

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CHOCO

Atn. Dra. **NORMA MORENO MOSQUERA.**

Despacho.

Asunto *Demanda Medio de control de Reparación Directa.*
Demandante La Nación – Ministerio de Educación Nacional –
Administración Temporal del sector educativo en el departamento
del Chocó -.
Demandado La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la
Administración Judicial -.

Respetados señores Magistrados:

RUBEN DARIO SANCHEZ HERRERA, mayor de edad, vecino y residente en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 11.433.836 de Facatativá (Cundinamarca), abogado portador de la Tarjeta Profesional número 60.707 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado de **LA NACION, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, ADMINISTRACIÓN TEMPORAL DEL SECTOR EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DEL CHOCO**, conforme el poder a mí otorgado por el doctor **JOSE MARTIN HINCAPIE ALVAREZ**, en su condición de Administrador Temporal de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, designado por el Ministerio de Educación Nacional mediante la Resolución número 4440 de 2.009, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley número 028 de 2.008, el Decreto número 2911 de 2.011, el documento CONPES social número 124 de 2.009 y la Resolución número 1794 del 06 de julio de 2.009, por medio de la cual se adopta la medida cautelar correctiva de Asunción Temporal de la competencia de la prestación del servicio educativo en los niveles preescolar, básica y media en el Departamento del Chocó, la cual fue prorrogada hasta el día 05 de 2.013 mediante la Resolución número 1893 del 05 de julio de 2.012 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de manera respetuosa me permito llegar ante el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó para incoar **MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA** de que trata el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2.011 - contra **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – ADMINISTRACION JUDICIAL -**, representada por el Director Ejecutivo de la Administración de Justicia o a quien haya delegado la representación de éste en el departamento del Chocó, para que previos los trámites de un proceso

ordinario de que tratan los artículos 159 y siguientes del mismo ordenamiento, surtido con citación del señor agente del Ministerio Público y la notificación del auto admisorio de la demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, artículo 119 de la Ley 1437 de 2.011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, se pronuncien las siguientes o similares

I. DECLARACIONES Y CONDENAS.

PRIMERA: Que se declare que la **NACION, ADMINISTRACION JUDICIAL, DIRECCION EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL**, es responsable por la totalidad de los daños y perjuicios que le fueron ocasionados a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del Sector Educativo en el Departamento del Chocó, por el error judicial tanto normativo o de derecho como fáctico en el que incurrió el agente estatal – Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó – dentro del trámite del proceso ejecutivo contractual de mayor cuantía de Jesús Xavier Lozano Gómez, en su calidad de cesionario de la Diócesis de Quibdó contra el departamento del Chocó, radicado bajo el número 2.010-00432.

SEGUNDA: Que como consecuencia de ello, se ordene a la **NACION, ADMINISTRACION JUDICIAL, DIRECCION EJECUTIVA DE LA RAMA JUDICIAL**, pagar a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, la suma de **TRES MIL CUATROCIENTOS DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$ 3.418.538.736)**, los cuales estaban destinados para la atención del sector educativo en el departamento del Chocó durante la vigencia fiscal del 2.010 y que fueron embargados y entregados al demandante por orden del señor Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó.

TERCERA: Más los intereses moratorios sobre el valor antes señalado desde el momento en que se perfecciona el embargo de los recursos hasta la fecha en que se efectuó la devolución real y efectiva de los mismos a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó.

CUARTA: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

II. FUNDAMENTOS FACTICOS O RAZONES DE HECHO.

PRIMERO: El departamento del Chocó, representado legalmente por el señor Gobernador de la época, licenciado Julio Ibarguen Mosquera, suscribió el día 25 de mayo de 2.007 con la Diócesis de Quibdó, representada por Monseñor Fidel León Cadavid Marín, contrato cuyo objeto era la *"prestación del servicio educativo a los niños, niñas y jóvenes, pertenecientes a las comunidades indígenas y otros grupos vulnerables ubicados en la zona rural de los municipios de Quibdó, Rio Quito, Bagadó, Lloró, Carmen de Atrato, Medio Atrato."*

SEGUNDO: En la clausula sexta del mencionado contrato se estableció que el precio del mismo sería la suma que resultare de multiplicar \$875.000, por el número de estudiantes atendidos, teniendo en cuenta que el tope máximo de estudiantes que se atenderían era de 4.220. En consecuencia, las partes acordaron o convinieron que el valor total del contrato no podría superar, en ningún evento, la suma **TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$3.692.500.000)**, el cual sería cancelado por el departamento del Chocó de la siguiente manera:

2.1 Un primer pago al inicio del contrato, por una cuantía equivalente al cuarenta por ciento (40%) de su valor total, a la presentación por parte del contratista de la garantía única.

2.2 Un segundo pago, por la cuantía equivalente al cuarenta por ciento (40%) de su valor total, contra el reporte en el formato (6A) que establece la Resolución 166 de 2.003, de los estudiantes efectivamente matriculados en las Instituciones y Centros Educativos Indígenas, dentro de los dos meses siguientes a la suscripción del contrato.

2.3 Un tercer y último pago, por una cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) de su valor total, a la terminación del contrato, previo informe de la interventoría del contrato, y de acuerdo con el número de estudiantes efectivamente atendidos que hayan culminado el año académico.

TERCERO: El valor del contrato en cuestión fue imputado a la unidad ejecutora Ministerio de Educación Nacional, Gestión General, tipo del gasto C, programa 620, subprograma 703, proyecto 5, recurso 11, concepto ampliación de la cobertura educativa para atender población vulnerable, el cual se encontraba amparado con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal número 672 del 8 de mayo de 2.007.

CUARTO: El valor restante del contrato fue girado por el Ministerio de Educación Nacional al departamento del Chocó, recursos que fueron embargados por órdenes judiciales¹, razón por la cual el precio total del contrato no se pagó parte de la administración departamental.

QUINTO: El doctor **PATROCINIO SANCHEZ MONTES DE OCA**, en su condición de Gobernador del Departamento del Chocó, suscribió con el presbítero **ROGELIO SALAZAR** y el abogado **JUAN FERNANDO VALDES TIPTON**, quienes obraban como comisionados de la **DIOCESIS DE QUIBDO**, el día 13 de octubre de 2.009 acuerdo de pago del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, esto es, la suma de **MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$ 1.846.250.500)**, estableciendo como plazo máximo para hacer el pago el día 31 de diciembre de 2.009.

SEXTO: Ante el incumplimiento en el pago por parte del Departamento del Chocó al parecer, pues no me consta, la **DIOCESIS DE QUIBDO** el día veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2.010) a través de monseñor Fidel León Cadavid Marín, y, el señor Jesús Xavier Gómez Lozano, suscriben una **cesión de derechos litigiosos** originado en el contrato de prestación del servicio público educativo en las instituciones y centros educativos indígenas del departamento del Chocó del 27 de mayo de 2.007, quien procede a otorgar poder al abogado Elkin Mena Bechara y este a su vez a radicar en la oficina de apoyo judicial el día 27 de mayo de 2.010, un día después de realizada la cesión de derecho, la correspondiente demanda ejecutiva contractual por la suma de \$ 772.500.000 señalándose expresamente en el numeral sexto (6º) del acápite de los hechos que "sin embargo de dicho valor solo se cobrará por esta vía la suma de \$ 772.500.000 monedas legales (sic), toda vez que el Departamento del Chocó, se

¹ Proceso ejecutivo laboral radicado bajo el número 2.007-0538, demandante COMFACHOCO, demandado departamento del Chocó, en donde se embargó y retuvo la suma de \$ 6.300.000.000 de la cuenta bancaria número 57838330-9 denominada "Gobernación del departamento del Chocó, proyecto ampliación de cobertura".

ha comprometido con mi mandante de manera verbal a cancelar el excedente de la obligación en forma directa en varias cuotas” presentando como título ejecutivo el acuerdo de pago del 13 de octubre de 2.001, solicitando con ella la medida cautelar de embargo y retención de los dineros que del remanente quedare o llegare a quedar dentro del proceso ejecutivo 2.010-0161.

SEPTIMO: Habiéndose sometido al reparto en la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Quibdó, el día 28 de mayo de 2.010 la demanda ejecutiva ingresa al despacho del señor Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó, a quien le correspondió su trámite.

OCTAVO: El día 31 de mayo del mismo año, antes del pronunciamiento del despacho sobre la admisión o no de la demanda, el apoderado de la parte demandante, radica un escrito por medio del cual la “subsana o adiciona” en el acápite de las pretensiones incluyendo dentro del cobro ejecutivo la suma de \$ 772.500.000 más, esto, es se solicita el pago por la vía ejecutiva de \$ 1.545.000.000.

NOVENO: El Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó profiere el auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010 librando mandamiento ejecutivo contra el Departamento del Chocó por la suma de \$1.545.000.000 más el interés del 1%, disponiéndose además notificar al señor Gobernador del Departamento del Chocó, corriéndole traslado de la demanda para que en el término de cinco (5) días pagara o en el de diez (10) días presentara las excepciones que considerara procedente.

DECIMO: La notificación personal del auto por medio del cual se libró mandamiento de pago al señor Gobernador del departamento del Chocó mandatario local para esa época, doctor **JESUS ANTONIO GOMEZ RODRIGUEZ**, se efectuó el día 16 de junio de 2.010.

DECIMO PRIMERO: El día 12 de agosto de 2.010 el departamento del Chocó a través de apoderado judicial celebra contrato de transacción con el apoderado del demandante por la suma de \$ 1.846.250 por concepto del capital adeudado, dejando a cargo de la jurisdicción contenciosa administrativa la decisión sobre los intereses. Se presenta liquidación del crédito por la suma de \$ 3.561.991.946, incluyendo los intereses generados y las costas.

DECIMO SEGUNDO: El Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó con asombrosa celeridad, el día 17 de agosto de 2.010, el mismo día que pasa el proceso a despacho, profiere el auto interlocutorio número 1570 de esa fecha, por medio del cual aprueba la transacción, modificándola en la suma de \$ 3.107.762.488; fija las agencias en derecho por la suma de \$ 310.776.248.000 y ordena además la entrega de la suma de \$ 783.851.269 que como remanente reposa a órdenes del proceso.

DECIMO TERCERO: Tanto el departamento del Chocó como el agente representante del Ministerio Público interponen recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión anterior.

DECIMO CUARTO: El Juzgado de conocimiento mediante el auto interlocutorio número 1.994 del 23 de septiembre de 2.010 niega los recursos de apelación y de reposición, conforme se señala en precedencia.

DECIMO QUINTO: El día 30 de septiembre de 2.010, el apoderado del departamento del Chocó interpone recurso de reposición y en subsidio el de queja contra el auto interlocutorio número 1.994 del 23 de septiembre de 2.010.

DECIMO SEXTO: Mediante proveído número 2.086 del 11 de octubre de 2.010 el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó resuelve no reponer el auto en mención y dispone la expedición de copias del expediente para surtir el recurso de queja ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

DECIMO SEPTIMO: Con posterioridad, el día 13 de octubre de 2.010 se dicta el auto interlocutorio número 2.154, por medio del cual decreta el embargo y retención de la tercera parte de los dineros que el **DEPARTAMENTO DEL CHOCO** tenga o llegare a tener en las cuentas corrientes o de ahorro números 066.11461-2 y 066.06111-0 del Banco Popular, Avenida Chile, sucursal Bogotá, denominadas recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) limitado a la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 2.350.000.000)**. En tal sentido, el mismo día, se expide el oficio número 2247 dirigido al Banco Popular, sucursal Avenida Chile de la ciudad de Bogotá.

DECIMO OCTAVO: Por medio del auto interlocutorio número 2.336 del 08 de noviembre, previa solicitud que presentara por parte del Ministerio de Educación Nacional, se negó, entre otras, la solicitud de levantamiento del embargo de los

recursos del Sistema General de Participaciones conforme lo expuesto en la parte inicial del presente escrito.

DECIMO NOVENO: Dentro de la oportunidad legal, en mi condición de apoderado judicial de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, interpuse el día 12 de noviembre de 2.010 recurso de apelación en contra de la decisión anterior, el cual es negado por el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó mediante el auto interlocutorio número 2.471 del 18 de noviembre de 2.010, notificado en el Estado número 188 del 24 de junio último.

VIGESIMO: Encontrándose en trámite el recurso de queja impetrado por el Departamento del Chocó y el Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó de manera oficiosa expide el auto interlocutorio número 93 del 21 de enero de 2.011, por medio del cual resuelve que ***“De conformidad con el auto interlocutorio número 10 del 18 de enero de 2.010, proferido dentro del proceso ejecutivo contractual de JESUS XAVIER GOMEZ LOZANO – CESIONARIO DICOCEsis DE ISTMINA – TADO, Magistrado Ponente: Dr. JOSE FERNANDEZ OSORIO, en el cual el H. Tribunal Contencioso Administrativo, en Sala Unitaria, decidió declarar la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participación en Educación, el Juzgado aunque no comparte las razones de la decisión tomada, por considerar que los terceros no proceden en los procesos ejecutivos y menos aún cuando ya se ha dictado sentencia de primera instancia (arts. 52 y 83 del C.P.C.), aunado al hecho cierto de la autorización legal de la inembargabilidad de los citados recursos consagrada en las leyes 115 de 1994; 715 de 2001, 1106 de 2.007 y 1294 de 2.009, en armonía con los decretos 028 de 2008 y 2613 de 2009 y la sentencia arquimédica C-1154 de 2008 de la Constitucional (sic), dispone la revocatoria de los autos 2307 de octubre de 2.010, 2336 del 8 de noviembre de 2010 y en consecuencia ordena el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en este proceso sobre los recursos del Sistema General de Participación en Educación.*”**

“Por tal razón en sentir de la Sala Unitaria del Tribunal al desaparecer los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron origen a su expedición y por economía procesal, se hace innecesaria la expedición de copias solicitadas por el tercero interviniente, razón por la cual se ordena igualmente el archivo del expediente y la devolución de los títulos a sus cuentas de origen.”

