



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

**PROCURADURÍA DELEGADA DE INTERVENCIÓN 6:
PRIMERA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO**

CONCEPTO No. 065/ 2024

Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2024

**SEÑORES
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B**
Consejero Ponente: **Doctor ALBERTO MONTAÑA PLATA**
E. S. D.

Expedientes	52001-23-33-000-2018-00008-01
acumulados:	52001-23-33-000-2018-00186-01
Referencia:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Demandantes:	NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL FUNDACIÓN EMSSANAR
Demandados:	DEPARTAMENTO DE NARIÑO Y OTROS. NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL
Trámite:	APELACIÓN SENTENCIA

El Ministerio Público presenta a consideración de la Sala su concepto en el proceso de la referencia, frente a los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de 24 de marzo de 2023 que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida en ejercicio del medio de control de controversias contractuales.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis de la demanda radicado 2018-00008

La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural promovió el medio de control de controversias contractuales contra la Fundación Emssanar y el Departamento de Nariño con el objeto que se declare el incumplimiento del Convenio de Asociación No. 20150492 de 24 de junio de 2015 por parte de los demandados y, de manera consecuente, lo siguiente:



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

- Se ordene a los contratistas restituyan a la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el valor ejecutado en el primer desembolso, cuyo valor asciende a \$531.371.869
- Se ordene que la Aseguradora Solidaria de Colombia pague a la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la cláusula penal pecuniaria, correspondiente al 10% del valor total del convenio, esto es \$432.338.888.
- Se declare el siniestro de la póliza No. 436-47-994000030333, expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, tomada para respaldar el cumplimiento del Convenio y se ordene el pago de la suma asegurada por incumplimiento del contrato por valor de \$444.502.388.
- Se decrete la liquidación judicial del Convenio de Asociación No. 20150492; en cumplimiento a lo establecido en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA, junto con la condena en costas y las agencias en derecho.

Como sustento de lo anterior afirmó que el Convenio de Asociación No. 20150492, suscrito entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Departamento de Nariño y la Fundación EMSSANAR tenía por objeto articular esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para el fortalecimiento e implementación de la asistencia técnica en los municipios priorizados del Departamento de Nariño.

En consecuencia, el alcance del convenio estuvo orientado a prestar el servicio de asistencia técnica directa rural, por medio de las Entidades Prestadoras del Servicio de Asistencia Técnica – EPS Agro; las actividades a desarrollar fueron fijadas a través del POA y para la ejecución del proyecto la Fundación suscribió 9 subcontratos.

El 18 de agosto de 2015, el Comité Supervisor mediante Acta No. 002, luego de verificar las condiciones contractuales y las actividades realizadas por el Departamento y la Fundación, concluyó que no se habían cumplido los requisitos para realizar el primer desembolso.

El 24 de agosto de 2015, se consideró viable la propuesta planteada por el Cooperante de ajustar el valor del convenio, por consiguiente, el 15 de septiembre de 2015 se suscribió la primera modificación al Convenio de Asociación, luego de lo



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

cual se realizó el primer desembolso por parte del Ministerio el 25 de septiembre de 2015, por valor de \$1.885.726.434,50, equivalente al 50% del aporte.

Afirmó que en visita realizada entre el 5 y 7 de octubre de 2015, se evidenció que la ejecución del PGAT - Planes Generales de Asistencia Técnica - de los Municipios de La Unión y Ricaurte era inferior al 25%, mientras que en dos municipios no había información sobre la ejecución de actividades del PGAT, agregando que, de acuerdo con los informes del Comité Supervisor de 30 de octubre, 9 de diciembre y 31 de diciembre de 2015, existieron retrasos en la ejecución de actividades establecidas en el POA, una ejecución financiera del 0%, inconsistencias en la verificación del RUAT y PGAT, así como retrasos en la entrega de informes.

Expuso que el 9 de febrero de 2016, la Fundación Emssanar reportó el 100% de ejecución de las actividades de los Planes Generales de Asistencia Técnica, en 20 municipios y una ejecución parcial en los 4 restantes, que estaban a cargo de la EPS Agro AIP; sin embargo, este informe fue entregado fuera del plazo (8 de enero de 2016) para proceder con los trámites de pago o reserva presupuestal del 50% de los aportes del Ministerio.

Agregó que, en el informe de supervisión técnica y financiera de 28 de diciembre de 2016 se concluyó que, conforme con las certificaciones de cumplimiento de las alcaldías se había recibido a satisfacción el 100% de las actividades de 20 municipios, pero según lo manifestado por la Fundación Emssanar y la verificación de los soportes de la ejecución técnica y financiera, en los 4 municipios restantes la ejecución alcanzó el 61.9%, es decir, la ejecución del primer desembolso no fue completa por lo que se entiende que las labores de asistencia técnica no fueron cumplidas en su totalidad.

Finalmente, destacó que el incumplimiento por las actividades no recibidas a satisfacción asciende a la suma de \$531'371. 869.oo.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

1.2. Síntesis de la demanda radicado 2018-00186

La Fundación Emssanar solicitó que se declare el incumplimiento contractual del convenio en mención por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, especialmente de las obligaciones pactadas en los numerales 1° y 4° de la cláusula sexta y las cláusulas octava, novena y vigésima tercera; procediendo con las siguientes declaraciones y condenas:

- Se declare contractualmente responsable y se condene a la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a pagar a favor de la Fundación Emssanar, los perjuicios de orden material, padecidos a título de lucro cesante, en la suma de \$1.885.726.443, correspondiente al segundo y tercer desembolso del aporte pendiente de pago, por haberse cumplido las condiciones pactadas en el Convenio de Asociación.
- Se actualicen las sumas a las que sea condenada la entidad demandada, calculada desde el día siguiente fecha a la finalización del plazo de duración del convenio -30 de diciembre de 2015-, (...) y hasta la fecha de la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso; reconocer y pagar los intereses moratorios, el pago de los perjuicios del orden material padecidos a título de daño emergente; los gastos y erogaciones en los que la entidad tuvo que incurrir para realizar las gestiones y diligencias, de manera directa ante la entidad demandada, a fin de obtener el pronto pago y desembolso de los aportes 2° y 3° de la cláusula novena del convenio (...).
- Se ordene la actualización de las sumas de dinero a la cual sea condenada la entidad demandada a título de daño emergente y que resulten a su cargo.
- Se ordene y practique la liquidación en sede judicial del Convenio de Asociación No. 201500492, en la que se determine el balance financiero o económico del convenio, incluyendo los valores que se reconozcan a la Fundación Emssanar, el pago de costas y agencias en derecho y, el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al proceso, en los términos del artículo 192 y 195 de CPACA.

Como hechos relevantes para sustentar sus pretensiones expuso, en síntesis, los siguientes:

Adujo que el Convenio tuvo una primera modificación suscrita el 15 de septiembre de 2015, ajustando el valor del convenio, el aporte de las contrapartidas de algunos municipios, la forma de desembolso y la ampliación de las garantías, de manera que el monto total del convenio se estableció en la suma de \$4.323'388.885.00, correspondiendo al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural aportar la suma de



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

\$3.771'452.869.00, de los cuales \$3.508'328.250.00 correspondían a incentivos y \$263'124.619.00 a costos de evaluación y supervisión del convenio; al Departamento de Nariño, el valor de \$510'599.250.00, como contrapartida girada por los municipios beneficiarios del proyecto, actuando el ente departamental como simple intermediario en la recepción y entrega de los recursos al cooperante, es decir, no como aportante; y a la Fundación Emssanar, la suma de \$41'336.766.00, en especie.

