



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

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Apelación sentencia
Radicación: 25000-23-36-000-2016-02469-01 (66391)
Demandante: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ
Demandado: FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO

Temas: CONVENIO DE ASOCIACIÓN – sus diferencias con el contrato de fomento – régimen jurídico aplicable – se rige por las normas del derecho privado. CONTEO DE LA CADUCIDAD EN CONTRATOS ESTATALES SOMETIDOS AL DERECHO COMÚN – posturas jurisprudenciales divergentes en el conteo de ese fenómeno preclusivo cuando las partes pactan la liquidación unilateral en el contrato estatal que se rige por el derecho privado, en este caso en el convenio de asociación – aplicación del principio *pro actione*. CARGA DE LA PRUEBA - incumbe a la parte probar el supuesto de hecho que pretende hacer valer – principio de autorresponsabilidad.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 1° de abril de 2020, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 27 de marzo de 2013, el Distrito de Bogotá – Secretaría Distrital de Integración Social y la Fundación Multiactiva Emprendiendo suscribieron el convenio de asociación No. 4843, cuyo objeto consistió en aunar recursos para garantizar el acceso a una “*alimentación nutricionalmente adecuada e inocua*”, con alcance a los habitantes de la calle, y desarrollar el componente de inclusión social y vigilancia nutricional con la población atendida en los centros de acogida de autocuidado.

En dicho convenio se acordó que la entidad aportaba la suma de \$1.964'400.000, mientras que el aporte de la Fundación Multiactiva Emprendiendo era de



\$469'600.000, representado en bienes y servicios. Con ocasión de la vigilancia de la ejecución del acuerdo de voluntades, el supervisor realizó varias visitas a los centros dispuestos por la Secretaría y, de acuerdo con los hallazgos advertidos relacionados con el impago a los proveedores, a la seguridad social y parafiscales, así como los salarios del personal contratado para el desarrollo contractual, realizó varios requerimientos a la aquí demandada con el fin de que los subsanara, allegando los soportes que dieran cuenta del cumplimiento de esas obligaciones.

Por lo anterior, la parte demandante considera que la Fundación Multiactiva Emprendiendo incumplió las obligaciones que adquirió en los numerales 8 y 9, literal a), de la cláusula tercera del convenio, consistentes en el pago de salarios, seguridad social y parafiscales respecto del personal encargado de la ejecución, así como también inobservó la obligación pactada en el numeral 1, literal a), de la cláusula tercera, relacionada con el aporte de \$469'600.000, representado en bienes y servicios.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y su trámite

1.1. El 1° de diciembre de 2016¹, el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría Distrital de Integración Social, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda en contra de la Fundación Multiactiva Emprendiendo *-en adelante la Fundación-*.

1.2. El 24 de enero de 2018², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda, con el fin de que se precisaran las pretensiones y los hechos que fundan sus pedimentos. El libelo fue subsanado en la oportunidad respectiva³.

1.3. En la demanda subsanada se formularon las siguientes pretensiones (transcripción literal):

“PRIMERA: Que se declare el incumplimiento de las cláusulas del convenio de asociación número 4843 del veintisiete (27) de marzo de dos mil trece (2013) por parte de la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO, así:

¹ Fl. 4 a 32, C.1.

² Fl. 36, C.1.

³ Fl. 40 a 68, C.1.



CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES GENERALES DE LAS PARTES, LITERAL A) OBLIGACIONES DEL ASOCIADO, OBLIGACIONES GENERALES, NUMERAL 1:

Aportar la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$469.600.000), representado en servicios y bienes.

CLÁUSULA TERCERA. OBLIGACIONES GENERALES DE LAS PARTES, LITERAL A) OBLIGACIONES DEL ASOCIADO, OBLIGACIONES GENERALES, NUMERALES 8 Y 9:

(...) 8. Dar cumplimiento a sus obligaciones frente al sistema de seguridad social integral y parafiscales para lo cual deberá realizar los aportes a que se refiere el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, en lo relacionado con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, SENA e ICBF, cuando haya lugar a ello, de conformidad con las normas y reglamentos que rigen la materia.

9. Asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal que contrate para la ejecución del convenio, lo mismo que el pago de honorarios, los impuestos, gravámenes, aportes y servicios de cualquier género que establezcan las leyes colombianas y demás erogaciones necesarias para la ejecución del convenio. Es entendido que todos los gastos han sido estimados por el asociado al momento de la presentación de la Carta de presentación de la Propuesta.

SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO el pago de la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$469'600.000), correspondiente al aporte que debía efectuar la Fundación y del cual no reposa documentos soportes que acrediten su cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto anteriormente.

TERCERA. Como consecuencia a la anterior declaración, se ordene a la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO el reintegro de la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$243'400.000) M/CTE, determinada como consecuencia de un mayor valor girado conforme a lo expresado en el hecho vigésimo primero.

CUARTA. Que se ordene a la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO el pago de la suma de OCHENTA Y TRES MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL PESOS (\$83'132.000) MCTE, dado que la Fundación no demostró haber cancelado el pago correspondiente a sus obligaciones salariales y aportes al sistema de seguridad social, de los períodos de diciembre de 2013 y enero de 2014; obligación de la Fundación de la cual se ejecutaría con los recursos entregados por la Secretaría de Integración Social.

QUINTA. Que los valores antes mencionados sean indexados a fin de restablecer el poder adquisitivo de la moneda hasta la fecha de pago (...)” (subrayas del texto original).

1.4. Los fundamentos fácticos expuestos por la parte actora, en síntesis, fueron los siguientes:

1.4.1. Se aseveró que, el 27 de marzo de 2013, la Secretaría Distrital de Integración Social -en adelante la Secretaría- y la Fundación suscribieron el convenio de



asociación No. 4843, cuyo objeto consistió en aunar recursos técnicos, administrativos, financieros para garantizar el acceso a una “*alimentación nutricionalmente adecuada e inocua*” y desarrollar el componente de inclusión social a través de la promoción de estilos de vida saludable y vigilancia nutricional con la población atendida en el centro de acogida día-noche y centro de autocuidado de la Secretaría.

1.4.1.1. Se indicó que el valor del convenio ascendió a la suma de \$2.434'000.000, distribuidos así: por parte de la Secretaría la suma de \$1.964'400.000 y por parte de la Fundación \$469'600.000.

1.4.1.2. Se sostuvo que el plazo de ejecución se pactó en 10 meses, con fecha de inicio el 3 de abril de 2013 y fecha de finalización el 2 de febrero de 2014.

1.4.2. Se afirmó que en la visita realizada por la Secretaría, el 8 de noviembre de 2013, se evidenció que la Fundación no había realizado los pagos al personal (administradores, nutricionistas, auxiliares administrativos y operarias), a la seguridad social del recurso humano, ni tampoco a los proveedores. Al respecto, se añadió que se realizó una mesa de trabajo en la cual los extremos contratantes adquirieron unos compromisos, entre los cuales a la Fundación le correspondía: (a) cancelar el período de nómina del 16 de octubre al 30 de noviembre y, una vez pagado, allegar el soporte pago a la supervisión; (b) realizar el pago al proveedor Grupo Éxito; (c) pagar al proveedor Amapolita; (d) garantizar la compra de fruver y pescado; (e) realizar el pago de parafiscales correspondiente al mes de noviembre; (f) pagar los servicios; (g) realizar el pago a proveedores y (h) allegar el plan de mejoramiento de componente técnico nutricional y administrativo; sin embargo, según la demanda, el 5 de diciembre de 2013, la Secretaría realizó una nueva visita con el fin de verificar los compromisos adquiridos, la Fundación no dio cumplimiento satisfactorio a los literales (b), (e) y (g).

1.4.3. Se señaló que en las visitas realizadas el 17 y el 20 de enero de 2014 por parte de la Secretaría se evidenció que la Fundación no realizó el pago de las obligaciones salariales ni los aportes al sistema general de seguridad social de los trabajadores vinculados al proyecto correspondientes al mes de diciembre de 2013, y que tampoco allegó los soportes de pago de sus aportes al convenio de asociación, por un valor de \$469'600.000.



1.4.4. Se indicó que la Secretaría realizó varios requerimientos a la Fundación, los cuales fueron enviados a su representante legal y al apoderado, insistiéndole en el pago de las obligaciones salariales, los aportes al sistema de seguridad social y el pago de los proveedores, así como también que allegara los soportes del pago de su aporte de \$469'600.000.

1.4.5. Se afirmó que, mediante oficio SAL-61351 del 26 de julio de 2016, la Secretaría le remitió al abogado de la Fundación copia de la tasación de perjuicios por obligaciones no cumplidas, con el fin de que presentara una respuesta, así como la documentación pertinente, pero aquel guardó silencio. Se indicó que, con el fin de preservar el debido proceso, se le requirió nuevamente, pero no hubo respuesta.

1.4.6. En la demanda se señaló que, como no se realizaron los pagos de salarios y honorarios a los trabajadores vinculados por la Fundación para los períodos de diciembre de 2013 y enero de 2014, ni los correspondientes a dos días de febrero, se presentó un incumplimiento de la cláusula tercera del convenio de asociación, literal a), numerales 8 y 9. En el libelo introductorio también se aseveró que la Secretaría giró a la Fundación el monto de \$83'132.000, los cuales no fueron ejecutados, *“es decir, no se cumplió con la obligación de pago de las obligaciones salariales y aportes al Sistema de Seguridad Social de los trabajadores vinculados al proyecto (...)”*.

1.4.7. Se dijo que el equipo de apoyo a la supervisión evidenció que la Secretaría Distrital de Integración Social, durante la ejecución del convenio de asociación No. 4843, efectuó pagos a la Fundación por un mayor valor al ejecutado, que ascendió a la suma de \$243'400.000, en tanto el valor girado por la demandante fue de \$1.452'604.540, mientras que el valor ejecutado fue de \$1.209'204.540.

1.4.8. Finalmente, se alegó que en los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2013 y enero de 2014, durante el período de supervisión de visitas, a la Fundación se le solicitó la presentación de soportes contables que dieran cuenta de su aporte al convenio de asociación por el monto de \$469'600.000, pero como no hubo respuesta se generaron los requerimientos No. ADM11 y ADM39, los cuales tampoco fueron contestados por la Fundación.



1.5. El 11 de abril de 2018, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal a la demandada y al Ministerio Público⁴.

2. La Fundación no contestó la demanda⁵.

3. Audiencia inicial

El 13 de diciembre de 2018⁶, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca llevó a cabo la audiencia inicial, en la que no se encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento, ni se encontraron excepciones previas por resolver.

Seguidamente se fijó el litigio, en el entendido de determinar si la Fundación incumplió el convenio de asociación en tanto no realizó el aporte de \$469'600.000, además de no pagar los aportes a seguridad social integral y parafiscales, ni asumió el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal que contrató para la ejecución del referido convenio.

Igualmente, el *a quo* declaró fallida la etapa de conciliación, ante la inasistencia de la parte demandada a la audiencia, a la vez que, posteriormente, sostuvo que no había medidas cautelares sobre las cuales pronunciarse. Más adelante, negó la prueba testimonial solicitada por la parte actora, decisión que no fue recurrida.

Por último, señaló que este asunto no requería de la práctica de pruebas, por lo que consideró innecesario convocar a la audiencia de pruebas, así como también prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y del concepto del Ministerio Público.

4. Alegatos de conclusión

4.1. En oportunidad la parte demandante alegó de conclusión para reiterar lo expuesto en su demanda y concluyó que, de acuerdo con la prueba documental allegada al expediente, se demostró el incumplimiento alegado⁷.

⁴ Fl. 70 y 71, C.1.

⁵ El auto admisorio de la demanda le fue notificado el 18 de abril de 2018 (Fls. 73 y 74, C.1.)

⁶ Fl. 95 y 96, C.1.

⁷ Fl. 98 a 100, C.1.



4.2. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

5. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 1° de abril de 2020⁸, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

5.1. Respecto del incumplimiento alegado frente a la obligación pactada en el numeral 1, literal a), de la cláusula tercera del convenio, atinente al aporte de \$469'600.000 que le correspondía realizar a la Fundación, el *a quo* sostuvo que, si bien al proceso se allegó el convenio en el que se pactó que una de las obligaciones de la parte demandada era efectuar el referido aporte, representado en bienes y servicios, lo cierto es que la parte actora no acreditó qué bienes y servicios constituían el aporte de la Fundación, toda vez que con su demanda no allegó la totalidad del expediente administrativo que obraba en su poder, carga procesal que incumplió y que le imponía el artículo 166 del CPACA. Seguidamente, indicó que la parte demandante no aportó el anexo técnico del convenio de asociación ni tampoco la propuesta económica presentada por la Fundación.

En este sentido, precisó que la única prueba obrante en el proceso tendiente a demostrar el incumplimiento es un oficio en el que el funcionario que ejercía la supervisión del convenio de asociación le informó a la directora territorial de la entidad demandante sobre la tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas por parte de la Fundación, entre las cuales se incluyó “*el no aporte realizado por la Fundación*”; sin embargo, el Tribunal agregó que el aludido oficio se expidió dos años después de que finalizara el referido convenio, prueba que no era suficiente para acreditar el incumplimiento alegado, máxime porque la parte actora no allegó el expediente administrativo en su integridad, lo que imposibilitaba verificar cuáles eran los bienes y servicios que debía prestar la Fundación con ocasión del aporte a su cargo, cuándo debía prestarlos y cuál fue el seguimiento que realizó la interventoría y la supervisión al respecto.

Hizo alusión al artículo 97 del CGP, que consagra que la falta de contestación de la demanda hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en

⁸ Fl. 611 a 624, cuaderno del Consejo de Estado.



el libelo, para señalar que, a pesar de que la Fundación no contestó la demanda, no podía tenerse acreditada, a través de la figura de la confesión, la afirmación de que la demandada no hizo su aporte de \$469'600.000, porque “esta [se refiere a la confesión] *solo procede respecto de aquellos hechos frente a los cuales no se requiera otro medio de prueba*” y, para el efecto, en el caso particular se requería de todo el expediente administrativo del convenio para determinar cuáles eran los bienes y servicios que le correspondía aportar a la Fundación en desarrollo del mismo.

A lo anterior añadió que, además de que no se allegó el expediente administrativo contractual completo, los elementos probatorios que se aportaron, más que ofrecer certeza generaban dudas, porque en ninguna de las actas de visita realizadas por la Secretaría Distrital de Integración Social ni en los requerimientos por un posible incumplimiento de la Fundación se hizo alusión al incumplimiento de la obligación de realizar el aporte de \$469'600.000, siendo solo dos años después de la finalización del convenio que el supervisor, sin acompañar o exponer soporte alguno, señaló el incumplimiento alegado en el informe en el que tasó los perjuicios ocasionados.

Con fundamento en lo expuesto, en suma, el Tribunal descartó la pretensión de incumplimiento alegada por el no aporte de bienes y servicios por parte de la Fundación en cuantía equivalente a \$469'600.000.

5.2. Frente a la pretensión de incumplimiento de la obligación pactada en el numeral 8, literal a), de la cláusula tercera del convenio, consistente en que la Fundación no realizó los aportes al sistema de seguridad social durante algunos meses, el Tribunal *a quo* la descartó porque las pruebas allegadas al proceso no daban certeza al respecto.

En efecto, sostuvo que en las actas de las visitas realizadas por la Secretaría no se dejó constancia acerca de esa situación, aunado a que, si bien se hicieron unos requerimientos el 23 de enero, el 16 de septiembre, el 8 de octubre de 2014 y el 17 de abril de 2015, no se acreditó qué ocurrió con ellos, además de que tampoco se allegaron los soportes de esos requerimientos, es decir, “*la prueba de las personas vinculadas por la Fundación para cumplir con el objeto del convenio y la prueba de que no se hubieran realizado los aportes a seguridad social durante los meses de*



diciembre de 2013 y enero de 2014". Precisó que, aunque en el informe de tasación de perjuicios se calculó el valor de los aportes a seguridad social, no militan en el expediente los anexos del convenio de asociación, tampoco los contratos de los empleados ni la propuesta del personal a utilizar, documentos que hubieran podido brindar certeza acerca del personal vinculado. Además, indicó que *"tampoco hay verificación de los sistemas oficiales, para efectos de constatar los aportes a seguridad social"*.

El *a quo*, adicionalmente, advirtió lo siguiente (transcripción literal):

"(...) llama la atención de la Sala el hecho de que no se especificara qué desembolsos hizo la entidad demandante, pues conforme al numeral 11 de la cláusula tercera del convenio objeto de litigio, la Fundación tenía la obligación de presentar antes de cada pago, ante el supervisor y/o interventoría del convenio, la certificación expedida por el representante legal o el revisor fiscal, cuando aplique, del cumplimiento de las obligaciones del sistema general de seguridad social integral y parafiscales con una fecha de expedición no superior a 30 días calendario (2.1), por lo que es claro que en caso de haberse realizado los desembolsos el supervisor debió haber verificado el cumplimiento de esta obligación.

Tal y como ocurrió en el análisis del incumplimiento de la anterior obligación, en esta también se advierte el incumplimiento de la entidad demandante de su deber de aportar la totalidad del expediente administrativo contractual, el incumplimiento de su carga de probar los supuestos de hecho fundamento de las pretensiones y especialmente el deber de allegar los informes de supervisión que hubieran permitido establecer cómo fue que la entidad pública realizó los desembolsos correspondientes sin que el asociado hubiera acreditado los aportes a seguridad social correspondientes".

