base en unas obligaciones que se encuentran suspendidas, básicamente, porque en estas condiciones no podría predicarse su incumplimiento<sup>160</sup>, esto no supone que no pueda adoptarse esa medida respecto de obligaciones que, pese a la suspensión, sí sean exigibles, hayan sido inobservadas y que, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que pueden conducir a su paralización, caso en el cual la Administración debe hacer uso de tal facultad en pro de la protección del interés público que se persigue satisfacer.

86. La Sala debe ser enfática en señalar que la suspensión del convenio no podía significar, en manera alguna, que la obligación del cooperante de custodiar, dar buen manejo y destinar los recursos públicos que le fueron entregados para la ejecución del convenio, estuviera suspendida y que, por tanto, no fuera exigible, pues esta obligación debía cumplirse durante todo el tiempo que la Asociación tuviera bajo su responsabilidad tales recursos.

87. Así, cuando la Asociación acordó con el Departamento la suspensión del convenio, no se suspendió con ello el deber que tenía de custodiar y manejar debidamente los recursos que la entidad territorial ya había aportado; pese a ello, de lo que da cuenta el proceso es de que entre el 26 de febrero de 2010 —12 días antes de la suspensión— y el 31 de marzo de 2010 —21 días después— la Asociación retiró de la cuenta del Banco de Occidente la suma de \$1.113'472.963, dejando apenas un saldo de \$967.392 sin que, como ya se vio, justificara su destinación.

88. Es más, según lo acreditado en este proceso, incluso antes de la fecha en que las partes acordaron la suspensión del convenio —10 de marzo de 2010—, la Asociación ya había incumplido su obligación de rendir de manera completa y suficiente los informes financieros que dieran cuenta de la destinación que les dio a los recursos del Departamento<sup>161</sup> que, para ese momento, ya había retirado y de los cuales quedaba un saldo de \$1.114'439.451,<sup>26</sup><sup>162</sup>.

89. Por ende, encuentra la Sala que la omisión de presentar los informes financieros con el detalle suficiente de la destinación de los recursos, junto con el hecho de que no se justificó de manera seria y soportada en qué se usaron constituyen, como señaló el Departamento en las resoluciones que declaró la

---

<sup>159</sup> Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que “*la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre vigente y no durante en la etapa de liquidación*” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de junio de 2014, C.P. ramiro de Jesús Pazos Guerrero (Exp. 26.705).

<sup>160</sup> “*las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2012, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera (Exp. 17.434).

<sup>161</sup> Recuérdese que los primeros requerimientos a la Asociación para que rinda esta información de que se tiene noticia en este proceso tuvieron lugar en el mes de enero de 2010.

<sup>162</sup> Según estado de cuenta del 26 de febrero de 2010, folios 205 y 206, cuaderno 1.

caducidad del convenio, incumplimientos que afectaron de manera grave y directa su ejecución, puesto que atentaron de manera ostensible contra la principal fuente de financiación <sup>163</sup>, lo cual, evidentemente, ponía en riesgo la consecución del fin perseguido a través de ese negocio jurídico. Por ende, la Sala considera que se encuentran reunidas las condiciones para que, de conformidad con la cláusula décima tercera del Convenio 25 de 2009 y el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, el Departamento declarara la caducidad del convenio de autos mediante Resoluciones 541 del 21 de mayo de 2010 y 873 del 13 de agosto, ambas de 2010.

### **Aportes de la Asociación**

90. En relación con el incumplimiento de su obligación de invertir unos recursos para la financiación de las 332 viviendas de interés social la demandante no presentó, de manera específica, ningún reparo; sin embargo, de manera genérica, sí expresó que cumplió con todas sus obligaciones. No obstante, tampoco hay prueba en el expediente de que hubiere aportado los recursos a los que se comprometió, por lo que, también por este motivo, se mantiene incólume la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

### **Los incumplimientos que se le endilgaron al Departamento**

91. Según alegó la demandante, la verdadera razón por la que no se continuó con la ejecución del convenio habría obedecido a los incumplimientos en los que incurrió el Departamento, por lo cual no estaba facultado para declarar la caducidad. Este argumento de la demanda no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

92. De conformidad con lo analizado previamente, la parte actora no logró desvirtuar la veracidad de los fundamentos en los que se cimentó la declaratoria de caducidad del Convenio 25 de 2009, y el alegado incumplimiento del Departamento no constituye motivo que inhiba el ejercicio de una potestad excepcional, en tanto y cuanto tal incumplimiento no sea la causa que da origen a la caducidad o se alegue ante el juez como pretensión que desdiga de la calidad de contratante cumplido de la entidad pública.