Así mismo, se acordó que los Planes Generales de Asistencia Técnica, en los municipios priorizados por el Departamento de Nariño, serían cofinanciados con los aportes del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, una contrapartida de cada municipio beneficiado y aportes de la entidad cooperante; los recursos del Ministerio serían transferidos a una cuenta especial de la entidad cooperante, mientras que los aportes de los municipios serían transferidos a través del Departamento a la misma cuenta especial.

Expuso que el giro de los recursos por parte del Ministerio, según la modificación de 15 de septiembre de 2015, se pactó así: a) un primer desembolso por el 50% de valor total del aporte, condicionado a i) la aprobación de la garantía, el Plan Operativo y los Planes Generales de Asistencia Técnica, por parte del Comité Administrativo del Convenio y ii) el giro de los recursos de las contrapartidas de los municipios, a través del Departamento de Nariño; b) un segundo desembolso por el 30% del valor total del aporte, supeditado a la ejecución financiera del 75% del primer desembolso, previa verificación por parte del Comité Supervisor, de la ejecución de los PGAT entre el 25% y el 30%; c) un tercer desembolso por el 20% del total del aporte, sujeto a la ejecución financiera mínima del 75% del segundo desembolso, previa verificación por parte del Comité Supervisor, de la ejecución de los PGAT del 90%; no obstante, el Ministerio no cumplió con el giro del 50% del valor del convenio, correspondientes al segundo y tercer desembolso.

Afirmó que, en el mes de febrero de 2016, esto es, una vez vencido el plazo del convenio, la Fundación remitió al Ministerio los informes de ejecución técnico y



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

financiero de los productos, evidencias y resultados de la ejecución de los aportes del servicio de asistencia técnica directa rural, para su aprobación final y pago de los aportes restantes.

De febrero a julio de 2016, la Fundación Emssanar elevó reiteradas solicitudes al Ministerio para obtener el pago de los recursos restantes y la liquidación del convenio, comoquiera que, para su ejecución debió contratar a nueve empresas prestadoras de servicios agropecuarios –EPS Agro-, con tiene obligaciones pendientes de pago sujetas al desembolso de los recursos del Ministerio, lo cual no aconteció, puesto que según lo informado por éste, hubo una omisión en un procedimiento financiero para asegurar los recursos destinados y apropiados para amparar los costos de ejecución, por tanto, el pago solo podía efectuarse por los rubros de vigencias expiradas o de sentencias y conciliaciones.

Mediante comunicación del 21 de febrero de 2017, la Directora de Innovación y Desarrollo Tecnológico y Protección Sanitaria del Ministerio de Agricultura, informó a la cooperante del trámite para obtener vigencia expirada por parte del DNP y el Ministerio de Hacienda, pero que, al ser devuelto el 31 de diciembre de 2016, se procedería a efectuar una conciliación extrajudicial.

En tal contexto, afirmó que debió acudir a un empréstito con una entidad bancaria, a fin de cubrir los costos directos e indirectos derivados de la ejecución del convenio, en especial, los pagos por concepto de honorarios a las diferentes EPSAGROS, que prestaron los servicios de asistencia técnica, en el marco del convenio.

1.3. Síntesis de las contestaciones de las demandas

1.3.1 El Departamento de Nariño se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que su participación en el Convenio se limitó a colaborar con el Ministerio, los municipios beneficiarios del programa y la Fundación Emssanar, en el



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

sentido de adelantar acciones para lograr el fin propuesto, esto es, sin tener la calidad de ejecutor o aportante de recursos de ninguna naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, reiteró que el Ministerio tenía a su cargo funciones de vigilancia y control de la entidad cooperante, debiendo adoptar las medidas necesarias para corregir las irregularidades presentadas.

Indica que, tal como consta en la documentación del convenio, se presentaron algunas irregularidades que impidieron el cumplimiento oportuno de las obligaciones a cargo de la entidad cooperante, que conllevaron a que el primer desembolso se efectuara hasta el 25 de septiembre de 2015, habiéndose suscrito el convenio el 24 de junio de la misma anualidad y aprobado la garantía el día 30 del mismo mes y año.

Adujo que, en la documentación aportada, no se observan requerimientos a la entidad cooperante, sin tener en cuenta que la vigencia del convenio finalizaba el 31 de diciembre de 2015, situación que no permitió realizar los trámites administrativos necesarios para asegurar el cumplimiento del convenio, como son las posibles prórrogas, reservas y/o apropiaciones.

Frente a la ejecución del convenio, sostiene el ente departamental que, según el informe final del Convenio Tripartita No 2015-0492, presentado por la entidad cooperante el 9 de febrero de 2016, el porcentaje de ejecución de los aportes del Ministerio correspondientes al primer desembolso fue del 128%, esto es 100% del primer desembolso y el 28% con dineros de la entidad cooperante Fundación Emssanar, dado que la entidad contratante no no cumplió con los desembolsos en la forma pactada en el convenio, pues si bien el segundo de ellos estaba supeditado a la ejecución mínima del 75% de los recursos del primero, esto no se cumplió, pese a que se demostró que los inconvenientes presentados fueron únicamente con relación a EPSA gro AIP en 4 municipios, debiéndose efectuar el pago de manera proporcional para no afectar la ejecución del mismo.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

Por consiguiente, en su oposición consideró que el Ministerio adeudaba a la entidad cooperante sumas correspondientes al segundo y tercer desembolso por valor de \$1.885'726.434, por tanto, planteó que resultaba procedente la excepción de contrato no cumplido, según lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó cobro de lo no debido, contrato no cumplido y la excepción genérica.

1.3.2 La Fundación Emssanar al pronunciarse sobre las pretensiones formuladas en el proceso 2018-00008 alegó que entre sus obligaciones no se encontraba la de ejecutar propiamente las actividades de asistencia técnica de los PGAT elaborados por el Departamento de Nariño, sino realizar la labor de contratación de las EPS Agro, seleccionadas previamente por los municipios beneficiados del proyecto para luego realizar la supervisión, control y seguimiento a la asistencia técnica y ejecución a los planes de asistencia técnica, en cada uno de los municipios a cargo de esas EPS Agro, así como recibir de éstas la información de la ejecución, verificarla, validarla y consolidarla para remitir los informes técnicos de ejecución mensual al Ministerio de Agricultura.

Así las cosas, adujo que dichas obligaciones se cumplieron a cabalidad, según indicó la misma entidad en el informe final de ejecución del 28 de diciembre de 2016, del cual se desprende que fue el Ministerio quien incumplió las obligaciones relacionadas con el giro de recursos.

Afirmó que desde el inicio del convenio se presentaron inconvenientes ajenos a la Fundación, imputables a terceros, como es el caso de la EPS Agro AIP, hechos que se encuentran documentados en las actas 3, 4 y 5 de 2015, incidieron en el porcentaje de avance de la ejecución de actividades previstas en el Plan Operativo aprobado por el Comité Administrativo del Convenio y no permitieron el cumplimiento de los requisitos y condiciones para el segundo y tercer desembolso.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

Manifestó que, según el informe final del convenio tripartita, presentado por la entidad cooperante el 9 de febrero de 2016, con corte al 31 de diciembre de 2015, el porcentaje de ejecución de los aportes del Ministerio correspondientes al primer desembolso, fue del 128% es decir, el 100% del primer desembolso y el 28% con dineros de la Fundación Emssanar.