5.3. En relación con la pretensión de incumplimiento de la obligación pactada en el numeral 9, literal a), de la cláusula tercera del convenio, consistente en que la Fundación no realizó el pago de salarios, de prestaciones sociales y de honorarios, el Tribunal *a quo* también la negó, porque no se acreditó el número de trabajadores, los contratos mediante los cuales se vinculó al personal, los salarios acordados, así como tampoco se demostró qué proveedores contrató la demandada, qué facturas no pagó y por concepto de qué servicios. En este sentido, el fallador de primer grado sostuvo que la tasación de perjuicios realizada por la supervisora no era prueba suficiente, dado que en aquel documento se indicó que la falta de pago a proveedores se evidenció el 8 de noviembre de 2013, pero en acta de visita posterior, del 13 de diciembre de 2013, se cerró tal hallazgo, lo cual, en su criterio, no generaba claridad acerca del incumplimiento reprochado.



Expresó que bastaba con que la entidad demandante hubiese aportado los contratos de trabajo que suscribió el asociado o la lista de personal que estaba a su cargo y el reporte oficial de la página web en cuanto al sistema de seguridad social, a efectos de verificar que el asociado incumplió con su obligación, pero no lo hizo.

5.4. Respecto de la pretensión que planteó el Distrito como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, consistente en que se le devolviera la suma de \$243'400,000 que le desembolsó a la Fundación y que supuestamente esta no ejecutó, el Tribunal precisó que esa petición no era consecencial a la declaratoria de incumplimiento, porque no guardaba relación con ninguna de las obligaciones que se estimaron incumplidas, pero a la vez advirtió que ese pedimento no tenía vocación de prosperidad, al considerar que no se acreditaron los desembolsos realizados, la ejecución de los mismos y, consecuentemente, los recursos que debían restituirse.

Dicho todo lo anterior, el Tribunal *a quo* expuso que la ausencia de la totalidad del expediente administrativo contractual, que debió haber allegado la parte actora, impide la verificación de la ejecución del convenio de asociación, a fin de determinar si hubo o no incumplimiento por parte de la Fundación, lo que conduce a la negativa de las pretensiones de la demanda.

6. Recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación⁹ contra el fallo de primera instancia, el cual fue concedido¹⁰ y debidamente admitido¹¹.

Solicitó la revocatoria del fallo apelado, al considerar que en el proceso sí existe sustento probatorio que permite evidenciar que la Fundación incumplió con su obligación de aportar bienes y servicios por valor de \$469'600.000, así como también la de realizar aportes a seguridad social integral y parafiscales y la de asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del respectivo personal que contrató para la ejecución del convenio de asociación.

⁹ Fl. 121 a 126, cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁰ Fl. 129, cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Fl. 136 y 137, cuaderno del Consejo de Estado.



Sobre el particular, la parte recurrente indicó lo siguiente:

“Durante el periodo de supervisión en visitas del componente administrativo realizadas durante los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2013 y enero de 2014, fue solicitado al asociado la presentación de los soportes contables que dieran cuenta del aporte al convenio por valor \$469.600.000, observación reiterada y sin respuesta por parte del asociado, por lo cual se generaron los requerimientos No. ADM11 y ADM139 no contestados por el asociado, por consiguiente se procedió a realizar Requerimiento por posible incumplimiento una vez consolidada la información necesaria que diera cuenta del presunto incumplimiento por parte del asociado respecto a la no presentación de los soportes requeridos referentes al aporte del convenio, en el cual se delimitó claramente las acciones no adelantadas para el cumplimiento contractual, siendo radicado en la Subdirección de contratación mediante INT 35532”.

Dicho lo anterior, en la apelación la actora incluyó un cuadro en el que, a su juicio, se determinan los elementos que la Fundación debió aportar al convenio, tales como camisas, pantalonetas, zapatos, libretas, entre otros. Seguidamente, sostuvo que el equipo de apoyo a la supervisión del convenio de asociación no evidenció soporte alguno que diera cuenta del cumplimiento del aporte a cargo del asociado.

También indicó que la Secretaría, luego de los hallazgos advertidos en las visitas realizadas, le hizo requerimientos administrativos a la Fundación, en los que se le solicitó que explicara, con soportes, por qué no realizó el pago de las obligaciones salariales y los aportes al sistema de seguridad social de los trabajadores vinculados al proyecto (administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarias), correspondientes a los meses de diciembre de 2013 y enero de 2014.

Con base en lo expuesto, aseveró que el equipo de apoyo a la supervisión de la Secretaría no encontró soporte alguno que diera cuenta del cumplimiento por parte de la Fundación del pago de obligaciones salariales y del aporte al sistema de seguridad social, por la suma de \$83'132.000, así como del aporte al convenio por el monto de \$469'000.000, para un total de \$552'732.000. Adicionalmente, afirmó que como prueba del incumplimiento obra en el expediente el oficio SAL-61351 del 26 de julio de 2016, por medio del cual se remitió al abogado de la Fundación copia de la tasación de perjuicios por obligaciones no cumplidas, con el fin de que se pronunciara sobre el particular y allegara la documentación pertinente, pero la hoy demandada guardó silencio.

Por otra parte, señaló que el equipo de supervisión evidenció que durante la ejecución del convenio la Secretaría efectuó desembolsos a la Fundación por un



mayor valor al ejecutado, por la suma de \$243'000.000, lo que sustentó en unas tablas que incluyó en el recurso de apelación y en la estructura de costos pactada en la cláusula sexta en el acuerdo de voluntades, con lo cual, seguidamente, indicó que *“los aportes de la Secretaría se encuentran directamente relacionados con el valor de los servicios, de acuerdo con el número de cupos, el número de días y el valor unitario, para cada servicio”*. Al respecto, dijo que la Secretaría giró \$1.452'604.540, mientras que el valor ejecutado por la Fundación a 30 de noviembre de 2013 fue de \$1.209'204.540, lo que a su juicio da cuenta del mayor valor girado por la Secretaría, en cuantía de \$243'000.000.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. Mediante providencia del 16 de abril de 2021¹² se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, así como al Ministerio Público para que presentara concepto.

7.2. En el término otorgado la parte actora¹³ insistió en lo expuesto a lo largo del proceso, mientras que la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; (2) medio de control procedente; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno del medio de control; (4.1.) generalidades de los convenios de asociación y sus diferencias con los denominados contratos de fomento. Régimen jurídico aplicable; (4.2.) el convenio de asociación No. 4843 de 2013, su contenido y el régimen jurídico aplicable; (4.3.) conteo de la caducidad en el caso concreto; (5) problema jurídico; (6) hechos probados y pruebas adicionales para la resolución del caso concreto; (7) solución del asunto *sub examine*; (8) conclusión; y (9) costas.

¹² Fl. 139, cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Índice 10, Samai.



1. Jurisdicción y competencia

1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 104¹⁴ del CPACA, vigente a la fecha de radicación¹⁵ de la demanda y, por lo mismo, aplicable al presente proceso, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto, en tanto la controversia gira en torno al convenio de asociación No. 4843 de 2013 que fue suscrito entre una entidad territorial, como lo es el Distrito Capital de Bogotá¹⁶, y la Fundación.

1.2. Por su parte, esta Sala del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 1° de abril de 2020, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo previsto en el artículo 150¹⁷ y el numeral 5 del artículo 152¹⁸ del CPACA, dada la vocación de doble instancia

¹⁴ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”. Se precisa que al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado, sin incluir la reforma de la Ley 2080 de 2021, debido a que no se encontraba vigente para la fecha de presentación de la demanda.

¹⁵ 1° de diciembre de 2016.

¹⁶ De conformidad con el artículo 2° de la Ley 80 de 1993: “Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, **el distrito capital** y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

¹⁷ “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]”.

¹⁸ “Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.



del proceso, en razón de que la pretensión mayor¹⁹ excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁰ a la fecha de presentación de la demanda²¹.

2. Medio de control procedente

En virtud de lo previsto en el artículo 141²² del CPACA, cualquiera de las partes de los contratos estatales puede demandar para que se declare su existencia o su nulidad, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento, se anulen los actos administrativos contractuales, se condene a quien se considere responsable a indemnizar los perjuicios y/o se liquide el contrato, entre otras declaraciones y condenas. El legislador también previó que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrían solicitar la nulidad absoluta del contrato, la que también puede ser declarada de oficio por el juez.

Dado que la controversia formulada en este caso se refiere a la responsabilidad contractual de la Fundación por incumplir las obligaciones contenidas en el convenio de asociación No. 4843 de 2013, el medio de control procedente es el de controversias contractuales, ya que se está ventilando la desatención de diversas obligaciones, solicitándose que se declare su incumplimiento.

¹⁹ Se pidió la suma de \$469'600.0000, correspondiente al aporte que, según la demanda, nunca realizó la Fundación.

²⁰ A la fecha de presentación de la demanda (1° de diciembre de 2016) 500 SMLMV equivalían a \$344'727.000.

²¹ Como la demanda se presentó en vigencia del CPACA, la norma con la cual se determina la competencia por razón de la cuantía es el artículo 157 de ese cuerpo normativo, la cual, entre otras cosas, consagra: "*Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor*".

²² "*Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. // El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes*".



3. Legitimación en la causa

De conformidad con lo establecido en el artículo 141 del CPACA, cualquiera de las partes de la relación contractual puede pedir la declaratoria de incumplimiento, de ahí que la legitimación en la causa en este tipo de controversia se encuentre, en principio, en cabeza de los extremos del acuerdo de voluntades.

De este modo, el Distrito de Bogotá – Secretaría Distrital de Integración Social y la Fundación poseen el interés jurídico que se debate en el presente caso y se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, porque son las partes de la relación convencional que suscitó la controversia bajo análisis en esta sede judicial.

4. Ejercicio oportuno del medio de control

Con el propósito de determinar este presupuesto procesal, la Sala considera necesario precisar unas generalidades sobre los convenios de asociación, sus diferencias con los contratos de fomento, además del régimen jurídico aplicable a este tipo de acuerdos de voluntades, punto este último que incide en el conteo de la caducidad.

4.1. Generalidades de los convenios de asociación y sus diferencias con los denominados contratos de fomento. Régimen jurídico aplicable

4.1.1. En el ordenamiento jurídico colombiano, los convenios de asociación tienen origen en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998²³, norma que previó dicho acuerdo de voluntades bajo los siguientes parámetros: **(i)** cualquier entidad estatal puede celebrar el convenio con personas jurídicas particulares, con observancia de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la

²³ “ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. 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 (...).”



Constitución Política; **(ii)** la finalidad este tipo de acuerdos es el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones de la entidad estatal; según esta Sala de Subsección, *“estos convenios se caracterizan porque ambas partes cooperan mutuamente en el cumplimiento del objeto pactado. No existe, en consecuencia, un intercambio ni una relación conmutativa en la que las partes asuman obligaciones equivalente”*²⁴; y **(iii)** los convenios deben establecer con precisión su objeto, término de duración, obligaciones de las partes, los aportes que cada uno debe hacer y la forma en que coordinaran sus esfuerzos²⁵.

Recientemente, esta Subsección señaló las características de los convenios de asociación, en lo que respecta al aspecto subjetivo y en cuanto a su objeto, así²⁶:

*“6.1.2.1. En el aspecto subjetivo, las partes del convenio son, por un lado, una entidad pública titular de las funciones que han de desarrollarse mediante el objeto del convenio; y por el otro, una persona jurídica particular habilitada para ejecutar conjuntamente con la primera las actividades que son objeto del convenio, actividades que deben estar comprendidas expresamente en su objeto social”*²⁷. Pero, a diferencia del contrato de fomento, este particular no necesariamente debe ser una entidad sin ánimo de lucro.

*6.1.2.2. En cuanto al objeto, las partes cooperan mutuamente para ejecutar mancomunadamente los propósitos del convenio que han de estar relacionados con las funciones normativamente asignadas a la entidad pública. En consecuencia, los participantes hacen aportes al fidedigno cumplimiento de lo pactado, bien sea en dinero o en especie”*²⁸, sin que con ello se produzca una transferencia patrimonial de un extremo a otro”²⁹.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de marzo de 2024. Rad.: 55596.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 2020. Rad.: 46963

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de marzo de 2024. Rad.: 55596.

²⁷ Original de la cita: *“47. Ahora bien, del texto legal, sin adentrarse aún en la remisión al texto constitucional, la Sala advierte que, con apego a los principios de la función administrativa, toda entidad estatal cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, que tenga necesidad de ejecutar una actividad relacionada con los cometidos y funciones que le son propios, puede hacerlo con la participación de cualquier persona jurídica de derecho privado, siempre que su objeto social guarde relación con la actividad a desarrollar. || 48. En efecto, la actividad estatal que se quiera ejecutar perfila a los posibles participantes de la asociación, pues el objeto social del particular define su idoneidad y la conveniencia de su aporte en la ejecución del convenio. Toda vez que a través de este mecanismo las entidades se apoyan en la habilidad, experiencia, conocimiento, capacidad y destreza del particular para, mancomunadamente, desarrollar una actividad, pues consideran que de esta forma pueden ejecutarla con mejores resultados y aprovechamiento de los recursos. 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”: Sent. 3-abr-2020, cit”.*

²⁸ Original de la cita: *“Al respecto, sostiene la Subsección B que: “Los contratos no exigen que el particular efectúe aportes a efectos de poder suscribirlos, pues la entidad es quien le entrega los recursos para apoyar su gestión. Los convenios exigen que el particular aporte en dinero o en especie para poder ejecutar en conjunto la actividad con el Estado.”: Sent. 3-abr-2020”.*

²⁹ Original de la cita: *“Según la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, de acuerdo con su regulación legal, en el convenio de asociación: “[...] la posibilidad de aportes en común no puede interpretarse como transferencia de recursos, en la forma particular que se entiende para esta singular figura, es decir, como el otorgamiento de auxilios o donaciones [...]”. CONSEJO DE*



4.1.2. Expuesto lo anterior, en este punto resulta ilustrativo y útil precisar las diferencias existentes entre los convenios de asociación y los contratos de fomento, habida cuenta de que en múltiples ocasiones, incluso en esta Corporación, se les ha dado un tratamiento idéntico, como si fueran lo mismo³⁰, cuando lo cierto es que, según ya lo ha aclarado la Sección Tercera del Consejo de Estado³¹, tales acuerdos de voluntades, el contrato de fomento y el convenio de asociación, aun con la similitud de que ambos no generan una relación conmutativa en tanto no hay un intercambio de bienes y/o servicios entre los sujetos que los suscriben³², claramente se diferencian el uno del otro en cuanto a las autoridades y particulares que los celebran; el objeto contractual y su finalidad y la forma como pueden participar las entidades y los particulares durante la ejecución.

En efecto, los contratos de fomento tienen origen constitucional –*artículo 355 de la CP-*, mientras que los convenios de asociación son de creación legal -*artículo 96 de la Ley 489 de 1998- (fundamento normativo)*. Los extremos en los contratos son el Gobierno, en sus distintos órdenes, nacional y territorial, y las entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; en cambio, los convenios pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal con personas jurídicas particulares, bien sean o no sin ánimo de lucro, porque el legislador no distinguió al respecto³³ (**aspecto subjetivo**).

ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de febrero de 2006. Rad. 11001-03-06-000-2005-01710-00(1710)".

³⁰ Ver, entre otras, estas sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) del 12 de octubre de 2017, Rad.: 53390; (ii) del 24 de mayo de 2018, Rad.: 55756; y (iii) del 15 de febrero de 2018, Rad.: 55147. Ver, también, concepto del 12 de septiembre de 2013, Rad.: 2146, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

³¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 2020. Rad.: 46963.

³² "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**, 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" (se destaca) (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2021. Rad.: 48957).

³³ "El inciso 1º del artículo 96 [de la Ley 489 de 1998] 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**" (negritas y subrayas fuera del texto original) (Ibid).



El objeto de los contratos consiste en el impulso de programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo, las cuales son desarrolladas por entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Por su parte, los convenios se celebran para el desarrollo mancomunado de actividades en relación con los cometidos y las funciones que les asigna la ley a las entidades públicas. Esto significa que en los contratos se apoyan las actividades del particular, mientras que en los convenios se desarrollan actividades de los entes públicos, pero con socio de personas jurídicas privadas (**objeto y finalidad contractual**). Así, como lo ha dicho la jurisprudencia³⁴ y partiendo del hecho de que en los contratos de fomento el particular es el que ejecuta el programa de interés público, aquel tiene la potestad de desempeñarse con autonomía, pese a los recursos entregados por la entidad pública. En los convenios de asociación el particular sí ve limitada su autonomía en la ejecución, dado que la finalidad de estos acuerdos de voluntades consiste en desarrollar actividades asignadas por la ley a la entidad estatal, sobre las cuales, por supuesto, el ente público es el que debe dirigir las y controlarlas para lograr su cometido (**participación de los sujetos en la ejecución**).

4.1.3. Las diferencias plasmadas con antelación entre los convenios de asociación y los contratos de fomento, sobre todo las concernientes en cuanto a su objeto y finalidad, han llevado a un sector de la jurisprudencia a señalar que tienen un impacto en el régimen que les aplica a esos acuerdos, en el entendido de que “*el régimen exceptuado del artículo 335 de la Constitución Política [desarrollado por el Decreto 777 de 1992]³⁵ no es aplicable a los convenios de asociación, pues las actividades que por su intermedio se pueden hacer son distintas a las de fomento y apoyo*”, de ahí que, en consecuencia, “*los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 (...) habrán de estarse a las reglas generales o específicas que rijan la actividad contractual de la entidad que los suscriba*”³⁶.

³⁴ Ver las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: (i) del 3 de abril de 2020. Rad.: 46963 y (ii) del 30 de julio de 2021. Rad.: 48957.

³⁵ El referido Decreto dispuso que los contratos de fomento se sujetarían a los requisitos y formalidades exigidos por la ley para la contratación entre particulares.

