



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, veinte (20) de enero de 2021

Sentencia No. 0004

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho- apelación de sentencia
Radicado	88001-33-33-001-2017-00209-01
Demandante	Germán Pacheco Hawkins
Demandado	Contraloría General de la República- Gerencia Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. - OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde en esta oportunidad da la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo de este departamento el 26 de agosto de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, conservando la legalidad del fallo con responsabilidad fiscal No. 054 del 26 de diciembre de 2016.

II. ANTECEDENTES

Entre el Departamento Archipiélago y la Liga de Balonmano de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se celebró el convenio de apoyo al deporte No. 011 del 13 de marzo de 2015, cuyo objeto consistía en :

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONVENIO. Impulsar actividades de interés público, para lo cual se aunaran esfuerzos con la LIGA DE BALONMANO DE SAN ANDRES PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA con el fin de garantizar la asistencia y participación de veinticinco (25) personas de balonmano del departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al Campeonato Nacional Interligas de Balonmano Playa, clasificatoria a juegos Deportivos de Mar y Playa del 20 al 23 de marzo en la ciudad de Girardot (Cundinamarca) y al American Beach Handball Championship, que se realizará en Gulf Shores, Alabama del 23 al 27 de abril de 2015”

El valor del precitado convenio era de \$98.900.000, aportando el departamento un porcentaje equivalente del 95.79% (\$94.740.000), el plazo de ejecución era de 40

días contados a partir de la aprobación de la garantía, es decir desde el 25 de marzo de 2015 (Resolución 1238 del 25 de marzo de 2015), Sin embargo, según acta de iniciación del precitado convenio (visible a folio 103 del cuaderno de prueba trasladada) se tuvo como punto de partida el 19 de marzo de 2015, señalándose como día de su finalización el 27 de abril de la misma anualidad.

El convenio en mención fue liquidado mediante acta del 22 de mayo de 2015 (FI 114 prueba trasladada) en dicho documento no se suscribieron salvedades, declarándose en paz y salvo las obligaciones entre las partes.

Motivada por denuncia ciudadana, la dependencia de auditorías y participación ciudadana de la Contraloría General del Departamento Archipiélago remitió oficio del 30 de diciembre de 2015 al jefe de Unidad de Responsabilidad Fiscal de dicho ente sobre presunto hallazgo fiscal en la celebración del convenio 11 de 2015, teniendo como consecuencia la apertura de investigación preliminar en auto No. 65 del 31 de diciembre de 2015 por el supuesto detrimento de \$77.914.760 en el desarrollo del citado convenio.

Mediante auto No. 031 del 18 de abril de 2016, la Contraloría General de este departamento dio apertura a proceso de responsabilidad fiscal de única instancia teniendo como sujetos investigados al hoy demandante (Secretario de Deportes y Recreación firmante del convenio 11 de 2015) y al Sr. Leonardo Garibello Mayorga en su calidad de representante legal de la Liga de balonmano.

El ente de control fiscal fundamentó el detrimento patrimonial sobre la ausencia de soportes de egresos realizados por el ente departamental más allá de facturas de venta sobre los mismos, echando de menos, recibos, comprobantes de caja y de ingresos de algunos de los gastos realizados en el desarrollo del convenio No. 11 de 2015.

Por auto No. 70 del 16 de julio de 2016 fue prorrogado por el término de 2 meses el transcurso del proceso de responsabilidad fiscal No 010270/15, subsiguientemente el 2 de diciembre de la misma anualidad en auto No. 087 le fue imputada responsabilidad fiscal al demandante por el supuesto detrimento de \$77.914.760.

Finalmente, una vez practicadas las pruebas solicitadas en fallo No. 054 del 26 de diciembre de 2016, la Contraloría Departamental halló fiscalmente responsables a los Srs. Germán Pacheco Dawkins y Leonardo Garibello Mayorga por el detrimento fiscal de \$ 77.914.760 ocasionado en el desarrollo del convenio No. 11 de 2015 , acto que fue recurrido por el agente asegurador invocado al proceso.

