

Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-33-33-005-2017-00034-01
Demandante	NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA
Demandado	CLAUDIA OSORIO BUSTILLO y NACIONAL DE SEGUROS S.A.
Tema	<i>Incumplimiento de contrato estatal para la obtención del certificado de incentivo forestal/ Modificación de objeto del contrato sin consentimiento de la entidad/ La modificación del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal requiere la solemnidad de un contrato modificadorio.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de decisión No. 004 procede, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada CLAUDIA OSORIO BUSTILLO ¹, contra la sentencia del 10 de febrero de 2020², proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³

3.1.1.Pretensiones⁴:

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare responsable a la señora Claudia Lucia Osorio Bustillo, por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato No. 006-09 (proyecto CIF No. 076-09), suscrito entre esta y Cardique.

SEGUNDA: Que como consecuencia del incumplimiento del contrato No. 006-09, la señora Claudia Lucia Osorio Bustillo restituya a la demandante, los valores recibidos por concepto de desembolsos realizados, la suma de \$9.587.580.

TERCERA: Que como consecuencia del incumplimiento del contrato, se declare la perdida del incentivo forestal pactado en la cláusula tercera del contrato.

¹ Fols.51-53 cdno 3 exp. digital

² Fols. 4-39 cdno 3 exp. digital

³ fols. 1-12 Doc. 02 exp. digital

⁴ Fols. 54-58 Doc. 02 exp. digital

CUARTO: Que los dineros de la pretensión segunda, sean ajustados conforme al IPC., y se decrete el pago de intereses moratorios.

QUINTO: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento del contrato se ordene el pago de la cláusula penal pecuniaria, contenida en la cláusula décima del contrato consistente en 10% del valor total del mismo, es decir la suma de \$1.169.845. De no ordenarse, se decrete realizar un dictamen pericial, a efecto de cuantificar los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento del contrato.

SEXTO: Que se declare la ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado por la póliza de cumplimiento No.300003471 expedida por CONDOR S.A. liquidada., y se ordene, a la aseguradora Nacional de Seguros S.A.; en su calidad de cesionaria de la póliza, el pago del valor asegurado en el amparo de cumplimiento del contrato número 0006-09, equivalente a la suma de \$1.179.845., a favor de la actora.

SÉPTIMO: Que se decrete y efectué la liquidación judicial del contrato número 006-09 (Proyecto CIF No. 076-09) suscrito entre la señora Claudia Lucia Osorio Bastillo y la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique - CARDIQUE, el cual fue cedido a la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

OCTAVO: Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

3.1.2. Hechos⁵

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Relató que, Cardique y la señora Claudia Lucia Osorio Bastillo suscribieron contrato No. 006-09 el 24 de julio de 2009 (Proyecto CIF No. 076-09), cuyo objeto consistió en el plan de establecimiento y manejo forestal (PEMF) para 8 hts de Melina (gmelina arbórea), en el corregimiento de Pueblo Nuevo, del municipio de María la Baja.

La duración era de 5 años correspondientes a las 5 etapas de desarrollo del objeto del mismo, los cuales se comenzarían a contar a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución descritos en el contrato", requisito que según la cláusula vigésima corresponde a la aprobación de la Garantía Única de Cumplimiento y la acreditación del pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación Pública y del impuesto de timbre nacional, si a ello hubiere lugar. En este sentido, el contrato inició su ejecución el día 30 de julio de 2009, allegándose la garantía única de cumplimiento expedida por Seguros Condor con vigencia del 30/07/09 al 31/01/12.

⁵ Fols. 2-5 cdno 1 exp. digital

El valor del contrato era de \$11.798.452, los cuales se pactaron en 5 pagos, 1 pago por cada año de duración del contrato siempre previa ejecución de las actividades a cargo del contratista de acuerdo con cada una de las cinco (5) etapas del PEMF.

De conformidad con los informes de visitas realizadas por los ingenieros contratistas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el 02 de diciembre de 2010, 06 de diciembre de 2011, 17 de agosto de 2012 y 24 de octubre de 2013, la primera de verificación de establecimiento y las siguientes de mantenimiento de la plantación, arrojaron resultados normales, en cuanto se indica buen estado de las plantaciones plantadas, situación que por consiguiente generó cada uno de los desembolsos a favor de la señora CLAUDIA MARÍA OSORIO BUSTILLO.