VIGESIMO PRIMERO: El auto interlocutorio número 93 del 21 de enero de 2.011, fue notificado en el estado número 11 del 25 de enero de 2.011, quedando en firme, es decir, debidamente ejecutoriado el día 28 de enero de 2.011.

**III. FUNDAMENTOS DE DERECHO - DE LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR EL ERROR JURISDICCIONAL –
ARTICULOS 90 DE LA CONSTITUCION NACIONAL Y 65, 66 Y 67 DE LA LEY
270 DE 1.996 O ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.**

Fundamento el presente medio de control judicial de Reparación Directa por la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación – Rama Judicial – Administración Judicial – en los artículos 1º, 2º, 5º, 13, 15, 16, 21, 24, 25, 28, 29, 30, 33, 40, 42, 44, 90, 91, 93, 95, 249 y 253 de la Constitución Política de Colombia; artículos 65, 66 y 67 de la Ley 270 de 1.996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”; artículos 1.613, 2.341 y siguientes del Código Civil; artículo 8 de la ley 153 de 1.887; artículos 140, 161 y 162 y siguientes de la ley 1437 de 2.011; artículos 59 a 65 de la ley 23 de 1.991; artículos 1 a 16 del Decreto número 173 de 1.993; artículo 13 y siguientes de la ley 446 de 1.998; el artículo 13 de la ley 1285 de 2.009; Decreto número 1716 del 14 de mayo de 2.009, y, demás normas concordantes.

Durante mucho tiempo se consideró que el Estado no respondía por los daños causados a los asociados en ejercicio de las actividades que le eran propias, pues se entendía en aplicación del principio de la soberanía absoluta, en virtud del cual la esencia de ésta radicaba en imponerse a todos sin compensación alguna.

En la actualidad, teniendo como sustento la evolución doctrinal y jurisprudencial, no solo se admite la responsabilidad del Estado por los daños que cause, sino que también en ocasiones es sujeto pasivo de ese régimen aún en términos muchos más severos que los particulares mismos.

Lo anterior, por cuanto es connatural al Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1º de la Carta Política, que proclama que las autoridades de la República, entre ellas obviamente la rama judicial, respondan por los daños que con su accionar u omisión causen a los ciudadanos.

Pues las autoridades están instituidas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º ibídem, para proteger la vida humana así como los bienes de los asociados. Sobre este particular, vale la pena recordar el pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 13 de mayo de 1.994:

“ (...) Si corresponde al Estado por intermedio de sus autoridades la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, según expreso mandato constitucional, tal protección debe cumplirse con apego a las normas legales, dentro de las limitaciones que tal facultad les otorga, pero sobre todo con indeclinable respeto hacia los derechos humanos de los administrados. Si para investigar se somete a un ciudadano a tratos inhumanos y violatorios a sus derechos fundamentales, le corresponde al Estado responder por las actuaciones de sus agentes, cumplidas de tan censurable y reprochable manera. Aceptar tan ilegítimos procedimientos sólo llevaría a un agotamiento del mínimo de garantías que tiene el ciudadano frente a la administración y conduciría a que nuestro Estado de Derecho quedara convertido en una simple ficción, cuyas normas y principios estructurales no superarían la condición de ser apenas teóricos enunciados o sólo intrascendentes declaraciones (...).”

Antes de la expedición de la Constitución de 1.991, esto es, en la vigencia de la de 1.886, no existía en el ordenamiento constitucional ni legal, una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la Constitución derogada, en especial en el artículo 16, los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.

Ahora, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo, ya que ordena al Estado responder, sino que no establece distinciones según los ámbitos de la actuación de las autoridades públicas. En efecto, el artículo 90 superior simplemente consagra dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que se produzca un daño antijurídico y que éste sea imputable a la acción u omisión de la autoridad pública, de lo cual se deduce de manera clara que el inciso primer del citado artículo consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado.

Sobre este aspecto, el Honorable Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 1º de octubre de 1.992, sostuvo:

“(…) Por lo demás, la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, con fundamento en la nueva Carta Política ha adquirido una mayor amplitud y una menos limitada cobertura, dentro de la cual desempeña función fundamental la figura del perjuicio antijurídico, concepto respecto del cual el tratadista español Juan Miguel de la Cuétara, hace las siguientes manifestaciones, que la Sala, en lo pertinente, se permite transcribir:

(…) La doctrina actual, de la que son excelentes representantes en nuestro país LEGUINA o GARCIA ENTERRIA, ha desarrollado este concepto de lesión como todo perjuicio antijurídico y situado en él

la fundamentación del consiguiente deber de reparación. En palabras de LEGUINA, "un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligado, por imperativo explícito del ordenamiento, a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica". Siendo esto así, sólo resta la imputación de la actividad administrativa para que nazca, por la propia virtualidad de la nota de "injusto" (GARCIA DE ENTERRIA), el deber de resarcimiento. Esta teoría reúne una serie de características positivas que deben ser puestas de relieve. Por una parte es destacable la nota de la objetividad, puesto que no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte, se desvincula la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hacen capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posible (...).

Ahora, sobre la responsabilidad del Estado por el error judicial se debe tener en cuenta que la historia de éste tipo de responsabilidad Estatal en Colombia se parece a la responsabilidad del Estado en general; de su negación absoluta se pasó a la responsabilidad personal del agente estatal y, finalmente, se ha llegado a su reconocimiento, aplicando en principio, con dificultades, el título ordinario de de responsabilidad por falla del servicio.

El tránsito de la responsabilidad indirecta a la directa del Estado, culminó hace poco con la jurisprudencia del Consejo de Estado, y a ello contribuyeron, sin duda, la cláusula general de responsabilidad del Estado – artículo 90 de la Constitución Política de 1.991 -, y el reconocimiento expreso del error judicial en los artículos 66 y 67 de la Ley 270 de 1.996 ó Estatutaria de la Administración de Justicia.

En efecto, el título III, capítulo VI de la Ley 270 de 1.996, regula el tema relacionado con la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, a partir del artículo 65, en los siguientes términos:

"Artículo 65.- **De la responsabilidad del Estado.**- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

"En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, **por el error jurisdiccional** y por la privación injusta de la libertad."

"Artículo 66.- **Error jurisdiccional.**- Es aquél cometido por una autoridad investida de la facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la Ley".

"Artículo 67.- **Presupuestos del error jurisdiccional.**- El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

“1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

“2. La providencia contentiva del error deberá estar en firme.”

La Honorable Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad 037 del 05 de febrero de 1.996, que declaró la exequibilidad de la Ley 270 de 1.996 - Estatutaria de la Administración de Justicia - dispuso que aunque en el artículo 65 se consagre la responsabilidad del Estado por medio de sus agentes judiciales, ello no excluía, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política en los casos de la administración de justicia.

De acuerdo con la definición legal de error judicial contenido en el artículo 66 de la Ley 270 de 1.996, éste sólo se materializa en una providencia judicial que sea contraria a la ley. Con posterioridad a la expedición de la ley, el Consejo de Estado, Sección Tercera, definió el error judicial en los siguientes términos:

“Una providencia contraria a la ley es aquella que surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamenta (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma.

“Hay que entender incluida en la definición de error jurisdiccional además, las providencias contrarias a la Constitución, que de acuerdo con el artículo 4º es norma de normas (...)”.²

No obstante lo anterior, la citada sentencia C-037 de 1.996 pretendió darle un tratamiento especial al error judicial, en donde se conservaba el argumento de la excepcionalidad. Se dijo, que aunque el asunto podía ser asumido desde una perspectiva orgánica, lo más importante era hacerlo a partir de una funcional, es decir, teniendo en cuenta la libertad y la autonomía del juez, respecto de la interpretación de los hechos sometidos a su conocimiento y de elección de las normas que considerara aplicables al caso que debía resolver. Por lo tanto el yerro o equivocación no se podía reducir a simples equivocaciones o desaciertos, sino que la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso. En ese orden de ideas concluyó

² Consejo de Estado, sección tercera, auto del 14 de agosto de 1.997, expediente número 13.258. Sentencia del 21 de agosto de 1.999, radicado número 9.544.

la Honorable Corte Constitucional que el error jurisdiccional “debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”.³

De igual manera en dicha sentencia se estableció una restricción, al prohibir la declaración del error judicial respecto de las sentencias dictadas por las Altas Cortes en sus providencias, reedición del argumento de la intangibilidad de la cosa juzgada.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en el artículo 67 establece los presupuestos para que se pueda configurar el error jurisdiccional, como lo mencionamos anteriormente.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha entendido que los recursos de ley a los que se refiere la norma, son los recursos ordinarios, que admiten el examen completo de la decisión y permiten corregir los errores de todo tipo, tanto de hecho como de derecho.⁴

De otro lado, en la misma providencia, se dijo, que el término de caducidad de la acción de reparación directa comienza a contarse desde el agotamiento de las instancias y que no podía hacerse depender de la decisión o interposición de los recursos extraordinarios, a menos que el error se imputara a las providencias que decidieran la acción de revisión o la casación.

³ En la sentencia T-744 de 2.005, la Corte Constitucional expresó:

“La Corte en múltiples fallos ha señalado que la tutela únicamente procede contra providencias judiciales cuando estas constituyan vías de hecho, y sólo puede producirse en aquellos casos en que el vicio alegado sea constatable a simple vista, considerando que una providencia judicial constituye una vía de hecho cuando se presentan las siguientes situaciones:

“a) Presente un **defecto sustantivo**, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso.

“b) Presente un **flagrante defecto fáctico**, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.

“c) Presente un **defecto orgánico protuberante**, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y,

“d) Presente un **defecto procedimental**, es decir, cuando el juzgador en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.”

⁴ Auto del 14 de agosto de 1.997, expediente 13.258. Sentencia del 27 de abril de 2.006, expediente número 14.837.

Es decir, que la providencia que contiene el error debe estar en firme y no en curso algún recurso por cuantos se podría presentar la revocatoria de la misma por parte de la segunda instancia, con lo cual se desaparecería el error judicial.

Hasta este primer momento, no cabe duda que la consagración normativa del error judicial resultó promisoria en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, pues se superó uno de los argumentos principales contra su reconocimiento, como era la ausencia de consagración normativa. No obstante, se critica la interpretación dada por la Corte Constitucional en la sentencia 037 de 1.996 al prohibir la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por decisiones de las Altas Cortes, así como de establecer que el error judicial debía o tratarse de una medida excepcional, por cuanto debía configurarse una vía de hecho, lo que dejaba una sensación de que se trataba de un caso al margen de la cláusula general de responsabilidad estatal, del artículo 90 de la Constitución Política.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, afortunadamente, ha encauzado el tema incluyéndolo como un típico caso de responsabilidad de la administración.

Tres hitos permitieron a la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado evolucionar hacia un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial. El primero, superar la prohibición de declararlo frente a los fallos de las Altas Cortes; el segundo, haber superado la falta personal del juez y la falta de la administración, que aunque no fue objeto de análisis constitucional, era necesario afrontarlo ante la nueva realidad prevista en la ley 270 de 1.996, y el tercero, que el error judicial podía configurarse como una falla del servicio, sin necesidad de recurrir a la figura constitucional de la vía de hecho. Para los efectos de la presente solicitud, me referiré sólo a los dos últimos.

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha considerado necesario armonizar el artículo 90 de la Constitución Política – cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado -, con los artículos 65 y 66 de la Ley 270 de 1.996 – Estatutaria de la Administración de Justicia -, es decir, la fuente constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado con la fuente legal de la responsabilidad por error judicial, estableciendo que el punto de partida de esa armonización, debe ser la responsabilidad patrimonial del Estado y la responsabilidad personal del agente judicial. Si bien esa diferencia no admite diferencia respecto de los demás agentes del Estado, respecto de los judiciales

era necesario un fundamento adicional, ya que las limitaciones que se han establecido a la aplicación de la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial en materia de error judicial, ha tenido que ver con la comprensión de éste caso como un caso de culpa del juez.

El razonamiento para la separación, de acuerdo con el Consejo de Estado en su Sección Tercera, reitera el argumento según el cual el principio de responsabilidad del Estado por error judicial no se opone a la noción de la cosa juzgada, en atención a que lo que se busca es garantizar la adecuada indemnización de la víctima, sin que ello implique modificar la sentencia que lo contiene; es decir, el valor de la seguridad jurídica se mantiene incólume.