Por auto No. 122 del 22 de junio de 2017 fue resuelto negativamente el recurso horizontal interpuesto en contra del fallo No. 054 del 26 de diciembre de 2016, providencia ejecutoriada el 8 de agosto de 2017.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

La providencia impugnada denegó las pretensiones de la demanda expresando que contrario a lo alegado por el demandante, el proceso de responsabilidad fiscal llevado en su contra respetó sus derechos procesales y constitucionales, siéndole permitido el aporte y contradicción de las pruebas, la asistencia técnica por intermedio de un abogado y en general el apego del procedimiento a los lineamientos descritos por la ley.

Sobre las causas que determinaron la responsabilidad fiscal del demandante dentro del fallo 054 del 26 de diciembre de 2016, adujo el A-quo que el daño estuvo plenamente demostrado al determinar que los soportes de gasto aportados al proceso de responsabilidad fiscal no certifican la veracidad sobre la asistencia a los torneos de balón mano en las ciudades de Girardot (Colombia) y Gulf Shore (Alabama, Estados Unidos) además de la indebida utilización de dineros no contemplados en el presupuesto contractual, situaciones que aunadas a la calidad de supervisor y obligaciones del demandante (a la fecha de ocurrencia de los hechos) certifican una omisión gravemente culposa en la ocurrencia del detrimento sancionado.

LA APELACIÓN.

Audible de min 3h: 26 a 4h: 03 de las audiencias concentradas del 26 de agosto de 2019 reposan las sustentaciones de los recursos de alzada interpuestos por el demandante, en lo concerniente al fallo de responsabilidad No. 54 de 2016 (acto demandando) expuso (3h:45 a 4h:03) que el hallazgo o daño se fundamentó en los

Expediente:88001-33-33-001-2017-00209-01

Demandante: **Germán Pacheco Hawkins**

Demandado: Contraloría General de la República

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho – apelacion sentencia SIGCMA**

valores discriminados en el hecho 26 de la demanda y reseñados también en el acto demandado a saber:

No. Beneficiario	Descripción	Valor
Erlyd Arroyo Newball	TKT's, alojamiento y alimentación Girardot	\$19.500.000
Viajes Imperial/Royal	Transporte Apto. Bogotá-Girardot-Apto Bogotá	\$1.380.000
Deportes Mundial	Uniformes de Competencia	\$2.419.760
Agencia Brisas Caribeñas	TkT's Med-Mia-Med, Solicitud de Visas, alojamiento, Otros	\$49.355.000
BOAN	Uniformes Gobernación Competencia	\$1.300.000
Omaira Salcedo	Viáticos Fisioterapeuta	\$3.060.000
Deportes Mundial	Balones Kempa Competition	\$ 900.000
		\$77.914.760

Afirmó que el presupuesto no representa una *camisa de fuerza*, especialmente en los convenios de apoyo, en donde los gastos no incluidos en el presupuesto ya relacionados fueron producto de imprevistos, gastos necesarios e inherentes para el cumplimiento del objeto del convenio.

Sobre las facturas aportadas como soporte de los valores del detrimento alegó que las mismas nunca fueron reprochadas ni en su contenido como tampoco en su relación con el cumplimiento del objeto contractual.

En lo concerniente a la asistencia de los deportistas al torneo realizado en estados unidos y los gastos relacionados con dicha participación deportiva (visas, viáticos, transporte, alimentación y alojamiento), expuso que las declaraciones realizadas intraproceso dieron fe de la asistencia al torneo de balonmano en el estado de Alabama (E.U).

Finalmente Refirió que no puede hablarse de culpa grave por cuanto los hechos imprevistos que acaecieron en el desarrollo del convenio No. 11 de 2016 fueron sorteados de manera satisfactoria asegurándose el cumplimiento del objeto contractual.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Parte Demandante

Reitera la incorrecta apreciación de las normas predicables para los convenios de apoyo en contraposición a las normas de la contratación estatal. Insiste sobre la inexistencia del detrimento (Convenio No. 11) patrimonial sobre la tesis que la participación y asistencia de los torneos de balonmano de Girardot y Alabama fueron materializadas, señalando la existencia de testimonios tanto dentro del plenario disciplinario allegado, como dentro del trámite probatorio de este medio de control.