Por otra parte, acusó al Ministerio de haber incumplido con el giro de recursos según la cláusula sexta del convenio, pues si bien es cierto el segundo desembolso se encontraba condicionado a la ejecución del 75% de los recursos del primer desembolso, también lo es que según los informes, sólo se presentaron inconvenientes en relación con la ejecución de los contratos a cargo de EPS Agro AIP en cuatro municipios, por tanto, los recursos se debieron entregar de manera proporcional a lo ejecutado para no afectar el desarrollo del convenio y, en especial, para efectuar los pagos correspondientes a las demás EPS Agro.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de responsabilidad contractual por culpa y negligencia de la demandada, excepción de contrato no cumplido, cobro de lo no debido, inexistencia de daño o lesión al patrimonio de la parte que exige la responsabilidad del daño alegado y la indemnización de perjuicios, temeridad, mala fe y la genérica o innominada; al tiempo que llamó en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia.

1.3.3 El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural fungiendo como demandada en el radicado 2018-00186 se opuso a lo pretendido por la Fundación Emssanar y alegó que esta faltó a la buena fe contractual al no ejecutar las prestaciones a su cargo y, en consecuencia, propuso como excepciones el incumplimiento contractual de la parte actora, inexistencia de responsabilidad del Ministerio y la excepción genérica.

1.3.4 La Aseguradora Solidaria de Colombia, llamada en garantía por parte de la Fundación Emssanar, al pronunciarse sobre la demanda que dio origen al proceso 2018-00008 propuso como excepciones el cumplimiento de las obligaciones de la



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

fundación, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia del reconocimiento de la cláusula penal por no encontrar el convenio en ejecución, reconocimiento proporcional de la cláusula penal, de acuerdo con la demostración de los perjuicios, la excepción genérica y el límite de la suma asegurada.

1.4 Audiencia Inicial y Fijación del Litigio

La Audiencia tuvo lugar el 24 de junio de 2020¹ y en su desarrollo el Tribunal *a quo* determinó que el litigio se centraría en resolver quien es la entidad responsable del incumplimiento del Convenio de Asociación No. 20150492 suscrito el 24 de junio de 2015 entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Departamento de Nariño y la Fundación Emssanar; y una vez establecido dicho asunto, de ser procedente, realizar las declaraciones a que hubiere lugar, así como examinar la pretensión atinente a la liquidación judicial del convenio y establecer si hay lugar o no al reconocimiento de los perjuicios alegados por cada uno de los extremos de los litigios suscitados.

1.5 Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Nariño, luego de establecer que dada su naturaleza, el Convenio fuente de la controversia se rige por el Estatuto General de Contratación Pública Estado y no por el régimen exceptuado de los artículos 355 Constitucional y 96 de la Ley 489 de 1998, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda correspondiente al proceso 2018-00008 en el sentido de declarar la excepción de contrato no cumplido en favor del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en razón a que la cooperante no cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, dentro del plazo de ejecución del convenio, particularmente las atinentes a la presentación de informes periódicos con las evidencias respectivas a afectos de establecer el porcentaje de ejecución técnica y financiera, impidiendo con ello el giro de los recursos presupuestales pactados; y negar la restitución de recursos solicitada

¹ En razón a que el auto de 4 de agosto de 2016 por el cual fue negado el llamamiento en garantía de CINTEL y la Aseguradora Solidaria de Colombia, así como la intervención de Colombia Telecomunicaciones S.A. fue objeto de apelación, instancia en la cual se revocó la decisión recurrida, por medio de auto de 24 de octubre de 2018.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

por el Ministerio por considerar que no fueron probados los hechos en que se sustentaba esta pretensión; sin embargo, declaró el incumplimiento parcial del Convenio por parte de la Fundación Emssanar al observar una ejecución incompleta de las obligaciones relacionadas con la materialización de los planes de asistencia técnica rural directa en 4 de los 24 municipios priorizados, así como por el cumplimiento tardío de las obligaciones referentes a la entrega de informes y evidencias de la ejecución del convenio, procediendo a condenar al reconocimiento de la cláusula penal proporcional en un equivalente al 6%, al determinar que el cumplimiento ascendió al 94%.

Adicionalmente, ordenó la liquidación del Convenio considerando las obligaciones aceptadas expresamente por las partes en los informes de supervisión y verificadas en la prueba pericial practicada, precisando que conforme con los informes de la Supervisión Técnica y Financiera, el Ministerio aceptó que la Fundación ejecutó la totalidad de los recursos correspondientes al primer desembolso, y por concepto de obligaciones contraídas con las EPS Agro y pagos con recursos propios, podía acceder a al pago del 71.8% del monto del 2º y 3er desembolso, por valor de \$1.354'354.575.00, conforme con el Memorando 20175810066813 de 30 de junio de 2017, suma que representaba lo adeudado por el Ministerio a la cooperante y que será actualizada a valor presente conforme con la fórmula propuesta en la providencia.

1.6 Recursos de apelación

1.6.1 El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural apeló la sentencia que desató la controversia en primera instancia, insistiendo en el incumplimiento de las obligaciones y actividades correspondientes al primer desembolso, por un monto equivalente a \$531'371.869, distribuidos así: \$268'274.250 suma de lo no ejecutado por la EPS Agro AIP en 4 municipios, representado en 38.1%; \$263'124.619 correspondiente al rubro de evaluación y seguimiento aprobado en el POA, según el cual los soportes aportados por Emssanar no eran objeto de recibo a satisfacción ya que presentaban varias inconsistencias en el pago de la nómina de la planta de la



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

Fundación.

De igual manera, cuestionó la decisión referente a la cláusula penal, indicando que esta debe ser equivalente al 10% del valor total del convenio, no sobre el valor de la póliza; además, adujo, el porcentaje del 6% no corresponde, dado que la supervisión concluyó que el cumplimiento fue del 61.9%, siendo entonces este el referente para efectuar el cálculo de la cláusula, no lo afirmado por el Tribunal en el fallo recurrido.

En cuanto a la liquidación del Convenio, expuso que los términos en que fue ordenada resultaba contradictoria, pues los desembolsos 2 y 3 no se realizaron por causas atribuibles a la Fundación Emssanar, pese a los múltiples requerimientos del Ministerio, de manera que, al vencimiento del plazo de ejecución, esto es, el 30 de diciembre de 2015, la cooperante no había cumplido con los requisitos para avalar el segundo desembolso y mucho menos, el tercero.

1.6.2 La Fundación Emssanar apeló la decisión argumentando que la declaratoria de la excepción de contrato no cumplido quebrantó el principio de congruencia, al tratarse de una excepción no propuesta por la cartera ministerial dentro del proceso 2018-00186, y no enmarcarse dentro de la denominada por la excepción innominada, incurriendo así mismo el Tribunal en un defecto procedimental que vulnera sus derechos fundamentales.