93. Al contrario, las pruebas que obran en el proceso permiten reafirmar su veracidad. Tales argumentos, además, según se analizó, se ajustan a lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 para que el Departamento procediera a hacer uso de tal prerrogativa pública, de manera que se descarta que, como sugirió la demandante, la entidad pública hubiere expedido las resoluciones con el propósito de esconder las verdaderas y distintas razones que impedían continuar con la ejecución del convenio, o con base en “*acomodadas interpretaciones*” de lo acontecido, de lo cual, en todo caso, no hay prueba. No se demostró que el

---

<sup>163</sup> Como se anotó, de conformidad con la cláusula quinta, el valor total del convenio era de \$5.976'000.000 de los cuales el Departamento aportaría \$3.320'000.000, los municipios beneficiarios de la construcción de las viviendas la suma de \$664'000.000 y la Asociación la suma de \$1.992'000.000. Por ende, el Departamento aportaría el 55,6% del valor total del convenio, mientras que el solo anticipo correspondía al 50% de ese valor total.

Departamento hubiera ejercido sus prerrogativas públicas, por ejemplo, para favorecerse a sí mismo o a un tercero o para lograr fines espurios e ilegítimos<sup>164</sup>.

94. Los incumplimientos que se le endilgan al Departamento, no atacan los fundamentos de las resoluciones que declararon la caducidad porque no tienen relación de dependencia entre sí. Por obvias razones, el hecho de que el Departamento haya incurrido en mora de entregar los lotes, los planos, licencias y diseños para las obras<sup>165</sup> no habilitaba a la Asociación para retirar y apropiarse de la totalidad de los recursos aportados por el Departamento sin justificar que esos retiros iban a destinarse a la ejecución del objeto del convenio.

95. Se advierte que la Asociación no pretendió en su demanda que se declarara el incumplimiento del Departamento con fundamento en la entrega tardía de los documentos; por eso es que el análisis de la Sala se limita a determinar si esas circunstancias atacan los fundamentos de las resoluciones cuya nulidad se solicita, lo que se descarta por las razones ya anotadas.

## Conclusión

96. Como fundamento de todo lo anterior, la Sala negará las pretensiones principales y consecuenciales de la demanda. En ese sentido, en lo que concierne a los pedimentos contenidos en el numeral 4 del acápite de pretensiones de la demanda, la Sala precisa que no es posible acceder a declarar la vigencia del contrato, puesto que la caducidad constituye una forma anormal de su terminación —terminación que el Departamento declaró en el numeral primero de la Resolución 541 del 21 de mayo de 2010—, por lo mismo, además de constituirse en un imperativo moral y legal no acceder a ello, tampoco es posible reconocer a favor de la Asociación el “pago” de la totalidad del convenio, lo cual, en todo caso, sería improcedente por no haberse pactado una relación comercial conmutativa y, además, porque la Asociación no cumplió con el objeto convenido.