Sobre los reproches realizados por el ente de control acerca de los soportes documentales de las erogaciones realizadas dentro del convenio No. 11, expuso que las facturas de venta son suficientes para la demostración de los gastos incurridos por el demandante y que las mismas no fueron tachadas de falsas.

Contraloría General del Departamento Archipiélago

Alega la entidad demandada que el demandante no fundamentó ninguno de los supuestos facticos que dan pie a la nulidad de los actos administrativos demandados y que por el contrario, reafirma encontrarse probada la materialización de los elementos necesarios para la responsabilidad fiscal del demandante además de señalar que el recurso de alzada fue elevado desprovisto de señalamiento alguno en contra del fallo recurrido.

V. CONSIDERACIONES

Competencia.

Esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada propuesto por la parte demandada al fungir como superior funcional del Juzgado Único Administrativo de este distrito judicial de conformidad con lo resuelto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

La solicitud de integración del litisconsorcio.

En memorial allegado por el apoderado del recurrente el 4 de febrero de la presente anualidad solicita el apoderado de la parte demandante la integración del Litis consorcio con la invocación al proceso en calidad de extremo activo, al señor Leonardo Garibello Mayorga y a la Compañía de Seguros La Previsora S.A, al considerar que ambos sujetos son titulares de una relación sustancial a la cual se extenderían los efectos jurídicos de la sentencia que declarase la nulidad del acto demandado (Fallo No. 53 del 23 de diciembre de 2016).

La intervención litisconsorcial y sus modalidades

El litisconsorcio se presenta cuando cualquiera de las dos partes debe ser compuesta por varios sujetos de derecho, los cuales, una vez integrados al proceso, adquieren la calidad de parte¹. Este puede ser necesario, cuasinecesario o facultativo, dependiendo de la necesidad de su comparecencia al proceso para que pueda proferirse una decisión válida.

En el litisconsorcio facultativo no se requiere de manera obligatoria la presencia de determinado sujeto dentro del proceso para que este pueda adelantarse válidamente. Ello en razón a que, tal como lo dispone el artículo 60 del CGP, la relación sustancial de quien puede tener intereses en el resultado con la contraparte es independiente, por lo que puede iniciar una actuación judicial por separado² y sus actuaciones no perjudican o benefician a los otros intervinientes.

¹ López Blanco Hernán Fabio - Código General del Proceso. Parte General. Páginas 352 y353. Bogotá, Colombia Editorial Dupre 2017. En este texto el tratadista manifestó: «Se analizó anteriormente que tomando el concepto de parte en sentido restringido, únicamente pueden existir dentro del proceso dos partes, la demandante y la demandada; cuestión diversa es la de que ellas pueden estar integradas por un número plural de sujetos de derecho. Cuando tal característica se presenta surge el fenómeno procesal conocido universalmente como litisconsorcio, el cual se denomina activo, pasivo o mixto, según la pluralidad de sujetos de derecho se presente en la posición de demandantes, demandados o en ambas.

(...)

Cualquiera que sea la forma que adopte el litisconsorcio siempre sus integrantes serán considerados como parte, así intervengan después de establecida la relación jurídico-procesal, porque el sujeto procesal que en tal calidad comparece, fatalmente se ubica como integrante o de la parte demandante o de la parte demandada, sin que interese en cuál de las tres calidades mencionadas lo haga» (Negrilla fuera del original).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Radicación: 05001-23-33-000-2014-01334-01(22651). Actor: Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. (OACN) – IRPLAN S.A. Demandado: Municipio de Rionegro. Consejero ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez. Bogotá D.C. 16 de noviembre de 2017.

En lo que se refiere a la conformación del litisconsorcio facultativo, debe precisarse que las partes concurren de manera voluntaria, no pudiendo el juez ordenarla de forma oficiosa, y se hace a través de figuras procesales tales como la acumulación de procesos o acumulación de demandas³.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 62 del CGP, en virtud del litisconsorcio cuasinecesario pueden hacerse parte del proceso quienes sean titulares de una relación sustancial y puedan verse afectados por lo decidido en la sentencia. La jurisprudencia ha manifestado que esta figura se presenta cuando, pese a que a estos sujetos le es oponible la sentencia, su presencia no es obligatoria en el proceso⁴.