La parte actora, el 8 de junio de 2011 impartió aprobación a la renovación de pólizas aportadas por el contratista por un valor equivalente al veinte (20%) por ciento del valor del contrato, con vigencia del 30/07/2009 al 31/01/2012.

Agrega que, el 28 de marzo de 2012, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante correo electrónico, enviado al señor Luis Miguel Morales-, lo requiere entre otras cosas, a lo relacionado a las pólizas y que de acuerdo a la visita realizada el 06/12/11, era necesario que aclarara la inclusión de la especie Tabebuia rosea (Roble), exponiendo las razones técnicas del porqué de la inclusión de esta especie, lo que debía estar debidamente soportado, ya que el contrato en la cláusula primera, señalaba que el proyecto se desarrollara para 8 hectáreas con la especie Melina. De igual forma, el 09 de abril de 2012, solicita al beneficiario del CIE 076-09, la actualización de la vigencia de las pólizas.

El 27 de abril de 2012, la señora OSORIO BUSTILLO, mediante oficio enviado al demandante, informó sobre el envío de las pólizas originales y el recibo de pago, respecto a la inclusión de la especie roble, indicó que lo realizado fue una resiembra, en una zona que se encharca, durante la temporada de fuertes lluvias.

Nuevamente el 8 de noviembre de 2013, solicita a la beneficiaria del CIE 076-09, la actualización de la vigencia de las pólizas., requerimiento que realizó de nuevo el 18 de julio de 2014.

Indicó que, durante el desarrollo del contrato, la contratista realizó resiembras en sectores de las 8 hectáreas con la especie Tabebuia rosea (Roble), la cual no estaba pactada en el contrato, así como tampoco la posibilidad de hacer resiembras.

En fecha 27 de diciembre de 2015, el ingeniero de campo realizó visita de verificación de la actividad de mantenimiento, a la plantación de 8 hectáreas de Gmelina arbórea, sin embargo registró como especies encontradas Gemlina arbórea con un área de 6.6 hts y Tabebuia Rosea con un área de 1.5 hts, así mismo, mediante certificado adjunto a la visita, expedido por la empresa interventora, Consorcio Forestal Cie2015, se informó que no se aprobó realizar el desembolso por pólizas y contrato vencido, así como la no presentación del certificado de tradición y libertad.

Finalizó manifestando que la demandada, incumplió con el objeto del contrato y en consecuencia la ejecución del PEMF, al haber desconocido lo convenido por las partes al plantar la especie Tabebuia Rosea sin previa autorización de la actora, y su obligación de mantener vigente las garantías durante toda la ejecución del contrato y los periodos adicionales para cada amparo, toda vez que el amparo de cumplimiento estuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2013, el de salarios y prestaciones sociales hasta el 30 de julio de 2016 y el RCE hasta el 31 de enero de 2014.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Compañía Nacional de Seguros⁶

Manifestó no constarle los hechos de la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Como razones de su defensa, adujo que la demandada cumplió con el objeto del contrato, en efecto, de las 8 hectáreas que conformaban el área a reforestar 6.5 con Melina (Gmelina arbórea) y 1.5 con Roble (Tabebuia rosea), esta última por cuanto el lugar era fangoso y la especie Melina (Gmelina arbórea) no podía plantarse.

Alegó que, el amparo de cumplimiento se encontraba vencido para la época en la cual Nacional de Seguros S.A. asumió las pólizas de Seguros Cóndor por cesión.

El contrato se pactó (1) pago por cada año de duración del contrato, previa ejecución de las actividades, no obstante, se realizaron tres (3) pagos, a un cuándo se había advertido desde la primera visita la siembra de 1.5 hectáreas de la especie Roble (Tabebuia rosea), donde queda plasmado claramente que el terreno era fangoso, lo que conllevó a una modificación tácita del contrato por aceptación de la parte contratante de la siembra de la especie enunciada en 1.5 hectáreas.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) Ausencia de calidad de garante, por no estar vigente el amparo de cumplimiento al momento de oficializarse la

⁶ Fols. 75-82 cdno 2 exp. digital

cesación de las pólizas entre Seguros Condor y Eco Seguro hoy Nacional De Seguros S.A.; (ii) prescripción; y (iii) aceptación tácita de la modificación del contrato.