97. Finalmente, en relación con la pretensión de que se declare el rompimiento del equilibrio económico del convenio, contenida en ese mismo numeral, la Sala anota que no es claro si esta pretensión se planteó como principal o consecencial

---

<sup>164</sup> Aunque la Asociación no atacó los actos administrativos por haber sido expedidos con desviación de poder, resulta ilustrativo lo que sobre esta causal de nulidad en materia contractual ha dicho la Sección Tercera de esta Corporación: “*La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa ejercida por el servidor público, con el propósito de favorecer a un tercero, o a sí mismo, dejando de lado el fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Esta finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan —art. 209 de la CP. y art. 3 del CCA.—*” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de marzo de 2007, C.P. Alíer Hernández Enríquez (Exp. 28.010)

<sup>165</sup> Hay pruebas en el expediente que corroboran la falta de entrega oportuna de los lotes y documentos por parte del Departamento. Al respecto, ver (i) comunicación del 15 de diciembre de 2009 de la Asociación al Departamento en la que la Asociación manifiesta que el Departamento no ha entregado los documentos necesarios para iniciar la ejecución de convenio (folios 79 y 80, cuaderno 1); (ii) comunicación D-SCA-001-10 del 5 de enero de 2010 en la que la interventoría le solicita al Departamento la entrega de los documentos y licencias relacionadas con el convenio (folio 21, cuaderno 2); (iii) comunicación D-SCA-004-10 del 1º de febrero de 2010 mediante la cual la interventoría le solicitó a la Asociación iniciar labores en el municipio de Aguazul, en donde ya se habían entregados lotes (folio 26, cuaderno 2); (iv) D-SCA-011-10 del 5 de marzo de 2010 de la interventoría a la Asociación en la que se reitera la necesidad de empezar a ejecutar el objeto del convenio en los lotes entregados en el municipio de Aguazul (folio 34, cuaderno 2); (v) Informe de interventoría No. 6 del 15 de abril de 2010 en la que la interventoría solicita al Departamento agilizar la entrega de los terrenos (folio 55, cuaderno 2).

de otras<sup>166</sup>. En todo caso, cualquiera sea la forma en que se lea, tampoco está llamada a prosperar. Si fuera lo primero, porque, incluso al margen de la discusión que pudiera darse respecto de la procedencia de esa figura en el marco de un convenio de asociación a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, lo cierto es que no se demandó la nulidad el acto de liquidación unilateral adoptado a través de la Resoluciones 92 del 16 de noviembre de 2010 y 290 del 15 de febrero de 2011; si fuera lo segundo, porque esa pretensión debe correr la misma suerte de las principales.

98. En este punto es pertinente mencionar que, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, cuando se pretende la nulidad de actos administrativos de naturaleza contractual no es necesario demandar el acto administrativo de liquidación unilateral, en tanto se entiende que, aunque unos y otro están relacionados entre sí, cada uno tiene un contenido sustancial y autónomo<sup>167</sup>. Esto, sin embargo, no aplica para otra clase de pretensiones que puedan llegar a alterar el balance final del contrato, pues en relación con éstas esta Corporación ha sido enfática en señalar que cuando el negocio jurídico ha sido objeto de liquidación unilateral no es posible que prosperen pretensiones que pretendan alterar su contenido sin antes derribar los efectos vinculantes de dicho acto, en virtud del carácter ejecutivo y ejecutorio que se predica respecto de los actos administrativos cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada<sup>168</sup>.

99. En mérito de lo anterior, la Sala revocará la decisión adoptada el 29 de agosto de 2013 por el Tribunal Administrativo de Casanare en cuanto declaró de oficio la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009 y mantendrá la decisión de negar las pretensiones de la demanda.

100. Por último, dado que de las pruebas que obran en el expediente no es posible determinar cuál fue la destinación que se le dio a los recursos públicos aportados por el Departamento para la ejecución del Convenio 25 de 2009, la Sala confirmará la decisión del Tribunal de compulsar copias a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para que, en el marco de sus respectivas competencias, investiguen las conductas y omisiones de los funcionarios del Departamento de Casanare y de los empleados o directivos de la Asociación Luna Roja en relación con la celebración, ejecución, terminación y liquidación del Convenio 25 del 30 de junio de 2009.

## Costas

101. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, establece que “[e]n todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, **teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes**, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil” [énfasis

---

<sup>166</sup> El demandante tiene la carga de plantear, como requisito de la demanda en los términos del artículo 75 del CPC, “[l]o que se pretenda, expresado con precisión y claridad [...]”.