³⁶ “*En efecto, los regímenes exceptuados propios de ciertas tipologías contractuales no pueden ampliarse sin más a otros negocios jurídicos, pues ello desdibuja la especialidad y contornos de las normas que los previeron. Esa excepcionalidad del régimen se explica desde el origen mismo de los contratos de apoyo, que permite entender porque los convenios de asociación no pueden valerse del mismo régimen // Recuérdese que el propósito del segundo inciso del artículo 355 constitucional fue permitir el estímulo económico de actividades particulares de interés público en campos como el cultural, científico, educativo o de solidaridad. Así, el contrato se contempló como un mecanismo de verificación del destino dado a los dineros públicos entregados a fundaciones, corporaciones y asociaciones privadas // En contraste, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no supone la entrega de dineros al particular para que este desarrolle sus actividades, sino que el Estado busca cumplir un fin o función que les son propios y para ello se apoya en las gestiones y aportes que los particulares*”



Dicho de otro modo, para la celebración de los contratos de fomento son aplicables los requisitos y las formalidades para la contratación entre particulares (derecho privado), según lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 777 de 1992³⁷, que desarrolló el artículo 335 de la CP; mientras que para los convenios de asociación resultan exigibles las reglas que rigen la actividad contractual de la entidad pública que lo celebre, que en este caso particular, solo a manera de ejemplo y de seguirse ese derrotero jurisprudencial, sería el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, porque el convenio lo suscribió el Distrito de Bogotá.

No obstante lo anterior, otro sector de la jurisprudencia³⁸ ha asumido una postura diferente que es la que comparte esta Sala de Subsección, consistente en que, a pesar de las diferencias existentes entre los convenios de asociación y los contratos de fomento, el régimen jurídico aplicable para ambos es el mismo (derecho privado), punto en el que convergen por expresa disposición del legislador, en tanto el inciso 2° del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 consagra lo siguiente: **“Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebraran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política** [norma constitucional que dio origen a los contratos de fomento], *en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes*” (se destaca).

En ese sentido, la jurisprudencia ha señalado:

“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

puedan brindarles // En esa consideración, la Sala precisa que el régimen exceptuado del artículo 355 constitucional no es aplicable a los convenios de asociación, pues las actividades que por su intermedio se pueden hacer son distintas a las de fomento y apoyo // Así las cosas, como el régimen exceptuado de que trata el artículo 355 superior y desarrollado por el Decreto 777 de 1992 no admite que bajo su amparo se celebren los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, estos habrán de estarse a las reglas generales o específicas que rijan la actividad contractual de la entidad que los suscriba” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de abril de 2020. Rad.: 46963).

³⁷ **“ARTÍCULO 1°.- Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983”.**

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de julio de 2021. Rad.: 48957.



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).

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— (...).**

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, que es su único punto de encuentro**” (negritas y subrayas fuera del texto original).

En esa misma línea de pensamiento, esta Sala de Subsección ha sostenido³⁹:

“La Sala se ha pronunciado sobre las diferencias entre los «convenios de asociación» y los «contratos de fomento». Al margen de tales diferencias, el artículo 96 de la Ley 489 establece que los «convenios de asociación» se celebran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 CN. Según el artículo 1 del Decreto 777 de 1992 —vigente para la fecha de celebración del contrato (art. 38 de la Ley 153 de 1887)— los contratos regulados en el artículo 355 CN —«contratos de fomento»— se sujetaban a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en ese decreto y sin perjuicio de que pudieran incluirse cláusulas exorbitantes. **De modo que el régimen tanto de los «convenios de asociación» como los «contratos de fomento» era, en esencia, el derecho privado**” (se destaca).

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2023. Rad.: 52787.



De acuerdo con el criterio jurisprudencial puesto de presente, se advierte que es clara la remisión que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 hace al artículo 355 de la Constitución Política, a efectos de que los convenios de asociación se celebren bajo los mismos requisitos y formalidades que los contratos de fomento, que son los concernientes para la contratación entre particulares (derecho privado), de conformidad con lo reglamentado en el artículo 1° del Decreto 777 de 1992, cuerpo normativo que, se insiste, desarrolló el artículo 355 *ibidem*.

Es preciso señalar que, si bien los contratos y los convenios desarrollan un objeto y finalidad distintas, lo cierto es que ello no significa, en modo alguno, que se les aplique un régimen jurídico diferente –o, en otras palabras, que los convenios no se rijan por las reglas de contratación entre particulares que sí le aplican a los contratos de fomento para su celebración–, porque el legislador, en el marco de ese margen amplio con el que cuenta para regular la contratación pública⁴⁰, dispuso expresamente, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que los convenios se celebrarían de conformidad con lo previsto en el artículo 355 de la CP, esto es, bajo las mismas reglas de los contratos de fomento, las del derecho común, de acuerdo con la reglamentación prevista en el Decreto 777 de 1992.

Entender lo contrario, es decir, que por el objeto y finalidad diferentes que persiguen los contratos de fomento y los convenios de asociación no es posible que les aplique el mismo régimen jurídico, en este caso el derecho privado, sería desconocer no solamente la ley, concretamente el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, sino también la libertad de configuración con la cuenta el legislador en materia de contratación.

Por todo lo expuesto, esta Sala de Subsección concluye que el régimen aplicable a los convenios de asociación, al igual que a los contratos de fomento, es el derecho privado y no el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), por la sencilla pero suficiente razón de que así lo consagró el legislador.

⁴⁰ C-154 de 2023, Corte Constitucional.



4.2. El convenio de asociación No. 4843 de 2013, su contenido y el régimen jurídico aplicable

4.2.1. En el expediente se encuentra acreditado que, el 27 de marzo de 2013, el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría Distrital de Integración Social y la Fundación Multiactiva Emprendiendo, entidad sin ánimo de lucro⁴¹, suscribieron el convenio de asociación No. 4843, cuyo objeto consistió, según su cláusula primera, en aunar recursos técnicos, administrativos y financieros para garantizar el acceso a una *“alimentación nutricionalmente adecuada e inocua”* y desarrollar el componente de inclusión social a través de la promoción de estilos de vida saludable y vigilancia nutricional con la población atendida en el centro de acogida día-noche y centro de autocuidado de la Secretaría Distrital de Integración Social.

En los considerandos del convenio se hizo alusión al artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pero a la vez a la Ley 80 de 1993 y también a la Ley 1150 de 2007⁴², y además se precisó: (i) que los objetivos de la política de seguridad alimentaria y nutricional, los principios y programas del Plan de Desarrollo de Bogotá Humana y las acciones del proyecto 730 ‘Alimentando Capacidades’ se orientan hacia la atención alimentaria en la modalidad de comida caliente servida e inclusión social, en el Centro de Acogida día, Centro de Acogida Noche y Centro de Autocuidado, *“todo bajo los lineamientos que dé la SDIS”*; (ii) que para dar cumplimiento al objeto de la Secretaría surgió la necesidad de celebrar un convenio de asociación con una entidad sin ánimo de lucro, *“que además de apoyar a la entidad para brindar en conjunto una oportuna y calificada atención, contempla dentro de su misión y visión un trabajo social que permita el desarrollo de la inclusión social de la población”*; y (iii) que resultaba conveniente contar con un asociado que complementa la acción institucional, garantizando el bienestar y el acceso a los alimentos a los ciudadanos de la calle.

⁴¹ Fls. 77 a 81, C.2.

⁴² “2. **Que los incisos primero y segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998** señalan que ‘Las entidades estatales cualquiera que 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 (...)’ (...) 34. Que por lo anteriormente expuesto se procede a celebrar el presente convenio de asociación, el cual se rige por lo dispuesto en el art. 209 de la Constitución Política, **Art. 96 de la ley 489 de 1998**, artículo 149 del Decreto-ley 1421 de 1993, **Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007**, en lo pertinente y demás normas que lo modifican o complementan, así como por las siguientes cláusulas”.



En la cláusula segunda se acordó el alcance del objeto, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“El asociado se compromete dentro del marco del Proyecto 730-Alimentado. Capacidades: Desarrollo de habilidades y apoyo alimentario para superar condiciones de vulnerabilidad, a: - Garantizar el acceso a la alimentación a habitantes en calle a través de 800 cupos diarios de alimentación. Los habitantes de calle serán identificados por el proyecto Generación de capacidades para el desarrollo de personas en prostitución o habitantes de calle; - Orientar a los participantes (habitantes de la calle), en temas relacionados con estilos de vida saludables que favorezcan la incorporación de hábitos saludables y por ende el mejoramiento de su calidad de vida; - Realizar la toma de medidas antropométricas a los participantes recurrentes con el propósito de conocer su estado nutricional y buscar alternativas de mejoramiento en aquellos casos en los que se identifique estados de malnutrición; - Aportar en la construcción de un modelo de intervención integral generando acciones complementarias que ayuden en la apertura de oportunidades que le permitan visualizar otras alternativas de vida. Se espera la incorporación de medidas tales como la formación (no formal) hacia el fortalecimiento de habilidades y talleres de fomento y empleabilidad, acompañadas de acciones de bienestar”.

En la cláusula tercera del convenio de asociación se acordaron las obligaciones que asumirían las partes en cuestión. **La Fundación, que fungió como asociado**, se comprometió, entre otras cosas, a: (i) aportar la suma de \$469'600.000, representada en bienes y servicios; (ii) asistir a las reuniones programadas por la Secretaría; (iii) garantizar que los alimentos perecederos y semiperecederos cumplan con las normas de calidad en cuanto a conservación, transporte y manipulación; (iv) permitir el ingreso de personal de la Secretaría y/o interventor a la zona de producción, empaque y embalaje, con el fin de garantizar acciones necesarias para establecer la calidad de los alimentos en los días previos a la entrega; (v) aportar, antes de la realización de la primera entrega, un documento en forma escrita al Secretaría y a la supervisión en el que indique el nombre de las personas encargadas de coordinar las entregas; y (vi) mantener enterada a la Secretaría sobre el estado financiero, ejecución operativa y demás. **La Secretaría**, por su parte, asumió las siguientes obligaciones: (i) aportar la suma de \$1.964'400.000; (ii) realizar los desembolsos correspondientes y suministrar la información disponible y que se requiera para el proceso de planeación e implementación de cada una de las acciones establecidas en el convenio; (iv) hacer seguimiento a las obligaciones pactadas; y (v) fijar los lineamientos para la elaboración del ciclo de menús⁴³.

⁴³ Esta obligación se extrae de la cláusula sexta del convenio, relativa a los desembolsos, en la que se acordó: “La Secretaría realizará un primer desembolso correspondiente a 10% del valor del convenio, previo cumplimiento de lo siguiente: 1. Ciclo de menús y análisis nutricional cuantitativo



En otras cláusulas del respectivo acuerdo de voluntades se pactó el plazo de ejecución del convenio en 10 meses⁴⁴; que la supervisión sería ejercida por la subdirectora para la gestión integral local de la Secretaría⁴⁵; que eran aplicables las cláusulas excepcionales de terminación, modificación, interpretación y caducidad previstas en el artículo 15 y siguientes de la Ley 80 de 1993⁴⁶; y que la liquidación del convenio se haría de común acuerdo entre las partes en un lapso de 6 meses siguientes al vencimiento del plazo y que, en caso de no llegarse a ningún acuerdo, la Secretaría procedería de acuerdo con los artículos 61 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007⁴⁷.

4.2.2. A partir de lo anterior, se advierte que el propósito del Distrito Capital de Bogotá – Secretaría Distrital de Integración Social era aunar recursos técnicos, administrativos y financieros con la Fundación, con el fin de garantizar el acceso a una alimentación a los habitantes de la calle y así lograr el cometido estatal, enmarcado en los objetivos de la política alimentaria. Esta es una característica propia, por supuesto, de los convenios de asociación, en el entendido de que se desarrolla una actividad de la entidad pública, en asocio con un particular; además, como se observa, la Secretaría tenía a su cargo la dirección y seguimiento del convenio, lo que se constata con las visitas realizadas por el supervisor (hechos probados 6.2., 6.3., 6.4. y 6.5.), al punto de que la Fundación tenía que mantenerla enterada de su ejecución, cuestión que también es propia de los convenios.

Así las cosas, se evidencia del clausulado del convenio la unión de esfuerzos y tareas conjuntas entre la entidad estatal y el particular para lograr el cometido de la primera. Cada parte aportaba lo propio: la Secretaría la suma de \$1.964'400.000, mientras que la Fundación el monto de \$469'600.000, representado en bienes y servicios. En cuanto a las actividades a cargo de las partes, entre otras, a la Fundación le correspondía garantizar la calidad de los alimentos y a la Secretaría fijar el ciclo de menú para la alimentación correspondiente, todo ello con el fin común de que los habitantes de la calle, beneficiarios del convenio, recibieran alimentos en los centros de la entidad.

diario del ciclo de menús solicitado para cada centro, elaborados conforme a los lineamientos establecidos por la SDIS en el presente anexo técnico" (Fl. 6, C2).

⁴⁴ Cláusula séptima (Fl. 6 vto., C2).

⁴⁵ Cláusula novena (Fl. 7, C2).

⁴⁶ Cláusula décima primera (Fl. 7, C2).

⁴⁷ Cláusula décima séptima (Fl. 8, C2).



Es cierto que la entidad territorial se comprometió a realizar un aporte en una suma de dinero y que la Fundación, a su turno, se obligó a efectuar un aporte en bienes y servicios, pero esa situación no significa la existencia de una remuneración a favor de la Fundación y/o del Distrito que desnaturalice la finalidad del convenio de asociación, toda vez que, con el desembolso de esos recursos económicos y el aporte de los bienes y servicios, no puede entenderse que la entidad estatal le estuviera pagando al particular una contraprestación directa por la prestación de los bienes y servicios a su cargo y viceversa, en tanto los aportes conjuntos eran realizados para el logro de la finalidad común de beneficiar con alimentación segura a los habitantes de la calle –según el alcance del objeto-, con lo que se descarta una relación directa de conmutatividad prestacional entre la entidad pública demandante y la demandada.

Lo anterior conduce a señalar que el convenio de asociación objeto de estudio no se encuentra excluido de la aplicación del Decreto 777 de 1992⁴⁸ –*que desarrollo el artículo 355 de la CP-*, porque no hubo contraprestación directa a favor de la entidad pública. Recuérdese que el artículo 2 del referido Decreto, en su numeral 1, establecía que estaban excluidos de su aplicación “1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”.

4.2.3. También debe indicarse que, si bien en los considerandos del acuerdo de voluntades se aludió que aquel se regía por la Ley 489 de 1998 y por la Ley 80 de 1993, lo cierto es que, al margen de esa referencia al Estatuto General de

⁴⁸ Cabe indicar que el Decreto 777 de 1992 fue derogado por el Decreto 092 de 2017 [por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política], este último que en su artículo 8 consagró que la contratación con entidades sin ánimo de lucro, a través de convenios de asociación o contratos de fomento, se rige por las normas generales de la contratación pública; sin embargo, el aludido Decreto 092 de 2017 no resulta aplicable al caso *sub examine*, en virtud de lo previsto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, porque el convenio de asociación objeto de estudio se celebró el 27 de marzo de 2013, mucho antes de la expedición de ese Decreto y de su entrada en vigencia (1 de junio de 2017), de manera que a dicho acuerdo de voluntades se entiende incorporado el Decreto 777 de 1992 –*en cuyo artículo 1° dispuso que para la celebración de los convenios de asociación debían seguirse las reglas del derecho privado-*, toda vez que era la norma que estaba vigente al momento de su suscripción. Es así como, incluso, el mismo Decreto 092 de 2017, en su artículo 11, expresamente dispuso: “Los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del presente decreto continuarán ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes en el momento en que fueron suscritos”.



Contratación de la Administración Pública, estamos en presencia de un verdadero convenio de asociación -suscrito en vigencia del Decreto 777 de 1992-, atendiendo al objeto y finalidad perseguidos, de manera que **su régimen jurídico aplicable es el derecho privado**, de acuerdo con lo expuesto en el acápite 4.1. de las consideraciones de la presente providencia.

Se advierte que la sola referencia a la Ley 80 de 1993 en los considerandos del convenio, además de ser equivocada, no tiene la virtualidad de modificar o generar efectos sobre las normas llamadas a regir el acuerdo de voluntades en cuestión, así como tampoco es posible entender que las partes, con la indicación de la Ley 80 de 1993, pactaron que al convenio de asociación se le aplicaba el derecho público, toda vez que el régimen jurídico de los contratos estatales no es un asunto del que puedan disponer las partes; la definición del régimen legal aplicable es una tarea reservada al legislador, que, en el caso de los convenios de asociación suscritos en vigencia del Decreto 777 de 1993, optó por consagrar que aquellos se encuentran sometidos al derecho privado y no al Estatuto General de Contratación Pública.

A lo anterior se añade, en todo caso, que no es extraño que el presente convenio de asociación, a pesar de regirse por el derecho privado, hubiese incluido la aplicación de las potestades exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993, toda vez que el mismo Decreto 777 de 1992 –*que desarrolló el artículo 355 de la CP*- avaló la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales al derecho común⁴⁹.

4.3. Conteo de la caducidad en el caso concreto

4.3.1 Hechas las anteriores precisiones, conviene señalar que el CPACA, para efectos de determinar a partir de cuándo debe computarse el término de caducidad, establece una serie de reglas para los eventos en que la demanda tiene origen en un negocio jurídico, entre las cuales existe una que hace relación a los contratos

⁴⁹ El artículo 1° del mencionado Decreto previó: “**ARTÍCULO 1°.- Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983**” (se destaca). Se observa en esa disposición la posibilidad de incluir potestades exorbitantes en los contratos de fomento, cuyo régimen es el mismo que el de los convenios de asociación (derecho privado), en la cual se hizo alusión al Decreto 222 de 1983, porque para la fecha no se había expedido la Ley 80 de 1993.



que requieren de liquidación, actuación que en el caso bajo análisis viene a ser el punto de referencia para computar el término para ejercer el derecho de acción, toda vez que en el presente caso las partes estipularon la liquidación del acuerdo de voluntades. Se precisa, además, que estas reglas del estatuto procesal también resultan aplicables a los convenios de asociación.