En tal contexto, afirmó que la decisión cuestionada incurrió, además, en defectos fácticos y sustantivos por error de hecho al interpretar, reconstruir y contextualizar los hechos de las demandas acumuladas de forma inadecuada, dando credibilidad solo a los hechos y argumentos del Ministerio, alterando el contenido de las pruebas y dejando de lado en su valoración las reglas de la sana crítica; y por error de derecho, al aplicar una norma de la legislación civil con un criterio de interpretación errado y un análisis probatorio sesgado con el fin de declarar el incumplimiento parcial del convenio por parte de la Fundación, justificando la procedencia a favor del Ministerio de la excepción de contrato no cumplido.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

Con respecto al incumplimiento que le fue endilgado, expuso hubo una errada interpretación de las cláusulas del convenio, puntualmente las referentes a la presentación de informes parciales y final de ejecución técnica y financiera (quinta), y al plazo de ejecución (séptima) que se extendió hasta el 30 de diciembre de 2015, pues lo cierto es que aquellos eran exigibles con posterioridad a la finalización del convenio por imposibilidad de hacerlo antes, dado que hasta esa fecha debía ejecutar las obligaciones a su cargo para luego recopilar toda la información proveniente de las EPS por cada municipio beneficiario a fin de avalar el cumplimiento de los PGATS y presentar el informe necesario para acceder al desembolso de los recursos pendientes de giro y sufragar los honorarios de las EPS, obligación que, en todo caso, cumplió dentro del plazo para la liquidación del convenio, a partir de lo cual atribuyó a la sentencia una indebida motivación por sustentarse en argumentos contradictorios pues, pese a que adujo que la obligación referente a la presentación de informes fue extemporánea, pero subsanada posteriormente, accedió a hacer efectiva la cláusula penal por incumplimiento.

De otro lado, alegó que el Ministerio incurrió en un evidente incumplimiento, negligencia y omisión al no constituir las reservas presupuestales y cuentas por pagar, y tampoco las vigencias expiradas en la oportunidad prevista, generando una dilación injustificada y finalmente el no pago del 2º y 3er desembolso; fue por su tardanza y dilación en la vigencia 2016 que el informe final de supervisión data del 28 de diciembre de 2016.

Agregó que la obligación de constituir la reserva o la cuenta o pagar no está sujeta al cumplimiento de las obligaciones de un contratista o cooperante en este caso, sino que su constitución requiere de la existencia previa de un compromiso presupuestal que en este caso se materializa en el respectivo registro presupuestal para garantizar que los recursos comprometido no sean desviados a otro fin y puede destinarse al pago que corresponde en la siguiente vigencia fiscal. Entonces, para decretar la excepción de contrato no cumplido era menester que el Ministerio hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo, empero al estar probado que el actuar negligente y dilatorio del Ministerio fue determinante para no efectuar el pago oportuno del valor



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

del convenio pendiente, lo procedente es revocar los numerales 1º a 5º y 8 de la parte resolutive de la sentencia impugnada y acceder a las pretensiones de Emssanar en el sentido de declarar el incumplimiento del entidad contratante.

Ahora, en lo atinente a la condena a la llamada en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., a reconocer y pagar a favor de La Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la cláusula penal pecuniaria, adujo su improcedencia por no existir incumplimiento atribuible a la Fundación y, en todo caso, la suma de \$26.670.143,31 establecida por el *a quo* como tasación anticipada de perjuicios dejó de lado que el valor del convenio fue reducido a \$4.323.388.885, siendo entonces errada dicha cifra.

De igual forma, cuestionó la suma ordenada pagar al Ministerio a favor de la Fundación Emssanar por **MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$1.354.354.575.00)**, equivalente al 71.9% por concepto del segundo y tercer desembolso, pues se descontaron los costos de evaluación y seguimiento a la prestación de las Asistencias Técnicas Rurales en los 24 municipios priorizados que asciende a \$263.124.619, ejecutados conforme se indicó en el dictamen pericial y las pruebas orantes en el expediente, empero el Tribunal no emitió pronunciamiento sobre al respecto.

En tal sentido, expuso que no se otorgó valor probatorio al dictamen pericial aportado para cuantificar los gastos y costos asumidos por la Fundación para sufragar el pago por concepto de evaluación y seguimiento del convenio, donde se detalla de manera suficiente y minuciosa la ejecución financiera y permite concluir que el desarrollo de la ejecución técnica y el cumplimiento del convenio, impone al Ministerio efectuar el pago del 2º y 3er desembolso, de acuerdo con el porcentaje de ejecución y el Plan Operativo aprobado al inicio de la ejecución para cubrir el costo del componente evaluación y seguimiento, que se ejecutó al 100% con recursos de la Fundación.



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

De otro lado, cuestionó la fecha fijada en la sentencia a efectos de actualizar la suma que adeuda el Ministerio a la Fundación puesto que en su sentir, el IPC que debe tomar para tales efectos es aquel que corresponde al 28 de diciembre de 2016, fecha del informe final de supervisión, no el 30 de junio de 2017, cuando la Supervisión del Ministerio suscribió el Memorando 20175810066813 reconociendo expresamente el valor adeudado, al no tratarse de un informe de supervisión, sino de uno rendido a solicitud de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad a raíz de la conciliación extrajudicial convocada. Es decir, las sumas que se ordene pagar a su favor, deben actualizarse a valor presente conforme con la fórmula establecida por el *a quo*, pero teniendo en cuenta como fecha inicial del IPC, el 28 de diciembre de 2016 y no el 30 de junio de 2017.

Finalmente, reiteró la solicitud atinente al reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas que se ordene pagar, desde la fecha del informe final de supervisión de 28 de diciembre de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia o bien hasta cuando se haga efectivo el pago de la condena impuesta; además cuestionó la condena en costas por no haber incumplimiento de su parte, sino del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

1.6.3 La Aseguradora Solidaria de Colombia reiteró los argumentos expuestos por la Fundación Emssanar acerca de la configuración de un defecto procedimental al declarar la excepción de contrato no cumplido, dado que esta no fue alegada por el Ministerio al contestar la demanda y no corresponde a la realidad acreditada en el proceso, desconociendo con tal decisión, así mismo, el principio de congruencia.

Insistió en la ausencia de incumplimiento del Convenio por parte de la Fundación Emssanar en razón a que los informes de ejecución eran exigibles en una fecha posterior al vencimiento del plazo de vigencia del convenio, dada la necesidad de recopilar la información sobre las actividades ejecutadas, y más aún cuando la misma supervisión tuvo finalmente por cumplida dicha obligación. Por consiguiente, adujo que, para la fecha de emisión del informe final de supervisión, esto es, el 28 de diciembre de 2015, no estaba pendiente la ejecución de ninguna obligación a



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

cargo de la fundación, la ejecución técnica y financiera del convenio ascendía al 100%, por ende, no es dable imponerle una sanción pecuniaria con cargo a la póliza de cumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, expuso que la cláusula penal fue tasada no responde a las reglas de proporcionalidad y razonabilidad, dado que no hubo un incumplimiento grave del Convenio de Asociación 20150492 por parte de la Fundación Emssanar, sino que este se cumplió en un altísimo porcentaje; el incumplimiento fue tan mínimo que solo ascendió al 6%, de suerte que es desproporcionada e irrazonable la tasación empleada, máxime en este caso en el que no se le causó ningún perjuicio, por lo menos demostrable, a la entidad contratante (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural).