<sup>167</sup> Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias de la Sección Tercera de Esta Corporación: Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013 (exp. 31755) C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Subsección B, sentencia del 10 de mayo de 2018 (exp. 39689) C.P. Ramiro Pazos Guerrero y Subsección A, auto del 12 de noviembre de 2009 (exp. 64045) C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>168</sup> Ley 1437 de 2011, artículos 88 y 89.

agregado]. De manera que, en materia contencioso administrativa y en los procesos que, como este, se rigen por ese código por haber iniciado su curso bajo su vigencia<sup>169</sup>, la condena en costas procede mediante un análisis subjetivo de la conducta observada por las partes y no con fundamento en los factores objetivos establecidos en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, normas a las que remite el citado artículo 55 únicamente para efectos de determinar la forma de su liquidación<sup>170</sup>.

102. Para formular un juicio de reproche sobre la conducta de las partes dentro del proceso a efectos de determinar la procedencia de la condena en costas, la jurisprudencia de esta Corporación<sup>171</sup> ha hecho alusión a lo previsto en el artículo 74 del C.P.C que señala que hay temeridad o mala fe cuando, entre otros eventos, “1. [...] sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste [o]” “2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”<sup>172</sup>; de manera concordante, ha analizado el cumplimiento de los deberes que la ley les impone a ellas y a sus apoderados (art. 71 del C.P.C), entre ellos: “1. *Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.* 2. *Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales*”.

103. De conformidad con las pruebas que obran en el expediente y a las que la Sala hizo alusión previamente, se concluye que la Asociación Luna Roja actuó con temeridad y mala fe, toda vez que es palmario que su demanda carecía absolutamente de fundamento legal, tanto que, para sustentar sus pretensiones,

---

<sup>169</sup> Ley 1437 de 2001: “**ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA.** El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.*

<sup>170</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “*En conclusión, la remisión al C.P.C que hace el artículo 171 ahora demandado no opera para efectos de definir una responsabilidad objetiva respecto de la condena en costas en el proceso contencioso administrativo, pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad. Siendo una norma especial, debe aplicarse preferentemente en este aspecto*”. En idéntico sentido, Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, Exp. 3.924. “*En efecto, aunque el artículo 72 y los numerales 1º, 7º y 8º del artículo 392 C.P.C., la condena en costas opera de manera objetiva contra la parte vencida dentro del proceso, no lo es menos que en lo relacionado con la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la existencia de norma especial que condiciona a “la conducta de las partes” la condena en costas, no opera de manera automática dicha condena [...]*” (énfasis agregado)

<sup>171</sup> Ver Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, Exp. 3.924; Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, Exp. 4.911; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 2014, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, Exp. 48.683; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2016, C.P. Jaime Orlando Santofimio, Exp. 40.413.

<sup>172</sup> Sobre la temeridad en el ejercicio del derecho al acceso a la administración de justicia, dijo esta Corporación: “*La Sala considera que el juicio que este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues solo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.*

*“En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.”* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente 10.775. Reiterada en la Sentencia de 12 de octubre de 2000. expediente 13.097.

alegó, a sabiendas, hechos contrarios a la realidad y, aun así, insistió en ello en la apelación.

104. En efecto, (i) para probar uno de los sustentos fácticos de sus pretensiones, esto es, que, contrario a lo declarado en los actos administrativos demandados, sí cumplió sus obligaciones y, específicamente, que sí destinó los aportes del Departamento en la ejecución del negocio jurídico, trajo al proceso unas facturas que, como se vio, nunca fueron pagadas, hecho que fue corroborado con el informe rendido por la DIAN; (ii) aunado a ello, en la diligencia de interrogatorio de parte su representante legal insistió en que los dineros públicos habían sido invertidos en la ejecución del convenio pero, aparte de las inocuas facturas, no suministró ninguna prueba para corroborar ese dicho; (iii) aun cuando en primera instancia se demostró que tales títulos no reflejaban la realidad de lo acontecido, en su recurso de apelación la demandante insistió en que las facturas probaban las erogaciones hechas con cargo a los recursos del Departamento sin hacer ningún reparo en relación con la prueba en la que el Tribunal se fundó para concluir lo contrario; y (iv) para derruir la legalidad de las resoluciones demandadas, la Asociación esgrimió que el Departamento incumplió el convenio e insistió en ese aspecto en la apelación, a sabiendas de que ese argumento resultaba fútil para cuestionar las razones que sustentaron la declaratoria de caducidad, tanto que no alegó que tales incumplimientos fueran justificativos de los suyos. En suma, lo que se observa es que, al hacer mención a los supuestos incumplimientos del Departamento, la Asociación pretendió desviar la atención de la inexplicable desaparición de los recursos públicos.