En lo que a este caso interesa, resulta oportuno traer a colación la regla prevista en el artículo 164 *ibidem*, numeral 2, literal j), apartado v), que dispone:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada (...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad (...) j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento (...).

*“En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así (...) **v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente** o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga (...)*” (se destaca).

Tal como se expuso en acápites anteriores, al convenio objeto de estudio le son aplicables las reglas del derecho privado. Como lo ha señalado la jurisprudencia, los acuerdos de voluntades que se rigen por dichas normas no requieren del trámite de liquidación, a menos que los contratantes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pacten la obligación de liquidarlo, tal como sucedió en este caso particular en la cláusula décima séptima del negocio jurídico. Esto se acordó:

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – LIQUIDACIÓN. El presente convenio será objeto de liquidación dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Si no se presentan para efectos de la liquidación del mismo o las partes no llegan a ningún acuerdo, la SECRETARÍA procederá a su liquidación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual proferirá resolución motivada susceptible del recurso de reposición”.

Más allá de la referencia a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, las cuales no resultan aplicables al convenio de asociación objeto de estudio, se observa que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, acordaron que aquel se liquidaría bilateralmente dentro de los 6 meses siguientes al vencimiento del plazo



de ejecución y dispusieron que, en caso de no llegar a ningún acuerdo, se procedería a su liquidación de conformidad con los artículos de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007 que consagran la liquidación unilateral por parte de la administración en los contratos sujetos al derecho público, de donde puede entenderse que la Secretaría y la Fundación de consumo -*artículo 1618 C.C.* contemplaron la liquidación unilateral del convenio para el evento en que aquella no se efectuara bilateralmente.

4.3.2. Aunque en el *sub examine* no es objeto de controversia la validez de la aludida cláusula décima séptima, es menester analizar si es posible pactar o no la liquidación unilateral en un negocio jurídico que se rige las normas derecho privado, tema que no ha sido uniforme ni pacífico en la jurisprudencia, pues se han presentado posturas divergentes, aspecto que resulta relevante dilucidar dada su clara incidencia en el cómputo de la caducidad.

A la vista de lo anterior, es del caso realizar un breve esbozo sobre las posturas existentes al respecto, tal como a continuación pasa a exponerse:

Una **primera postura** ha sido planteada en el entendido de que en los contratos estatales regidos por el derecho privado las partes no pueden atribuirse la potestad de liquidar unilateralmente esos negocios jurídicos, porque tal facultad deviene de la ley, específicamente del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y las normas del derecho común no prevén esa competencia. Bajo ese derrotero, la jurisprudencia ha señalado que el plazo previsto para liquidación unilateral no es posible tenerlo en cuenta para efectos del cómputo de la caducidad.

En ese sentido se ha dicho:

***(...) como al contrato suscrito por el Fondo de Adaptación le aplican las reglas del derecho privado y no las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dicha entidad no contaba con la facultad para liquidarlo unilateralmente, de ahí la imposibilidad de tener en cuenta los 2 meses a los que alude la norma precitada** (artículo 164, numeral 2, literal j), apartado v), del CPACA), razón por la cual, como ya se dijo y contrario a lo expuesto por la parte demandante en su recurso de apelación, en este caso el cómputo de la caducidad de los 2 años empieza a correr partir del vencimiento del plazo convenido para liquidarlo bilateralmente, en cuanto dicho acto contractual no se llevó a cabo. Adicionalmente, conviene precisar que, si bien el Fondo de Adaptación podía dar aplicación a las cláusulas excepcionales al derecho común previstas en los artículos 14 a 18 de la Ley*



80 de 1993 -por disposición expresa del artículo 7 del Decreto-ley 4819 de 2010-, lo cierto es que ello no habilitaba a dicho ente para liquidar unilateralmente el respectivo contrato, pues esta potestad no se encuentra dentro de aquellas que la Ley 80 consagró en los referidos artículos⁵⁰ (se destaca).

En esa misma línea se ha señalado:

*“Al respecto, **tratándose de controversias relativas a contratos sujetos a derecho privado** resulta pertinente destacar que el derecho común no se contempla su liquidación obligatoria a menos que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, acuerden llevar a cabo la liquidación bilateral, en cuyo caso, el plazo convenido para tales efectos deberá tenerse en cuenta a la hora de verificar si el término preclusivo de la caducidad de la acción se cumplió. **Ello significa, de igual manera, que el plazo previsto para la liquidación unilateral de los contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 no deba computarse para verificar la caducidad de la acción pues, tal como lo ha señalado esta Corporación, en los negocios jurídicos regidos por el derecho común las partes no pueden atribuirse la potestad de liquidar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo, que la misma requiere habilitación legal y las normas de derecho privado no prevén esa competencia**”⁵¹ (subrayas y negrillas fuera del texto original).*

En suma, de acuerdo con el planteamiento anterior, bajo la óptica de que no es posible que la entidad liquide unilateralmente los contratos estatales regidos por derecho privado –aun cuando se haya pactado–, en estos casos el término de los 2 años de la caducidad se ha computado a partir del vencimiento del plazo con el que contaban las partes para liquidarlo bilateralmente.

Una **segunda postura** ha sido esgrimida en el entendido de que es válido el pacto de la liquidación unilateral en los contratos estatales sometidos al derecho común, mientras que no exista norma que lo prohíba. Es una tesis en la que se privilegia la autonomía de la voluntad de las partes y el principio de buena fe y la confianza legítima generada entre las partes del contrato sobre los términos dispuestos para su liquidación, razonamiento hacia el que recientemente ha venido inclinándose la Sección Tercera de esta Corporación. En ese contexto, la jurisprudencia ha dicho que para el conteo de caducidad debe tenerse en cuenta el plazo previsto en el negocio para la liquidación unilateral.

Esto se ha afirmado:

“(…) resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección, Auto del 30 de mayo de 2019. Rad.: 61849.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de diciembre de 2022. Rad.: 62370.



cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones **o acordada en el mismo contrato**, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales (...). Luego, si lo que ocurre es que en un contrato celebrado por una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, que se rige por normas de derecho privado, **las partes convienen que ante la falta de acuerdo la entidad lo liquide unilateralmente, esa estipulación es válida**, así como también los diferentes actos que se expidan para hacerlo, siempre y cuando que no exista norma que lo prohíba y no afecte la prestación del servicio público o el interés general⁵² (negrillas fuera del texto original).

En similar sentido, bajo la precisión de que la validez del pacto de la liquidación unilateral no hacía parte del objeto del litigio, se sostuvo:

*En relación con el contrato J011, las partes pactaron que la liquidación bilateral se llevaría a cabo dentro de los 4 meses siguientes a la terminación del Contrato (cláusula décima quinta, folio 18, cuaderno 1). **En el evento en que no lograran realizar la liquidación de común acuerdo dentro de ese término, acordaron, en la cláusula décima sexta, que el Municipio tendría 30 días para liquidarlo unilateralmente (folio 18, cuaderno 1).***

*“17.- Sin que la legalidad de esta estipulación forme parte del objeto del litigio, debe precisarse que, en este caso, **las partes pactaron un término para llevar a cabo la liquidación unilateral del Contrato J011, inferior al término de 2 meses previsto legalmente para este efecto.** Para la época en que fue celebrado el contrato no existía una norma que estableciera el término en el que debían ser liquidados los contratos, y la regla de dos meses para realizar la liquidación unilateral estaba contenida en el artículo 136 del CCA para efectos de la contabilización del término de caducidad en aquellos casos en los cuales no se realizara la liquidación, caso en el cual se hacía necesario definir cuándo se entendía incumplida la obligación para liquidar.*

*“18.- **Es claro que ese término puede ser modificado por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad**, que fue lo que ocurrió en este caso en el que, en lugar de guardar silencio o definir el término legal de dos meses, se acordó que el término para liquidar sería de 30 días luego de vencido el de 4 meses previsto para la liquidación bilateral (...).”⁵³ (se destaca).*

Recientemente se ha indicado:

*“(...) si bien la Corporación ha reconocido que, en principio, el término de caducidad no puede estar sujeto a la disposición y manifestaciones de las partes, en este caso, **los contratantes, en ejercicio de su autonomía contractual, pactaron la posibilidad de que el Hospital San José de Tierra Alta acudiera a la liquidación unilateral dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento de la etapa de liquidación bilateral. Independientemente del análisis de legalidad de la cláusula contractual, resulta necesario tener en cuenta dicho plazo para determinar el cómputo de caducidad del medio de control, en prevalencia del principio de buena fe y confianza generada entre las partes del negocio, debido***

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Rad.: 56562.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de agosto de 2020. Rad.: 51673.



a que no se trata de un capricho o arbitrariedad del demandante sino de lo dispuesto en los términos del contrato⁵⁴ (negrillas y subrayas fuera del texto original).

En estos casos, siguiendo el derrotero de la segunda postura, los 2 años de la caducidad se han computado a partir del vencimiento del plazo con el que contaba la entidad para liquidar unilateralmente el contrato, bajo el entendimiento de que el pacto es válido –*pues la ley no lo prohíbe*-. También, en los asuntos en los que no es objeto de controversia la legalidad de la estipulación contractual en la que se acuerda la liquidación unilateral, con mayor razón habría de tenerse en cuenta, para efectos del conteo de la caducidad, el lapso pactado para liquidación unilateral, privilegiándose el principio autonomía de la voluntad de las partes.

4.3.3. Puestas de presente las dos posturas jurisprudenciales divergentes, la Sala adoptará la segunda para efectos del cómputo de la caducidad en el caso concreto, porque, al margen de la validez o no de la cláusula décima séptima del convenio de asociación No. 4843 de 2013 en la que se pactó que –*ante la falta de acuerdo de las partes*- la entidad pública podía liquidarlo unilateralmente, lo cierto es que ello no hace parte del objeto del presente litigio. Recuérdese, además, que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en providencia de unificación del 1° de agosto de 2019⁵⁵, consideró que en caso de duda sobre la aplicación de normas y reglas de caducidad debe privilegiarse una interpretación favorable al ejercicio de la acción, en garantía del derecho de acceso a la Administración Justicia.

Así las cosas, en el *sub examine* resulta favorable la aplicación de la segunda postura jurisprudencial, porque de aplicarse la primera, con apego en la cual no podría tenerse en cuenta el plazo de la liquidación unilateral para efectos del cómputo de la caducidad, habría lugar a concluir que la demanda no se ejerció en tiempo⁵⁶. Es así que, en aplicación del principio *pro actione* y en aras de garantizar

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 14 de julio de 2021. Rad.: 66919. En esta providencia se hizo un breve recorrido de las posturas divergentes sobre el conteo de la caducidad en aquellos contratos estatales regidos por el derecho privado en los que se pacta liquidación unilateral.

⁵⁵ Rad.: 62009.

⁵⁶ En este evento los 2 años de la caducidad se computarían a partir del vencimiento del plazo para liquidar bilateralmente el contrato. Como el plazo de ejecución del convenio finalizaba el 2 de febrero de 2014, el plazo acordado de los 6 meses para liquidarlo de mutuo acuerdo finalizaba el 3 de agosto de 2014, de manera que los 2 años de la caducidad vencían el 4 de agosto de 2016, pero, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, dicho término se suspendió cuando faltaba 1 mes y 6 días para que operara la caducidad, por cuanto la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 28 de junio de 2016, diligencia que se declaró fallida porque las partes no llegaron a ningún acuerdo, según la constancia expedida por el Ministerio Público el 30 de noviembre de 2016. No puede entenderse que la caducidad se suspendió hasta el 30 de noviembre de 2016, porque para



el acceso a la Administración de Justicia, esta Sala analizará el presupuesto de la caducidad de acuerdo con la segunda postura jurisprudencial, teniendo en cuenta como referente inicial para su cómputo el vencimiento del 2 meses dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 para la liquidación unilateral, norma que, si bien no hace parte del régimen jurídico que informó el convenio sometido a examen, fue a la que las partes decidieron remitirse en la cláusula décimo séptima⁵⁷, en virtud de la cual pactaron que la entidad territorial procedería a liquidar unilateralmente el convenio en el evento en que no se lograra la liquidación de consuno.

En el sentido señalado se concluye, entonces, que en el presente caso los extremos procesales acordaron que el convenio materia de examen judicial se liquidaría bilateralmente dentro de los 6 meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución y que, en caso de no llegar a ningún acuerdo, la Secretaría procedería a liquidarlo unilateralmente dentro de los 2 meses siguientes⁵⁸, esto último bajo el entendimiento de que ello en la práctica se materializaría con un acto jurídico privado, que no a través de un acto administrativo, en tanto el convenio de asociación se rige por el derecho común, más allá de que en su cláusula décima séptima se hubiera indicado que se formalizaría mediante “*resolución motivada susceptible del recurso de reposición*”.

En línea con lo anterior, se precisa que el plazo de ejecución del convenio objeto de estudio se extendía hasta el 2 de febrero de 2014⁵⁹, de manera que el término

dicha fecha ya habían transcurrido los 3 meses desde que se presentó la solicitud de conciliación - 28 de junio de 2016-, que fue lo que ocurrió primero, de modo que la suspensión se extendió solamente hasta el 28 de septiembre de 2016. En ese contexto, la caducidad se suspendió cuando faltaba 1 mes y 6 días para que se venciera, reanudándose dicho término el 29 de septiembre de 2016, por lo que el plazo para interponer el libelo introductorio se extendió hasta el 4 de noviembre de 2016. **Como la demanda objeto de estudio se radicó el 1° de diciembre de 2016, siguiendo el derrotero de la primera postura jurisprudencial habría que concluir que la demanda se interpuso extemporáneamente.**

⁵⁷ “CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – LIQUIDACIÓN. *El presente convenio será objeto de liquidación dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Si no se presentan para efectos de la liquidación del mismo o las partes no llegan a ningún acuerdo, la SECRETARÍA procederá a su liquidación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual proferirá resolución motivada susceptible del recurso de reposición*”.

⁵⁸ En la cláusula décima séptima del convenio se hizo referencia a los artículos 61 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, que en su orden disponen sobre la liquidación unilateral y el plazo de 2 meses con el que cuenta la entidad pública para hacerlo; sin embargo, según se explicó, como al convenio de asociación en cuestión no le es aplicable el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, ese pacto debe entenderse, bajo las reglas del derecho privado, en el sentido de que las partes acordaron que la Secretaría podía liquidarlo unilateralmente dentro del plazo de los 2 meses siguientes al vencimiento del lapso de 6 meses estipulado para liquidarlo bilateralmente.

⁵⁹ Según la cláusula séptima del convenio de asociación, el plazo de ejecución se pactó en 10 meses, contado a partir de la suscripción del acta de inicio. La aludida acta de inicio se suscribió el 2 de abril



de 6 meses para la liquidación bilateral fenecía el 3 de agosto de ese año, y el lapso de 2 meses para la unilateral finalizaba 4 de octubre de 2014.

En ese orden de ideas, los 2 años para ejercer el medio de control vencían el 5 de octubre de 2016; sin embargo, ha de advertirse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001⁶⁰, dicho término se suspendió cuando faltaban 3 meses y 7 días para que operara la caducidad, por cuanto la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 28 de junio de 2016⁶¹, diligencia que se declaró fallida porque las partes no llegaron a ningún acuerdo, según la constancia expedida por el Ministerio Público el 30 de noviembre de 2016.

En este punto la Sala considera oportuno advertir, siguiendo las prescripciones de la norma aludida, que con ocasión de la solicitud de conciliación extrajudicial la suspensión de la caducidad se extiende, según el caso, (i) hasta que se logre el acuerdo conciliatorio; (ii) hasta que se expida la respectiva constancia; o (iii) hasta que venza el término de 3 meses desde que se presenta dicha solicitud, **lo que ocurra primero**. Es así que, en este caso concreto, la suspensión de la caducidad no se extendió hasta la fecha en que se expidió la constancia de no conciliación por parte del Ministerio Público -30 de noviembre de 2016-, en tanto para esa época ya habían transcurrido los 3 meses desde que se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial -28 de junio de 2016-, es decir, que ocurrió primero el vencimiento de los 3 meses referidos -28 de septiembre de 2016-.

Así las cosas, como el término preclusivo se suspendió cuando faltaban 3 meses y 7 días para que se venciera, reanudándose el 29 de septiembre de 2016⁶², se tiene

de 2013, documento en el que consignó que la ejecución del convenio finalizaba el 2 de febrero de 2014 (Fl. 9, C.2).

⁶⁰ “ARTÍCULO 21. *Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable*” (se destaca). En el artículo 20 de la Ley 640 de 2001 se establece: “Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, **tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud**. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término” (se destaca).

⁶¹ Esto consta en el acta expedida por el Ministerio Público: “Mediante apoderado, el convocante Secretaría Distrital de Integración Social presentó solicitud de conciliación extrajudicial el día 28 de junio de 2016, convocando a la Fundación Multiactiva Emprendiendo” (Fl. 82, C2).

⁶² Día siguiente al vencimiento de los 3 meses desde que se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial.



que el plazo para interponer el libelo introductorio finalizaba, exactamente, el 5 de enero de 2017, pero como ese día hace parte de la vacancia judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913 y los incisos 7° y 8° del artículo 118 del CGP, el plazo para demandar se extendió hasta el día hábil siguiente, esto es, hasta el 11 de enero de 2017.

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta que la demanda objeto de estudio se radicó el 1° de diciembre de 2016, la Sala concluye que se presentó en tiempo.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si, de conformidad con lo hechos probados, la Fundación incumplió las obligaciones en el convenio de asociación No. 4843 de 2013, en los términos alegados por la entidad pública demandante.