En esa misma orientación jurisprudencial, se sostiene que tampoco sufren menoscabo la independencia y autonomía del juzgador, pues el Estado es el único legitimado pasivamente para asumir la indemnización por ese error; por lo que se impide que el funcionario pueda ser demandado directamente por la víctima y, aquel sólo responderá excepcionalmente cuando el error se origine en una conducta gravemente culposa o dolosa, lo que significa que sólo responderá en casos especialmente calificados.

La fuente originaria de la responsabilidad patrimonial de la administración de justicia es, como en todas las demás, el daño antijurídico. Así se establece por el máximo Tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la sentencia del 28 de enero de 1.999, radicado interno número 14.399, en la que se separa definitivamente la responsabilidad estatal por error judicial de la responsabilidad personal del agente judicial. En efecto, dijo la Sección Tercera del Consejo de Estado en aquella oportunidad:

“Por el contrario, frente a una reclamación del daño antijurídico que encuentre su causa en la acción u omisión de un agente judicial – responsabilidad del Estado –juez-, el error debe analizarse desde una perspectiva objetiva, toda vez que se trata de un desarrollo de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90, campo en el cual se prescinde del juicio de disvalor de la conducta, para centrar la atención en el daño antijurídico padecido por la víctima; a lo cual debe agregarse que, el desarrollo legal contenido en el artículo 66 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la noción de error judicial, también excluyó la consideración del aspecto subjetivo, como que tal error, es el que se materializa en una providencia contraria a la ley, sin más exigencias.

“Debe notarse igualmente que el artículo 66 no introdujo el ingrediente normativo de providencia “manifiestamente contraria a la ley”, lo cual evidencia que la configuración del error a efectos de la

responsabilidad directa del Estado, difiere sustancialmente del que reclama el régimen de responsabilidad personal del agente judicial.

“Es por esta razón que, las orientaciones jurisprudenciales y doctrinarias que apuntan a la configuración y caracterización del denominado error inexcusable o culposo, de la vía de hecho, de la providencia arbitraria y desprovista de toda juridicidad, y otras expresiones habituales de la noción de culpa grave cometida por el agente jurisdiccional, únicamente son de recibo y aplicación tratándose de responsabilidad personal del funcionario, campo en el cual se debe advertir que el error puede ocurrir, tanto en la actividad de la constatación y valoración probatoria, como en la interpretativa, esto es, puede el error de hecho y de derecho, dar lugar a la responsabilidad personal del funcionario, cuando quiera que la providencia aparezca manifiestamente contraria a los hechos acreditados en la instancia, o dicho en otros términos, no puede el funcionario escudarse en su autonomía e independencia, para fundamentar de cualquier manera y contra la objetividad que muestran los hechos, una determinada resolución jurisdiccional, como que pese a la singularidad de la actividad interpretativa, la fundamentación de las decisiones debe edificarse dentro de presupuestos objetivos y bajo criterios razonables que no contradigan elementales principios que informan la actividad de interpretación de los hechos y el derecho a los cuales están sujetos todos los operadores jurídicos (...)”

“Es esta la razón por la cual las restricciones impuestas a manera de límites – culpa grave o dolo – que buscan proteger la independencia y autonomía del funcionario, como se observó, no pueden oponerse a manera de excepciones y tampoco pueden servir de justificación para una sentencia desestimatoria, cuando la pretensión de responsabilidad es ejercida por la víctima del daño antijurídico en contra del Estado, como que, precisamente, la separación entre los regímenes de responsabilidad, impone que cada una se analice desde perspectivas diferentes, a lo que la Sala agrega que, tratándose de la responsabilidad directa del Estado la exigencia de la culpa grave, el error inexcusable, la vía de hecho, la arbitrariedad, el capricho, subjetividad, que fundamentan la responsabilidad personal del agente judicial, no pueden exigirse, cuando se trata de la responsabilidad directa o exclusiva del Estado, fundamentada tan solo en el daño antijurídico.”

Ahora, en lo que se refiere a la definición del error judicial, también ha sido éste un tema decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado señalando que el error judicial se materializa en una providencia contraria a la ley, como lo prescribe el tantas veces mencionado artículo 66 de la Ley 270 de 1.996, el cual podrá consistir en un error de hecho o de derecho; éste último puede ser de carácter legal o por violación del ordenamiento constitucional.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, al considerar que el error judicial era asimilable a la llamada vía de hecho, suscitó importantes inconvenientes para la consolidación del concepto como un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, en el sentido que su declaración era excepcional, pues se requería siempre un elemento subjetivo que consistía en acreditar una conducta caprichosa, maliciosa o arbitraria del juez, que se justificaba por la persistente

sombra del respecto a la intangibilidad de la cosa juzgada. Así se estableció en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 22 de julio de 2.009 dentro del proceso con radicado número 17.650.

“Como lo ha observado esta Sala en el pasado, si bien la Corte Constitucional, en la sentencia de control previo de la ley que se estudia, pareció asimilar el error judicial a la vía de hecho⁵, esta identificación es impropia, toda vez que en el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, no se tiene por objeto la conducta subjetiva del agente infractor, sino la contravención del ordenamiento jurídico inmersa en una providencia judicial.⁶”

“Esta diferencia resulta fundamental para efectos de identificar de manera más clara los linderos de la responsabilidad patrimonial del Estado y centrar la atención en la decisión judicial que se cuestiona y su confrontación con el ordenamiento jurídico, especialmente en los derechos fundamentales que puedan resultar comprometidos.”

En la sentencia de la misma Sección Tercera del Consejo de Estado del 27 de abril de 2.006 proferida dentro del proceso radicado con el número interno 14.837, se estudia el tema que se acaba de plantear, haciendo énfasis que tal consideración ya había sido tocado, aunque de manera tímida, por la Alta Corporación en la sentencia del 4 de septiembre de 1.997, en el sentido que identificar el error judicial con la vía de hecho es desconocer el mandato del artículo 90 de la Constitución Política, pues el Estado deberá indemnizar todo daño antijurídico que ocasione, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que lo causa. En efecto, se dijo en aquella oportunidad:

“Esta última tesis, reiterada por esta Sección en otras oportunidades⁷, entiende que el error jurisdiccional que puede generar responsabilidad patrimonial del Estado se presenta cuando con una providencia judicial en firme, y con independencia si fue proferida con culpa o sin ella, pero que es equivocada porque no se ajusta a la realidad procesal o a la ley, se causa un daño antijurídico que debe ser reparado. Dicho de otro modo, se reitera que la antijuridicidad de la

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996. Al respecto, se dijo en esta providencia: “Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacia la autonomía funcional del juez. Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso y las pruebas aportadas – según los criterios que establezca la ley -, y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”.”

⁶ En este sentido también puede consultarse la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 10 de mayo de 2.010, radicado interno número 12.719.

⁷ Sentencias del 4 de abril de 2.002, expediente radicado bajo el número 13.606; sentencia del 30 de mayo de 2.002, radicado bajo el número 13.275 y la sentencia del 22 de noviembre de 2.001, radicado número 13.614.

conducta o de la omisión que origina el error jurisdiccional no siempre es relevante para la reparación del daño antijurídico, pues debe diferenciarse la causa del error con el error mismo.⁸

A partir de esa argumentación del Consejo de Estado, se establecen dos clases de error judicial. Tal y como se deduce de algunos pronunciamientos de la Alta Corporación, entre ellos los contenidos en las sentencias del 31 del 04 de abril de 2.002 y del 30 de mayo del mismo año, el error jurisdiccional puede ser de orden fáctico o normativo.

El error jurisdiccional es de orden fáctico cuando se dan diferencia entre la realidad procesal y la decisión judicial, porque el operador jurídico:

A. No considera un hecho debidamente probado, o

B. Considera un hecho como fundamental que no lo era, o se presentan distancias entre la realidad material y la procesal, porque:

- No se decretaron pruebas conducentes para determinar el hecho relevante para el derecho.
- O porque la decisión judicial se fundamentó en un hecho que posteriormente se demostró que era falso.

El error jurisdiccional de orden normativo o de derecho, supone equivocaciones:

A. En la aplicación del derecho, pues se aplica al caso concreto una norma que no era relevante o se dejó de aplicar una directa o indirectamente aplicable al mismo y,

B. Cuando se aplicaron normas inexistentes o derogadas.

En sentencia posterior, concretamente en el fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado el día 5 de diciembre de 2.007, radicado número 15.576, se precisó que "el error judicial consiste, en realidad, en una verdadera falla en la función de administrar justicia"; en la providencia, la afirmación se dirige a señalar que no todo error judicial necesariamente configura una vía de hecho⁹. De esta manera, una

⁸ Sentencia del 27 de abril de 2.006, expediente número 14.837.

⁹ El concepto de vía de hecho ha sido abandonado por la Corte Constitucional y ha sido sustituido por el de causales de procedibilidad; al respecto en la sentencia T-949 de 2.003 se dijo: "Por lo anterior, todo

equivocada interpretación de una norma sustancial o una indebida valoración probatoria, que se traduzca en la violación del marco normativo que rige la función de administrar justicia, podrá considerarse error judicial aunque no corresponda a una vía de hecho.

Las sentencias que he citado orientan el desarrollo jurisdiccional dentro de los linderos de la responsabilidad directa del Estado, toda vez que eliminan cualquier calificación subjetiva de la conducta del agente, como requisito para su configuración.

Lo expuesto con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, nos permite afirmar que el error judicial se debe considerar desde una perspectiva diferente o distinta a la tradicional. Así, en la sentencia del 2 de mayo de 2.007, radicado número 15.576, se toma como punto de partida los límites de razonamiento jurídico, desechando el principio de la unidad de respuesta expuesto por Dworkin, y se asume como principio el regulativo, que ha sido desarrollado por Robert Alexy, lo que implica que en relación con un mismo punto de derecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de derecho, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas. El error judicial, entonces, no residiría, en la corrección del fallo, sino en la ausencia de una adecuada y necesaria motivación.

3.1 DEL ERROR JUDICIAL EN EL CASO CONCRETO DEL TRAMITE DEL PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL RADICADO BAJO EL NÚMERO 2.010-00432 POR PARTE DEL JUZGADO PRIMERO (1º) ADMINISTRATIVO DE QUIBDO.

Conforme el recuento fáctico efectuado en uno de los acápites anteriores de la presente solicitud de conciliación prejudicial, aparece claro que la responsabilidad

pronunciamento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; ii) defecto fáctico; iii) error inducido; iv) decisión sin motivación; v) desconocimiento del precedente y vi) violación directa de la Constitución.

“Para la Corte, no se trata de una modificación sustantiva al régimen de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; implica, en cambio, una revisión sistemática de la práctica jurisprudencial de la Corte que consulta la doble necesidad de sistematización y racionalización de la actividad jurisprudencial, y de coherencia y fidelidad en los mandatos constitucionales.”

extracontractual del Estado se deriva de las actuaciones realizadas por el agente judicial - Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó - dentro del proceso ejecutivo contractual radicado bajo el número 2.010-00432, en donde aparece como demandante el señor Jesús Xavier Lozano Gómez en su condición de cesionario de la Diócesis de Quibdó, y, como demandado el Departamento del Chocó, las cuales se traducen en las varias providencias o decisiones que contrariando al ordenamiento jurídico se expidieron dentro del trámite procesal y que resultaron determinantes del daño antijurídico ocasionado a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, como es la entrega al demandante de la suma de **TRES MIL CUATROCIENTOS DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$ 3.418.538.736)**, los cuales estaban destinados para la atención del sector educativo en el departamento del Chocó durante la vigencia fiscal del 2.010.

A continuación se señalan de manera clara, precisa y concreta, las providencias contrarias a la ley que se dictaron en el desarrollo del mencionado proceso ejecutivo contractual, para lo cual se referencia desde el inicio del trámite procesal.

1. Presentación y radicación el día 27 de mayo de 2.010 en la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Quibdó de la demanda ejecutiva contractual de mayor cuantía por parte del apoderado del señor Jesús Xavier Lozano Gómez, en su condición de cesionario de la Diócesis de Quibdó-. Ilegalidad del auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010, por medio del cual se libra mandamiento de pago contra el Departamento del Chocó por la suma de \$ 1.545.000, más el interés del 1%, por violación al debido proceso, formas propias del proceso ejecutivo administrativo. Error judicial normativo por falta de aplicación directa de los artículos 85, 89 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 40 del Decreto 2282 de 1.989; artículo 97 del Código de Procedimiento Civil; 509 y 510 del mismo ordenamiento; artículos 129, 132, numerales 4º y 5º, 133 y 134, adicionado por el artículo de la Ley 446 de 1.998, del Código Contencioso Administrativo (Decreto número 01 de 1.984).

Radicada la demanda ejecutiva en la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Quibdó el día 27 de mayo de 2.010 y efectuado el reparto correspondiente en la

misma fecha, el conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Primero (1º) Administrativo de la ciudad de Quibdó, asignándosele el radicado 27001-33-31-001-**2.010-000432**.

Se hizo constar en la demanda que entre el Departamento del Chocó y la de Quibdó se había celebrado contrato para la prestación del servicio público Educativo en las instituciones y centros educativos indígenas del Departamento, vigencia año 2.007, contrato que había sido cumplido a cabalidad por el contratista, esto es, la Diócesis de Quibdó.

El valor del contrato se estimó hasta la suma de **TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 3.692.500.000)**.