3.2.2. Claudia Lucia Osorio Bustillo⁷

Se opuso a la totalidad de las pretensiones, tuvo como ciertos la mayoría de los hechos, excepto el referente a la solicitud de actualización de vigencia de las pólizas y la relativa a que, a raíz de las fuertes lluvias se encharcó una zona aproximadamente de una hectárea, que en razón a ello fue sembrada la especie Tabebuia Rosea, Agregó que, el ingeniero de campo Juan Pablo Puentes mediante certificado de incentivo forestal de fecha 27 de diciembre de 2015, deja sentado la plantación presentaba buen desarrollo y no había presencia de afectaciones fitosanitarias.

Como razones de su defensa, indicó que el contrato fue suscrito inicialmente con Cardique, entendiéndose que nunca fue firmado con el Ministerio de Agricultura, y fue a Cardique a quienes le entregó la documentación requerida para acceder al programa de incentivos forestales.

Indicó que la primera visita realizada por los miembros de seguimiento del contrato, se realizó el día 02 de diciembre de 2010, es decir 17 meses después de haberse suscrito el contrato, visita que desde ese momento fue informada por parte de la señora CLAUDIA LUCIA OSORIO BUSTILLO sobre lo ocurrido en la plantación, y que muy a pesar de ese supuesto incumplimiento, se hizo la consignación del primer incentivo forestal, hecho que denota que CARDIQUE - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, se encontraba de acuerdo con la replantación. Ahora bien, desde el momento es que se realiza la cesión del contrato el Ministerio debió conocer lo ocurrido.

Agregó que, mediante oficio del 27 de abril de 2012 remitió la documentación requerida para la prorroga de las pólizas, e informó en el mismo oficio lo sucedido en la plantación, es decir, la resiembra en la zona encharcable, siendo pagado el 17 de agosto el 2012 el incentivo forestal, lo que confirma su conocimiento desde un inicio.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) inexistencia de la obligación por fuerza mayor; (ii) contrato no cumplido; y (iii) excepción de buena fe.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Mediante providencia del 10 de febrero de 2020 el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió controversia sometida a su

⁷ Fols. 117-129 cdno 2 exp. digital

⁸ Fols. 4-39 cdno 3 exp. digital

conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora CLAUDIA LUCIA OSORIO BUSTILLO incumplió el contrato N° 006-09 CIF suscrito entre la referida y CARDIOUE (cedido al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural), por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LIQUÍDESE judicialmente el contrato N° 006-09 de fecha 24 de julio de 2009 suscrito entre CARDIOUE y la señora CLAUDIA LUCIA OSORIO BUSTILLO, el cual fuera cedido al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

TERCERO: ORDENAR a la señora CLAUDIA LUCIA OSORIO BUSTILLO devolver al Ministerio de Agricultura y desarrollo Rural, la suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS CON TREINTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$12.228.182,30. m/cte) a título de liquidación judicial. Los intereses empezaran a correr conforme a la estipulación contractual, a la ejecutoria de esta providencia y hasta tanto se paguen la suma indicada.

CUARTO: ORDENAR a la señora CLAUDIA LUCIA OSORIO BUSTILLO pagar a la entidad demandante la suma de UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS Y DOS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE 1.179.845,2, correspondiente a la cláusula penal pactada.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de la acción de cobro del contrato de seguro, referente a la póliza N° 300003471 expedida por la empresa CONDOR S.A., por lo expuesto.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme fue expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: La demandada - Claudia Lucia Osorio Bustillo deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CRACA.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte vencida, la demandada, conforme lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP. Las cuales se liquidarán por secretaría una vez en firme la sentencia. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$ 383.503,20. (...).”

La A-quo, como argumentos de su decisión manifestó que, el régimen del contrato estatal para la obtención del Certificado de Incentivo Forestal (CIF) es reiterativo en señalar que el contratista debe cumplir las obligaciones del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, el cual hace parte de las obligaciones del contrato, como requisito necesario para obtener el CIF. Además, el artículo 22 del Decreto Reglamentario, consagra que la ejecución del contrato para el proyecto de reforestación debe adelantarse "con estricta sujeción al PEMF".