6. Hechos probados y pruebas adicionales para la resolución del caso concreto

En virtud de lo dispuesto en el artículo 246 del CGP⁶³, la Sala analizará los documentos aportados en copia simple; además, se precisa que aquellos no fueron tachados de falsedad por alguna de las partes en la oportunidad procesal pertinente, y tampoco existe alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia.

De acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, se encuentran establecidos los siguientes hechos que interesan al presente caso:

⁶³ "ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente".



En relación con el convenio de asociación y su clausulado

6.1. Está acreditado que, el 27 de marzo de 2013, el Distrito Capital de Bogotá – Secretaría Distrital de Integración Social y la Fundación Multiactiva Emprendiendo suscribieron el convenio de asociación No. 4843, cuyo objeto consistió, según su cláusula primera, *“en aunar recursos técnicos, administrativos y financieros para garantizar el acceso a una alimentación nutricional adecuada e inocua y desarrollar el componente de inclusión social a través de la promoción de estilos de vida saludable y vigilancia nutricional con la población atendida en el centro de acogida día-noche y centro de autocuidado de la Secretaría”*.

6.1.1. En la cláusula tercera, literal a), se pactaron las obligaciones de las partes. La Fundación se comprometió a cumplir, entre otras, las siguientes (se transcriben las obligaciones que la demandante consideró incumplidas):

“(1) aportar la suma de \$469’600.000, representada en servicios y bienes;

(...).

(8) dar cumplimiento a sus obligaciones frente al sistema de seguridad social integral y parafiscales para lo cual deberá realizar los aportes a que se refiere el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, en lo relacionado con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, SENA e ICBF, cuando haya lugar ello, de conformidad con las normas y reglamentos que rigen la materia;

(9) Asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal que contrate para la ejecución del convenio, lo mismo que el pago de honorarios, los impuestos, gravámenes, aportes y servicios de cualquier género que establezcan las leyes colombianas y demás erogaciones necesarias para la ejecución del convenio. Es entendido que todos estos gastos han sido estimados por el asociado al momento de la presentación de la Carta de Presentación de la Propuesta”.

También está probado que la Fundación asumió los siguientes compromisos: (i) presentar los informes sobre la ejecución del convenio que le sean solicitados por el supervisor y/o interventor y los señalados en el presente asunto; (ii) entregar un informe final a la terminación del convenio, en el cual se consoliden todas las entregas por tiempo de comida y servicio, junto con lo relacionado con el componente técnico nutricional y de inclusión social; y (iii) acatar y aplicar de manera diligente las observaciones y recomendaciones impartidas por el supervisor y/o interventor del convenio de asociación.



Por su parte, las obligaciones que adquirió la Secretaría Distrital de Integración Social fueron las siguientes: (i) aportar la suma de \$1.964'400.000; (ii) realizar los desembolsos correspondientes, de acuerdo con los recursos comprometidos de manera oportuna y acorde con lo establecido en los estudios previos y el anexo técnico del Convenio; (iii) suministrar la información disponible y que se requiera para el proceso de planeación e implementación de cada una de las acciones establecidas en el convenio; (iv) hacer seguimiento al cumplimiento de las obligaciones parciales y (v) las demás que se requieran en función del objeto del convenio, así como las establecidas a cargo de la Secretaría en los estudios previos y en el anexo técnico.

Consta en el considerando 33 del convenio de asociación lo siguiente: “33. *Que el ASOCIADO conoce y acepta cada una de las estipulaciones contenidas en el Anexo Técnico del presente convenio, el documento de estudios previos y sus anexos, **los cuales hacen parte integral del mismo***”⁶⁴ (se destaca). Igualmente, entre otras obligaciones que le asistían al asociado, se encuentra la de que debía conocer a cabalidad el estudio previo, el anexo técnico y el convenio para realizar la ejecución del mismo con eficiencia y eficacia, así como también la de “*cumplir con todas las condiciones técnicas establecidas en el presente anexo técnico y en todos los demás documentos anexos y **que son parte integrante del mismo***”⁶⁵ (se destaca).

Se anticipa desde ya que los estudios previos ni el anexo técnico reposan en el expediente.

6.1.2. En la cláusula cuarta del convenio de asociación se pactó su valor, acordándose al efecto que los aportes correspondían a la suma de \$2.434'000.000, distribuidos de la siguiente manera: \$1.964'400.000, por parte de la Secretaría y \$469'600.000, por parte de la Fundación. A su vez, en la cláusula séptima se estipuló el plazo de ejecución en 10 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

6.1.3. En la cláusula sexta se acordó lo atinente a los desembolsos, en el sentido de que la Secretaría “*realizará un primer desembolso correspondiente al 10% del valor del convenio, previo cumplimiento de lo siguiente*”: 1. Ciclo de menús y su

⁶⁴ Fl. 3, C.2.

⁶⁵ Fl. 4, C.2.



análisis nutricional cuantitativo diario para cada centro, elaborados conforme a los lineamientos establecidos por la Secretaría en el anexo técnico; 2. Entrega de un certificado en el que conste que la planta de producción propia o en arrendamiento cuenta con la capacidad de producción, alistamiento, almacenamiento y entregas, entre otros, disponibles para cumplir con lo requerido por la Secretaría y las normas aplicables; 3. Cumplimiento con el menaje, equipos y utensilios requeridos en cada uno de los centros; 4. Entrega de los documentos exigidos para el transporte de alimentos; y 5. Cumplimiento del recurso humano establecido en el anexo técnico.

En dicha cláusula del convenio de asociación también se pactó:

“El asociado deberá cumplir con los aportes desde el inicio y hasta la finalización del convenio, haciéndolo gradualmente de acuerdo a la ejecución del convenio.

LA SECRETARÍA desembolsará al asociado el 85% restante del valor del convenio, en mensualidades vencidas, previa presentación de la factura debidamente diligenciada y soportada con la certificación de entrega que evidencie la cantidad de alimentos recibidos a satisfacción, expedida por el responsable de los servicios por parte de la SDIS y el informe del supervisor o interventor de la SDIS, informe de ejecución del asociado y certificación del pago al Sistema Integral de Seguridad Social y Parafiscales expedida por el representante legal o revisor fiscal (según aplique).

Se realizará un último desembolso correspondiente al 5% del valor del convenio a la suscripción del acta de liquidación del mismo, previa verificación y aprobación del informe final presentado por el asociado al supervisor o interventor de la SDIS.

PARÁGRAFO PRIMERO. EL ASOCIADO deberá acreditar el pago de los aportes establecidos en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, lo cual se hará mediante certificación expedida por el revisor fiscal o el representante legal si no tiene revisor fiscal, y demás normas que lo modifiquen, reglamente o complementen. El asociado deberá anexar con la factura e informe favorable del supervisor o interventor del convenio el certificado de pago de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, de lo contrario no se tramitará la respectiva factura.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El asociado deberá acreditar, previo a cada desembolso, que respecto de sus obligaciones en materia laboral frente al personal utilizado para la ejecución del convenio, se encuentra al día a la fecha de presentación de la factura.

PARÁGRAFO TERCERO. Los desembolsos que efectúe la SECRETARÍA en virtud del presente convenio estarán sujetos a la programación de los recursos del Programa Anual de Caja – PAC y a los recursos disponibles en tesorería.

(...).

PARÁGRAFO QUINTO. El ASOCIADO está en la obligación de entregar al/los supervisores el original y una copia de las facturas correspondientes a los alimentos efectivamente entregados, junto con el paz y salvo de aportes a seguridad social y parafiscales, con lo cual el/los supervisores expedirán el certificado para el pago y realizará el trámite ante el Área Financiera”.



6.1.4. Consta que el 27 de marzo de 2013 se suscribió el acta de inicio, documento en el que se plasmó como fecha de inicio el 3 de abril de 2012 y como fecha de finalización de la ejecución del convenio el 2 de febrero de 2014⁶⁶.

En cuanto a las visitas realizadas por la Secretaría Distrital de Integración Social a los centros de acogida y autocuidado

6.2. Está probado que el 8 de noviembre de 2013 se realizó una visita por parte de la Secretaría al Centro de Acogida – Autocuidado ubicado en Puente Aranda y operado por la Fundación, de la cual se levantó un acta -cuyo período evaluado fue el mes de noviembre- suscrita por un funcionario de la Secretaría y por la auxiliar contable de la Fundación, en la que se consignó lo siguiente⁶⁷:

6.2.1. En lo atinente a los “*Gastos Ejecutados en el Mes*”, se hicieron las siguientes observaciones: “*Proveedores: - Distribuidora Santander (...); - Almacenes Éxito (Abarrotes. Aseo y cárnicos – pollo, lácteos)*”.

6.2.2. En relación con las obligaciones laborales de operador, consta que se realizó el pago de salud, pensión, ARP, pero no de cesantías. En este punto se hicieron las siguientes observaciones: “*Pago de SGSS y parafiscales de octubre al día, el pago de noviembre se enuncia a correo electrónico. Contratos laborales a término fijo*”.

6.2.3. A manera de hallazgos, entre otros, se advirtió “*solicitar paz y salvo a proveedores con corte a 15 de noviembre (...) soportar gastos de ‘gastos administrativos’ y desgaste por operación*”.

6.2.4. Se presentó un concepto desfavorable de la visita.

6.3. Se encuentra acreditado que el 13 de diciembre de 2013 la Secretaría realizó una nueva visita al mismo Centro de Acogida – Autocuidado, para evaluar el mes de diciembre. En punto a los hallazgos de la visita, en el acta, suscrita por un funcionario de la Secretaría y por la auxiliar contable de la Fundación, se plasmó⁶⁸:

“A continuación se realiza el cierre de los siguientes compromisos:

⁶⁶ Fl. 9, C.2.

⁶⁷ Fls. 10 a 12, C.2. A folios 13 y 14 del C2 también obra un formato de acta de visita pero es ilegible.

⁶⁸ Fls. 15 y 16, C.2.



- *Compromiso No. 6, del acta del 14 de noviembre de 2013.*

Se evidencia pago de servicio de teléfono e internet correspondiente a los meses de agosto, septiembre y octubre por un valor de \$643.810 pagados el día 4 de diciembre de 2013, único valor incluido para informe (...) y quedando un saldo de \$1'356.190.

- *Compromiso No. 5*

Se evidencia pago de parafiscales del mes de noviembre, se adjunta planilla, pagada el 9 de diciembre de 2013, por \$6'452.804.

- *Compromiso No. 1.*

En visita realizada el día 5 de diciembre se verificó el pago de la nómina correspondiente al período del 16 de octubre al 30 de noviembre de 2013.

- *Compromiso No. 3*

Se realiza el cierre de este compromiso de pago a proveedor Amapolita, de forma condicional, hasta presentar comprobante de egreso. Firmados y sellados”.

6.4. También se probó que el 18 de diciembre de 2013 se llevó a cabo otra visita al mismo centro de acogida (Puente Aranda), en la que se realizó el cierre de compromisos y de la cual también se levantó un acta suscrita por un funcionario de la Secretaría y por la auxiliar contable de la Fundación; en este documento se consignó⁶⁹:

“C.2. Realizar pago a proveedor Éxito: se presenta un oficio por parte del operador donde manifiesta que el pago no se realizó, debido a pagos adicionales en otros compromisos, pero se evidencia un pago total en otros compromisos por valor de \$75'342.157, por lo cual y en relación al pago de la factura se evidencia un saldo de \$83'315.534 (menos dctos) sin soporte que verifique la veracidad de la información. Se pondrá el caso a disposición del supervisor para que autorice o no el cumplimiento del acta de pago condicionado.

(...).

Se realizó reunión con operador, supervisión y proveedores que manifiestan deuda del operador (se anexa acta)”.

6.5. Se probó que los días 17 y 20 de enero de 2014 se realizó otra visita al centro de acogida de Puente Aranda, de la cual también se levantó acta suscrita por un funcionario de la Secretaría y por la auxiliar contable de la Fundación y en la que se consignó lo siguiente⁷⁰:

6.5.1. En cuanto al “*anticipo*” consta que ascendió al 30%, por un valor de \$730'200.000. A manera de observación se plasmó que “*al operador se le giró el 30% del valor del contrato, aunque por contrato se debió girar el 10%*”.

⁶⁹ Fls. 17 y 18, C.2.

⁷⁰ Fls. 20 a 22, C.2.



6.5.2. En relación con los “pagos”, aparece que a la fecha a la Fundación se le habían realizado tres “sin contar el anticipo”, que el porcentaje ejecutado era del 49%, que el valor certificado del último pago ascendió a la suma de \$158'655.691 y que la fecha del último pago data del 21 de noviembre de 2013.

6.5.3. En lo que respecta a las obligaciones laborales del operador, se consignó que no se realizó el pago de salud, pensión, ARP y parafiscales y que la fecha del último pago fue el 28 de noviembre de 2013. Además, se plasmaron las siguientes observaciones: “último pago de nómina del 16 de octubre al 30 de noviembre; último pago de parafiscales correspondientes al período de noviembre”. Igualmente, se aprecia que en unas casillas aparece consignado que eran 12 empleados y 5 contratistas.

6.5.4. Dentro de los hallazgos se evidenció:

“(…) El operador no ha cancelado salarios, argumentando el no desembolso por parte de SDIS, aunque se anexa soporte de un subsidio de transporte dado el día 11 de noviembre de 2014, por valor de \$100.000 c/u y 2 subsidios de salud por valor de \$120.000. Valor total de \$1'920.000 (...) se reiteran hallazgos administrativos presentados en visita anterior, falta de personal, no pago de obligaciones salariales, no pago de parafiscales, falta de soportes financieros y administrativos de la ejecución del contrato, falta de personal profesional dentro de cada uno de los centros”.

Respecto de los requerimientos realizados por el supervisor del convenio a la Fundación por el presunto incumplimiento de obligaciones

6.6. Está acreditado que el 28 de enero de 2014 el supervisor del convenio le hizo un requerimiento a la Fundación, que denominó ADM 11, por los hallazgos de unos hechos generadores de incumplimiento, con ocasión de las visitas realizadas a los centros de autocuidado y acogida los días 17 y 20 de enero de 2014⁷¹.

A partir del correspondiente documento, se observa que los hallazgos fueron los siguientes: 1. Ausencia del personal profesional (administrador centro de acogida, administrador centro de autocuidado y nutricionista), así como de 7 manipuladoras de alimentos en los dos centros; 2. Falta de pago por parte del operador de obligaciones salariales correspondientes al mes de diciembre (incluyen primas legales); 3. Falta de presentación de soportes de pagos de obligaciones salariales

⁷¹ Fls. 23 y 24, C.2.



y aportes al sistema de seguridad social SGSS del personal que labora en el comedor; 4. Falencias en los contratos de personal nuevo (mal diligenciados y sin firmas de las partes): 5. *“No presentación del acta de entrega de elementos a entregar dentro del convenio firmado con la Secretaría de Integración Social para establecer cantidades y valor debitado de la obligación del convenio”*.

Asimismo, consta en el documento que el supervisor resaltó que los citados hallazgos eran susceptibles de mejora haciendo los ajustes respectivos, por lo que requirió al operador para que allegara los documentos que permitieran sanear esos puntos, e indicó que, en el evento de no aportarlos, *“la entidad procederá a remitir para el estudio de un presunto incumplimiento del contratista por omisión de los soportes necesarios para calificar el cumplimiento del objeto obligaciones contractuales”*.

6.7. Está probado que el 16 de septiembre de 2014 el supervisor realizó otro requerimiento (ADM 139) al representante legal de la Fundación, por el posible incumplimiento de unas obligaciones contractuales, en los siguientes términos⁷² (transcripción literal con eventuales errores):

“HECHOS GENERADORES DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO

Durante la ejecución del contrato 4843 de 2013, el equipo de apoyo a la Supervisión realizó visitas por parte del componente administrativo y financiero a los centros de autocuidado y acogida día y noche de la localidad de Puente Aranda, en el período comprendido entre el 20 de agosto de 2013 al 2 de febrero de 2014, fechas en las que se establecieron los siguientes hallazgos, los cuales son de su conocimiento así:

1. En visita realizada el día 8 de noviembre de 2013 se evidenció que la Fundación no había realizado los siguientes pagos: A. Personal (administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarias). B. Seguridad social del recurso humano anteriormente citado. C. No se evidenció el pago de proveedores.

*2. De los hallazgos evidenciados en la visita del 8 de noviembre de 2013 se realizó mesa de trabajo entre la SDIS y la Fundación el 14 de noviembre de 2013, en la cual se generaron compromisos y se expidió por parte del equipo de apoyo a la supervisión concepto favorable condicionado para pago, con el fin de que el asociado cumpliera a cabalidad con lo siguiente: **a.** Cancelar el período de nómina del 16 de octubre al 30 de noviembre se requiere que, una vez el operador haya pagado la nómina, allegar a la supervisión el soporte de pago; **b.** Realizar el pago proveedor Éxito, entre 45 a 55 millones de pesos; **c.** Realizar el pago proveedor AMAPOLITA en promedio 7 millones de pesos; **d.** Garantizar la compra de fruiter y pescado (compra directa) que en promedio serán 28 millones de pesos; **e.** Realizar el pago de parafiscales que corresponde al mes de noviembre; **f.** Realizar el pago a proveedores por un valor aproximado de 2 millones; **g.** Realizar el pago a proveedores antiguos por 8 millones de forma porcentual; **h.** Allegar el plan de mejoramiento del componente técnico nutricional y administrativo solicitado por oficio bajo el radicado No. 64285 del 6 de*

⁷² Fls. 25 a 27, C2.



noviembre de 2013 del componente nutricional y el plan de acción solicitado en visita de nutrición del 9 de noviembre.