De este valor solo se alcanzó a cancelar por la entidad territorial el 50%, esto es, el Departamento del Chocó, dejando insoluto el saldo a favor de la Diócesis de Quibdó.

Igualmente, se plantea en la demanda que los representantes de las Diócesis de Quibdó elevaron reiteradas solicitudes de pago del saldo del contrato al Departamento del Chocó sin que éste se allanara hacer pago o abono alguno a la deuda.

Ante esta situación, el señor Gobernador del Departamento del Chocó¹⁰ y los representantes de la Diócesis de Quibdó, celebraron acuerdo de pago el día 13 de octubre de 2.009, en el cual se hizo constar: "1. Que el departamento del Chocó, representado por el señor Gobernador, doctor **PATROCINIO SANCHEZ MONTES DE OCA**, cancelará a la **DIOCESIS DE QUIBDO**, la suma de **UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 1.846.250)** M/cte., suma que equivale al cincuenta por ciento (50%) del valor total del contrato suscrito el 25 de mayo de 2.007. 2. Que el plazo para el pago de la mencionada suma será el 31 de diciembre de 2.009. 3. Que el incumplimiento de la obligación adquirida por el departamento del Chocó mediante el presente documento, faculta a la Diócesis para ejercer las acciones pertinentes sin necesidad de documento alguno (...)"

En el numeral cuarto (4º) de la demanda ejecutiva se consignó expresamente que "El Título Valor lo constituye el acuerdo de pago, celebrado entre las partes el día 13 de Octubre del año 2.009."

¹⁰ Para el mes de octubre de 2.009, fecha en la que se firma el acuerdo de pago entre el Departamento del Chocó y la Diócesis de Istmina – Tadó -.

En los numerales Quinto y Sexto del libelo de la demanda se dijo por el apoderado judicial que lo adeudado por el Departamento del Chocó era la suma de \$ 1.846.250.000, pero que sin embargo sólo se estaba cobrando la suma de \$ 772.500.000, "***toda vez que el Departamento del Chocó se ha comprometido con mi mandante de manera verbal a cancelar el excedente de la obligación en forma directa en varias cuotas. (...)***" (Resaltado por fuera del texto).

En consecuencia, se solicitó librar "*mandamiento ejecutivo de pago (sic)*" en contra del Departamento del Chocó por 1. La suma de **SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$772.500.000) MONEDA LEGAL**, "*por el pago parcial del título*". 2. Los intereses Bancarios Moratorios desde que se hizo exigible la obligación hasta que se satisfagan las Pretensiones.

3. Las costas del proceso."

Expresamente se consignó en el acápite denominado "**COMPETENCIA Y CUANTIA**" que por el lugar del cumplimiento de la obligación, por la vecindad de las partes y por la cuantía de las pretensiones, \$ 772.500.000, **el señor Juez Administrativo de Quibdó, era competente para conocer del proceso ejecutivo de mayor cuantía.**

El día 28 de mayo de 2.010, la demanda ejecutiva en cuestión ingresa al despacho; el día 31 de mayo de ese año, antes del pronunciamiento del despacho sobre la admisión o no de la demanda, el apoderado de la parte demandante allega el original del poder para actuar.

En esa misma fecha, el día 31 de mayo de 2.010, el apoderado de la parte demandante presenta en la oficina de apoyo judicial escrito por medio cual adiciona y/o subsana la misma en el acápite de las pretensiones incluyendo dentro del cobro ejecutivo la suma de \$ 772.500.000 más, en los siguientes términos.

"(...) me permito presentar dentro del término concedido por su Despacho, memorial de **SUBSANACION Y/O ADICION** de la presente demanda, en los siguientes términos:

"1) El acápite de las Pretensiones quedará así:

"... **PRETENSIONES**

"Es competencia de este Juzgado, en primera instancia, por la naturaleza de la acción, Ejecutiva (sic) que se adelanta mediante el radicado de la referencia, por lo tanto honorable juez, me

permite solicitar **ADICION** de las pretensiones en el sentido que se libre (sic) por las siguientes Pretensiones así:

"1. SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$772.500.000), MONEDAS LEGALES (sic) por el pago parcial del título.

"2. SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$772.500.000), MONEDAS LEGALES (sic) por el pago parcial del título.

"2. (sic) los Intereses Bancarios Moratorios desde que se hizo exigible la obligación hasta que se satisfagan las Pretensiones.

"3. Las Costas del Proceso.

Es decir, que el valor de las pretensiones de la demanda ejecutiva antes que el señor Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó se pronunciaría sobre ella, fué fijada por el apoderado de la parte actora en la suma de **MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$ 1.545.000.000)**.¹¹

El día 08 de junio de 2.010, el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó profiere el auto interlocutorio número 1000, por medio del cual ordena:

"1. LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO a favor del señor JESUS XAVIER GOMEZ LOZANO contra el DEPARTAMENTO DEL CHOCO, representado legalmente por el Sr. Gobernador del Chocó o por quien haga sus veces, por la suma de SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 772.500.000,00) MCTE, más sus intereses legales civiles al doble, es decir, al 1% mensual sobre el valor histórico actualizado desde que la obligación se hizo exigible hasta que se verifique el pago, hasta cuando se verifique el pago (sic); lo que debe cumplir la entidad demandada dentro de los cinco días siguientes a la notificación a su representante legal (...)"

"2. LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO a favor del señor JESUS XAVIER GOMEZ LOZANO contra el DEPARTAMENTO DEL CHOCO, representado legalmente por el Sr. Gobernador del Chocó o por quien haga sus veces, por la suma de SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 772.500.000,00) MCTE, más sus intereses legales civiles al doble, es decir, al 1% mensual sobre el valor histórico actualizado desde que la obligación se hizo exigible hasta que se verifique el pago, hasta cuando se verifique el pago (sic); lo que debe cumplir la entidad demandada dentro de los cinco días siguientes a la notificación a su representante legal (...)"

¹¹ Llama poderosamente la atención como el monto de las pretensiones del demandante cambia en menos de 24 horas ya que como se expuso anteriormente, el día 27 de mayo de 2.010 cuando se radicó la demanda se dijo expresamente que solo se cobraba la suma de \$ 772.500.000 por cuanto el Departamento del Chocó se había comprometido, de manera verbal, a cancelar el saldo en varias cuotas. Pero, una vez la demanda es repartida al Juzgado Primero (1º) Administrativo y antes que éste se pronunciara sobre la misma se procede a adicionarla sumándole una cuota más por el mismo valor, con lo cual la cuantía de la demanda ascendió a la suma de \$ 1.545.000.000.

“Oportunamente se pronunciará el Juzgado respecto de las costas (...).”

En ese orden de ideas, son varias las irregularidades que afectan la legalidad del auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010, por medio del cual se libró mandamiento de pago a favor del demandante y en contra del departamento del Chocó, en su calidad de demandado.

En primer lugar, **se violó el debido proceso por desconocimiento de las formas propias del juicio en cuanto se permitió la adición y/o reforma de demanda ejecutiva antes de que la misma fuese estudiada y admitida por el despacho**, conforme lo establecen las normas procesales contenidas en el Decreto 01 de 1.984 en concordancia con el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, normatividad que se encontraba vigente para la fecha en que se presentó la demanda que nos ocupa.

Podemos entonces afirmar conforme los lineamientos jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado que **se incurrió en un error judicial normativo** al omitirse la aplicación de las normas procesales que regulaban el trámite del proceso ejecutivo administrativo.

Atendiendo a la naturaleza de las pretensiones así como el título ejecutivo presentado al cobro, el trámite que se le debía dar a la demanda presentada mediante apoderado por el señor Jesús Xavier Lozano Gómez en su condición de cesionario de la Diócesis de Quibdó, era el de un proceso ejecutivo administrativo para el cual se debían aplicar por remisión las normas del Código de Procedimiento Civil¹² en aquellos aspectos no regulados expresamente por la norma contencioso administrativa; en tal sentido, el término para adicionar y/o reformar la demanda era el de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término para proponer excepciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de ese estatuto procesal. Veamos:

En el trámite de un proceso ordinario se tiene que una vez presentada la demanda, se procede a realizar el estudio de la misma por parte del despacho judicial al que por reparto le haya correspondido su conocimiento; realizado el

¹² El Consejo de Estado, de manera reiterada ha establecido que de acuerdo con la remisión general de que trata el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, los procesos ejecutivos contractuales de que conoce la jurisdicción contencioso administrativa se regulan en su trámite por las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta que dentro del Código Contencioso Administrativo no existe una regulación especial para los asuntos de esta naturaleza. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, auto de fecha 20 de marzo, radicado interno 36.543.

estudio de la misma, el funcionario judicial, podía: i) admitir la demanda si encontraba que ésta reunía todos los requisitos exigidos por la ley, es decir, que se habían cumplido con las exigencias que señalaban los artículos 135 a 142 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1.984), aunque en estricto sentido, las exigencias de la demanda en forma, sólo miran el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 137 y 139 de la misma obra. ii) Inadmitir la demanda cuando ella adoleciera de algún vicio subsanable y la misma hubiera sido presentada dentro del término de caducidad, decisión que se adoptaba por el Juez ó Magistrado a través de un auto que era susceptible del recurso de reposición, señalando los defectos formales para que el demandante los corrigiera en un plazo de cinco (5) días y si en este término el demandante no cumplía con la obligación impuesta, el juez debía proceder a rechazar la demanda. iii) Rechazar la demanda en los eventos en los cuales la acción estuviese caduca o, cuando dentro del término otorgado por el despacho, el demandante no hubiese subsanado la demanda. En los casos de falta de jurisdicción, igual a lo que se hacía cuando faltaba competencia, el juez ante quien se había presentado la demanda la debía remitir al competente y la demanda se entendía presentada, para los efectos de interrupción de la caducidad, en la fecha de la presentación ante el despacho inicial. Este procedimiento lo consagra hoy expresamente el artículo 5° de la Ley 1395 de 2.010 que dispone que el Juez, ante el rechazo de la demanda por falta de competencia o de jurisdicción, en el mismo auto ordenará su remisión al competente, lo cual unifica la medida para todos los procesos.

Ahora, en tratándose de procesos ejecutivos, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de la demanda ejecutiva, entre ellos los de los títulos ejecutivos, el juez procede a dictar un interlocutorio llamado auto de mandamiento ejecutivo o de pago que equivale al auto admisorio de la demanda de un proceso ordinario, pero con notables diferencias.

En este sentido, una vez dictado el mandamiento de pago, la demanda ejecutiva podrá ser adicionada o reformada por el demandante dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término para proponer excepciones, tal y como expresamente lo consagra el inciso final del numeral 1° del artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1°, numeral 40 del D.E. número 2282 de 1.989; veamos:

"Reforma de la demanda.- Después de notificado a todos los demandados el auto admisorio de la demanda, ésta podrá reformarse por una vez, conforme a las siguientes reglas:

"(...) En los procesos ejecutivos, la reforma podrá hacerse a más tardar en los tres días siguientes al vencimiento del término para proponer excepciones (...)" (Resaltado por fuera del texto original).

El Consejo de Estado ha reiterado en varios pronunciamientos la aplicación de esta norma en los procesos ejecutivos que conoce la jurisdicción contencioso administrativa; por ejemplo, en auto de la Sección Tercera del 23 de noviembre de 2.000, expediente número 14.601, con ponencia del Consejero doctor Germán Rodríguez Villamizar, señaló:

"De conformidad con lo prescrito en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 40 del Decreto-Ley 2282 de 1.989, aplicable a este asunto en virtud de la remisión legal consagrada en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, tanto en los procesos de conocimiento como en los ejecutivos, **es factible que la parte actora reforme la demanda, sólo que tal actuación es posible realizar luego de la notificación del auto admisorio de la misma a todos los demandados, cuyo término se extiende, en el caso de los procesos ejecutivos, hasta el tercer día siguiente al vencimiento del término de que dispone el ejecutado para proponer excepciones.** reforma que bien puede consistir en un cambio parcial de los hechos, de las personas demandadas, de los demandantes o **de las pretensiones**, o en petición de nuevas pruebas, según el contenido de la norma en referencia (...)" (Resaltado por fuera del texto).

Por otra parte, el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil establece que las excepciones de fondo deberán proponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, salvo que se haya recurrido el mandamiento ejecutivo, en cuyo caso, el término para excepcionar se contará a partir de la notificación de la providencia que resuelva el recurso.

Así las cosas, no resultaba procedente y en consecuencia se debió rechazar por parte del Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, que el apoderado adicionara en las pretensiones económicas la demanda ejecutiva antes que se hubiese librado mandamiento de pago, y, además, no debió expedir el auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010 en los términos que se hizo, esto es, librando mandamiento de pago por la suma adicionada por el demandante, generando con ello una nulidad por violación al debido por alteración de las formas propias del proceso ejecutivo administrativo, conforme se expuso con anterioridad.