Encontró probado que, la contratista nunca informó a la entidad de la necesidad de la resiembra, menos autorización para efectuarla, procediendo a la resiembra del terreno sin autorización de la entidad. Advirtió que pese a que a la contratista se le efectuaron tres pagos sucesivos y se le requirió en una oportunidad manifestara las razones por las cuales habla efectuado la resiembra, esta se limitó a manifestar que se debió a una "zona de encharcamiento" y que dicha situación la manifestaron en la visita realizada el 02 de diciembre de 2010.

Indicó que, según la normatividad que rige dicho contrato, la contratista no estaba facultada para efectuar la modificación unilateral del mismo y menos aún a convalidar su actuación con la sola inclusión de la novedad en el acta de visita, que dicho sea de paso es efectuada por el interventor y no por el contratista.

Adicionalmente, adujo que, conforme a la cláusula décima cuarta del contrato, la pérdida de la plantación era un hecho previsible, razón por la cual el contratista debía informar dicha situación, en el caso en concreto de la pérdida parcial de la especie "gmelina" en la zona donde después resembró con roble, sin que el principio de buena fe en este caso, pueda desplazar las obligaciones contractuales pactadas. De igual forma, concluyó que el contrato quedó desprovisto de póliza de cumplimiento antes de su vencimiento, pese a que fue requerida por la entidad.

Frente a la pretensión de declarar el siniestro de la póliza, encontró que se configuró la prescripción por cuanto el Ministerio de Agricultura conoció del incumplimiento desde el 06 de diciembre de 2011, que es el riesgo asegurado, por lo tanto, a partir de dicha fecha empezó a correr el término para iniciar la acción de cobro del riesgo asegurado, la cual se advierte no fue iniciada. Por lo anterior, el Ministerio de Agricultura tenía hasta el 06 de diciembre de 2013, momento en el que se cumplieron los dos años contenidos en la norma.

Decretó la pérdida del derecho al incentivo forestal, ordenando a la accionada a la devolución del valor desembolsado \$12.228.182,30. Adicional a ello deberá pagar la suma de \$1.179.845,2, por concepto de la cláusula penal. Condenó en costas y agencias en derecho.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁹

Como razones de inconformidad la parte demandante manifestó que desde el inicio del desarrollo del contrato conoció y consintió el cambio de plantación en el área descrita en las actas de visitas, y con su pago posterior a este conocimiento ratificó el contrato, saneando cualquiera irregularidad.

Lo anterior a su juicio, puede ser corroborado, desde el acta de 2 de diciembre de 2010, donde expresamente señala " ... por el recorrido realizado se identificó una zona encharcable la cual está en época de fuertes lluvias se convierte en un pequeño arroyo, razón por la cual se ha resembrado roble en un área aproximada de 1 ha, ya que la especie MELINA no soporta la humedad excesiva en el suelo, a fin de aclarar los términos en los cuales se desarrolla el presente proyecto, se considerara que toda la superficie corresponde a gmelia arbórea y que el beneficiario acepta este hecho".

⁹ Fols.51-53 cdno 3 exp. digital

El contratante realizó hechos posteriores al conocimiento que implican aceptación al proceder con el pago y hacerlo no solo por el resultado de esta primera visita sino las posteriores, por lo que no hay razón para que posteriormente se pretenda la declaratoria de un incumplimiento sacando provecho de las obras que aceptó, desconociendo su derecho al pago de las actas 4 y 5, siendo que contenía las mismas observaciones.

Por otro lado, en la visita de verificación del segundo mantenimiento se observa la resiembra del roble no contratado, el 27 de diciembre de 2015 pero la anotación para no aprobación del pago de la interventoría no es por el hecho de la resiembra sino por vigencia de póliza, contrato vencido y certificado de libertad y tradición. Situación que fue saneada posteriormente.

Afirmó que, la entidad incumplió su deber de vigilancia y control, sin que hiciera advertencia alguna de las circunstancias acaecidas, adicionalmente esta conocía el terreno y las condiciones naturales que afectarían la siembra y aun así lo permitió.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Por acta del 9 de febrero de 2022¹⁰ se repartió el presente asunto a este Tribunal, por providencia del 07 de junio de 2022¹¹ se admitió el recurso de alzada, y se ordenó correr traslado para alegar.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹²: Manifestó que reiteraba los hechos y fundamentos de la demanda