En lo que respecta al litisconsorcio necesario el artículo 61 del CGP determina que existe cuando, para resolver el asunto objeto de debate se requiere, por mandato legal o por la naturaleza de este, la comparecencia obligatoria al proceso de los sujetos de derecho que resulten afectados con la relación jurídica en cuestión, caso en el cual deben ser llamados para integrar una de las partes, ya sea la activa o la pasiva, para hacer valer su derecho.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que el litisconsorcio necesario surge cuando⁵: « la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material, **única e indivisible**, que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente (artículo 61 del C. G. del P.), **lo cual impone que el proceso no pueda adelantarse sin la presencia de dicho litisconsorte, pues su vinculación resulta imprescindible y obligatoria**» (Resalta la Sala). Así, la concurrencia de quien tiene interés directo en el proceso es indispensable para la validez del proceso.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno Bogotá, D.C. 26 de noviembre de 2009. Radicación: 25000-23-27-000-2003-00035-02(AP) Actores: Ligia Elena Pinto de Murcia y otro Demandado: Alcaldía Mayor de Bogotá y otros.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Radicación: 05001-23-33-000-2014-01334-01(22651). Actor: Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. (OACN) – IRPLAN S.A. Demandado: Municipio de Rionegro. Consejero ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez. Bogotá D.C. 16 de noviembre de 2017.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, auto de 21 de noviembre de 2016. Rad. 25000-23-36-000-2014-00303-01 (55441)

Bajo estas condiciones y de acuerdo con el artículo 61 del CGP citado, cuando el litisconsorcio necesario se refiera a la parte activa, la demanda la deben presentar todos los sujetos interesados en la relación o acto jurídico o, si se presenta en la parte pasiva, aquella se debe dirigir contra todas las personas o sujetos que integran la parte demandada⁶.

Si pese a existir esta necesidad en el proceso no se incluyó a quien deba presentarse a este en calidad de demandante o demandado, le corresponde al juez en el auto admisorio de la demanda ordenar notificar a quien corresponda para que integre el contradictorio o, en caso de no haberse hecho en esta etapa procesal, lo debe hacer, de oficio o por petición de parte, antes de dictar la respectiva sentencia.

De acuerdo con lo anterior, el elemento diferenciador del litisconsorcio necesario con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial materia del litigio, en tanto que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes y en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate.

Finalmente se encuentra el litisconsorcio cuasi necesario, que como su nombre lo indica, se ubica entre el necesario y el facultativo y ocurre cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso en calidad de demandantes o de demandados, pero es suficiente con que uno solo actúe en una de tales condiciones, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos para el ausente.

Entonces, se trata de una figura procesal distinta del litisconsorcio necesario, que si bien implica la legitimación simultánea respecto de varios sujetos, no conlleva a que por ley, se establezca como requisito *sine qua non* la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Expediente 050012333000 201400058 01 (1470-2015). Ordinario: nulidad y restablecimiento del derecho, lesividad. Actor: Universidad de Antioquia. Demandado: Jorge Eliecer Ossa Londoño. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C. 27 de julio de 2015.

Integración del contradictorio.

El artículo 61 del Código General del Proceso es claro al precisar que la integración del contradictorio procede frente a la existencia de un Litis consorcio necesario, es decir, *“cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la competencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos”*, por lo que, *“la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas”*.

De no ser así, el juez en el auto que la admite *“ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan”* y si aún no lo hizo en esa etapa, podrá citarlos *“de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia”*.

Por lo tanto, es claro que cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material única que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que integran la parte correspondiente, impone que su comparecencia al proceso se torne en obligatoria, por considerarse un requisito indispensable para su adelantamiento, caso en el cual, como se señaló, se está en presencia de la modalidad del *litisconsorcio necesario*.