2. Ilegalidad del auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010 por violar las normas sobre competencia en materia contenciosa administrativa. A más de lo anterior, se debe precisar que dada la cuantía inicial de las pretensiones, la cual fue fijada por el demandante en la suma de setecientos setenta y dos millones quinientos mil pesos (\$772.500.000), aún sin tener en cuenta la supuesta adición y/o reforma que se le hiciera a la misma, la competencia para conocer de este proceso no radicaba en el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, **produciéndose en consecuencia otro error judicial normativo o de derecho por violación del debido proceso, alteración de las formas propias del juicio, materializado en la expedición del auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010, por medio del cual se libra mandamiento de pago en contra de la entidad demandada, al dejarse de aplicar las normas que sobre competencia traía el Código Contencioso Administrativo vigente para la época, artículos 129, 132, 133 y 134B, numeral 7º, adicionado por el artículo 42 de la ley 446 de 1.998.**

En efecto, con la cuantía inicial de las pretensiones - \$ 772.500.000 -, así como con la adición de las mismas planteadas por el demandante - \$ 772.500.000 -, la competencia para conocer de la demanda ejecutiva contractual no radicaba en el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó en primera instancia, sino que ésta era o pertenecía al Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, en atención a lo dispuesto en el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 40 de la ley 446 de 1.998, que reguló íntegramente las reglas de competencia del proceso ejecutivo en el Código Contencioso Administrativo.

El Consejo de Estado así lo ha entendido al señalar que cuando el título es de carácter contractual, se aplican los mismos criterios que para los títulos ejecutivos judiciales. En consecuencia, los juzgados administrativos, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, de acuerdo con la cuantía, conocen de la acción ejecutiva administrativa, así:

En primera instancia:

1. Los jueces administrativos conocerán de los procesos ejecutivos originados en títulos ejecutivos derivados de los contratos estatales y de providencias judiciales condenatorias dictadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando la

cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales (artículo 134 B, numerales 4° y 5° del Código Contencioso Administrativo).

2. Los Tribunales Administrativos conocerán de los procesos ejecutivos originados en títulos ejecutivos derivados de los contratos estatales y de providencias judiciales condenatorias proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando la cuantía exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 132, numerales 4° y 5°).

En segunda instancia:

1. Los Tribunales Administrativos conocerán de los recursos de apelación y de queja, procedentes contra las sentencias y autos dictados en primera instancia por los jueces administrativos en el trámite de los procesos ejecutivos administrativos (artículo 133 ibídem).

2. El Consejo de Estado, conocerá de los recursos de apelación y de queja procedentes contra las sentencias y autos dictados en primera instancia por los Tribunales Administrativos en el trámite de los procesos ejecutivos administrativos (artículo 129).

Sobre este tema de la competencia por la cuantía en particular, el Honorable Consejo de Estado se pronunció¹³ señalando que *“La ley 954 de 2.005 habilitó las normas que sobre competencia estableció la ley 446 de 1.998, en los siguientes términos: (...)”*

*“Esta norma determinó la vigencia de las modificaciones que en materia de competencias en razón de la cuantía introdujo la Ley 446 de 1.998 al Código Contencioso Administrativo y que en el tema de los procesos ejecutivos consistió en distribuir entre jueces administrativos, tribunales y Consejo de Estado la competencia para conocer de estos juicios según que la cuantía de las pretensiones sea igual o superior a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. **Así, si corresponde a esta cuantía la primera instancia será ante los tribunales administrativos y la segunda ante el Consejo de Estado y si no la alcanza, entonces la primera instancia será ante los jueces administrativos y la segunda ante los tribunales administrativos, esto para procesos que se inicien después de cuando entraron a operar los juzgados administrativos.**”*

“Con fundamento en estas nuevas competencias y en virtud de la integración que debe existir dentro del ordenamiento jurídico, aplicando lo establecido en la ley 153 de

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto 2.009-00309, mayo 3 de 2.010, expediente 37888, Magistrado Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

1.887¹⁴ entiende la Sala que para establecer si un proceso ejecutivo es o no de doble instancia, es necesario acudir a la cuantía establecida para los procesos ejecutivos derivados de sentencias de condena, y no propiamente a la cuantía establecida para los procesos iniciados en ejercicio de la acción de controversias contractuales (...).

“Así las cosas, es importante anotar que el señalamiento de la cuantía tiene por objeto determinar la competencia del juez y el procedimiento a seguir, aspectos que han de quedar definidos desde el comienzo de la controversia, los cuales no pueden variar por apreciaciones posteriores del juez o de las partes (...)”

“De esta manera, con la finalidad de establecer la cuantía del proceso, el juez debe tener en cuenta las pretensiones contenidas en la demanda, así como la estimación razonada de su cuantía (...).
Resaltado y subrayado por fuera del texto original.

Así entonces, se debió aplicar por parte del Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 134 B del Código Contencioso Administrativo, adicionado por la Ley 446 de 1.998, artículo 42, según el cual “los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos (...) 7. De los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales.”

En este orden de ideas, aparece claramente y sin dubitación alguna que la competencia para conocer del proceso ejecutivo contractual al que nos hemos venido refiriendo, aún antes de haber sido una vez adicionada la cuantía de las pretensiones sin que se hubiera dictado el mandamiento ejecutivo, radicaba en el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó y no en el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó y por lo tanto al proferirse el auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010, por medio del cual se libró mandamiento ejecutivo, se incurrió en una nulidad por falta de competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto Extraordinario número 2282 de 1.989, artículo 1º, numeral 80. En efecto, veamos:

La primera providencia que se dicta en los procesos ejecutivos, y que equivale al auto admisorio de la demanda en los procesos declarativos, es el mandamiento ejecutivo o mandamiento de pago, denominado así por cuanto el aspecto esencial es la orden al deudor para que satisfaga a favor del acreedor la obligación contenida en el título valor.

¹⁴ Artículo 8 – “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que rigen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”

La diferencia entre el mandamiento ejecutivo y el auto admisorio de la demanda es fundamental, pues el primero es un proveído de fondo que se pronuncia sobre la viabilidad del título que sirve de fundamento de recaudo; en cambio el segundo es de trámite y sólo sirve para demarcar la etapa siguiente del proceso, la cual es el traslado, pero sin que entrañe ninguna decisión interlocutoria.

En los procesos ejecutivos, como ya se dijo, en lugar del auto admisorio de la demanda, se profiere el mandamiento ejecutivo o de pago, el cual implica que se cumplan no solo los requisitos propios de la demanda en general, sino los específicos de ese tipo de pronunciamiento.

En consecuencia, se pueden presentar las mismas consecuencias previstas para la demanda en general, como son la inadmisión y el rechazo, sea posterior o in limine, y, además la negativa de proferir el mandamiento de pago, en caso de que el documento allegado no reúna los requisitos para constituir el título ejecutivo y sea imposible subsanarlos.

La inadmisión se impone ante la ausencia de los requisitos que, de manera general, ordena el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, como son los de la redacción, anexos, presentación, siempre que exista título ejecutivo, por cuanto, en caso contrario, lo indicado es pronunciarse sobre el fondo y negar el mandamiento ejecutivo.

El rechazo in limine se impone por falta de competencia, jurisdicción o caducidad de la acción, y, el posterior, cuando no se subsanan las irregularidades que ocasionan la inadmisión, de acuerdo con las reglas generales que regulan el fenómeno.

En efecto, el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil¹⁵, norma que resultaba aplicable en el proceso ejecutivo administrativo por integración normativa, señala que **“el juez rechazará de plano la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia**, o exista término de caducidad para instaurarla, si de aquella o sus anexos aparece que el término está vencido.

“Si el rechazo se debe a la falta de competencia, el juez la enviará con sus anexos al que considere competente dentro de la misma jurisdicción; en los demás casos, al rechazar la

¹⁵ Modificado por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1.989.

demanda se ordenará devolver los anexos, sin necesidad de desglose (...). (Resaltado por fuera del texto).

Bajo estas circunstancias, esto es, de haberse presentado la demanda por una cuantía superior a los 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la actuación que procedía por parte del señor Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó, era la de rechazarla por falta de competencia y remitirla al Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, so pena de incurrir en causal de nulidad procesal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, según el cual:

“Nulidades. Causales. Procedimiento. Serán causales de nulidad en todos los procesos, las señaladas en los artículos 152 y 153¹⁶ del Código de Procedimiento Civil y decidirán como lo previenen los artículos 154¹⁷ y siguientes de dicho estatuto (...).”

Artículo 140.- Modificado por el artículo 1º, numeral 80 del Decreto 2282 de 1.989. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

“2. Cuando el juez carece de competencia (...).”

Por su parte, el artículo 142 ibídem consagra expresamente que las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella.

Un aspecto que debe resaltarse y no perder de vista es que como la demanda ejecutiva estaba dirigida contra el Departamento del Chocó y no la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, a éste nunca se le vinculó procesalmente y mucho menos se le notificó el auto de mandamiento de pago, y, en tal sentido no tuvo la oportunidad de presentar la solicitud de nulidad por falta de competencia dentro de la oportunidad procesal señalada por el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil – excepciones previas - , así como tampoco antes de que se dictara sentencia; en ese sentido, resultaba procedente que se hiciera con posterioridad al momento en que es informada la entidad que represento de la orden de retención y embargo de los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educación, no obstante que el señor Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó haya decidido dar por terminado el proceso por pago de la obligación, disponiendo la entrega de los dineros retenidos al ejecutante,

¹⁶ Corresponden a los artículos 140 y 141 del Código de Procedimiento Civil vigente.

¹⁷ Corresponde al artículo 142 ibídem.

decisión adoptada mediante el auto interlocutorio número 1570 del 17 de Agosto de 2.010, por medio del cual además se aprueba la transacción celebrada entre las partes el día 12 de agosto de ese año, al cual haré referencia más adelante.

Por estas razones, se solicitó en esa oportunidad se proferiera la declaratoria de nulidad de la actuación a partir del auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010 proferido por el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, por medio del cual se libró mandamiento de pago en contra del Departamento del Chocó, sin que el Juzgado de conocimiento haya accedido a ello, continuando con el trámite procesal, disponiendo la entrega de los recursos al apoderado del demandante, causando un daño antijurídico al sector educativo del departamento del Chocó, el cual se encontraba administrado temporalmente por la Nación, Ministerio de Educación Nacional desde el día 06 de julio de 2.009, fecha en que entró a regir la medida de asunción temporal de competencias del sector educativo en el departamento del Chocó.

3. Presentación y radicación el día 27 de mayo de 2.010 en la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Quibdó de la demanda ejecutiva contractual por parte del apoderado del señor Jesús Xavier Lozano Gómez, en su condición de cesionario de la Diócesis de Quibdó-. Ilegalidad del auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010, por medio del cual se libra mandamiento de pago por la inexistencia del título ejecutivo que contenga una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó. Error judicial normativo por indebida o errónea aplicación del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación del artículo 68, numeral 4º del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984); artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1.993.

El artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, norma que por remisión resulta aplicable al procedimiento contencioso administrativo, señala que pueden demandarse las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él.

Para el caso que nos ocupa tenemos que, el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó en el auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010, por

medio del cual se libró mandamiento de pago en contra del Departamento del Chocó, señaló ó relacionó entre los documentos allegados con la demanda, el original el acta de acuerdo de pago celebrado o suscrita entre el Gobernador del Chocó y la Diócesis de Quibdó el día 13 de octubre de 2.009, así como el original del contrato para la prestación del servicio público de educación en las instituciones y centros educativos indígenas del Departamento del Chocó, a los cuales le atribuyó contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo del ente territorial, no obstante que el demandante expresamente señalara en la demanda, numeral 4º del acápite de los "hechos", el título valor lo constituía solamente el acuerdo de pago celebrado entre el Departamento del Chocó, a través del señor Gobernador de la época y los apoderados o representantes de la Diócesis de Quibdó el día 13 de octubre de 2.009.

De esta situación se desprende dos situaciones que evidencian claramente el error judicial en que se incurrió por parte del despacho que conoció del proceso ejecutivo contractual al dictar el auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010; en primer lugar, si se tomara como título ejecutivo el acuerdo de pago celebrado por el departamento del Chocó, a través de su representante legal el señor Gobernador de la época, con los señores representantes de la Diócesis de Quibdó, del 13 de octubre de 2.009, no se podía haber ordenado el embargo y retención de los dineros que la Nación, Ministerio de Educación Nacional tenía para el manejo del sector educativo en el departamento del Chocó y que se administraban a través del encargo fiduciario celebrado con la Fiduciaria La Previsora S.A.

En segundo término, si se tomara como título ejecutivo el contrato de prestación de servicios educativos en las instituciones y centros educativos indígenas del departamento del Chocó celebrado entre el Gobernador del Chocó y la Diócesis de Quibdó el día 25 de mayo de 2.007, se podía leer y extractar sin dificultad alguna que en **la cláusula sexta se estipuló que el valor total del mismo sería la suma que resultare de multiplicar \$ 875.000 por el número total de estudiantes atendidos, teniendo en cuenta que el tope máximo de estudiantes que se atendería era de 4.220**; en consecuencia, las partes acordaron que el valor total del contrato no podría superar, en ningún evento, la suma de **TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 3.692.500.000)**.