3. Conforme a lo anterior, una vez confirmado el pago al asociado, el 5 de diciembre de 2013 se realizó visita a las instalaciones del Centro de Acogida y Autocuidado, con el fin de verificar los compromisos adquiridos, cuyo resultado fue que la Fundación dio cumplimiento satisfactorio únicamente a los literales (a,c,d,f,h), por lo que se evidencia que las demás obligaciones siguen presuntamente incumplidas.

4. En las visitas realizadas los días 13 y 18 de diciembre de 2013 se realizó visita en la cual se evidencia que la Fundación no realizó el pago de las obligaciones salariales y aportes al Sistema de Seguridad Social – SGSS de los trabajadores vinculados al proyecto (administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarias) de los meses de diciembre de 2013 (sic), así como las respectivas liquidaciones del recurso humano citado.

5. En visitas realizadas los días 17 de enero y el 20 de enero de 2014 no se evidenció el pago y/o acta de entrega que soporte el pago de los aportes al convenio interadministrativo 4843 de 2013, por valor de \$469'000.000.

6. Conforme a las visitas anteriormente citadas, se evidencia que los hallazgos presentados no han sido subsanados por lo que se generó el requerimiento administrativo ADM11 de fecha 28 de enero de 2014 y radicado SAL 5789.

Por lo manifestado anteriormente se le REQUIERE A LA FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO subsanar los siguientes hallazgos, con el fin de dar cierre al contrato, así:

1. Los soportes de pago de nómina y seguridad social del personal (administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarias) durante el período comprendido entre los meses de diciembre de 2013 y enero de 2014, inclusive sus respectivas liquidaciones (obligación del anexo técnico 3.7. componente Administrativo y Financiero – 3.7.1. Talento Humano – 4.1. Obligaciones del Asociado, 4.1.1. Generales).

2. El soporte que certifique el pago de los aportes al convenio interadministrativo 4843 de 2013, por valor de \$469'000.000 que deben ser representados en servicios y bienes (obligación de anexo técnico 4.1. – Obligaciones del asociado, 4.1.1. Generales).

3. Allegar el informe final con las especificaciones descritas en el numeral 17 de las obligaciones generales del contrato.

En la parte final de ese mismo documento consta que la Secretaría requirió a la Fundación para que aportara los documentos que permitieran subsanar los hallazgos advertidos, en un plazo de tres (3) días hábiles siguientes al recibo del presente oficio.

6.8. En los mismos términos, el 8 de octubre de 2014, el supervisor le envió otro requerimiento al representante legal de la Fundación⁷³.

⁷³ Fls. 28 a 30, C.2.



6.9. Se encuentra acreditado que el 15 de abril de 2015 el supervisor del convenio requirió nuevamente al representante legal de la Fundación, por el posible incumplimiento, así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores)⁷⁴:

“Conforme a lo dispuesto en los artículos 83 y 84 y siguientes de la Ley 1474 de 2011, dentro del seguimiento que el equipo de apoyo a la supervisión ha realizado al cumplimiento de las obligaciones de la Fundación en desarrollo del citado contrato y en ejercicio de vigilancia que sobre la ejecución del contrato realiza, se generaron a la Fundación los requerimientos ADM-11 y ADM139 (distinguido como 2 requerimientos), donde se solicita al representante legal que allegue los documentos que subsanen los hallazgos mencionados y donde se advierte que de no realizarlo o no ser satisfactoria la respuesta dará inicio al proceso por posible incumplimiento contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así las cosas, y no obstante haberse enviado los requerimientos a las direcciones registradas al inicio del contrato y en aras de garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción que le asiste, por medio del presente me permito remitírseles nuevamente, no obstante y con el fin de que tenga suficiente claridad sobre lo que efectivamente tiene que presentar sus explicaciones acompañadas de los documentos que crea le sirven de soporte para el efecto, a continuación se le resumen así:

1. La Fundación no realizó el pago de las obligaciones salariales y aportes al Sistema de Seguridad Social SGSS de los trabajadores vinculados al proyecto (administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarias), correspondiente a los meses de diciembre de 2013 y enero de 2014, así como las respectivas liquidaciones del recurso humano citado.

2. En la documentación que reposa en esta Secretaría no se evidencia el desembolso y/o acta de entrega que soporte el pago de los aportes al convenio interadministrativo No. 4843 de 2013, por valor de \$469'000.000, acorde a lo pactado en el literal a) 'OBLIGACIONES DEL ASOCIADO' contenida en la cláusula tercera, correspondiente a las obligaciones generales de las partes.

3. No se evidencia pago a los proveedores, entre otros y a manera de ejemplo se tiene que los almacenes Éxito se les adeuda más de 45 millones y a Amapolita por más de siete millones.

Así las cosas, este Despacho le concede un plazo perentorio e improrrogable de 5 días contados a partir de la fecha de recibo del presente oficio, término dentro del cual deberá presentar las explicaciones a que haya lugar, acompañadas, como se dijo al comienzo de este de los documentos soportes que considere pertinentes para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones”.

6.10. Consta que el 29 de junio de 2016 el supervisor del convenio de asociación No. 4843 le remitió a la directora territorial de la Secretaría un documento contentivo de la **“Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo”**. Esto se consignó en el documento (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

“Una vez verificada la información remitida por la Subdirección de Contratación mediante INT 22349, en el cual solicita la tasación por perjuicios del contrato 4843/13,

⁷⁴ Fl. 44, 46 a 51, C.2.



por el no cumplimiento de las obligaciones administrativas descritas en la certificación de incumplimiento radicado en dicho despacho, relacionadas con pago de talento humano y aportes económicos al convenio por parte del asociado, las cuales fueron objeto requerimientos al operador sin que a la fecha se pudiera observar por parte del equipo de supervisión el acatamiento a dichas estipulaciones.

Por lo anterior en el marco la Resolución interna No. 0378 del 11 de febrero de 2016, suscrita por la señora Secretaria Distrital de Integración, mediante el cual se delega en la Subdirección para a Gestión Integral Local la supervisión directa de los contratos y/o convenios suscritos para la debida prestación de las modalidades de atención del proyecto se remite la tasación mención de la siguiente manera:

1. Pago de obligaciones salariales y aportes al sistema de seguridad social (...).

Dentro de este ítem y en el marco de las visitas efectuadas por el equipo de apoyo a la supervisión en el componente administrativo y financiero, no se evidenció el pago de salarios y/o honorarios así como los aportes a Sistema de Seguridad Social de los trabajadores vinculados por la Fundación correspondientes a los meses de diciembre 2013 y enero 2014, así como las respectivas liquidaciones, así:

CARGO	CANTIDAD	PERFIL	VR. MENSUAL	PERÍODO NO SOPORTADO	VR. TOTAL	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN	PAGO DE SGS MENSUAL	V. TOTAL SGSS
ADMINISTRADOR	2	PROFESIONAL	\$3'000.000.	2	\$12'000.000	\$1'200.000	\$354.000	\$1'416.000
NUTRICIONISTA	2	PROFESIONAL	\$2'500.000	2	\$10'000.000	\$1'000.000	\$295.000	\$1'180.000
APOYO ADMINISTRATIVO	3	AUXILIAR	\$989.000	2	\$5'934.000	\$615.000	\$181.720	\$1'090.320
MANIPULADOR DE ALIMENTOS	19	OPERARIO	\$989.000	2	\$37'582.000	\$615.000	\$181.720	\$6'905.360
AUXILIAR DE SERVICIOS VARIOS	2	OPERARIO	\$989.000	2	\$3'956.000	\$615.000	\$181.720	\$726.880
ALMACENISTA	1	OPERARIO	\$989.000	2	\$1'978.000	\$615.000	\$181.720	\$363.440
TOTAL					\$71'450.000			\$11'682.000

Así las cosas, el equipo de apoyo a la Supervisión a la fecha no ha evidenciado soportes de cumplimiento respecto al pago de obligaciones salariales y de aportes al sistema general de seguridad social por valor de \$83'132.000, correspondiente a los periodos de diciembre de 2013 y enero de 2014.

2. Pago proveedores

Conforme a lo estipulado en las obligaciones generales por parte del asociado. (...)

Dentro de la verificación que realizó el equipo de supervisión y requerida desde visita administrativa realizada el día 8 de noviembre de 2013, el operador no soportó el pago a proveedores, en estricto sentido a los proveedores Éxito y Amapolita, así,

PROVEEDOR	PERIODO ADEUDADO	VALOR TOTAL
GRUPO ÉXITO	OCTUBRE A NOVIEMBRE	\$55'000.000
AMAPOLITA	OCTUBRE A NOVIEMBRE	\$7'000.000

Teniendo en cuenta el cuadro anterior, el valor de tasación para este ítem asciende a \$62'000.0000 por el no pago a proveedores durante los periodos de octubre a noviembre de 2014.

3. Aportes al convenio

Conforme a lo expuesto en el convenio de asociación No. 4843 de 2013, el mismo en especial la CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES GENERALES DE LAS



PARTES, LITERAL A) OBLIGACIONES DEL ASOCIADO, GENERALES NUMERAL 1.

1. 'aportar la suma de cuatrocientos sesenta y nueve millones (\$469.000.000), representado en bienes y servicios'

Respecto a esta obligación, el equipo de apoyo a la Supervisión no evidenció durante la ejecución del convenio soporte alguno que diera cuenta del cumplimiento de aportes a convenio, representado en:

- Centro de autocuidado (...) [ilegible el cuadro incluido].
- Centro de acogida (...) [ilegible el cuadro insertado]

Una vez revisada y consolidada la documentación presentada se establece la tasación final de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas por parte del asociado de la siguiente manera.

ITEM	VALOR
Pago de obligaciones salariales y aportes al sistema de seguridad social	\$83'132.000
Pago a proveedores	\$62'000.000
Aportes al convenio	\$469'000.000
TOTAL	\$614'732.000

6.11. Se encuentra acreditado que el 26 de julio de 2016 la directora territorial de la Secretaría le informó a la Fundación que a la fecha ya se tenía la tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas y, a la vez, la requirió para que brindara respuesta oportuna frente a los hallazgos advertidos⁷⁵.

Pruebas adicionales

Además de los documentos que dan cuenta de los hechos probados que han quedado expuestos, militan en el expediente las siguientes pruebas adicionales:

6.12 Acta suscrita el 24 de junio de 2016 por el abogado de la Fundación y unos funcionarios de la Secretaría, la cual da cuenta de que se reunieron el 22 de junio de 2016 para tratar el tema de la "liquidación y presunto proceso de incumplimiento".

Consta en ese documento que el apoderado de la Fundación manifestó que desconocía los fundamentos fácticos y jurídicos que motivaron los requerimientos de la Secretaría, por lo que los funcionarios de la entidad pública quedaron en suministrarle la información respectiva⁷⁶. En cuanto a esto último, en el proceso obra

⁷⁵ Fl. 61, C.2.

⁷⁶ Fls. 57 y 58, C.2.



copia de un correo enviado el 27 de junio de 2016, por medio del cual un asesor de la Dirección Territorial de la Secretaría le remitió al abogado de la Fundación la documentación acordada en la reunión llevada a cabo el 22 de junio de 2016⁷⁷.

6.13. Constancia expedida por funcionarios de la dirección territorial de la Secretaría que da cuenta de las reuniones llevadas a cabo con la Fundación y de que esta no dio respuesta a los compromisos adquiridos, por lo que, según se lee en el documento, se agendó reunión para el 10 de agosto de 2016, a la cual tampoco asistió el abogado de la ahora demandada, ni presentó excusa ni solicitud de aplazamiento⁷⁸.

6.14. Oficio del 22 de agosto de 2016, expedido por el supervisor del convenio con destino al apoderado de la Fundación, por medio del cual le solicitó documentos para efectos de liquidar el convenio por mutuo acuerdo⁷⁹. En el expediente también se encuentra una certificación emitida por el mismo supervisor, en la que hizo constar que el representante legal de la Fundación no compareció a la entidad para suscribir el acta de liquidación por mutuo acuerdo⁸⁰.

6.15. Oficio del 13 de septiembre de 2016, emitido por el supervisor con destino al apoderado de la Fundación, en el que se señaló que, revisado el expediente del convenio de asociación, no se evidenciaron soportes de la ejecución del mismo durante los meses de enero y los días 1 y 2 de febrero de 2014. Se advierte que el supervisor le solicitó que, con el fin de proyectar la liquidación, allegara a más tardar el 15 de septiembre de 2016 los soportes relacionados con las planillas de entrega de los alimentos en las diferentes unidades operativas para el periodo en comento⁸¹.

6.16. Certificado de existencia y representación legal de la Fundación, que da cuenta de que es una entidad sin ánimo de lucro, cuyo objeto social, entre otras cosas, comprende: “(...) *contribuir al mejoramiento nutricional y de salud de los niños, niñas y jóvenes, mujeres y adultos mayores (...) prestar servicios de alimentación cocidos o procesados y administración de restaurantes y comedores*”

⁷⁷ Fl. 60, C.2.

⁷⁸ Fl. 65, C.2.

⁷⁹ Fl. 69, C.2.

⁸⁰ Fl. 76, C.2.

⁸¹ Fl. 67, C.2.



*escolares (...) suministro, distribución y comercialización de alimento perecederos y no perecederos aptos para el consumo humano (...)*⁸².

6.17. Constancia de conciliación extrajudicial, que data de fecha el 30 de noviembre de 2016, en la que consta que la solicitud se radicó el 28 de junio de 2016⁸³.

7. Solución del caso concreto

En el recurso de apelación presentado por la actora contra la sentencia del 1° de abril de 2020, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la recurrente centró su reproche en afirmar que, contrario a lo afirmado por el fallador de primer grado, las pruebas aportadas al proceso dan cuenta del incumplimiento por parte de la Fundación respecto de su obligación de aportar bienes y servicios por valor de \$469'600.000, así como también de la obligación de realizar los aportes a seguridad social integral y parafiscales y de asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal contratado para la ejecución del convenio de asociación.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 320⁸⁴ y 328⁸⁵ del CGP, se resolverá el asunto *sub lite* en relación con los reparos expuestos por el recurrente⁸⁶.

⁸² Fls. 77 a 81, C.2.

⁸³ Fl. 82, C.2.

⁸⁴ “Artículo 320: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

⁸⁵ “Artículo 328. Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

⁸⁶ Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de esta Sección, mediante sentencia del 9 de febrero de 2012, unificó su jurisprudencia, manifestado lo siguiente: ““(…) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”.



Por tanto, en los términos del recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandante, a continuación la Sala procede a resolver el caso *sub examine* bajo el contexto de si, de conformidad con el material probatorio arrimado al expediente, la Fundación incurrió o no en el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el convenio de asociación en punto a la realización del aporte a su cargo por valor de \$469'600.000, representado en bienes y servicios, y al pago de salarios, prestaciones laborales y honorarios, aportes a seguridad social integral y parafiscales.

7.1. Incumplimiento alegado respecto de la obligación pactada en el numeral 1, literal a), de la cláusula tercera del convenio de asociación, consistente en el aporte de \$469'600.000 que debía realizar la Fundación

7.1.1. En la sentencia apelada se descartó dicho incumplimiento, partiendo de la base de que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria para dar cuenta de ello, pues no aportó la totalidad del expediente administrativo contractual que obraba en su poder, así como tampoco allegó el anexo técnico del convenio ni la propuesta económica presentada por la Fundación.

En este sentido, el Tribunal sostuvo que, si bien al proceso se allegó el convenio en el que se pactó que a la demandada le correspondía hacer el aporte de \$469'600.000, representado en bienes y servicios, lo cierto es que no se acreditó qué bienes y servicios constituían el aporte a cargo de la demandada, sin que a dicho efecto pudiera considerarse como prueba suficiente el oficio emitido por el supervisor por medio del cual se tasaron los perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas, entre las cuales se incluyó "*el no aporte realizado por la Fundación*", toda vez que el aludido oficio no contó con soportes que respaldaran su contenido, además de que se expidió dos años después de que terminó el convenio.

7.1.2. En contraste con lo anterior, la entidad pública demandante en su recurso de apelación indicó que en el proceso sí existe sustento probatorio del incumplimiento por parte de la Fundación respecto de su obligación de aportar bienes y servicios por valor de \$469'600.000. En efecto, en la alzada afirmó que en las visitas realizadas por el supervisor se le pidió al asociado que presentara soportes contables que dieran cuenta del aporte mencionado, sin que se hubiera dado



respuesta por parte de la Fundación, así como tampoco se recibió pronunciamiento alguno frente los requerimientos ADM11 y ADM139 que la Secretaría le hizo a la ahora demandada, aunado a que también guardó silencio ante el oficio SAL-61351 del 26 de julio de 2016, emitido por el supervisor del convenio, por medio del cual se remitió al abogado de la Fundación copia de la tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente no cumplidas, con lo cual, en su criterio, se demostró el incumplimiento del asociado.

En la alzada, además, se incluyó un cuadro que evidenciaba, según la demandante, los elementos que la Fundación debió aportar al convenio, tales como camisas, pantalonetas, zapatos, libretas, entre otros. Seguidamente, se sostuvo que el equipo de apoyo a la supervisión del convenio de asociación no evidenció soporte alguno que diera cuenta del cumplimiento del aporte a cargo del asociado.