105. Así, entonces, resulta evidente que la Asociación actuó con temeridad y mala fe porque, “a sabiendas de su falta de razón”<sup>173</sup>, ejerció de manera abusiva su derecho de acción. Por ende, se condenará en costas a la demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría en los términos del artículo 393 *ibídem*.

106. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del C.P.C., en esta misma providencia se fijarán las agencias en derecho. Según lo previsto en el Acuerdo 1887 de 2003<sup>174</sup> del Consejo Superior de la Judicatura<sup>175</sup>, teniendo en cuenta que se trata de un proceso declarativo en segunda instancia, se fijarán en la suma de \$201'132.182,62 que corresponden al 3% del valor de las pretensiones<sup>176</sup> a favor de la demandada.

#### **IV. PARTE RESOLUTIVA**

---

<sup>173</sup> MANUEL OSSORIO. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Página 737. Citado en Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 2000, expediente 10.540 A, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>174</sup> Que fija, en su numeral 3.3.1. que las agencias de derecho podrán ser fijadas en hasta el 5% de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

<sup>175</sup> Aplicable a este caso en atención a lo establecido en el numeral 3º del artículo 393 del CPC y dado que se encontraba vigente

<sup>176</sup> La cuantía de las pretensiones corregida se determinó en la suma de \$6.704'406.087 (folios 102 y 104 a 106, cuaderno 1).

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:** de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, **REVOCAR** el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 29 de agosto de 2013.

**SEGUNDO:** En lo demás, se confirma la sentencia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la Asociación Luna Roja por las razones señaladas en esta providencia, las que deberán ser liquidadas por la Secretaría de conformidad con el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

**CUARTO: FIJAR** las agencias en derecho en doscientos un millones ciento treinta y dos mil ciento ochenta y dos pesos con sesenta y dos centavos (\$201'132.182,62) a favor de la demandada que corresponden al 3% del valor de las pretensiones.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**  
ACLARACIÓN DE VOTO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

VF

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>

## **ACLARACIÓN DE VOTO / CONVENIO DE ASOCIACIÓN / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE CUOTAS DE FOMENTO – Contrato de fomento con entidades privadas sin ánimo de lucro / OBITER DICTA – No es vinculante / RATIO DECIDENDI / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La controversia que fue objeto de decisión en el presente proceso, giró en torno a un convenio de asociación celebrado por las partes y que corresponde a aquellos regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. En la sentencia de la referencia, la Sala sostuvo que “El inciso 1º del artículo 96 dispone que los convenios de asociación pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con “personas jurídicas particulares”, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad sin ánimo de lucro (...). Si el legislador hubiera querido que los referidos convenios se celebraran solo con personas jurídicas sin ánimo de lucro, así lo habría señalado expresamente”. Con el debido respeto, me aparto de tal afirmación, pues específicamente, el referido artículo 96 de la ley determina: 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. Y, dado que el artículo 355 de la Constitución Política se refiere a la celebración de contratos de fomento con entidades privadas sin ánimo de lucro, debe entenderse que los convenios de asociación, a los que alude el artículo 96 de la Ley 489, también deben serlo con esta clase de personas jurídicas, tal como lo entendió la Corte Constitucional en sentencia C-671 de 1999, al estudiar la exequibilidad de ese artículo 96, providencia en la que expresamente manifestó que “(...) el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política”. Si bien es cierto, como lo dice la sentencia objeto de la presente aclaración, que el concepto de la Corte no resulta vinculante, por cuanto “no constituyó la razón de la decisión que en esa oportunidad se adoptó respecto de la constitucionalidad del referido artículo 96”, la interpretación que hace resulta acorde con lo dispuesto textualmente en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al establecer que los convenios de asociación a los que se refiere esa norma “se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución...”, sin hacer distinción alguna, por lo que no le es dado al intérprete restringir el sentido de dicha disposición, en cuanto remite al referido artículo constitucional, que alude a personas jurídicas sin ánimo de lucro. La diferencia entre uno y otro negocio jurídico -el constitucional y el legal- radica en el hecho de que el artículo 355 de la Carta apunta al fomento de las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos dispuestos en la norma, mientras que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere a aquellos eventos en los que las entidades, en el cumplimiento de sus propios cometidos y funciones asignados por la ley, se asocian con personas jurídicas para su desarrollo conjunto, lo cual resultará factible siempre que se trate de entidades privadas sin ánimo de lucro.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 55 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 96