Conforme la forma de establecer el valor del contrato, se desprende de manera expresa y diáfana que para saber efectivamente si la obligación era exigible se requería allegar con la demanda el acta de la liquidación del contrato para poder establecer con meridiana claridad cuál era realmente el valor adeudado por la administración departamental, por cuanto la determinación del valor del contrato, se insiste, resultaba de multiplicar la suma de \$ 875.000 por el número de alumnos atendidos por el contratista, circunstancia que brilla por su ausencia, máxime cuando ya se había producido un pago parcial del cincuenta por ciento (50%) por parte de la Gobernación del Departamento del Chocó a través del giro que de los recursos le hiciera el Ministerio de Educación Nacional para estos efectos. Esta suma \$ 3.692.500, fué el tope máximo que se pagaría, más no el valor real del contrato por cuanto dentro de las obligaciones del contratista estaba la de demostrar cuántos niños había atendido efectivamente. Recuérdese además, como según lo establecido en la cláusula vigésima tercera del contrato en cuestión, éste se debía liquidar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del mismo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1.993.

Así las cosas, circunscribiéndonos a las exigencias del título ejecutivo conforme las voces del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, la claridad de la obligación tiene que ver con su evidencia, su comprensión. Jurídicamente hablando, la claridad de la obligación se expresa en la determinación de los elementos que componen el título, es decir, que a los ojos de cualquier persona se desprenda a ciencia cierta que el documento contentivo de la obligación reúne los elementos propios de un título ejecutivo, sin que sea necesario acudir a otros medios distintos de la mera observación. Por ello, genéricamente hablando, la obligación es clara cuando es indubitable, o sea, que aparezca de tal forma que a la primera lectura del documento se vea nítida, fuera de toda oscuridad o confusión. La claridad de la obligación debe estar no solo en la forma exterior del documento respectivo, sino más que todo en el contenido jurídico de fondo; pero como la obligación es un ente complejo que abarca varios y distintos elementos, como el objeto, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la causa, la claridad de la obligación se contrapone a la ambigüedad, a la oscuridad, a la duda y a la confusión.

En consecuencia, cuando se indica que la obligación debe ser clara, tal afirmación alude fundamentalmente a tres aspectos característicos:

- **Que la obligación sea inteligible**, para dar a entender que el documento que la contiene debe estar redactado lógico y racionalmente.
- **Que la obligación sea explícita**, característica que implica una correlación entre lo expresado, lo consignado en el respectivo documento con el verdadero significado de la obligación.
- **Que la obligación sea exacta, precisa**, pues con el documento se quiere da a entender que el objeto de la obligación y de los sujetos que en su elaboración intervienen, se encuentran bien determinados, valga decir, la exactitud y precisión se predicen tanto del contenido de la obligación como de las personas que hacen parte de su emisión.
- **Que haya certeza** en cuanto al plazo, a la cuantía o tipo de la obligación, o que esta se pueda deducir con facilidad. En este sentido no podrá decirse que una obligación es clara cuando contiene términos que se prestan para confusión o equivocación, ni cuando aparezca de su contenido contradicciones o ambigüedades.

Que la obligación sea expresa significa que la obligación debe aparecer delimitada en el documento, pues sólo lo que se expresa en tal instrumento es lo que constituye motivo de obligación, de la ejecución. Una obligación es expresa cuando se encuentra declarada o sea, que lo que allí se insertó como declaración es lo que se quiso dar a entender; en otros términos, el contenido de la obligación, de la declaración de la voluntad. La obligación expresa se contrapone a la obligación implícita la cual no presta mérito ejecutivo, precisamente por faltarle el carácter de expresividad, porque no se declara ni manifiesta directamente el contenido y alcance de la obligación porque no hay certeza respecto de los términos y condiciones, porque la obligación expresa indica que el título que la contiene no debe estar rodeado de otro trabajo que la directa observación, con lo cual se excluyen las deducciones sobre el mismo título.

La obligación es exigible cuando puede cobrarse, solicitarse o demandar su cumplimiento al deudor. La exigibilidad consiste en que no haya condición suspensiva ni plazos pendientes que hagan eventuales o suspendan sus efectos, pues en tal caso sería prematuro solicitar su cumplimiento.

Por su parte el numeral 4º del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo establece que constituyen título ejecutivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos.

“4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso (...)” (Resaltado y subrayado por fuera del texto).

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, resulta a todas luces claro que el título ejecutivo presentado al cobro por la parte ejecutante, tómesese el acuerdo de pago suscrito por el departamento del Chocó el día 13 de octubre de 2.009, ora el contrato de prestación de servicios educativo de mayo de 2.007, no reunían, respecto de la Nación, Ministerio de Educación, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, el primero, por no provenir de la Nación al no haber intervenido en la suscripción del mencionado acuerdo de pago, y, el segundo por no reunir los requisitos ni del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil así como tampoco del numeral 4º del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, reiterando una vez más que de manera oficiosa el señor Juez Primero (1º) juez de conocimiento asumió como título ejecutivo, a más del acuerdo de pago suscrito entre el señor Gobernador del Departamento del Chocó y la Diócesis de Quibdó el día 13 de octubre de 2.009, el “original del contrato de prestación del servicio educativo en las instituciones y centros educativos indígenas del Departamento del Chocó”, señalando en el auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010 que *“los anteriores documentos configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible a favor del ejecutante y a cargo del ente demandado, conforme lo establece el artículo 488 del C.P.C., en concordancia con los artículos 32 y 75 de la ley 80 de 1.993, razón por la cual ha de librarse la orden de pago solicitada (...)”*, alterando de esta manera ilegalmente el contenido de la demanda ejecutiva.

Sobre la conformación y cobro de los títulos ejecutivos complejos, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 18 de junio de 2.008 sostuvo¹⁸:

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, expediente 29.290

“No se puede perder de vista, además, que cuando se habla de título ejecutivo se puede estar haciendo alusión a un solo documento o a varios, en el evento en que sea complejo, como sucede por regla general con el cobro ejecutivo de obligaciones derivadas de contratos estatales, en el cual el título ejecutivo generalmente está constituido por el contrato y otros documentos tales como actos administrativos y pólizas de seguro; en estos casos, la obligación a cargo del ejecutado debe surgir directamente de la sola lectura de los documentos que constituyen el título ejecutivo complejo, sin necesidad de hacer mayores elucubraciones al respecto (...).”

Para el caso concreto no se conformó el título ejecutivo complejo pues se echa de menos precisamente el acto administrativo de liquidación del contrato de prestación del servicio educativo en los centros e instituciones indígenas del departamento del Chocó, con lo cual se pudiera establecer de manera **clara y precisa** el valor real a cancelar a la Diócesis de Quibdó atendiendo lo estipulado en la cláusula sexta ya citada.

Por otra parte, si bien es cierto dentro de la actuación procesal adelantada por el despacho brilló por su ausencia una defensa real y efectiva defensa jurídica de los intereses del Departamento del Chocó, entidad que se insiste, era la demandada,¹⁹ no es menos cierto que la declaratoria de inexistencia del título ejecutivo bien pudo declararse de oficio por el despacho, tesis que aunque controvertida para los procesos ejecutivos, es aceptada y defendida por el Consejo de Estado en algunos fallos, dentro de los cuales me permito citar el de fecha 12 de agosto de 2.004²⁰:

“Las excepciones de oficio en el proceso ejecutivo. Antecedentes Jurisprudenciales. La Jurisprudencia nacional sobre la procedencia de la declaratoria de excepciones de oficio dentro del proceso ejecutivo, es escasa en virtud de que el ordenamiento procesal ha restringido el conocimiento de éste tipo de asuntos por las altas cortes. Sin embargo, existen pronunciamientos sobre los cuales se ha erigido una norma que se cree implícita en el ordenamiento procesal, la cual afirma que dentro del juicio ejecutivo es improcedente la declaratoria de oficio de excepciones por parte del Juez.

“Esta posición se refleja en providencia del 26 de marzo de 1.936 de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, donde se consideró:

“Las irregularidades del título ejecutivo habrían podido servir para fundar la revocatoria del auto de mandamiento de pago (...)

¹⁹ Hasta ese momento no se había vinculado a la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra, radicado 21.177.

“Con estas bases, las excepciones que se propusieron han debido fundarse en hechos de los cuales pudiera deducirse la razón que invocaba el excepcionante para atacar la eficacia del título que sirvió de recaudo ejecutivo, porque el mandamiento de pago quedó firme por su propia manifestación de desistimiento de la apelación que interpuso contra el auto que negaba la revisión y la revocación del proveído, como queda expresado. Y solamente con la alegación de los hechos que se hubieran comprobado habría podido demostrarse la razón del excepcionante para combatir y destruir la eficacia del título ejecutivo, porque las excepciones en este juicio, que es especial, deben consistir en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la obligación o la declaran extinguida; de donde se desprende que el deudor debe preocuparse por formular los hechos antes que dar denominación jurídica a las excepciones. Lo contrario se prestaría a sorpresas, pues la contraparte ignoraría la manera como con el escrito de excepciones venía a quedar finiquitado el campo del litigio, pues son los hechos los que determinan éste. Tanto más razonable es esta exigencia, cuanto que el juicio se funda en una obligación clara, expresa y exigible (...)

“Mientras en el juicio ordinario, aunque no se hayan propuesto ni alegado excepciones perentorias, el juez debe reconocerlas siempre que encuentre probados los hechos que las constituyen, a menos que sea obligatorio alegarlas o proponerlas, como pasa con la de la prescripción, según el artículo 343 del Código Judicial, en el juicio ejecutivo, que es de naturaleza especial, no puede suceder esto, porque la eficacia de la excepción dependerá de la oportunidad en que se haya propuesto y de los hechos en que se apoye y hasta de la forma en que se presente, sin que el Juzgado pueda, de oficio, declarar ninguna excepción, pues a este juicio no le es aplicable la disposición general del artículo 343 mencionado, ya que la materia de las excepciones en él está íntegramente reglamentada en las disposiciones especiales que lo rigen.

“Por consiguiente, en el juicio ejecutivo la excepción es infundada cuando carece de los fundamentos que son causa o motivo de la enervación de la acción, esto es, de las bases de hecho que destruyen o debilitan el derecho del ejecutante. En el caso discutido no puede tenerse por legalmente propuestas las excepciones, porque en el juicio ejecutivo no puede considerarse que la excepción se propuso legalmente mientras no se enuncien los hechos que le sirven de basamento, los cuales pueden ser aceptados por el ejecutante durante el escrito en que se aducen, o pueden ser negados para que se prueben por el que excepciona (...)”²¹.

“Esta misma posición fue reiterada mediante providencia de la misma Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de mayo de 1.940 (Gaceta Judicial XLIX, pagina 687).

“Las anteriores consideraciones tuvieron su reflejo en la doctrina nacional así:

“Expirado el término para alegaciones, el juez dictará sentencia, en la cual, como vimos, debe limitarse a examinar las excepciones propuestas, pues para estos procesos no es aplicable la autorización que el artículo 306 otorga al juez o tribunal para declarar de oficio las excepciones de merito que encuentre probadas, salvo las de prescripción, nulidad sustancial y compensación”²²

“Por su parte, el doctrinante Hernán Fabio López Blanco expone:

²¹ Sentencia del 26 de marzo de 1.936, Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Publicado en la Gaceta Judicial Tomo XLIII, páginas 481 y 482.

²² Devis Echandia, Hernán. Compendio de Derecho Procesal Civil. El proceso civil – Parte especial, 1.994, página 872.

“Ahora bien, y si el demandado excepciona y practicada las pruebas pertinentes se establece la existencia de un hecho exceptivo perentorio diferente del que se formuló, podrá el juez reconocerlo de oficio? Creemos que en el proceso de ejecución no puede aplicarse el artículo 306 cuando falta la excepción perentoria por parte del ejecutado. Si este nada dice o se limita a negar, el Juez no tiene otra alternativa que proferir la sentencia de que trata el artículo 507”²³(...)”

“Frente a los argumentos que fundamentan la prohibición para que el juez declare oficiosamente la existencia de una excepción de merito dentro del proceso ejecutivo, la Sala considera.

“a. Si bien es cierto que algunas de las excepciones propuestas dentro del proceso ejecutivo se dirigen a atacar el derecho u obligación ejecutada, también es cierto que el objeto fundamental del proceso ejecutivo radica en el cumplimiento forzado de una obligación, y no en la declaración o constitución de dicha obligación; sin embargo, las excepciones que se pueden presentar en el proceso de ejecución, se pueden referir tanto al derecho ejecutado, como a la ejecución en sí.

“Bajo el anterior razonamiento, se advierte que dentro del proceso ejecutivo también cabe excepcionar la pretensión del demandante referente a la ejecución pretendida, puesto que este es el objeto de todo proceso ejecutivo.²⁴ Al ser el asunto central del proceso, la ejecución materia de debate a lo largo del proceso, por lo que desde la presentación de la demanda, el derecho del demandante a recibir la tutela del Estado para que use su poder coercitivo en la ejecución de la obligación, también se encuentra en análisis y puede ser objeto de demostración o desvirtuación. En este orden de ideas, **en el transcurso del proceso puede surgir o evidenciarse algún hecho que afecte la ejecución, hecho que puede ser percibido por las partes o por el juez, por lo que procede, si es un hecho que desvirtúa la ejecución, convertirse en una excepción a la misma.**

“Si bien el objetivo del proceso ejecutivo se refiere al cumplimiento, mediante la fuerza del Estado, de un derecho que ha sido desconocido por el sujeto llamado a cumplirlo u observarlo, se debe anotar que no todos los procesos que se originan en una ejecución, conducen a que el juez conductor del proceso se limite a la ejecución propiamente, ya que si se ataca el derecho ejecutado, el proceso pasa a ser un proceso de conocimiento. Esta dualidad del proceso ejecutivo instituido en el ordenamiento procesal civil, ha sido expuesta por la doctrina así:

“En el sistema colombiano es innegable que el proceso ejecutivo, no se limita a hacer efectiva la obligación contenida en el título ejecutivo de acuerdo con lo solicitado por el demandante, sino que, si se formulan excepciones su naturaleza será la de un proceso de cognición, un ordinario al

²³ López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo II, 1.999, página 440.