Agregó que, en todo caso, de llegarse a considerar que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sí es beneficiario de la aludida indemnización (cláusula penal pecuniaria), debe fijarse conforme con la cantidad de obligaciones no ejecutadas versus las ejecutadas, ejercicio que arroja un porcentaje de incumplimiento de sus obligaciones equivalente al 3.8%, dado que la obligación incumplida parcialmente correspondió a la contenida en el numeral 7², entonces, en su análisis, al darse un cumplimiento global del convenio del 94%, como lo estableció el *a quo*, para dicha tasación debía tomar como base el valor equivalente al 3.8% de la cláusula penal estipulada, esto es, de \$432.338.888, y a la suma resultante aplicar el porcentaje de incumplimiento del 6%, de lo cual se tiene que la suma de tal cláusula es \$985.732 y no de \$26.670.143,31.

II. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1. Problema jurídico

Considerando las inconformidades de cada uno de los apelantes frente a la decisión

² Realizar la supervisión integral de los contratos que sean suscritos con las EPSAGROS, para la prestación del servicio público de asistencia técnica directa rural.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

de primera instancia, la controversia que se suscita en esta instancia se contrae a resolver las siguientes cuestiones: i) la configuración de la excepción de contrato no cumplido declarada por el *a quo* o la existencia de un incumplimiento recíproco de las partes que suscribieron el convenio; ii) la procedencia de declarar el incumplimiento contractual por parte de la cooperante y, de manera consecuente, evaluar si la tasación de la cláusula penal estuvo ajustada a criterios de proporcionalidad y razonabilidad; iii) la procedencia de la compensación de obligaciones por el monto correspondiente a la cláusula penal y la viabilidad de descontar dicha suma de los saldos insolutos a favor del contratista y, finalmente, iv) abordar lo atinente al balance final del contrato a efectos de su liquidación judicial.

Con tal finalidad, de manera previa se hará alusión a los referentes jurisprudenciales sobre la aplicabilidad de la excepción de contrato no cumplido en controversias contractuales sometidas al Estatuto de la Contratación Pública y la tasación de la cláusula penal ante el incumplimiento del contratista.

2.1.1. Procedencia de la excepción de contrato no cumplido en materia de contratación estatal

Sobre el asunto enunciado, conviene hacer referencia a lo puntualizado por el Consejo de Estado frente al alcance de este medio de defensa en las controversias que tienen su génesis en contrato y/o convenio regido por el Estatuto contractual, a saber:

“(…) 43. Como es sabido, el artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.

44. Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones² (...)”³.

En línea con lo anterior, en un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado, precisó:

“(…) La jurisprudencia de esta corporación ha aceptado la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en materia de contratos estatales. Sin embargo, se ha condicionado, entre otros, a que el incumplimiento de la entidad contratante genere una imposibilidad razonable de cumplir con la obligación, pues el contratista está obligado a cumplir con sus obligaciones así se presente un incumplimiento que no impida la ejecución del contrato¹⁷.

En materia de contratación estatal no cualquier desatención obligacional de la entidad tiene la virtualidad de situar en estado de incumplimiento al contratista o de conjurarlo. Ello obedece a que, en atención al fin público que se encuentra ínsito en la suscripción de un contrato estatal, el contratista debe procurar satisfacer su objeto en las condiciones inicialmente convenidas, a menos que, en realidad, el apartamiento de las obligaciones a cargo de la entidad lo lleven a un estado de imposibilidad material de cumplirlo, supuesto que en este caso no acaeció (...)”¹⁴.

2.1.2. Tasación y graduación de la cláusula penal ante el incumplimiento contractual

La jurisprudencia contencioso administrativa ha sido enfática en establecer que, en los eventos de incumplimiento contractual del contratista de la administración, la fijación de la suma por concepto de la cláusula penal a exigir debe consultar los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, atendiendo el grado de incumplimiento dado.

“(…) La Ley 80 de 1993 no consagró la competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento de los contratos una vez terminados, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, como tampoco estableció la obligatoriedad de pactar esta última en ellos, como no lo hizo tampoco con la antigua facultad de pactar e imponer multas unilateralmente, como medio para constreñir al contratista a la correcta ejecución del contrato.

Fue con la expedición de la Ley 1150 de 2007, como ya se advirtió en otro aparte de esta providencia, que el legislador incorporó nuevamente dichas potestades a favor de las entidades estatales, en su artículo 17 (...).

A partir de esta disposición, al lado de la facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato, surge también la posibilidad de la entidad contratante de declarar su incumplimiento para efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, lo que puede hacer directamente la entidad, mediante la compensación con las sumas debidas al contratista, el cobro de la garantía correspondiente, o ejecutivamente para obtener su pago.

³ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de enero de 2013, radicado 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217)

⁴ Sentencia de diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022), radicado: 080012331000200100546 01 acumulado 080012331003200001903 01 (45969) y 250002326000200102450 01 (32907).



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento. En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso.

La jurisprudencia de la Sección, de tiempo atrás así lo entendió, tal y como lo sostuvo, al referirse a la cláusula penal pecuniaria consagrada en el artículo 72 del anterior estatuto de contratación administrativa³³ y esa ha sido la posición que se ha mantenido en los últimos años:

Pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. En ambos casos –por defecto o por exceso–, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla– de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad –este último como criterio auxiliar de la actividad judicial–, así se lo exigen (...). Esta providencia³⁴ analiza la posibilidad que tiene el juez de aplicar el monto de la cláusula penal, esto es, que como resultado del proceso judicial podrá graduarla, pero advierte sobre la necesidad de probar los mayores perjuicios producidos por el incumplimiento, que superan lo calculado en la cláusula penal (...)⁵. (Negrillas fuera del texto original).

Ahora, en relación con la tasación del monto de la cláusula penal, se ha fijado una regla jurisprudencial en cuanto a su graduación conforme a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, consultando el mayor o menor grado de incumplimiento contractual, tal y como se reiteró en sentencia 30 de noviembre de 2017⁶, a saber:

“(...) 44.2. Ahora bien, si la entidad se vale de la cláusula penal pecuniaria para tasar el perjuicio del siniestro, ello no significa que deba hacerlo indefectiblemente por la totalidad del valor

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), radicado: 110010326000200900034 00.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285.



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

pactado como estimación anticipada de perjuicios. El ejercicio de esa especial facultad que goza la administración –declaratoria del siniestro– está condicionado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen las competencias administrativas, tal como lo ha precisado la Sala [...].

44.3. Por tanto, la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al sub lite– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual (...). En ese orden, es claro que la reducción de la estimación anticipada de perjuicios está condicionada al efectivo cumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales (...).