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

**Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 85001-23-31-000-2011-10099-01(48957)**

**Actor: ASOCIACIÓN LUNA ROJA**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARÍA ADRIANA MARÍN**

Comparto el sentido de la decisión contenida en la sentencia de la Subsección proferida el 30 de julio de 2021, que modificó lo resuelto por el *a-quo*, en cuanto se revoca la declaratoria de nulidad absoluta del negocio jurídico objeto de la controversia y la consecuencial orden de restitución de su valor, y confirma las demás disposiciones, en especial la denegatoria de las pretensiones. No obstante, a continuación consigno las razones por las cuales aclaro el voto.

La controversia que fue objeto de decisión en el presente proceso, giró en torno a un convenio de asociación celebrado por las partes y que corresponde a aquellos regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En la sentencia de la referencia, la Sala sostuvo que *“El inciso 1º del artículo 96 dispone que los convenios de asociación pueden ser celebrados por las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, con “personas jurídicas particulares”, es decir, la norma no califica que esa persona deba ser una entidad sin ánimo de lucro (...). Si el legislador hubiera querido que los referidos*

*convenios se celebraran solo con personas jurídicas sin ánimo de lucro, así lo habría señalado expresamente”.*

Con el debido respeto, me aparto de tal afirmación, pues específicamente, el referido artículo 96 de la ley determina:

*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.*

Y, dado que el artículo 355 de la Constitución Política se refiere a la celebración de contratos de fomento con entidades privadas sin ánimo de lucro, debe entenderse que los convenios de asociación, a los que alude el artículo 96 de la Ley 489, también deben serlo con esta clase de personas jurídicas, tal como lo entendió la Corte Constitucional en sentencia C-671 de 1999, al estudiar la exequibilidad de ese artículo 96, providencia en la que expresamente manifestó que “(...) *el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política*”.

Si bien es cierto, como lo dice la sentencia objeto de la presente aclaración, que el concepto de la Corte no resulta vinculante, por cuanto “*no constituyó la razón de la decisión que en esa oportunidad se adoptó respecto de la constitucionalidad del referido artículo 96*”, la interpretación que hace resulta acorde con lo dispuesto textualmente en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al establecer que los convenios de asociación a los que se refiere esa norma “*se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución...*”, sin hacer distinción alguna, por lo que no le es dado al intérprete restringir el sentido de dicha disposición, en cuanto remite al referido artículo constitucional, que alude a personas jurídicas sin ánimo de lucro.

La diferencia entre uno y otro negocio jurídico -el constitucional y el legal- radica en el hecho de que el artículo 355 de la Carta apunta al fomento de las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos dispuestos en la norma, mientras que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere a aquellos eventos en los que las entidades, en el cumplimiento de sus propios cometidos y funciones asignados por la ley, se asocian con personas jurídicas para su desarrollo conjunto, lo cual resultará factible siempre que se trate de entidades privadas sin ánimo de lucro.

En los anteriores términos, dejo expuesta mi aclaración de voto.

*Firmado electrónicamente*

**MARÍA ADRIANA MARÍN  
MAGISTRADA**