3.6.2. Parte demandada¹³: Insistió en los argumentos del recurso de alzada.

3.6.3. Ministerio Público no rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

¹⁰ Doc. 03 cdno segunda instancia

¹¹ Doc. 05 cdno segunda instancia

¹² Doc. 11 cdno segunda instancia

¹³ Doc. 10 cdno segunda instancia

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema Jurídico

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por la parte apelante en su recurso, conforme lo establece el art. 328 del CGP. Corresponde a la Sala establecer si:

¿La parte demandante desde el inicio del desarrollo del contrato No. 006-09 conoció y consintió el cambio de plantación en el área descrita en las actas de visitas, y con su pago posterior a este conocimiento ratificó el contrato, saneando cualquiera irregularidad, por lo que no hay lugar a declarar incumplimiento alguno por parte de la demandada señora Claudia Lucia Osorio Bustillo?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión conociendo el fondo del asunto, confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto se encontró probado el incumplimiento de la parte demandada a lo pactado en el contrato.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 CONTRATO ESTATAL PARA LA OBTENCION DEL CERTIFICADO DE INCENTIVO FORESTAL – Régimen jurídico / FUNCION DE INTERVENTORIA – Objetivo¹⁴.

De acuerdo con los antecedentes legislativos de la Ley 139 de 1994, el Certificado de Incentivo Forestal surge para ser otorgado a las personas naturales o jurídicas que realicen inversiones en nuevas plantaciones forestales en terrenos con esta aptitud de uso. Se trata de un instrumento a través del cual se otorga una bonificación correspondiente a las externalidades positivas generadas por la actividad forestal. Así, el artículo 3º de la Ley en comento, definió la naturaleza del Certificado de Incentivo Forestal como un “documento otorgado por la entidad competente para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, que da derecho a la persona beneficiaria a obtener directamente al momento de su presentación, por una sola vez y en las fechas, términos y condiciones que específicamente se determinen, las sumas de dinero que se fijen conforme al artículo siguiente, por parte de la entidad bancaria que haya sido autorizada para el efecto por FINAGRO. El Certificado es personal y no negociable.”

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: EDGAR GONZALEZ LOPEZ Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00128-00(2263) Actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

El Plan de Establecimiento y Manejo Forestal hace parte de las obligaciones incluidas en el contrato, y corresponde al instrumento idóneo para desarrollar el objeto de la creación del CIF, esto es, el reconocimiento de las externalidades positivas de la reforestación. Por otra parte, el Decreto 1824 de 1994 estipula que la modificación del Plan solo podrá realizarse previa solicitud del reforestador a la entidad contratante y aprobada también por escrito por la entidad encargada de la administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

Para su expedición es necesaria: (i) la aprobación de un Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, (ii) la demostración de que las plantaciones se realizarán en suelos de aptitud forestal, (iii) acreditar que los suelos en que se harán las nuevas plantaciones no se encuentran, ni lo han estado en los últimos cinco años, con bosques naturales, (iv) presentar los documentos que comprueben que el beneficiario del incentivo es propietario o arrendatario del suelo en el cual se va a efectuar la plantación, (v) la autorización expedida por FINAGRO, a solicitud de la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, para el otorgamiento del correspondiente Certificado de Incentivo Forestal, y (vi) la celebración de un contrato entre el beneficiario del Certificado de Incentivo Forestal y la entidad competente para la administración y manejo de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, en el cual, además de las obligaciones de cumplimiento del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, se pactarán las multas y otras sanciones pecuniarias que se podrán imponer al beneficiario en caso de incumplimiento parcial o total de sus obligaciones contractuales y las garantías que se consideren indispensables, sin perjuicio de las demás cláusulas obligatorias o facultativas previstas en las normas vigentes sobre contratación estatal.

El régimen del contrato estatal para la obtención del CIF es reiterativo en señalar que el contratista debe cumplir las obligaciones del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, el cual hace parte de las obligaciones del contrato, como requisito necesario para obtener el CIF. Además, el artículo 22 del Decreto Reglamentario, consagra que la ejecución del contrato para el proyecto de reforestación debe adelantarse “con estricta sujeción al PEMF”. En forma expresa el Decreto 1824 de 1994 estipula que el PEMF solo podrá ser modificado previa solicitud escrita del reforestador y aprobación por escrito por la entidad estatal. Finalmente se señala la importante labor de supervisión que le corresponde a esta entidad para la evaluación, verificación de campo, seguimiento y control del Plan, con el objetivo de asegurar el fin del contrato. Respecto de la modificación del contrato estatal, ante la ausencia de norma legal especial, resulta aplicable el régimen general del Estatuto de Contratación pues, además, se consagra expresamente que estos contratos estaban regulados por la Ley 80 de 1993 y normas posteriores.