7.1.3. Con el fin de resolver el reparo concreto del recurso de apelación, la Sala encuentra acreditado, de conformidad con los hechos probados puestos de presente con antelación: (i) que la Fundación adquirió la obligación de realizar un aporte de \$469'600.000, representado en bienes y servicios, de acuerdo con lo pactado en el numeral 1, literal a), de la cláusula primera del convenio que suscribió con la Secretaría (hecho probado 6.1.1.); (ii) que la supervisión realizó varias visitas para la vigilancia de la ejecución del objeto contractual (hechos probados 6.2., 6.3., 6.4. y 6.5.); y (iii) que, con ocasión de esas diligencias de visita, el supervisor del convenio realizó unos requerimientos a la Fundación por unos posibles incumplimientos y, entre esos, uno fechado el 16 de septiembre de 2014 (ADM 139), en el que se advirtió que *“[e]n visitas realizadas los días 17 de enero y el 20 de enero de 2014 no se evidenció el pago y/o acta de entrega que soporte el pago de los aportes al convenio 4843 de 2013, por valor de \$469'600.000”*, de ahí que se haya instado a la aquí demandada para que subsanara ese hallazgo, allegando, en el plazo de 3 días hábiles, *“[e]l soporte que certifique el pago de los aportes al convenio 4843 de 2013, por valor de \$469'600.000 que deben ser representados en servicios y bienes **obligación de anexo técnico 4.1. – Obligaciones del asociado, 4.1.1. Generales**”* (se destaca) (hecho probado 6.7.).

De igual modo, está probado que, en los mismos términos del requerimiento ADM 139, el 8 de octubre de 2014 el supervisor instó a la Fundación para que aportara la documentación correspondiente a los aportes a su cargo (hecho probado 6.8.).



También se halla acreditado que el 15 de abril de 2015 el supervisor le envió otro requerimiento a la demandada, en el que le otorgó un plazo de 5 días hábiles para que presentara las explicaciones pertinentes y, a su vez, allegara los soportes correspondientes que acrediten el cumplimiento de su aporte, en tanto que “[e]n la documentación que reposa en esta Secretaría no se evidencia el desembolso y/o acta de entrega que soporte el pago de los aportes al convenio interadministrativo No. 4843 de 2013, por valor de \$469’600.000, acorde a lo pactado en el literal a) ‘OBLIGACIONES DEL ASOCIADO’ contenida en la cláusula tercera, correspondiente a las obligaciones generales de las partes” (hecho probado 6.9.).

Asimismo, se probó que, en el documento contentivo de la “*Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo*” que el supervisor le remitió el 29 de junio de 2016 a la directora territorial de la Secretaría, se plasmó lo siguiente (se transcribe lo pertinente):

“3. Aportes al convenio

Conforme a lo expuesto en el convenio de asociación No. 4843 de 2013, el mismo en especial la CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES GENERALES DE LAS PARTES, LITERAL A) OBLIGACIONES DEL ASOCIADO, GENERALES NUMERAL 1. 1. ‘aportar la suma de cuatrocientos sesenta y nueve millones (\$469.000.000), representado en bienes y servicios’

Respecto a esta obligación, el equipo de apoyo a la Supervisión no evidenció durante la ejecución del convenio soporte alguno que diera cuenta del cumplimiento de aportes a convenio, representado en:

- Centro de autocuidado [Se incluyó una tabla pero ilegible]
- Centro de acogida [Se insertó un cuadro pero también es ilegible]” (hecho probado 6.10).

Hecho el recuento probatorio anterior, la Sala advierte que la Fundación en efecto sí debía efectuar un aporte de \$469’600.000, **representado en bienes y servicios**; y que si bien hubo varios requerimientos por parte del supervisor del convenio de asociación a la aquí demandada para que allegara los soportes que acreditaran el cumplimiento de esa obligación y diera las explicaciones correspondientes, lo cierto es que en ninguno de esos oficios se evidencia cuáles eran los bienes y servicios que constituían el aporte de la Fundación, así como tampoco las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que debían llevarse a cabo, cuestión que tampoco se vislumbra en el aludido documento denominado “*Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo*”.



En efecto, en el requerimiento ADM 139 el supervisor indicó que en las visitas realizadas el 17 y 20 de enero de 2014 no se evidenció el acta que soportara el cumplimiento del aporte de \$469'600.000 por parte de la Fundación; sin embargo, revisadas las actas que se levantaron de las visitas mencionadas en el requerimiento en cuestión, la Sala no observa que se hubiese hecho una anotación, a manera de hallazgo, consistente en que la aquí demandada no cumplió con su aporte. Además, en ese mismo requerimiento se observa que se le otorgó un plazo de 3 días para que subsanara el hallazgo, aportando el soporte que diera cuenta del cumplimiento de esa obligación, representada en bienes y servicios, respecto a lo que en el oficio el supervisor se hizo alusión al anexo técnico del convenio, el cual, vale advertir, no se allegó al proceso de la referencia, así como tampoco se aportaron los estudios previos ni la propuesta o la oferta de la Fundación, documentos que hubieran podido dar cuenta de cuáles eran los bienes y servicios que constituían su aporte.

En este punto de la providencia conviene señalar que el anexo técnico y los estudios previos hacían parte integral del convenio (hecho probado 6.1.1.), los cuales, se insiste, brillan por su ausencia en este proceso, y que marcaban el derrotero y los términos para que la ejecución de dicho acuerdo de voluntades se cumpliera con eficiencia y eficacia, de modo que sin esos documentos, así como también sin la propuesta del asociado, no resulta posible establecer los bienes y servicios que comprendían el aporte que debía realizar la Fundación⁸⁷.

Para la parte recurrente, con el documento denominado "*Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo*" se probó el incumplimiento de la Fundación, argumento que no comparte la Sala porque, si bien allí se plasmó que el supervisor "*no evidenció durante la ejecución del convenio soporte alguno que diera cuenta del cumplimiento de aportes a convenio*", lo cierto es que ello no es demostrativo ni conclusivo del incumplimiento alegado por la Secretaría, dado que los cuadros que allí se incluyeron para dar cuenta de ello son ilegibles, lo que impide valorar en su integralidad el documento para establecer su eficacia probatoria.

⁸⁷ En las obligaciones específicas asumidas por la Fundación con ocasión del convenio se acordó: "*16. Realizar las demás actividades que se requieran para el cabal cumplimiento del objeto del convenio, **atendiendo a lo estipulado en el anexo técnico de alimentos preparados (...)***" (se destaca) (fl.5, C.2.).



A lo anterior se aúna que esa supuesta tasación perjuicios no cuenta con soportes ni anexos de ninguna índole, así como tampoco militan en el expediente pruebas adicionales que sustenten lo que allí se consigna, más allá de los requerimientos que se hicieron con antelación, los que, hay que insistir, no demuestran cuáles eran los bienes y servicios que constituían el aporte de la Fundación ni permiten establecer de manera concreta la forma como en la práctica se ejecutó el convenio de asociación ni cuando menos cuáles bienes y servicios se proporcionaron y cuáles no fueron aportados, máxime cuando, como lo advirtió el Tribunal, la Secretaría pone de presente en el libelo de la demanda y en el documento de tasación de perjuicios que la entidad territorial efectuó los desembolsos a los que se comprometió, para lo cual, según lo pactado en la cláusula sexta del convenio, la Fundación previamente debía acreditar el cumplimiento de sus obligaciones.

En efecto, conviene recordar que en la referida cláusula se acordó que los aportes en bienes y servicios a cargo de la demandada debían efectuarse “*gradualmente de acuerdo a la ejecución del convenio*”, al paso que los aportes en dinero de la entidad territorial se llevarían a cabo, así: un primer desembolso equivalente al 10%, previa entrega por parte de la Fundación del ciclo de menús y su análisis nutricional cuantitativo diario para cada centro, junto con un certificado sobre la disponibilidad de una planta de producción con la capacidad de producción, alistamiento, almacenamiento y entregas idóneas, así como el menaje, equipos y utensilios requeridos en cada uno de los centros, los documentos exigidos para el transporte de alimentos y el recurso humano establecido en el anexo técnico tantas veces citado. El 85% restante “*en mensualidades vencidas, previa presentación de la factura debidamente diligenciada y soportada con la certificación de entrega que evidencie la cantidad de alimentos recibidos a satisfacción, expedida por el responsable de los servicios por parte de la SDIS y el informe del supervisor o interventor de la SDIS, informe de ejecución del asociado y certificación del pago al Sistema Integral de Seguridad Social y Parafiscales expedida por el representante legal o revisor fiscal (según aplique)*” y el 5% restante a la firma del acta de liquidación, “*previa verificación y aprobación del informe final presentado por el asociado al supervisor o interventor de la SDIS*”.

Así las cosas, lo que la Sala evidencia, contrario a lo expuesto en el recurso de apelación, es que en el *sub examine* no hay sustento probatorio del incumplimiento



alegado respecto de la obligación que le asistía a la Fundación de aportar al convenio \$469'600.000, porque en el proceso ni siquiera se acreditó cuáles eran los bienes y servicios que constituían ese aporte ni la forma "*gradual*" como debía llevarse a cabo, ni la cantidad de alimentos que debía suministrarse en cada centro de acogida para los habitantes de la calle, ni cuántos ciudadanos de la calle se beneficiarían⁸⁸; así como tampoco se sustentó en modo alguno cuál en concreto fue el estado de ejecución del convenio, es decir, qué compromisos se atendieron y en qué forma lo fueron y cuáles, por el contrario, se incumplieron y el grado o medida en que el incumplimiento se materializó. Esto demuestra que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*", de donde el incumplimiento respecto de la obligación alegada en la demanda requería de prueba, cuando menos en lo relacionado con los bienes y servicios que comprendía el aporte de la Fundación, lo cual no probó la entidad.

La jurisprudencia⁸⁹ de la Corporación ha sido enfática en señalar que la carga de la prueba se constituye en un principio de autorresponsabilidad que tienen las partes en litigio para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas, cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados en el proceso y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Es así que, si la parte actora demuestra los supuestos fácticos sobre los cuales sustenta sus pretensiones, consecuentemente obtiene una sentencia favorable a su petición; *contrario sensu*, si dicha parte asume una conducta contraria, no cumpliendo con la carga de la prueba exigida en el artículo 167 de CGP, procede la desestimación de las pretensiones, que conllevaría a un fallo adverso a sus intereses.

En este caso, entonces, se advierte que la demandante inobservó el principio autorresponsabilidad porque, además de que las pruebas que aportó al proceso no resultan suficientes para demostrar el incumplimiento alegado, tampoco hubo

⁸⁸ En la cláusula segunda del convenio se pactó el alcance del objeto, en el que se plasmó que a través de 800 cupos diarios se garantizaba el acceso a la alimentación de los habitantes de la calle. No obstante lo anterior, ese dato no es suficiente para determinar cuántos habitantes de la calle se beneficiarían (si era 800 cupos para 800 habitantes o si cada habitante tenía derecho a más de una ración diaria), además de que no es específico en el sentido de cuántos cupos diarios correspondían a cada centro.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Rad.: 29732.



diligencia de su parte en tanto, en desconocimiento de los artículos 162.1⁹⁰ y 166.5⁹¹ del CPACA, no allegó las documentales que se encontraban en su poder, como la totalidad del expediente administrativo contractual, el anexo técnico del convenio de asociación, los estudios previos, la propuesta de la Fundación, el cronograma para el cumplimiento del objeto convenido, entre otras pruebas que dieran cuenta de la ejecución del convenio y de los bienes y servicios que comprendían el aporte de la Fundación, las cuales brillan por su ausencia en este proceso, todo lo cual, en consecuencia, no deja otro camino a la Sala que desestimar la pretensión de incumplimiento objeto de estudio.

Aunque en el escrito del recurso de apelación de la parte actora se incluyó un cuadro en el que aparece un listado de elementos que, según la parte actora, la Fundación debió aportar al convenio, tales como camisas, pantalonetas, zapatos, libretas, entre otros, lo cierto es que, se repite, en el expediente ni siquiera obra prueba que determine cuáles eran esos bienes y servicios que constituían el aporte de la Fundación, de ahí que carezca de sustento lo planteado en la alzada en ese sentido.

Conviene agregar que, si bien la Fundación no contestó la demanda, ello no implica, *per se*, dar por cierto los hechos narrados en el escrito inicial, según las prescripciones del artículo 97 del CGP⁹². Sobre la norma en mención, la jurisprudencia ha señalado que en ningún caso la falta de contestación de la demanda podría facultar al demandante para desatender el deber procesal que le asiste o, más bien, para relevar automática e injustificadamente la carga de la prueba que le corresponde atender⁹³, lo que consecuentemente lleva a afirmar que esa conducta omisiva no constituye plena prueba de la responsabilidad alegada, pues para ello se requiere la valoración conjunta del material probatorio⁹⁴.

⁹⁰ “ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá (...) 5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. **En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder**” (se destaca).

⁹¹ “ARTÍCULO 166. ANEXOS DE LA DEMANDA. A la demanda deberá acompañarse (...) 2. **Los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante**, así como los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho” (se destaca).

⁹² “ARTÍCULO 97. FALTA DE CONTESTACIÓN O CONTESTACIÓN DEFICIENTE DE LA DEMANDA. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto”.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Rad.: 57649.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de mayo de 2015. Rad.: 34927.



El mencionado artículo 97 del CGP establece que la falta de contestación de la demanda hará presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda. La confesión, aunque constituye medio de prueba⁹⁵, ha de valorarse en conjunto con los demás elementos probatorios y conforme con los parámetros sobre su apreciación. Así lo ha señalado esta Corporación⁹⁶:

“(...) para la Sala es necesario precisar que, si bien la confesión constituye un medio de prueba en este tipo de procesos, lo cierto es que deberá ser valorada de conformidad con los criterios generales de la apreciación de todas las pruebas allegadas al proceso. Así, oportuno es recordar que toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas, en la medida que el juez de conocimiento está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera tal que puede otorgarles mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas.

*Así, pues, **no necesariamente la consecuencia adversa que ha de sufrir la parte que no contestó la demanda, ha de determinar la convicción del juzgador sobre los hechos objeto del litigio**, puesto que es bien sabido que el juzgador puede formar libremente su convencimiento de la verdad real inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, bajo reglas de comunidad, y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal de las partes. Así, **no cabe duda que la confesión ficta es una presunción legal que admite prueba en contrario; por tanto, resulta procedente que se adopte una decisión fundada en el universo de los medios de prueba, sin hacer alusión expresa a la confesión ficta en comentario**” (se destaca).*

De acuerdo con lo anterior, esta Sala advierte que la omisión de la Fundación de no contestar la demanda no excusa la inactividad probatoria de la parte actora ni constituye plena prueba del incumplimiento alegado en el libelo introductorio y, ante la orfandad probatoria que campea en este caso particular, no resulta posible determinar la responsabilidad -en este caso contractual- de la Fundación solo por el hecho de que dicha parte no contestó la demanda, pues, recuérdese, que esa circunstancia no supe ni exime a la parte demandante de la carga probatoria de demostrar los hechos en que fundó sus pretensiones de demanda, la cual claramente desatendió, tal como ha quedado analizado anteriormente.

Por las razones expuestas, la Sala desestima la pretensión de incumplimiento relacionado con el aporte que debía realizar la Fundación, sobre la cual se insistió en el recurso de apelación.

⁹⁵ “ARTÍCULO 165 [CGP]. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2021. Rad.: 49051,



7.2. Supuesto incumplimiento de las obligaciones pactadas en los numerales 8 y 9, literal a), de la cláusula tercera del convenio de asociación, consistente en que la Fundación no realizó los aportes al sistema de seguridad social (numeral 8), ni tampoco hizo el pago de salarios, de prestaciones sociales y de honorarios al personal encargado de la ejecución (numeral 9)

7.2.1. El Tribunal *a quo* desechó la pretensión de incumplimiento relacionada con la falta de realización de los aportes a seguridad social correspondientes a algunos periodos, porque las pruebas no brindaban certeza. Indicó que en las actas de las visitas realizadas por la Secretaría no se dejó constancia acerca de esa situación; que se hicieron unos requerimientos, pero que no se acreditó qué ocurrió con ellos, además de que tampoco se allegaron los soportes de esos requerimientos, es decir, no se aportó *“la prueba de las personas vinculadas por la Fundación para cumplir con el objeto del convenio y la prueba de que no se hubieran realizado los aportes a seguridad social durante los meses de diciembre de 2013 y enero de 2014”*.

Añadió que, si bien en el documento de *“Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo”* se calcularon unos valores, dichas sumas no se soportaron en pruebas, pues al proceso no se allegaron los anexos del convenio, ni lo contratos celebrados con los empleados, ni la propuesta del personal a utilizar, incumpléndose así con la carga probatoria que recaía en la demandante.

Por otra parte, respecto del reproche de incumplimiento atinente al pago de salarios y de honorarios al personal encargado de la ejecución del convenio, el Tribunal también negó esa pretensión por ausencia de material probatorio, pues no se acreditó el número de trabajadores, los contratos mediante los cuales se vinculó al personal, los salarios acordados, así como tampoco se demostró qué proveedores contrató la demandada, qué facturas no pagó y por concepto de qué servicios. A todo lo anterior agregó que la tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas no era prueba suficiente para acceder a su petición.

7.2.2. En desacuerdo con lo anterior, la parte recurrente manifestó que en el proceso sí existen pruebas que acreditan el incumplimiento de tales obligaciones. Concretamente, se refirió a los requerimientos que la supervisión le hizo a la Fundación, solicitándole que explicara, con soportes, por qué no realizó el pago de



salarios y los aportes al sistema de seguridad social de los trabajadores vinculados al proyecto, correspondiente a diciembre de 2013 y enero de 2014. También mencionó que el incumplimiento alegado se demostró con el documento denominado “*Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo*”.

De entrada se anticipa, al igual que en el análisis precedente, que la parte actora incumplió con su carga probatoria, pues no allegó los documentos que tenía en su poder, como la totalidad del expediente administrativo contractual, anexo técnico, estudios previos, propuesta de la Fundación, cronograma para el cumplimiento del convenio, ni prueba alguna adicional que diera cuenta de la ejecución del convenio y de aspectos relacionados con el personal vinculado para el desarrollo del objeto convenido, lo cual impide establecer el incumplimiento atribuido en la demanda, máxime porque las pruebas que allegó la entidad carecen de suficiencia demostrativa para sacar adelante sus pretensiones, según pasa a explicarse.