De la intención del memorial allegado por el apoderado de la parte accionante se desprende como objetivo la integración del litisconsorcio necesario y con ello la nulidad de la sentencia de primera instancia, suponiendo la unicidad de la relación jurídico material entre sí y los sujetos procesales ausentes dentro del medio de control (Leonardo Garibello Mayorga y a la Compañía de Seguros La Previsora S.A) por cuanto los efectos de la sentencia también les son aplicables.

Al respecto se tiene que si bien le asiste razón al demandante cuando afirma que las resultas procesales del presente litigio le son extensibles a los sujetos activos que no fueron parte del mismo, no por ello se desprende la existencia de una relación jurídico material indivisible.

El juicio de responsabilidad fiscal tiene por objeto determinar la existencia de un daño o detrimento fiscal para así cualificar si el grado de participación de los sujetos involucrados en su ocurrencia amerita la obligación en la reparación del mismo, en donde el juicio de reproche frente a la conducta de cada uno de los supuestos responsables es de carácter individual y concreto, siendo posible la separación y distinción de las pretensiones de nulidad entre cada uno de los responsables fiscales y el acto que finaliza el juicio de responsabilidad fiscal.

Teniendo en cuenta lo anterior, cierto es que tanto el Sr. Mayorga, como la empresa garante del Convenio 011 de 2015 tendrían legitimación para intervenir dentro de este proceso en calidad de demandantes; sin embargo resulta suficiente con que uno solo actúe en tal condición en lo concerniente al elemento objetivo de la responsabilidad fiscal (daño patrimonial) para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos para los ausentes.

Entonces, el asunto de marras se encuentra enmarcado dentro del litisconsorcio cuasi-necesario que, si bien implica la legitimación simultánea respecto de varios sujetos, no conlleva a que por ley, se establezca como requisito *sine qua non* la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, motivo por el cual la petición alegada por el demandante no está llamada a prosperar, máxime cuando el vicio que se pretende subsanar no reside en la sentencia que puso fin a la instancia.

Problema Jurídico

El problema jurídico en sede de alzada se circunscribe en determinar si como lo afirma el recurrente, los gastos compositivos del detrimento patrimonial sancionado encontraban soporte dentro de la finalidad del convenio, así como la inexistencia de la culpa grave del demandante al determinar que la naturaleza de dichos gastos obedeció a imprevistos dentro de la ejecución del mismo.

El primero de los aspectos de inconformidad alegados con el recurso de alzada pretende atacar la existencia del detrimento fiscal en sí mismo, bajo la premisa que las facturas y montos de los cuales se derivó la responsabilidad, encontrarían su justificación dentro de los gastos necesarios para la ejecución del convenio.

Los montos y facturación referida obedecen a los siguientes:

No. Beneficiario	Descripción	Valor
Eryld Arroyo Newball	TKT`s, alojamiento y alimentación Girardot	\$19.500.000
Viajes Imperial/Royal	Transporte Apto. Bogotá-Girardot-Apto Bogotá	\$1.380.000
Deportes Mundial	Uniformes de Competencia	\$2.419.760
Agencia Brisas Caribeñas	TKT`s Med-Mia-Med, Solicitud de Visas, alojamiento, Otros	\$49.355.000
BOAN	Uniformes Gobernación Competencia	\$1.300.000
Omaira Salcedo	Viáticos Fisioterapeuta	\$3.060.000
Deportes Mundial	Balones Kempa Competition	\$ 900.000
	Total	\$77.914.760

Por su lado, el reproche del ente de control fiscal sobre los gastos reseñados se fundamentó en que los mismos no fueron incluidos dentro del presupuesto allegado por la liga de balonmano, sin embargo los mismos fueron pagados a satisfacción sin que mediara una modificación del presupuesto del convenio, contraviniendo lo dispuesto en la cláusula octava del convenio No. 11 de 2015.

En contraposición, el apoderado de la parte recurrente afirma que el presupuesto del convenio No. 11 de 2015, no constituye una *camisa de fuerza* y que los montos sobre los cuales se fundamentó el detrimento obedecieron a gastos necesarios de su ejecución, aunado al hecho que los soportes allegados para la justificación de dichos gastos no fueron reprochados por el ente de control.