La dirección general del contrato a cargo de la entidad estatal comprende el ejercicio de sus facultades excepcionales para orientarlo al cumplimiento de su finalidad y, en este marco, el contratista cumple un deber de colaboración en el cometido de la función social. Entre las facultades excepcionales de la entidad se encuentra la de modificación unilateral. Sin embargo, el ejercicio de este ius variandi está supeditado al exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad contratante. Por lo tanto, razones de conveniencia o de simple utilidad no pueden ser el sustento para realizar estas modificaciones, pues no están consagradas en la ley para el ejercicio de este poder unilateral. Sería contrario al ordenamiento legal atribuir esta dirección al contratista, o dejar a su arbitrio las decisiones sobre el mejor cumplimiento del contrato, y sobre las modificaciones, con independencia del resultado final. El régimen especial de los contratos estatales consultados muestra que esa dirección se encuentra en cabeza de la entidad estatal, y que cualquier modificación al PEMF y al contrato debía ser aprobado previamente y por escrito.

El interventor o supervisor tiene el deber legal –y soporta las graves consecuencias legales de su omisión-, de informar con la debida anticipación a la entidad estatal de aquellas circunstancias que afecten la ejecución del contrato, de tal manera que no deberían presentarse situaciones en las cuales el contratista lo ejecute en sentido diverso o desatendiendo el tenor literal del contrato, modifique unilateralmente la prestación pactada, y la entidad estatal solo sea informada de esta situación, frente a hechos cumplidos, no autorizados previamente, ni legalizados.

La función de interventoría y de supervisión comprende la de vigilar que el contratista ejecute la prestación en los términos pactados, y cuando no sea posible, por circunstancias imprevisibles o sobrevinientes que pongan en riesgo su finalidad, informar a la entidad y proponer las medidas que conjuren estas situaciones. La función esencial de la interventoría o de la supervisión tiene entre sus objetivos precaver que el contratista pueda a su arbitrio realizar modificaciones unilaterales a lo pactado en el contrato, puesto que es función de la interventoría o de la supervisión, según el caso, informar y presentar, en forma previa, soluciones para modificarlo oportunamente y para evitar que se presenten cambios no autorizados. Tampoco es viable jurídicamente en el ordenamiento nacional realizar modificaciones de hecho que no estén amparadas previamente en un contrato, así exista acuerdo verbal entre las partes, dados los requisitos establecidos por el Estatuto Contractual para la existencia y perfeccionamiento de un contrato estatal, principal o accesorio, regulado por la Ley 80 de 1993. No resulta acorde a derecho que el contratista pueda a su arbitrio realizar modificaciones unilaterales a lo pactado en el contrato, y es función de la interventoría o de la supervisión, según el caso, informar y presentar en forma previa, soluciones para modificarlo oportunamente y para evitar que se presenten cambios de hecho a lo pactado.

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme a los argumentos que plantea la parte demandada en el recurso de apelación, procederá a limitar su estudio a los mismos, previo a un contexto general de la demanda.

Cardique y la demandada, suscribieron el contrato N° 006-09 de fecha 24 de julio de 2009¹⁵ acorde al proyecto CIE N° 076-09 y según el Plan de Establecimiento y manejo Forestal presentado y aprobado por la entidad¹⁶, mediante Resolución No. 440 del 16 de junio de 2009¹⁷. Que la entrega de los recursos fue pactada en cinco (05) pagos, un pago por cada año de duración del contrato, previa ejecución de las actividades a cargo del contratista y de acuerdo a las cinco etapas del PEMF.

La Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique - CARDIQUE cedió el 28 de agosto de 2009 el contrato N° 006 del 24 de julio de 2009¹⁸ celebrado con la señora Claudia Lucia Osorio Bustillo al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1328 de 2009, a través del cual el Ministerio de agricultura asumió las funciones señaladas en la Ley 139 de 1994 en relación con el CIF (Certificado de Incentivo Forestal). Así quedó demostrado según contrato de cesión.