7.2.3. En punto al reproche de incumplimiento atinente a las obligaciones de índole laboral para con el personal **-pago de salarios, seguridad social y parafiscales-**, en la demanda se pidió la declaratoria de incumplimiento de los numerales 8 y 9, literal a), de la cláusula tercera del convenio de asociación, y, como consecuencia, se solicitó que la parte demandada pagara la suma de \$83'132.000, en tanto no realizó los aportes a seguridad social ni tampoco pagó los salarios a las personas encargadas de la ejecución, en los períodos de diciembre de 2013 y enero de 2014.

A partir de las pruebas que la parte actora aportó con su demanda, la Sala encuentra acreditado que en la visita realizada los días 17 y 20 de enero de 2014 la Fundación realizó aportes a seguridad social y de parafiscales hasta noviembre de 2013, así como también el pago de nómina (hecho probado 6.5.3.). Con ocasión de esas visitas, el supervisor requirió (ADM 11) a la Fundación por los siguientes hallazgos: que el operador no realizó el pago de obligaciones salariales correspondientes al **mes de diciembre de 2013** (incluyen primas legales) y que no se presentaron soportes de pagos de obligaciones salariales y aportes al sistema de seguridad social SGSS del personal que labora en el comedor (hecho probado 6.6.).

También se encuentra probado que, posteriormente, se realizó otro requerimiento (ADM 139), en el que se advirtió que en las visitas realizadas el 13 y 18 de diciembre



de 2013 se evidenció que la Fundación no realizó el pago de obligaciones salariales ni los aportes al sistema de seguridad a los trabajadores vinculados al proyecto, correspondiente a diciembre de 2013, requiriéndose concretamente para que allegue “1. Los soportes de pago de nómina y seguridad social del personal (administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarias) durante el período comprendido entre los meses de diciembre de 2013 y enero de 2014, inclusive sus respectivas liquidaciones (**obligación del anexo técnico 3.7. componente Administrativo y Financiero – 3.7.1. Talento Humano — 4.1. Obligaciones del Asociado, 4.1.1. Generales**) (hecho probado 6.7.).

Se probó que, el 15 de abril de 2015, el supervisor nuevamente requirió a la Fundación, otorgándole un plazo de 5 días hábiles para que presentara las explicaciones pertinentes por no haber realizado “el pago de las obligaciones salariales y aportes al Sistema de Seguridad Social SGSS de los trabajadores vinculados al proyecto (administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarias), correspondiente a los meses de diciembre de 2013 y enero de 2014, (hecho probado 6.9.). Igualmente se halla acreditado que, en el documento de “Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo” que le remitió el supervisor a la directora territorial de la Secretaría, se plasmó lo siguiente (hecho probado 6.10):

“1. Pago de obligaciones salariales y aportes al sistema de seguridad social (...)

Dentro de este ítem y en el marco de las visitas efectuadas por el equipo de apoyo a la supervisión en el componente administrativo y financiero, no se evidenció el pago de salarios y/o honorarios así como los aportes a Sistema de Seguridad Social de los trabajadores vinculados por la Fundación correspondientes a los meses de diciembre 2013 y enero 2014, así como las respectivas liquidaciones, así:

CARGO	CANTIDAD	PERFIL	VR. MENSUAL	PERIODO NO SOPORTADO	VR. TOTAL	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN	PAGO DE SGS MENSUAL	V. TOTAL SGSS
ADMINISTRADOR	2	PROFESIONAL	\$3'000.000.	2	\$12'000.000	\$1'200.000	\$354.000	\$1'416.000
NUTRICIONISTA	2	PROFESIONAL	\$2'500.000	2	\$10'000.000	\$1'000.000	\$295.000	\$1'180.000
APOYO ADMINISTRATIVO	3	AUXILIAR	\$989.000	2	\$5'934.000	\$615.000	\$181.720	\$1'090.320
MANIPULADOR DE ALIMENTOS	19	OPERARIO	\$989.000	2	\$37'582.000	\$615.000	\$181.720	\$6'905.360
AUXILIAR DE SERVICIOS VARIOS	2	OPERARIO	\$989.000	2	\$3'956.000	\$615.000	\$181.720	\$726.880



ALMACENI STA	1	OPERARIO	\$989.000	2	\$1'978.000	\$615.000	\$181.720	\$363.440
TOTAL					\$71'450.000			\$11'682.000

Así las cosas, el equipo de apoyo a la Supervisión a la fecha no ha evidenciado soportes de cumplimiento respecto al pago de obligaciones salariales y de aportes al sistema general de seguridad social por valor de \$83'132.000, correspondiente a los periodos de diciembre de 2013 y enero de 2014”.

En este contexto probatorio la Sala advierte que, si bien existen requerimientos por parte del supervisor del convenio a la Fundación, hay que decir que aquellos no resultan suficientes para acreditar el incumplimiento alegado.

En efecto, en el requerimiento ADM 139 se dijo que en las visitas realizadas el 13 y 18 de diciembre de 2013 se evidenció que la Fundación no realizó el pago de obligaciones salariales ni los aportes al sistema de seguridad a los trabajadores vinculados al proyecto, correspondiente a diciembre de 2013; sin embargo, revisadas las actas de las visitas respectivas para esos días, no se observa que el supervisor haya dejado una anotación o hallazgo en ese sentido; adicionalmente, en ese mismo requerimiento se le pidió a la Fundación que allegara los soportes de pago nómina y seguridad social del personal (administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarias), durante diciembre de 2013 y enero de 2014, haciendo referencia a la *“obligación del anexo técnico 3.7.(...) 3.7.1. Talento Humano”*; no obstante, tal como se advirtió en precedencia, el anexo técnico del convenio no fue allegado al proceso, lo que impide constatar en qué términos debían cumplirse las obligaciones consistentes en el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social y parafiscales, aunado al hecho de que tampoco hay prueba alguno que indique con exactitud la cantidad de personas vinculadas⁹⁷, su profesión y sus ingresos.

Conviene destacar que, en la cláusula tercera, literal a), concretamente en el numeral 9, la Fundación adquirió la obligación de *“Asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal que contrate para la ejecución del convenio, lo mismo que el pago de honorarios, los impuestos, gravámenes, aportes y servicios de cualquier género que establezcan las leyes colombianas y demás erogaciones necesarias para la ejecución del convenio. Es*

⁹⁷ Mientras que en el acta de visita de los días 17 y 20 de enero de 2014 se plasmó que eran 12 empleados (hecho probado 6.5.3.), en el documento de tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas aparece consignado que eran 29 (hecho probado 6.10).



entendido que todos estos gastos han sido estimados por el asociado al momento de la presentación de la Carta de Presentación de la Propuesta” (se destaca). Se observa en lo resaltado que todas las erogaciones de la Fundación en cuanto a pago de salarios y prestaciones del personal contratado para la ejecución del convenio fueron estimadas en su carta de presentación de la propuesta, documento que la entidad demandante tampoco aportó al proceso.

En esa medida, ante la falta de soportes probatorios como el anexo técnico y la propuesta o carta de presentación de la oferta de la Fundación, se descarta el incumplimiento alegado por la Secretaría, dado que no se tiene certeza del personal vinculado al proyecto, de su profesión, así como de sus ingresos, lo que dificulta establecer en qué términos debían cumplirse las obligaciones en cuanto a pago de salarios y aportes a seguridad social y parafiscales.

Si bien en el requerimiento del 15 de abril de 2015 también se instó a la Fundación por el pago de obligaciones salariales y aportes al sistema de seguridad social de los trabajadores vinculados al proyecto (en los meses de diciembre de 2013 y enero de 2014), entre los cuales se mencionaron administradores, nutricionista, auxiliares administrativos y operarios, se insiste en que en el expediente no obran medios de pruebas que corroboren esa información, al punto de que ni siquiera se tiene certeza de la cantidad del personal vinculado al convenio, ni de su labor o profesión. Lo mismo sucede con el documento denominado “*Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo*”, dado que la información allí consignada en cuanto a cargos, cantidad, perfil, ingresos, aportes a seguridad social de los trabajadores contratados no cuenta con soporte alguno, de ahí que, contrario a lo expuesto en la apelación, esa prueba resulta insuficiente para demostrar el incumplimiento alegado.

7.2.4. En cuanto al supuesto **impago a los proveedores**, la Sala también llega a la conclusión de que la parte actora no allegó prueba suficiente para acreditar dicha situación. En efecto, en el documento de “*Tasación de perjuicios por obligaciones presuntamente incumplidas – contrato 4843/Fundación Multiactiva Emprendiendo*” se plasmó que, con ocasión de la visita del 8 de noviembre de 2013, la Fundación no soportó el pago a los siguientes proveedores Grupo Éxito, por la suma de \$55'000.000, y Amapolita, por el monto de \$7'000.000 (hecho probado 6.10.), pero, se insiste, que tal prueba documental no resulta suficiente para acreditar el



incumplimiento atribuido a la demanda, porque no cuenta con soportes que indiquen de dónde se tomaron esos valores supuestamente adeudados, aunado al hecho de que con las pruebas aportadas no resulta posible establecer ni siquiera los términos en que debía cumplir con esa obligación y teniendo en cuenta, además y como se verá en seguida, las dudas que emergen de si la Fundación pagó o no.

En el acta de visita del 8 de noviembre de 2013 se consignó, a manera de hallazgo, lo siguiente “*solicitar paz y salvo a proveedores con corte a 15 de noviembre (...)* (hecho probado 6.2.3.); a su vez, en el acta de visita del 13 de diciembre de 2013 se plasmó “*Se realiza el cierre de este compromiso de pago a proveedor Amapolita, de forma condicional, hasta presentar comprobante de egreso. Firmados y sellados*” (hecho probado 6.3.); del requerimiento ADM 139 que realizó el supervisor se extrae que la Fundación realizó el pago al proveedor Amapolita “*en promedio 7 millones*”, no así con el Grupo Éxito -cuya deuda, según se indicó, ascendía entre 45 a 55 millones⁹⁸. Estas pruebas permiten avizorar que la demandada sí le pagó al proveedor Amapolita, cuestión que se contradice con el requerimiento del 15 de abril de 2014⁹⁹ y con el informe de tasación de perjuicios de obligaciones presuntamente incumplidas¹⁰⁰, documentos en los que se plasmó que no se cumplió con el pago a los proveedores Amapolita y Grupo Éxito (hechos probados 6.9 y 6.10).

La contradicción que se evidencia se refiere al pago al proveedor Amapolita, pues mientras en unos documentos se consignó que esa obligación ya se había zanjado, en otros se plasmó que se le adeudaba, aproximadamente, la suma de \$7'000.000. Es así que tales pruebas, más que certeza generan incertidumbre en el punto de si la Fundación demandada cumplió o no con la correspondiente obligación, respecto

⁹⁸ Esto se consignó en dicho requerimiento: “2. De los hallazgos evidenciados en la visita del 8 de noviembre de 2013 se realizó mesa de trabajo entre la SDIS y la Fundación el 14 de noviembre de 2013, en la cual se generaron compromisos y se expidió por parte del equipo de apoyo a la supervisión concepto favorable condicionado para pago, con el fin de que el asociado cumpliera a cabalidad con lo siguiente (...) **b. Realizar el pago proveedor Éxito, entre 45 a 55 millones de pesos; c. Realizar el pago proveedor AMAPOLITA en promedio 7 millones de pesos (...)** 3. Conforme a lo anterior, una vez confirmado el pago al asociado, el 5 de diciembre de 2013 se realizó visita a las instalaciones del Centro de Acogida y Autocuidado, con el fin de verificar los compromisos adquiridos, cuyo resultado fue que **la Fundación dio cumplimiento satisfactorio únicamente a los literales (a,c,d,f,h)**, por lo que se evidencia que las demás obligaciones siguen presuntamente incumplidas” (se destaca).

⁹⁹ En dicho requerimiento se plasmó: “3. No se evidencia pago a los proveedores, entre otros y a manera de ejemplo se tiene que los almacenes Éxito se les adeuda más de 45 millones **y a Amapolita por más de siete millones**” (se destaca).

¹⁰⁰ En este documento se consignó que al Grupo Éxito se le adeudaba \$55'000.000 y a Amapolita \$7'000.000.



de la cual, hay que decirlo, ni si quiera es posible determinar en qué términos debía cumplirse, por la falta de material probatorio en el proceso.

Ahora, si bien las documentales referidas coinciden en que al Grupo Éxito no se le cumplió con el pago, ha de advertirse que ello no resulta suficiente para concluir en este caso que la Fundación incumplió con dicha obligación, por la sencilla pero reiterada razón de que en este proceso no se demostraron los términos en que la parte demandada debía cumplir, aunado al hecho de que no obra prueba con la cual se pueda constatar o corroborar la suma que supuestamente la Fundación le adeudaba, pues ninguna de las documentales aportadas da cuenta de los soportes que se tuvieron en cuenta para calcular el monto aproximado de \$55'000.0000 y la simple afirmación en ese sentido no basta para tener por probado ese aspecto.

Por todo lo anterior, ante la falta de material probatorio que es atribuible a la parte actora, la Sala advierte que no se demostró el incumplimiento alegado respecto de las obligaciones pactadas en los numerales 8 y 9, literal a), de la cláusula tercera del convenio de asociación.

7.3. Pretensión relacionada con la devolución de \$243'000.000 que la Secretaría desembolsó pero que supuestamente la Fundación no ejecutó

7.3.1. En la sentencia apelada se negó tal petición, con fundamento en que la parte actora no acreditó los desembolsos realizados, ni la ejecución de los mismos. Sostuvo que en el proceso no se probó el estado financiero del convenio de asociación, los desembolsos que se hicieron, sus valores y por qué concepto.

7.3.2. En la apelación se insistió en que la Secretaría Distrital de Integración Social sí realizó desembolsos por un mayor valor al ejecutado, manifestando sobre el particular que la Secretaría giró \$1.452'604.540, mientras que el valor ejecutado por la Fundación, a 30 de noviembre de 2013, fue de \$1.209'204.540, lo que, a su juicio, evidencia un mayor valor girado, en \$243'000.000. Para justificar lo anterior, la recurrente incluyó en la alzada unas tablas en las que muestra los valores desembolsados, sus fechas y los servicios ejecutados por la Fundación.

7.3.3. La Sala desestima el argumento de la Secretaría, porque en el expediente no obra prueba que acredite *-en específico-* los desembolsos realizados dicha entidad



pública, mucho menos en la suma indicada de \$1.452'604.540, así como tampoco reposa en el proceso elemento demostrativo alguno en punto al valor, que, según se afirma, fue ejecutado y que habría ascendido a \$1.209'204.540.

Revisadas las pruebas que se aportaron en el expediente, la Sala advierte que en el acta de las visitas realizadas por el supervisor los días 17 y 20 de enero de 2014 se consignó que al asociado se le giró el 30% del valor del convenio, “*aunque por contrato se debió girar el 10%*” (hecho probado 6.5.1.) y que a la Fundación se le habían hecho tres “pagos” y que el porcentaje ejecutado era del 49% (hecho probado 6.5.2.), sin que existan más elementos probatorios que soporten esa información. Se advierte que esos documentos no demuestran la fecha en que se realizaron los desembolsos ni que hayan sido por la suma de \$1'452.604.540, como lo afirmó la parte demandante; aunque en esas pruebas se indicó que la Fundación había ejecutado para la fecha un 49%, esto no es posible corroborarlo, porque al presente proceso no se allegó todo el expediente administrativo contractual, a partir del cual se hubiese podido establecer los desembolsos efectivamente realizados, así como también el porcentaje ejecutado por parte de la ahora demandada.

En ese orden de ideas, la Sala comparte la negativa del Tribunal *a quo* frente a la pretensión consistente en la devolución de la suma de \$243'000.000 que la Secretaría desembolsó pero que supuestamente la Fundación no ejecutó, toda vez que, en primer lugar, no se acreditó efectivamente que se hubieran realizado desembolsos, su fecha ni tampoco la suma girada, y, en segundo lugar, no se probó lo que realmente ejecutó la Fundación en el convenio, todo ante la evidente orfandad probatoria en el presente caso, cuya carga le correspondía a la actora.

8. Conclusión

Se concluye del análisis precedente que ninguna de las piezas probatorias obrantes en el expediente demuestra los supuestos fácticos en que se basan las pretensiones de la demanda, toda vez que el presente proceso se encuentra huérfano de material probatorio que acredite el incumplimiento demandando a la Fundación con ocasión del convenio de asociación celebrado con la Secretaría.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, no sin antes señalar



que llama la atención de la Sala la conducta procesal asumida por la demandada, pues pese a hacerse parte, no contestó la demanda y no intervino en ninguna de las etapas del proceso, dejando a la deriva del decurso procesal la suerte de sus intereses, lo que a todas luces resulta reprochable, no solo porque se aparta de la diligencia y cuidado que debe observarse en la defensa de los propios intereses en los asuntos litigiosos, sino porque no se compadece, desde luego, con el deber de colaboración con la Administración de Justicia.

9. Costas

De conformidad con el artículo 188 del CPACA¹⁰¹ y con la disposición especial del artículo 365-1 del CGP¹⁰², procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*¹⁰³.

En este caso, a pesar de que a la parte actora se le resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, no hay lugar a condenarla en costas porque estas no se causaron, dado que la parte demandada no intervino en ninguna de las etapas del proceso y ni siquiera designó apoderado para atender el asunto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹⁰¹ “Artículo 188. Condena en costas [CPACA]. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [actualmente Código General del Proceso]” [aclaración añadida].

¹⁰² “Artículo 365. Condena en costas [CGP]. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]” [aclaración añadida].

¹⁰³ El artículo 365 del CGP, en su numeral 8, establece: *Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*” [se destaca].



Radicado: 25000-23-36-000-2016-02469-01 (66391)
Demandante: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1° de abril de 2020, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

VF