²⁴ La Corte Constitucional se ha referido sobre el objeto del proceso ejecutivo así: “El proceso ejecutivo tiene como finalidad asegurar que el titular de una relación jurídica que genera obligaciones pueda obtener, a través de la intervención del Estado, el cumplimiento de ellas, obligando al deudor a ejecutar la prestación a su cargo, para lo cual es necesario tener presente que es el patrimonio de éste el llamado a responder y garantizar el cumplimiento de esas obligaciones en el caso de la acción personal, o el bien gravado en el caso de la acción real”. Sentencia C-198 del 29 de agosto de 2.001.

revés como lo señalaba con afortunada frase el profesor HERNANDO MORALES, pues la sentencia que las resuelve puede tener un contenido idéntico a la que se profiere en un proceso ordinario”²⁵

“Sin embargo, esta posible mutación del proceso ejecutivo en proceso de conocimiento, no obvia el objeto principal del proceso, que es el de obtener tutela del Estado para que se obligue al deudor incumplido a cumplir el derecho del ejecutante. De esta manera, si bien el proceso instaurado inicialmente como ejecutivo, se transforma en proceso de conocimiento en virtud de la proposición de una excepción, **el Juez debe resolver todos los aspectos de la litis, bien para declarar o negar la excepción, o para aceptar o negar usar el poder de ejecución del Estado.**

“De esta manera, la Sala estima que el Juez de ejecución analiza, al momento de dictar sentencia, la existencia de dos tipos de derechos: i) en el evento de proposición de excepciones, el juez estudia la existencia y titularidad del derecho que se pretende ejecutar; y, ii) **aún en la ausencia de un ataque directo al derecho que se pretende ejecutar, el juez de la ejecución debe tener certeza sobre los requisitos de existencia del título, de tal manera que no exista equívoco en que se trate de de una obligación clara, expresa y exigible, que permita el cumplimiento del derecho mediante la fuerza del Estado.**

“Una vez han sido establecidos los puntos sobre los cuales el juez del proceso ejecutivo puede ejercer su función jurisdiccional, **la Sala se referirá a la capacidad oficiosa del juez para pronunciarse sobre hechos que afecten las situaciones sometidas a su consideración.**

b) No existe en el ordenamiento procesal actual, ni en el Código Judicial que se esgrimió como fundamento legal para prohibir la declaratoria oficiosa de excepciones en un proceso ejecutivo.

“A respecto, se observa que la congruencia de las sentencias se define en los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, así:

“Artículo 305.- Modificado D.E. 2282 de 1.989, artículo 1º, numeral 135. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que éste Código contempla, y **con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exigiere la ley.** “(Negrillas y subraya por fuera de texto).

“Artículo 306.- Resolución sobre excepciones. Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda (...) Negrillas por fuera del texto.

“Disposición similar se encuentra contenida en el Código Contencioso Administrativo, que respecto de la facultad de declarar excepciones de fondo dentro de los procesos adelantados en esta jurisdicción, dispone:

²⁵ López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil I. Tomo II. 1.999. Página 11.

“Artículo 164. Excepciones de fondo. **En todos los procesos** podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.”

“Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la “reformatio in pejus. ” Negrillas y subraya fuera del texto.

“La lectura de las normas citadas permite a la Sala concluir que el principio general de congruencia faculta al juez para declarar excepciones en los siguientes eventos:

“Cuando el demandado las alega, en aquellos eventos en que así lo exige la ley.

“Y de oficio, cuando encuentre que los hechos, en que se fundan las mismas, están probados.

“Se observa que el enunciado es expreso respecto del poder oficioso del juez para la declaratoria oficiosa de excepciones, enunciación que también es expresa respecto de los casos en que la ley exija que las excepciones tengan que ser alegadas, para ser declaradas. De este modo, se observa que frente al caso de la procedencia de la declaratoria de excepciones por parte del Juez, siempre y cuando hayan sido alegadas, el ordenamiento procesal indica que:

“El poder oficioso del Juez para el reconocimiento y declaratoria de excepciones, es la regla general, para todo tipo de proceso, ya que es un enunciado expreso de los artículos 305, 306 del C.P.C. y 164 del C.C.A.

“La excepción a este poder oficioso es previsto por la propia norma general, sometiendo su ocurrencia a reserva legal.

“Los razonamientos expuestos permiten concluir que la excepción al poder oficioso para el reconocimiento de hechos exceptivos, debe ser establecida y limitada expresamente por el legislador, pues la excepción a dicha regla quedó sometida a reserva legal. Por lo anterior, la excepción a la regla general no puede provenir de una interpretación restrictiva y equivocada sobre el alcance de los poderes oficiosos del Juez.”

“En consecuencia, si del debate del proceso ejecutivo, se llega a la demostración de un hecho que afecte el derecho que se pretende, o que indique la falta de los requisitos de existencia y validez del título de recaudo ejecutivo, la declaratoria de dicha situación no atenta contra el principio de congruencia exigido en las providencias judiciales, porque el fundamento de la declaratoria oficiosa, es el resultado de los hechos demostrados en el debate procesal, situación que le da al Juez la certeza necesaria para proferir un fallo que obedezca a la realidad probatoria (...).”

4. Presentación y radicación el día 27 de mayo de 2.010 en la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Quibdó de la demanda ejecutiva contractual por parte del apoderado del señor Jesús Xavier Lozano Gómez, en su condición de cesionario de la Diócesis de Quibdó. Ilegalidad del auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010, por medio del cual se libra mandamiento de pago por la inexistencia del título ejecutivo que contenga una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó. Error judicial normativo por falta de aplicación del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil; Falta de aplicación del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, numeral 7º; artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. Falta de legitimación por activa. Falta de aplicación del artículo 1969 y siguientes del Código Civil.

La demanda ejecutiva de mayor cuantía que dio origen al proceso ejecutivo radicado bajo el número 2.010-00432 en el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, fue presentada por el abogado Elkin Mena Bechara aduciendo la calidad de apoderado del señor Jesús Xavier Gómez Lozano, acreedor cesionario, sin que se especificara acreedor de quien o respecto de quien.

No obstante, entre los anexos de la demanda se allegó el poder otorgado por el señor Gómez Lozano al abogado Mena Bechara en donde se dice consigna textualmente que el poder se le otorgue "para que inicie y lleve hasta su terminación proceso ejecutivo de Mayor cuantía con base en el título valor Acuerdo de Pago del día 13 de Octubre de 2.009, como Acreedor Cesionario de la **DIÓCESIS DE QUIBDO** acción que se dirige contra el Departamento del Chocó, Representado por el Dr **PASCUAL AUGUSTO AGUDELO**, o por quien haga sus veces (...) a efectos de obtener el pago de la Suma Dineraria contraída en dicho Título Valor (...)".

Igualmente, se allegó con la demanda ejecutiva copia del escrito de cesión de derechos litigiosos suscrito entre monseñor Fidel León Cadavid Marín, en su calidad de representante legal de la Diócesis de Quibdó, cedente, y, Jesús Xavier Gómez Lozano, cesionario, por medio del cual el señor Cadavid Marín le cede a éste último "transfiere a título de venta los derechos litigiosos que le correspondan o le pueden corresponder frente al contrato para la prestación de servicio público educativo en las instituciones y centros educativos indígenas del departamento del Chocó de fecha 27 de mayo de 2007 celebrado entre el profesor JULIO IBARGUEN MOSQUERA en su calidad de gobernador del departamento del chocó y FIDEL LEON CADAVID MARIN obispo de la Diócesis de Quibdó, al igual que el modificatorio N° 1 de diciembre 7 de 2.007 suscrito entre las partes (...)".

En este orden de ideas, se evidencia la ilegalidad del auto interlocutorio interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010 toda vez que la cesión de derechos litigiosos se realizó sin que existiera proceso judicial iniciado por la Diócesis de Quibdó, por cuanto como aparece dicha cesión se efectúa el día 26 de mayo de 2.010 y la demanda ejecutiva se radica al día siguiente 27 de mayo de ese mismo año en la oficina de apoyo judicial.

Así las cosas se tiene que la cesión de derechos litigiosos es un contrato que tiene por objeto directo el resultado de una litis (artículo 1969 C.C.C.). Se trata de la transferencia de un derecho incierto, porque, una de las partes procesales, demandante o demandado, dispone a favor de un tercero del asunto en disputa, luego de entablada la relación procesal. Así entendida, la cesión de derechos litigiosos es una negociación lícita, en la cual el cedente transfiere un derecho aleatorio y el adquirente se hace a las resultas del juicio, pudiendo exigir éste a aquel tan solo responsabilidad por la existencia misma del litigio.

Por consiguiente, la cesión de un derecho litigioso y el proceso en el cual se debate el derecho cedido conservan su independencia. El acuerdo no interfiere en el proceso, ni en su resultado, porque, una vez entablada la relación procesal, no interesa sino la decisión del asunto en disputa, conforme con los dictados de la justicia, siendo indiferente, para el efecto, que el resultado del asunto afecte a uno de los sujetos en conflicto, o a su sucesor (artículo 970 C.C.C.). Tampoco las incidencias del proceso interfieren en el acuerdo, porque los que negocian sobre derechos litigiosos aceptan, de antemano, la contingencia del objeto negociado.

No obstante, no siempre se ha considerado la cesión de derechos litigiosos como un contrato válido y, cuando se lo ha permitido se lo ha condicionado, como va a explicarse:

En el Derecho Romano antiguo existían disposiciones que prohibían negociar los derechos en litigio y otras que lo permitían solo en aquellos casos en los cuales el cesionario podía demostrar que un interés lícito lo había conducido a la adquisición del derecho, es decir, desde sus inicios la cesión de derechos litigiosos ha sido una negociación permitida pero controlada, porque se llegó a considerar que los adquirentes de derechos en litigio eran, generalmente, especuladores movidos por afán de lucro, que en no pocas veces abusaban de la situación del cedente y en otras muchas aprovechaban la oportunidad para ser

contradictores del cedido con el propósito de alimentar rencillas ajenas al asunto debatido, incrementando los pleitos e influyendo en forma negativa, tanto en la marcha del proceso como en la posibilidad de lograr un arreglo amigable. Sin embargo, con el objeto de regular la situación de aquellos que podían demostrar que fue un interés lícito el que los impulsó a negociar, se creó la figura del "retracto litigioso" de conformidad con la cual, el cedido podía liberarse del litigio en curso reembolsando al adquirente, aun en contra de su voluntad, el precio real de la cesión, para lo cual era necesario que se le pusiera en conocimiento la negociación²⁶.

Esta figura, aunque sin esta denominación, fue acogida por el Código Civil Francés y adoptada por el nuestro. Al decir del artículo 1971 del Código Civil Colombiano, con las excepciones que la misma disposición establece: *"El deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor.(..)"*

Luego cuando el adquirente de derechos litigiosos pretende que la negociación surta efectos contra el cesionario desplazando al sujeto procesal que ha cedido el derecho en litigio, deberá presentarse al proceso y solicitar al juez que indague si la parte contraria lo aceptaría como sucesor del cedente, a menos que, sin previo requerimiento, el contradictor cedido hubiese manifestado su aceptación.

Además, quien acepta el desplazamiento de su contradictor a causa de la cesión del derecho, puede condicionar su decisión a que se respete su derecho al retracto y exigir que, si se presenta controversia al respecto, se tramite su petición como incidente -excepto en aquellos casos en los cuales el retracto no procede porque, al igual que en el Derecho Romano, se ha considerado que en los casos previstos en la ley al adquirente del derecho litigioso lo acompaña un interés lícito (numerales 1º, 2º, y 3º del artículo 1971 del C.C.C.)-.

En efecto, la cesión de derechos litigiosos opera entre dos sujetos en uno de los extremos de la relación procesal, en cuya negociación no interviene la otra parte.

Por este motivo, la Corte Constitucional determinó que el exigir la aceptación expresa de la contraparte para que pueda llevarse a cabo la sustitución procesal, no solamente no vulnera derecho fundamental alguno del cedente y el

²⁶Colin y Capitant "Curso Elemental de Derecho Civil" Tomo IV páginas 254 a 256.Tercera Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid 1955.

cesionario, sino que, por el contrario, protege a la parte procesal que no conoce quién será su nueva contraparte. Por tanto, a quien permanece en el proceso le asiste el derecho a: **i)** ser informada de la sustitución, y **ii)** manifestar si está de acuerdo o no con quien va a ser su nueva contraparte; en caso de no aceptarlo, este último podrá participar exclusivamente como coadyuvante del cedente. En ese orden de ideas, el cedente tiene la carga de informar al juez la proposición de la cesión y de la sustitución procesal, para que éste se la notifique a la parte contraria para que, de acuerdo con su respuesta, se efectúe el trámite pertinente, tal y como señala el inciso final del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil al indicar que: "El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable."