Que el contrato una vez suscritas las pólizas respectivas inició su ejecución y así se corroboró con las respectivas actas de seguimiento los días 02 de diciembre de 2010¹⁹, 06 de diciembre de 2011²⁰, 17 de agosto de 2012²¹, 24 de octubre de 2013²² y el 27 de diciembre de 2015²³. También se consignó desde la primera acta de seguimiento que un área de 1.5 hectáreas aproximadamente fue sembrada con roble, debido a las fuertes lluvias.

Se demostró que a la señora Claudia Lucia Osorio Bustillo se le efectuaron 3 pagos de la siguiente manera: el primero el 01 de julio de 2011 por un valor de \$ 6.534.236²⁴, el 20 de septiembre de 2012 por un valor de \$ 1.775.164²⁵ y el tercer pago el 11 de diciembre de 2012 por un valor de \$ 1.278.180²⁶.

¹⁵ Fols. 85-103 cdno 01

¹⁶ Fols. 19-84 cdno 1

¹⁷ Fols. 169-173 cdno 01

¹⁸ Fols. 186- 189 cdno 01

¹⁹ Fols. 190-192 cdno 01

²⁰ Fols. 203-206 cdno 01

²¹ Fol. 218-220 cdno 01

²² Fol. 4 cdno 02

²³ Fols. 214-217 cdno 02

²⁴ Fol. 201-202 cdno 01

²⁵ Fol. 222- 225 cdno 1

²⁶ Fol. 228-229 cdno 01

Mediante correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2012 el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural le solicitó a la señora Claudia Lucia Osorio Bustillo informara la inclusión de la especie "Tabubeia Rosea" pues según la visita efectuada el 06 de diciembre de 2011 se indicó que algunos sitios donde no se encontró melina había roble y que dicha situación no había sido notificada²⁷. También se probó que la señora Claudia Lucia Osorio Bustillo mediante oficio radicado el 27 de abril de 2012 y atendiendo al requerimiento de la entidad informó que lo que se efectuó fue resiembra en una zona que se encharca en la temporada de fuertes lluvias y que dicha situación se informó en el acta de seguimiento de fecha 02 de diciembre de 2010²⁸.

Lo anterior, fue corroborado con las pruebas testimoniales recaudadas en la audiencia celebrada el 03 de diciembre de 2019²⁹, en efecto se reconoce que aproximadamente 1.5 hectáreas de las 8 hectáreas que estaban incluidas en el contrato tuvieron que ser resembradas con otra especie específicamente roble, porque dicha zona en el tiempo de fuertes lluvias sufrió inundaciones y que le especie melina no resistió la humedad. Además, los mismos testimonios recaudados informan que la señora Claudia Lucia Osorio Bustillo no efectuó ninguna solicitud previa de resiembra o cambio de especie y que lo que tuvieron fue una conversación con los interventores del contrato. Hecho que además se corrobora con la documentación recaudada que da cuenta que la contratista no elevó ninguna solicitud de modificación de la especie pactada en el contrato.

Finalmente, mediante certificación de fecha 30 de diciembre de 2015 el representante legal del Consorcio Forestal CIF 2015 no aprueba realizar desembolso al encontrar las pólizas vencidas, y el contrato vencido³⁰.

En ese orden de ideas, al no haber reproche por parte del apelante, respecto de lo antes expuestos, estudiará la Sala el único motivo de inconformidad la el cual, a su juicio, es que desde el inicio del desarrollo del contrato el demandante conoció y consintió el cambio de plantación en el área descrita en las actas de visitas, y con su pago posterior a este conocimiento ratificó el contrato, saneando cualquiera irregularidad.

Al respecto en caso similar, el Consejo de Estado estableció lo siguiente³¹:

El ordenamiento jurídico aplicable y el mismo contrato señalaban que el PEMF solo podía ser modificado previa aprobación por escrito de la entidad estatal. Que el PEMF hacia parte de las obligaciones del contrato para obtener el CIF, y en forma

²⁷ Fol. 209-211 cdno 01

²⁸ Fol. 216- 217 cdno 01

²⁹ Fols. 193 cdno 02

³⁰ Fol 213 cdno 02

³¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: EDGAR GONZALEZ LOPEZ Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00128-00(2263) Actor: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

indubitable se ordena que el proyecto de reforestación debe adelantarse "con estricta sujeción al PEMF".