2.2. Caso concreto

Descendiendo al asunto bajo examen, y con el fin de resolver el problema jurídico planteado de manera previa, a continuación, se traen a colación los elementos probatorios que resultan relevantes para efectos de emitir concepto en el caso *sub lite*:

- a. Convenio No. 201504792 de 24 de junio de 2015, cuyo objeto consistió en “Articular esfuerzos técnicos, administrativos, y financieros para el fortalecimiento e implementación de la asistencia técnica en los municipios priorizados por el Departamento de Nariño” (Índice SAMAI 00032 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf “2018-008 ExpedienteDigitalizado.pdf”, fls. 54 a 67).
- b. Primera modificación al Convenio de Asociación No. 201504792 de 15 de septiembre 2015 (Índice SAMAI 00032 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf “2018-008 ExpedienteDigitalizado.pdf”, fls. 68 a 79).
- c. Plan Operativo del convenio (Índice SAMAI 00032 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf “2018-008 ExpedienteDigitalizado.pdf”, fls. 63 a 66).
- d. Informe de Avance de Supervisión a la Ejecución Técnica y Financiera de 31 de diciembre de 2015 (Índice SAMAI 00032 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf “2018-008 ExpedienteDigitalizado.pdf”, fls. 79 a 104).
- e. Informe Final de Ejecución del Convenio de 28 de diciembre de 2016 (Índice SAMAI 00032, 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf “2018-008 ExpedienteDigitalizado.pdf”, “2018-186 ExpedienteDigitalizado.pdf”, fls. 63 a 66, fls. 105 a 115, fls. 251 a 262, respectivamente).
- f. Alcance informe final Convenio de Asociación 20150492 suscrito por Fundación Emssanar (Índice SAMAI 00032 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf “2018-008 ExpedienteDigitalizado.pdf”, fl. 116 y ss.)



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

- g. Memorando 20175810066813 de 30 de junio de 2017 (Índice SAMAI 00032 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf "2018-186 ExpedienteDigitalizado.pdf", fls. 358 a 386).
- h. Informes de Ejecución de la cooperante (Índice SAMAI 00032, 5_ED_CD4(.zip) NroActua 32, carpeta "4. INFORMES DE EJECUCIÓN COOPERANTES").
- i. Informe financiero de ejecución del mes de diciembre de 2015, radicado en el ministerio el 18 de enero de 2016 (Índice SAMAI 0032, 6_ED_CD5(.zip) NroActua 32, 16_ED_0075_20150492CARP5(.pdf) NroActua 32.pdf, fl. 192).
- j. Informe final de la Cooperante radicado el 11 de marzo de 2016 ante la Supervisión del Ministerio (Índice SAMAI 00032, 5_ED_CD4(.zip) NroActua 32, carpeta "Informe Final").
- k. Actas Comité Administrativo (Índice SAMAI 00032, 5_ED_CD4(.zip) NroActua 32, carpeta "PRUEBAS CONSTESTACION MINISTERIO A").
- l. Justificación de Técnica y Económica para el pago de obligaciones contraídas en la vigencia 2015 que no fueron pagadas en la respectiva vigencia fiscal (Índice SAMAI 0032, 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf "2018-008 ExpedienteDigitalizado.pdf", fls. 240 a 251).
- m. Propuesta de Conciliación Extrajudicial de fecha 4 de septiembre de 2017 (Índice SAMAI 00032, 5_ED_CD4(.zip) NroActua 32, CD4, "OFERTA CONCILIACION DEL MINISTERIO Y ACTA DE COMITÉ.pdf").
- n. Dictamen pericial (1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, 7_ED_ACTUACIONESELECTRONICAS(.zip) NroActua 32, "0028.DictamenPericialFundacionEmssanar(correo macero1@yahoo.com-3128513541)).pdf").
- o. Complementación al dictamen pericial (Índice SAMAI 0032, 1_ED_FÍSICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32 8_ED_ACTUACIONESELECTRONICAS(.zip) NroActua 32)

De la información incorporada al expediente a través de los elementos de juicio reseñados, se tiene que, en efecto, el Ministerio de Agricultura no realizó el pago del 2º y tercer desembolso, omisión que, en principio, denota la inobservancia del numeral 1º de la cláusula sexta, no obstante, a continuación, se desarrollará el análisis que desvirtúa tal incumplimiento.

- Excepción de Contrato no Cumplido

No obstante, esta cláusula debe interpretarse en armonía con lo pactado en el convenio acerca de los requisitos para cada uno de esos pagos, el otrosí suscrito el 15 de septiembre de 2015 y el Plan Operativo aprobado que forma parte integral del



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

mismo, y considerando la información reportada por la supervisión financiera y técnica, así como la cooperante en cada uno de sus informes, ejercicio a partir del cual es dable concluir que el Ministerio se abstuvo de realizar el giro de recursos porque dentro del plazo de ejecución del convenio, la Fundación no cumplió con el nivel de ejecución técnica de los planes de atención técnica que, para el segundo desembolso debía oscilar entre el 25 y 35%, ni tampoco con la ejecución financiera del 75% de los recursos del primer desembolso, y muchos menos con las exigencias previstas para el tercer pago, tal y como fue detallado en el informe de avance de 31 de diciembre de 2015⁷.

Ahora en cuanto a la ausencia de una reserva presupuestal para respaldar el pago de los recursos apropiados, pero no ejecutados durante la vigencia fiscal de 2015, en razón a lo expuesto en precedencia, se advirtió que el 14 de diciembre de 2015 mediante oficio con radicado 20153130357352, la Fundación allegó informe de ejecución financiera correspondiente a noviembre de 2015; el 18 de enero de 2016 radicó el informe correspondiente a las actividades del mes de diciembre de 2015, pero solo hasta el 11 marzo de 2016 allegó la primera versión del informe final que daba cuenta del nivel de ejecución alcanzado.

Significa ello que dentro de la oportunidad legal establecida por la normativa presupuestal para la constitución de reservas presupuestales, como excepción al principio de anualidad del gasto público, la entidad no contaba con la información necesaria que ofreciera certeza acerca del nivel de ejecución y monto de recursos que debían destinarse para atender el compromiso adquirido y proceder a constituir la respectiva reserva de la partida presupuestal cuya exigibilidad se encontraba pendiente, conforme con las exigencias y requerimientos legales que tal gestión conlleva, en razón al carácter restringido de los recursos públicos y las consecuencias presupuestales para las vigencias fiscales siguientes.

⁷ "1_ED_FISICODIGITALIZADO(.zip) NroActua 32, archivo pdf "2018-008 ExpedienteDigitalizado.pdf".



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

Entonces, conforme con los postulados de la buena fe contractual, no le es dable ahora pretender derivar de su propia culpa el reconocimiento de los perjuicios endilgando al Ministerio la omisión de gestiones administrativas y presupuestales que, si bien se tornan necesarias para materializar el pago de obligaciones legalmente contraídas, a la luz del clausulado del convenio son accesorias y, por ende, su inejecución no tiene la virtualidad de constituir un incumplimiento contractual en los términos planteados por la recurrente a fin de enervar las falencias advertidas en relación con los tiempos pactados para la ejecución de las obligaciones a su cargo, y de las cuales dan cuenta los informes de supervisión obrantes en el plenario.

“(…)De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.⁸¹ En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” (...) [L]a buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,⁸⁴ es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”⁸⁵ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”⁸⁶ (...)”⁸.

Se trató de una omisión de la fundación que puso al Ministerio en la imposibilidad de efectuar los desembolsos en los términos convenidos, entonces, al no sustraerse la entidad voluntariamente del cumplimiento de tal obligación sino que ello derivó del incumplimiento de las condiciones exigidas a la cooperante, el Juez de primera

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de agosto de 2016, Radicación: 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783)



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

instancia estaba facultado para declarar la excepción de contrato no cumplido al encontrarla configurada luego del análisis integral de las demandas y los escritos de oposición correspondientes, amparado en lo establecido por el Legislador en el artículo 280 del Código General del Proceso.