Afirmación que no es de recibo de esta Sala, pues independientemente de la modalidad contractual que se convenga, en últimas, los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y solo pueden ser invalidados por el consentimiento mutuo de las mismas o por causas legales, en donde el presupuesto se materializó en el valor del convenio No. 11 de 2015, hizo parte integral del acuerdo de voluntades de los contratantes y discriminó (acorde con la propuesta allegada por la Liga de Balonmano) la forma de utilización de los dineros públicos entregados, no siendo entonces un elemento sujeto al libre albedrio de una de las partes como lo pretende hacer ver el recurrente.

Sin embargo aunque la modificación unilateral de los rubros presupuestales comporta una violación del clausulado convencional que podría facultar a la parte no deudora a tomar las acciones pertinentes tendientes a su corrección o resolución, dicha modificación para efectos fiscales no representa per se un deterioro fiscal, tal determinación (Detrimento patrimonial) resultaría del acaecer del incumplimiento parcial o total del objeto contractual como también del cumplimiento ineficiente del mismo (sobrecostos).

La caracterización del daño fue descrita por el acto demandado (Fallo No.054 de 2016) de la siguiente manera:

“... existen tal y como manifestara el auditor, una serie de gastos realizados no incluidos en el presupuesto presentado por la LIGA DE BALONMANO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA y aceptado por la Gobernación del departamento , cuando es claro y así lo contempla el convenio, que el presupuesto presentado y aprobado hacía parte integral del convenio, y que las modificaciones a los términos contenidos en el convenio , solo podrán hacerse “..por mutuo acuerdo de las partes en cualquier momento y, antes del vencimiento del término del mismo, en aras de evitar la afectación de la prestación del servicio que debe satisfacerse, sin que ello implique modificación en la designación de los recursos apropiados , ni modificación del objeto del convenio”

Según lo transcrito se tiene que la calificación del daño se entendería representada en la simple no inclusión de unos gastos dentro del presupuesto inicial de la propuesta o por ausencia de modificación realizada entre las partes conforme a la cláusula octava del convenio No. 11 de 2015. Situación en la que se reitera, al desconocerse el ligamen entre la materialización o no del objeto contractual (o las condiciones de dicho cumplimiento), resulta indeterminada una correcta caracterización del daño, pues en ultimas, la modificación presupuestal (ni siquiera unilateral) no advierte la existencia de un detrimento patrimonial cuando dicha modificación atiende al objeto mismo de la contratación.

De una lectura desprevenida o aislada del acto demandado se desprende que el objeto de reproche nunca reposo sobre el cumplimiento del objeto contractual (entiéndase la asistencia y participación a los torneos de balón mano en la ciudad de Girardot (Colombia) y Alabama (Estados Unidos) sin embargo, al revisar el auto que dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal No 010270/15 (Auto 031 del 18 de abril de 2016), acorde al informe de auditoría, los soportes de los gastos en los que finalmente se fundamentó el detrimento patrimonial no se encontraban

debidamente justificados ya que los mismos reposaban únicamente en facturas de ventas.

Lo anterior indica que contrario a lo argüido por el apoderado de la parte demandante, el ente de control si cuestionó los soportes de gastos que para el momento considero insuficientes e inexistentes (solo hasta el 6 de julio de 2016, posterior a la versión libre rendida por el Sr. Pacheco Hawkins fueron aportados documentos a modo de prueba en contrario), este cuestionamiento permite razonar que, si bien no se parte del incumplimiento del objeto contractual, su ejecución puedo ser ineficiente de cara a las diferencias que se encontrasen entre el presupuesto originalmente allegado (previo al nacimiento del convenio) y aquel efectivamente ejecutado, siempre que se atiende a una identidad de la naturaleza del gasto entre ambos rubros, pues la destinación ajena del objeto contractual obedecerá en igual cuantía a la magnitud del daño, ya que dicho gasto no hallaría soporte o función en el cumplimiento del objeto contractual.