No obstante, según el contenido de la consulta, los contratistas realizaron en forma unilateral e inconsulta modificaciones a las obligaciones contenidas en el contrato, en especial a la prestación pactada, sustituyendo unas especies por otras, modificando la cantidad de hectáreas establecidas por especie, o redistribuyendo el número de hectáreas de una especie, sin la autorización previa del Ministerio, y sin que se modificara previamente el PEMF y/o el contrato. Se menciona que este proceder en general, no afectó la externalidad positiva buscada con el medio contractual.

Para la Sala, este proceder resulta contrario a las normas del Estatuto de Contratación, que requerían la solemnidad del contrato modificatorio, y en abierta contravención a lo previsto en el Decreto 1824 de 1994 para realizar el proyecto de reforestación con estricta sujeción al PEMF.

Para la Sala, la situación descrita en la consulta respecto de cambios unilaterales realizados por un contratista, sin la previa anuencia de la entidad estatal, y sin el perfeccionamiento del contrato modificatorio, contraviene los límites legales que se deben tener en cuenta cuando se pretenda alterar el pacto inicial, y por lo tanto no resultan admisibles a la luz del ordenamiento jurídico, independientemente del resultado obtenido, según las consideraciones expuestas".

En ese orden de ideas, no son de recibo los argumentos de la parte apelante, en el sentido de afirmar que, por el hecho de que la entidad demandante cancelara los valores pactados año tras año, fuera una aceptación tácita de las modificaciones realizadas a lo pactado en el contrato.

Adicional a lo anterior, desde la primera visita el interventor del contrato el 02 de diciembre de 2010, dejó en la respectiva acta de visita la anotación de que un área aproximada de 1.5 hectáreas había sido objeto de resiembra por otra especie a causa de la humedad del terreno, sin que la contratista previamente a dicha diligencia, manifestara a la entidad demandante las razones por las cuales realizó la resiembra de otra especie, y mucho menos, solicitó la autorización para efectuarla, siendo esta objeto de modificación del contrato. Conforme al marco normativo aquí plasmado, no le era dable a la demandada, suponer que la suscripción del acta era suficiente para dar por enterada a la entidad, como tampoco le era dable proceder de manera unilateral a la resiembra, sin ninguna autorización, quebrantando lo señalado en la cláusula primera, la cláusula quinta numeral 1 y 2 y las normas contenidas en el contrato ya definidas.

Por otro lado afirmó que, la entidad incumplió su deber de vigilancia y control, sin que hiciera advertencia alguna de las circunstancias acaecidas, adicionalmente esta conocía el terreno y las condiciones naturales que afectarían la siembra y aun así lo permitió, sobre este argumento la A-quo lo estudió de manera extensa, indicándole que, la cláusula décimo cuarta del contrato estableció que resultaba previsible el advenimiento de la pérdida de la siembra, razón por la cual el contratista debía informar dicha situación, en el

caso en concreto de la pérdida parcial de la especie "gmelina" en la zona donde después resembró con roble, sin que el principio de buena fe en este caso, pueda desplazar las obligaciones contractuales pactadas.

Así las cosas, la Sala no encuentra razones admisibles para establecer el supuesto saneamiento del incumplimiento de la parte demandada, que conlleve a la revocatoria de la sentencia apelada, por lo que, se confirmará la misma íntegramente.

5.5 De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, *"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.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal".

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

De igual forma, se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado³², ha adoptado un criterio objetivo-valorativo de la imposición de condena en costas, precisando que no se debe atender a la conducta de las partes para determinar su procedencia, es decir, si las mismas actuaron con temeridad o mala fe, por el contrario, su imposición atiende a aspectos objetivos relacionados con la causación de las costas.

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida dentro del asunto, en este caso a la demandada, no obstante, se encuentra demostrado que su recurso de alzada se amparó en fundamentos fácticos que consideró respaldaban su tesis, por lo que esta Corporación se abstendrá de imponer dicha condena, en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³² Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016; y sentencia del 07 de abril de 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). M.P. William Hernández Gómez.

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

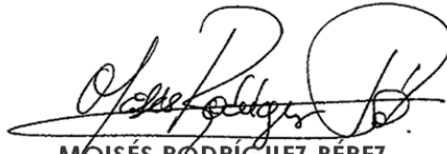
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a la parte demandante en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 022 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