Además, el presunto incumplimiento que atribuye a la entidad ministerial tiene como sustento la ausencia de una serie de gestiones de orden administrativo y presupuestal que si bien resultan necesarias para la materialización de los pagos, frente al objeto del convenio revisten un carácter accesorio y por ende, no configuran un incumplimiento del clausulado del instrumento jurídico en tanto que al suscribirse e iniciarse su ejecución estaba amparado presupuestalmente, esto es, existía disponibilidad presupuestal y apropiación de la partida de recursos destinados para el desarrollo del objeto convenido.

- Incumplimiento contractual por parte de la Fundación Emssanar y Cláusula Penal

En lo que tiene que ver con la ausencia de ejecución de actividades a cargo de la fundación, del análisis conjunto de las afirmaciones contenidas en cada una de las demandas y sus respectivas oposiciones, el caudal probatorio obrante en el expediente contentivo de los procesos acumulados, las obligaciones en cabeza de la Fundación y el Plan Operativo aprobado por el Comité Administrativo que hace parte integral del convenio, se concluye por parte de esta Delegada que, en efecto, existió un incumplimiento parcial atribuible a la Fundación.

Lo anterior por cuanto dentro de sus obligaciones se encontraba contratar a las empresas prestadores para el desarrollo de las actividades inherentes al objeto convenido, esto es, la prestación del servicio público de asistencia técnica directa rural; y la supervisión integral tales contratos, de manera que, aun cuando los planes serían ejecutados por empresas prestadoras ajenas al convenio, estarían bajo la supervisión de la cooperante para garantizar su cabal cumplimiento, sin embargo, en el informe final de la supervisión de fecha 28 de diciembre de 2016 quedó



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

consignado que los Planes de Atención se ejecutaron o implementaron en su totalidad en 20 de los 24 municipios priorizados en el departamento de Nariño, y así fue expresamente admitido por la Fundación en sus informes y en la contestación de la demanda, entonces, no resulta de recibo el argumento según el cual dicho incumplimiento deriva de un tercero, esto es, una de las empresas contratadas por Emssanar, comoquiera que las circunstancias que se presentaron en el marco de ese vínculo contractual resultan inoponibles a las partes del convenio y, por ende, no la liberan de responsabilidad a la Fundación frente al Ministerio por no satisfacer en debida forma las obligaciones que estaban a su cargo.

Lo anterior encuentra pleno sustento en lo puntualizado por el Consejo de Estado en punto a la figura de la subcontratación autorizada expresamente por la entidad estatal en el marco de un instrumento negocial, a saber:

“(...) Esta institución hace surgir una relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y el sub contratista, es decir, independiente de la relación que preexiste entre el Estado y el contratista. En este sentido, las obligaciones que adquiere el sub contratista con el contratista sólo son exigibles entre ellos, y no vinculan a la entidad estatal –contratante-, en virtud del principio de relatividad del contrato – sólo produce efectos para las partes, no para terceros-, pero sin que ello limite o restrinja a la entidad estatal en la dirección general para ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80. En este sentido, el contratista conserva frente a la entidad pública la responsabilidad por la ejecución del contrato, así que desde el punto de vista subjetivo la sub contratación es material y no jurídica, porque traslada el cumplimiento del contrato a un tercero, pero no sustituye al contratista (...)”⁹.

En ese orden de ideas, en el presente caso están dadas las condiciones fácticas y jurídica para la exigibilidad de la cláusula penal pactada por los cooperantes en proporción al nivel de incumplimiento endilgable a la fundación que, conforme con lo probado en el proceso, en los cuatro municipios donde no se ejecutó por parte de la EPS Agro AIP la totalidad de los planes de atención técnica, esta ascendió al 61.9%, es decir, el incumplimiento correspondió al 38.1% equivalente a un monto de \$268.247.250, tal y como se encuentra plenamente acreditado con los elementos probatorios allegados por las partes, dentro de los cuales se destaca el informe final de la supervisión técnica y financiera de 28 de diciembre de 2016 por parte del

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00985-01 (23.088) C.P: Enrique Gil Botero.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

Ministerio, el memorando de 30 de junio de 2017, el dictamen pericial decretado y practicado en primera instancia y la propuesta presentada por la Fundación Emssanar allegada como prueba dentro del proceso 2018-00186.

Entonces, ese valor frente a la suma total del convenio, representa un incumplimiento parcial del mismo del 6%, por consiguiente, atendiendo a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad cuyo alcance en la fijación de la cláusula penal fue reseñado en la jurisprudencia referida en el acápite correspondiente, y considerando la relevancia de la obligación incumplida dada su relación directa con el objeto convenido, en criterio de esta Delegada el valor de la tasación anticipada de perjuicios acordada por quienes suscribieron el convenio, que releva de su prueba al Ministerio, corresponde a la suma de \$ 26.824.725 M/CTE.

- Liquidación del convenio

Sobre esta pretensión, la realidad acreditada con las pruebas allegada por las partes en el expediente contentivo de los procesos acumulados da cuenta que, por concepto del segundo y tercer desembolso, el saldo insoluto a favor de la cooperante asciende a \$1.354.354.575 cifra que al estar debidamente soportada y avalada por la cartera ministerial en el Informe Final de Ejecución Técnica y Financiera que data del 28 de diciembre de 2016, debe ser reconocida en el balance económico final de cuentas promovido en sede judicial.

Al respecto, es del caso precisar que aun cuando este valor presenta diferencias frente a la suma reclamada por la Fundación, ello obedece a que, en primer lugar, debe descontarse la suma de \$268.247.250, correspondiente a los recursos no ejecutados en 4 de los 24 municipios priorizados para la ejecución de los planes de atención técnica rural agropecuaria, aspecto que no fue cuestionado por parte de la Fundación y, en segundo lugar, esta Delegada, amparada en los medios de convicción que militan en el expediente para acreditar su ejecución, es del criterio que el rubro evaluación y seguimiento, por valor de \$263.124.619, no existe información clara que sustente en forma debida y suficiente esta reclamación.



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

Lo anterior en razón a que el examen integral y el cotejo de los informes de la supervisión luego de las visitas técnicas realizadas, con el dictamen pericial, su aclaración y complementación¹⁰ en el que fueron tenidos en cuenta los registros contables de los movimientos financieros para cubrir los gastos asociados a esta actividad, así como los contratos suscritos para el efecto, bajo las reglas de la sana crítica, arrojó evidentes las discrepancias y la información contradictoria en punto a la forma en que fue vinculado el personal, los valores por los que fueron suscritos los contratos y las sumas efectivamente pagadas; además, se alude al pago de honorarios y también al pago de prestaciones sociales propias de una vinculación laboral, aun cuando en las visitas de la supervisión fue advertida la existencia de 15 contratos de prestación de servicios para el desarrollo de la labores que implicaba esta obligación contexto que al denota una serie de inconsistencias que dejan desprovisto al juez de la controversia del grado de certeza necesaria para acceder al reconocimiento de la suma en mención.