El hallazgo fiscal posteriormente materializado en el detrimento patrimonial sancionado fue justificado, previas diligencias de inspección sobre el expediente de ejecución del convenio No. 11 de 2015 realizado por el ente fiscal de la siguiente manera:

“se presume detrimento debido a que ninguno de estos egresos se encuentra debidamente justificados, soportándose única y exclusivamente con una factura de venta, sin que se encuentren recibos de caja, comprobantes de pago, relación de recibido de los TKT’s, tanto en ruta nacional como internacional, recibido de los uniformes adquiridos, así como de los balones de competencia; que tampoco han sido ingresados, a la fecha al almacén departamental”

Posteriormente, en audiencia de versión libre, el Sr. German Pacheco Hawkins al referirse de los soportes echados de menos sostuvo:

“Los soportes fueron entregados por parte del convenido respecto a todos los tiquetes, uniformes y balones y por debilidades de gestión documental que aun persisten en la administración departamental por alguna razón no se hallaron en dicho expediente, pero los mismos serán allegados a través de oficio, así mismo como la modificación del presupuesto presentado por parte del convenido en su momento”

Consecuentemente a lo declarado en versión libre, mediante oficio recibido a instancias del ente fiscalizador el 7 de julio de 2016 (visible a folio 18-31, PDF 151 a 200 de los antecedentes administrativos) fueron allegados 18 folios contentivos de los soportes inicialmente ausentes en la inspección fiscal.

Sin embargo, pese a lo anterior, en ninguno de los documentos relacionados reposa sello o marca de recibido de parte de la gobernación departamental, situación que pone de presente a esta Sala serias dudas sobre la veracidad o la existencia de los mismos aunado al hecho que en los gastos relacionados se aprecian inconsistencias lógicas como la facturación en fecha posterior a la ocurrencia misma de los eventos deportivos, como es el caso de las facturas No. 109, 110, 111, 112 de la agencia “brisas caribeñas” en las cuales se pretendía soportar la suma de \$49.355.000 por concepto de pasajes aéreos y alojamiento, igual anomalía presenta la factura en favor del Erlyd Arroyo Newball No. 0151 por concepto de tiquetes y alojamiento entre las ciudades de San Andrés y Bogotá con fecha del 25 de marzo de 2015, momento para el cual el torneo disputado en la ciudad de Girardot ya había sucedido (20 al 23 de marzo).

Por su lado, con relación a la cuenta de cobro allegada por servicios de fisioterapia por valor de \$3060.000 en favor de Omaira Salcedo, si bien resulta fe asible la necesidad de dicha especialidad profesional cuando de actividades deportivas se trata, cierto es que dicho rubro no fue contemplado dentro del presupuesto contractual, no siendo posible una identidad entre la destinación original presupuestada y la finalmente ejecutada, motivo por el cual su ejecución no encuentra soporte dentro de la voluntad de las partes convenidas, mismo razonamiento aplicable con relación a la factura SAS003089 en favor de “Deportes Mundial” con ocasión de la adquisición de 30 balones, los cuales tampoco fueron relacionados dentro del presupuesto contractual.

En consideración de lo precedido, considera la Sala que los medios probatorios arrimados al procedimiento fiscal fueron incapaces de evidenciar siquiera una destinación acorde a los fines contractuales pactados, es decir, destinaciones que pese a su no inclusión presupuestal encontrasen soporte documental suficiente y relación con el presupuesto original, ello indica que el gasto irrogado como daño por el ente fiscal, más allá de atender a una violación del clausulado contractual por falta

de acuerdo entre las partes en la modificación del presupuesto, encuentra su justificación sobre la ausencia válida en la comprobación de inversión los dineros públicos, conllevando como consecuencia lógica la presunción sobre la falta de inversión en aras del cumplimiento del objeto contractual, situación que materializó el daño en la ejecución del convenio No. 11 de 2015, pues la ausencia probatoria sobre la destinación de los gastos desdice sobre la inversión misma de estos, aun cuando se parta del cumplimiento finalístico en la contratación.

En cuanto a la calificación de la conducta desplegada por el demandante, la Sala halla completa concordancia con el ente fiscal, al considerar su negligencia por omisión de los deberes propios que le estaban consignados con ocasión de su calidad de supervisor del correcto cumplimiento del objeto contractual, una conducta gravemente culposa que le hizo correctamente imputable la ocurrencia del daño y exigible su consecuente resarcimiento.

Las omisiones observadas en el desarrollo del convenio No. 11 de 2015 van desde la incorrecta escogencia del ligamen contractual, la pobre planeación del presupuesto con base en un escueto presupuesto allegado con la propuesta, su iniciación previa a la aprobación de la garantía de su cumplimiento, el desembolso de recursos públicos sin las respectivas actas de seguimiento que así los justificaran, el desapego o ausencia de dirección y control de la actividad convenida que desdibujó las formas propias del convenio de asociación y que se tradujo en una libertad absoluta en la ejecución de la actividad convenida que finalmente se condensó en erogaciones de dineros públicos cuya justificación no se halla dentro de las probanzas de la ejecución convencional.

Valga aclarar que, el numeral 5 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992 plantea la exclusión del régimen exceptuado de aquellos negocios en los que la entidad dirija la actividad a desarrollar. Por ende, quedarían excluidos los convenios de asociación porque en estos el ente público es quien dictamina la forma en que se desarrollan las actividades conjuntas para la consecución de uno de sus fines o el cumplimiento de alguna de sus funciones. En los convenios el particular no es autónomo en la toma de decisiones, pues sus cargas vienen prefiguradas en el texto contractual y conforme las directrices que la entidad disponga.

En consecuencia, a más de la imposibilidad de aplicar un régimen exceptuado a contratos que no se enmarcan dentro de la finalidad por la cual este fue creado, el mismo régimen excluye el desarrollo de las actividades propias de los convenios de asociación.

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 y por ende plenamente aplicables las disposiciones generales de la contratación estatal, circunstancia que califica de forma especial las actuaciones contractuales de las partes más allá del régimen privado alegado por el recurrente.

Analizados conjuntamente los eventos y soportes de la ejecución del convenio No. 11 de 2015, si bien es cierto que la calificación del daño realizada dentro del acto demandado aduce a la violación de la conjunción de voluntades de las partes en la modificación del presupuesto convencional, situación que por sí sola no materializa el daño, la precaria aptitud probatoria de los documentos que pretenden dar soporte a la inversión del gasto justifican la caracterización inicial sostenida por el ente fiscal tanto en fase de apertura , como la imputación misma, es decir, el desconocimiento de los paraderos y fines de la utilización de los dineros públicos, motivo por el cual el acto administrativo demandado , así como el fallo recurrido permanecerán indemnes.

COSTAS

El Honorable Consejo de Estado en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez (Exp. 4492-2013) sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.

b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, se fijará conforme lo dispuesto por el acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 o la normatividad vigente a la fecha de esta providencia.

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, en la presente instancia NO se condenará en costas y agencias en derecho a ninguno de los recurrentes, en la medida que conforme el ordinal 3. Del artículo 365 del CPACA, no se encuentran probadas dentro del proceso de la referencia.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Expediente:88001-33-33-001-2017-00209-01

Demandante: **Germán Pacheco Hawkins**

Demandado: Contraloría General de la República

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho – apelacion sentencia SIGCMA**

V.- FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE el fallo proferido por el Juzgado único administrativo de este departamento fechado el veintiséis (26) de agosto de 2019.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

TERCERO: DEVUÉLVASE al Juzgado de origen previas las anotaciones a las que hubiere lugar.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88001-33-33-001-2017-00209-01)

Código: FCA-SAI-06

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Firmado Por:

JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZALEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Expediente:88001-33-33-001-2017-00209-01

Demandante: **Germán Pacheco Hawkins**

Demandado: Contraloría General de la República

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho – apelacion sentencia
SIGCMA**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

NOEMI CARREÑO CORPUS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 003 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

JOSE MARIA MOW HERRERA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 002 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c79446ab0865dd8d3e6e79e8bedd3374ba56ccaf6f13ba75e8533472975118a7

Documento generado en 18/03/2021 03:56:26 PM