En cuanto a la restitución de recursos correspondientes al primer desembolso pretendida por el Ministerio, al considerar que no fueron ejecutados en su totalidad, debe anotarse que esta solicitud no tiene vocación de prosperidad, comoquiera que las actuaciones surtidas en el desarrollo del convenio, debidamente documentadas

¹⁰ En el dictamen inicial se afirmó: "(...) una vez revisada la información podemos afirmar que la Fundación Emssanar registró contablemente la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$263.124.619,00) MCTE, para el pago de lo correspondiente al rubro de evaluación y seguimiento, (aunque no se hubiese cancelado en su totalidad, si existían en cuentas por pagar los valores causados no pagados, por tratarse de obligaciones contractuales, las cuales debían ser sufragadas en algún momento). Se logró revisar un total de 124 comprobantes contables de giro de los recursos, correspondientes a los 15 contratistas en los cuales se evidenció, lo siguiente: - Existen comprobantes de nómina y en algunos casos documento equivalente a factura, sin diferenciar o identificar el objeto contractual; no se utilizó la posibilidad que otorga la contabilidad de costos, esto es utilizar lo que se denomina "Centros de Costos", lo cual se define, como: El centro de costos representa la delimitación y orientación clara de la producción de costos, agrupándolos en unidades de control y responsabilidad (...). Es decir que de llevarse la contabilidad con centros de costos, sería muy fácil identificar si todo el gasto corresponde o no al convenio 201500492 y diferenciar los gastos operativos de los administrativos para un mejor análisis. - De la revisión de los 124 comprobantes contables se logró determinar que de los 15 contratistas: o siete (7) fueron contratados por la modalidad de prestación de servicios, de estos siete (7) contratos, seis (6) contratos tienen diferencia en el valor reportado frente al Contrato físico; de estos seis (6) contratos cuatro (4) tienen un valor mayor y dos (2) un valor menor en el físico, adicionalmente un contrato tenía vigencia hasta enero de 2016, y solo en un caso existía igualdad en lo reportado con los físicos. De estos siete contratistas por prestación de servicios se observó en seis (6) casos que los soportes de pago suministrados por EMSSANAR totalizan el valor reportado como contratado en el informe financiero, pero no el valor verificado en el contrato físico. o Los soportes entregados por la fundación EMSSANAR evidencian la ejecución del gasto, no obstante no se identifica en estos la contabilización en la cuenta correspondiente del gasto ya que se trata de comprobantes de pago, comprobantes de transferencia, comprobantes de pago de seguridad social y documentos equivalentes.(...)".

Posteriormente, en la oportunidad para aclarar y complementar el dictamen, el perito adujo: "(...) se procedió a revisar nuevamente los costos y gastos causados y pagados por el rubro denominado "Evaluación y Seguimiento de los PGAT", junto con sus soportes, el cual se encuentra dentro del POA definitivo, por un valor de \$263.124.619, encontrando que la suma anterior, fue efectivamente cancelada a favor de quince colaboradores que la Fundación EMSSANAR, destino para el citado proyecto, según la siguiente información: 1. Comprobantes de nómina: a fin de adelantar el peritazgo, la Fundación EMSSANAR, hizo entrega de 124, documentos que respaldan dicho gasto, entre comprobantes de nómina, cuentas de cobro, comprobantes de pago, en los cuales se evidencia el cobro, la causación y el pago de los quince (15) colaboradores (...). 2. Del procesamiento de dicha información se puede concluir que se realizaron las siguientes erogaciones esto es, causación y/o pagos en el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2015: Honorarios y/o salarios a 11 PROFESIONALES \$130.243.690 Salarios 4 colaboradores \$132.880.929 Total Evaluación y seguimiento a la ejecución de los PGAT \$263.124.619 (...). Es pertinente anotar que, para aquellos colaboradores, que no fueron vinculados laboralmente, se celebraron contratos de prestación de servicios profesionales, para lo cual el pago fue por concepto de honorarios, de lo cual se verificó los soportes como cuentas de cobro y egresos. (...) Se puede afirmar, luego de la revisión pericial, en lo referente a los costos y gastos causados por concepto del rubro denominado Evaluación y Seguimiento, luego de la nueva revisión, no existen diferencias propiamente dichas en el valor reportado, pues lo que se quiso señalar en el dictamen pericial respecto de tales diferencias, es que estas se evidenciaron por parte de la visita de supervisión del Ministerio que se le hiciera a la fundación EMSSANAR en octubre de 2016, luego de la cual, también se evidenció por parte del suscrito que las mismas fueron subsanadas; por tanto, a 31 de diciembre de 2016, se evidencia insisto, se efectuaron las correcciones del caso, fruto de la visita de Supervisión (folio 86 complementación del dictamen) archivo 0056.DictamenPericial-Aclaración y Complementación (id del documento8_ED_ACTUACIONESELECTRONICAS.zip) Índice SAMAI 0032)



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

en el expediente contractual, permiten concluir sin dubitación alguna que al corte del informe de 28 de diciembre de 2016, las actividades a desarrollar con cargo a los recursos presupuestales al primer desembolso fueron ejecutadas en su totalidad y recibidas a satisfacción por la supervisión designada por el ente ministerial, en consecuencia, la restitución de los valores carece de absoluto respaldo fáctico y probatorio dentro del expediente.

Ahora bien, considerando el saldo insoluto existente a favor de la Fundación Emssanar y la exigibilidad de la cláusula penal en el monto ya referido, para el Ministerio Público opera la compensación legal de las cuentas hasta la suma de esta última a título de tasación anticipada de perjuicios por incumplimiento parcial derivado de la parte cooperante y a favor de la entidad estatal, conforme fue expresamente pactado en el convenio, por consiguiente, en el balance económico final de cuentas dicha suma deberá descontarse del saldo de la cual es acreedora la Fundación.

Finalmente, respecto de la fórmula para la actualización de las sumas reconocidas a favor de esta última, se considera que el IPC inicial a aplicar corresponde al vigente a la fecha en fue certificado por la supervisión el nivel de ejecución técnica y financiera requerido para el desembolso de los recursos del 2º y tercer desembolso, lo que, en concepto de esta Delegada, acaeció el 28 de diciembre de 2016 con el informe final de supervisión por parte de la entidad pública, fecha desde la cual se encuentra procedente el reconocimiento de los intereses moratorios.

El análisis desarrollado en precedencia conlleva al Ministerio Público a concluir que la decisión controvertida en sede de apelación debe ser parcialmente revocada en punto a lo dispuesto sobre la cláusula penal, declarando la operancia de la compensación¹¹, a los valores a tener en cuenta en el ejercicio liquidatario propio

¹¹ En los términos previstos en el Código Civil artículos 1714 y 1715 "(...) ARTICULO 1714. <COMPENSACION>. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.
"ARTICULO 1715. <OPERANCIA DE LA COMPENSACION>. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores, y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores (...)".



Expediente: 521001-23-33-000-2018-00008-01(70620)
Referencia: Controversias Contractuales

del corte de cuentas entre las partes, particularmente en la fórmula de actualización de las sumas insolutas.

III. CONCEPTO

Con fundamento en los argumentos desarrollados de manera previa, el Ministerio Público solicita **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en lo que incumbe a la tasación de la cláusula penal, la condena a la llamada en garantía para que, en su lugar, opere la compensación frente a lo adeudado a la cooperante; los valores a considerar en la actualización de sumas adeudadas y el reconocimiento de intereses moratorios, bajo los términos expuestos.

De los señores Consejeros respetuosamente,

NOHORA CRISTINA GUTIÉRREZ BARRERA
Procuradora Delegada de Intervención 6.
Primera ante el Consejo de Estado