Bajo las anteriores consideraciones se tiene que la cesión de derechos litigiosos que se efectuó entre la Diócesis de Quibdó y el señor Jesús Xavier Lozano no era tal, pues como ya se ha afirmado, ella se realiza cuando aún no se había instaurado el proceso judicial respectivo, luego se estaba cediendo algo que era inexistente en esos momentos y en tal sentido se predica una ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación por activa en el entendido que quien estaba en esos momentos avalado para demandar ejecutivamente era la Diócesis de Quibdó.

Pero aún más resulta irregular la actuación del Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó al pasar esta circunstancia que termina produciendo un daño antijurídico a la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó por cuanto, en aras de discusión, si se aceptara la validez de dicha cesión, ésta nunca se le puso de presente a la Administración Temporal y en consecuencia respecto de ella no podía producir efectos.

En estricto sentido, lo que se produjo entre la Diócesis de Quibdó y el señor Jesús Xavier Gómez Lozano el día 26 de mayo de 2.010 fue una cesión de contrato y no una cesión de derechos litigiosos.

Es que la diferencia entre la cesión de un contrato y la cesión de un crédito es bastante considerable, aunque tengan algunas semejanzas. Entre las últimas basta mencionar que en ambos casos se modifica el titular del crédito y el del contrato, es decir, se presenta una mutación de la posición, de manera que en adelante la relación habrá de desarrollarse con el nuevo sujeto. Sin embargo las

diferencias son demasiado profundas, y con efectos jurídicos así mismo importantes.

Por ejemplo, en la cesión del contrato el cedente deja de ser contratante o contratista – según la posición que ocupa en el negocio jurídico –, mientras que en la cesión del crédito derivado de un contrato el contratista cedente sigue siendo contratista del Estado, y sólo el derecho al pago es el que se traslada a otra persona, que sin duda es un tercero en la relación negocial.

Por lo misma razón, cuando se cede el contrato, en adelante el obligado con el contratante será el cesionario, quien ocupará la posición contractual que tenía el cedente; mientras que la cesión de un crédito contractual no modifica la relación contractual, sino el titular del derecho al pago.

En el mismo sentido, en la cesión del contrato el cedente – contratista – se libera del cumplimiento de las obligaciones pendientes, las que asume en adelante el cesionario; mientras que en la cesión del crédito derivado de un contrato el contratista sigue siendo el mismo, y por tanto conserva las obligaciones del contrato, que continúa sin reserva alguna.

Luego entonces, si lo que se suscribió entre la Diócesis de Quibdó y el señor Jesús Xavier Gómez Lozano fue la cesión de un contrato, no una cesión de derechos litigiosos, la misma no podía surtir efectos respecto de la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó y en tal sentido no se podía hacer parte del proceso ejecutivo de mayor cuantía al que nos hemos venido refiriendo.

En este orden de ideas, en el proceso ejecutivo contractual radicado bajo el número 2.010-00432 el demandante carecía de legitimación para actuar y en consecuencia dicho proceso se encontraba viciado de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 140 del C.P.C., por la indebida representación de una de las partes.

5. Ilegalidad del auto interlocutorio número 1570 del 17 de agosto de 2.010, por medio del cual el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó resuelve "**PRIMERO.-** APRUEBASE la transacción suscrita entre las partes, MODIFICADA POR EL JUZGADO, por valor de TRES MIL CIENTO SIETE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$3.107.762.488), dentro del proceso ejecutivo contractual, radicado 2.010-

00432, demandante: JESUS XAVIER GOMEZ LOZANO, demandado: DEPARTAMENTO DEL CHOCO. **SEGUNDO.-** Fíjense como agencias en derecho la suma de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$310.776.248,00). **TERCERO.-** Con el producto obtenido con las medidas cautelares, páguese la deuda y las costas del proceso. Hágase entrega al demandante, o apoderado con facultad expresa para recibir, o cesionario del crédito, el título judicial por valor de SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$783.851.269), que reposa a órdenes de este proceso hasta cubrir el valor de la transacción y de las agencias en derecho.- **CUARTO.-** Acéptese la renuncia del término de ejecutoria de este auto. **QUINTO.-** Una vez se cancele la totalidad del crédito y sus costas, conclúyase el proceso, archívese el expediente, y cancélese su radicación (...).- **Error judicial normativo o de derecho por falta de aplicación del artículo 3° del Decreto 2613 de 2.008; artículo 218 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1.984); artículos 170, numeral 3° y 341 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 2469 y siguientes del Código Civil. Inexistencia de la transacción celebrada entre el apoderado del departamento del Chocó y el apoderado del demandante cesionario de la Diócesis de Quibdó.**

Mediante memorial recibido en el Juzgado Primero (1°) Administrativo de Quibdó el día 17 de agosto de 2.010, los apoderados de las partes presentan escrito por medio del cual efectuaron transacción extrajudicial suscrita el día 12 de a, a través de la cual, el departamento del Chocó admite que el monto de la obligación a satisfacer corresponde a la suma de un mil ochocientos cuarenta y seis millones doscientos cincuenta mil pesos (\$1.846.250.000) correspondiente al capital adeudado por concepto del contrato de prestación de servicios educativos del año 2.007.

Son varias las irregularidades que se advierten con la expedición de este auto interlocutorio 1570 del 17 de mayo de 2.010; en primer lugar y manera de anticipo pues se retomará más adelante este tema, se observa que en el acuerdo transaccional aludido se admite por parte del apoderado del departamento del Chocó ser deudor de la Diócesis de Quibdó de la suma un mil ochocientos cuarenta y seis millones doscientos cincuenta mil pesos (\$1.846.250.000) correspondiente al capital adeudado por concepto del contrato de prestación de servicios educativos del año 2.007, lo cual implica que no se podían haber

retenido y embargado los recursos que del Sistema General de Participaciones, sector educación, administrados por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con la normatividad que regula la medida correctiva a la que se encontraba el sector educativo del departamento del Chocó desde el día 06 de julio de 2.009 cuando se adopta la administración temporal del sector mediante la Resolución número 1794 de ese año, lo cual implicaba que las deudas contraídas por el ente territorial intervenido debían ser cubiertas con recursos propios y no con los del Sistema General de Participaciones (artículo 3º del decreto 2613 de 2.009).

En segundo lugar, sobre la transacción que se presentó al Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó y a la cual este le dio total validez, este negocio jurídico de manera alguna contó con el consentimiento o aprobación del señor Gobernador del departamento del Chocó como, pues el acto del apoderamiento otorgado al abogado Nilson Quinto Gómez sólo contenía la facultad de transigir, si esta se realizaba judicialmente.

Jamás se le autorizó al apoderado adelantar esta transacción extrajudicial y así se desprende del papel en que fue consignado el acuerdo donde no aparece el logo de la Gobernación del Chocó, como suele hacerse en todos los escritos que salen de la entidad territorial.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1.984), cuando el demandado sea persona de derecho privado, sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado, podrá allanarse a la demanda en los términos de los artículos 93 y 94 del Código de Procedimiento Civil.

Prosigue la norma que, la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional; las demás entidades públicas sólo podrán allanarse previa autorización expresa y escrita del ministro, jefe de departamento administrativo, gobernador o alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas. Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción.

Por su parte, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil establece:

“Transacción por entidades públicas. Los representantes de la Nación, departamentos, intendencias, comisarias y municipios no podrán transigir sin la autorización del Gobierno Nacional, del gobernador, intendente, comisario o alcalde, según el caso (...).”

Es clara entonces la normatividad anterior cuando establece un requisito especial para que las entidades de derecho público puedan transigir un litigio en curso o precaver uno futuro, cual es la de tener autorización especial por parte del representante legal de la entidad, el mismo que en el caso que se analiza no fue otorgado por el señor Gobernador del Departamento del Chocó como representante legal del demandado, y, en ese contexto, el escrito de acuerdo de pago o transacción celebrado el día 12 de agosto de 2.010 el cual se tuvo en cuenta por el ad quo para terminar el proceso no se refuta perfecto y en consecuencia se debió tener por inexistente.

Bajo la lógica de la interpretación jurídica no se puede aceptar que por haber sido otorgada la facultad de transigir en el poder concedido al apoderado del Departamento del Chocó, poder que estaba dirigido al señor Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó, esta le habilitara para adelantar transacción extrajudicial, extra procesal, por cuanto lo que se colige de la normatividad antes señalada es que dicha facultad de transigir solo abarcaba las actuaciones ante el despacho que conocía del proceso radicado bajo el número 2.010-00432 y no para las actuaciones que se desarrollaran por fuera de él, caso en el cual se debía contar con la autorización expresa del representante legal de la entidad demandada, en este caso, el señor Gobernador del Departamento del Chocó.

Así entonces, en el caso de las entidades públicas, para celebrar el contrato de transacción se requiere autorización del Presidente de la República, Gobernador, Alcalde, según sea el nivel de la entidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil ya citado. Igualmente, será necesario, que el apoderado o representante legal de la entidad estatal cuente con la autorización expresa para transar, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en varios de sus pronunciamientos.²⁷

Lo anterior, no implica que el representante legal de la respectiva entidad que pretenda transar, deba suscribir siempre el respectivo contrato, pues esa función puede ser delegada. Pese a ello, no es procedente que los representantes de las entidades estatales puedan delegar en forma general la facultad de transar, por cuanto es una atribución que compromete al patrimonio público y los derechos de la Administración y que en cada caso en particular, requerirá de autorización

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de mayo de 2.005, expediente AP – 63001-23-31-000-00719, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez.

especial y concreta, como se desprende de las previsiones de los artículos 218 del Código Contencioso Administrativo y del 341 del Código de Procedimiento Civil ya citados.²⁸

En este sentido, se debe recalcar el error judicial en que se incurre por parte del despacho al omitir la aplicación de las normas del Código Civil colombiano relativas al contrato de transacción previstas en los artículos 2469 y siguientes, especialmente el artículo 2848 que en su tenor literal señala:

“La transacción no surte efectos sino entre los contratantes.

“Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de novación”.

En este orden de ideas, si el supuesto Acuerdo de Pago del 13 de octubre de 2.009 se celebró el señor Gobernador del departamento del Chocó y los apoderados o representantes de la Diócesis de Quibdó, no se podía aplicar los efectos de ello a la Nación, Ministerio de Educación Nacional embargando y entregando al demandante los recursos del Sistema General de Participaciones que a partir del 06 de julio de 2.009 administraba para la prestación del servicio educativo en el departamento del Chocó, al perder éste la competencia para el manejo de los mismos en razón de lo dispuesto en el CONPES social 124 de 2.009 y la Resolución 1794 del mismo año.

De la misma forma, el auto interlocutorio número 1570 del 17 de agosto de 2.010 se torna en ilegal cuando aprueba la liquidación presentada por el apoderado de la parte demandante en la suma de \$ 3.461.991.9463, cifra que resulta de tomar como capital la suma de \$ 1.846.250.000 desde el día 07 de diciembre de 2.007, fecha en que se debió liquidar el contrato de prestación de servicios educativos, pero que no correspondía a la fecha en que se hacía efectivo el acuerdo de pago celebrado entre las partes el día 13 de octubre de 2.009 que era a partir del 1º de enero de 2.010, por cuanto como se expresó claramente en la demanda ejecutiva el título ejecutivo era el acuerdo de pago en mención.

²⁸ A esta conclusión, llegó el Juzgado Tercero (3º) Administrativo de Barranquilla, al improbar una transacción en el trámite de un proceso ejecutivo y en ese sentido señaló: “Para esta dependencia judicial, aunque en el referido acto administrativo se consigna la facultad de transigir, ello no es posible, porque tal atribución está radicada en cabeza del representante legal de la entidad territorial y no puede delegar de manera general sin contrariar los preceptos legales, como los que se señaló de manera precedente. En conclusión, al servidor público del Distrito no estaba facultado para comprometer el patrimonio del ente territorial a través de una transacción. Auto del 12 de diciembre de 2.007, expediente 2007-00030.”

Tampoco podía aprobarse el contrato de transacción presentado al despacho el día 12 de agosto de 2.010, por cuanto la cuantía por la cual se había presentado la demanda ejecutiva era la suma de \$ 772.500.000, que luego fue adicionada en otro tanto, razón por la cual si se estaba transigiendo o acordando el pago de las pretensiones de la demanda ejecutiva, dicho contrato transaccional debió versar sobre el monto efectiva y realmente demandado y no sobre el cien por ciento (100%) de la obligación a cargo del departamento del Chocó, la misma que no fue expresamente demandada por cuanto como lo expuso el apoderado del demandante, el departamento del Chocó se había comprometido verbalmente a pagarlo.- Lo cual significa que para unos efectos, se demandaba solo una parte del capital adeudado por el departamento y para otros se tomaba el 100% del mismo. Si ello fuese así, entonces se tendría que concluir que lo se transó el día 12 de agosto de 2.010 por las partes, fue la obligación derivada del contrato de prestación de servicios educativos del año 2.007, más no las pretensiones de la demanda ejecutiva que se tramitaba en el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó la cual tenía como base de recaudo o título ejecutivo el acuerdo de pago celebrado el día 13 de octubre de 2.009.

6. Ilegalidad del auto interlocutorio número 2.154 del 13 de octubre de 2.010, por medio del cual se decretó el embargo y retención de la tercera parte de los dineros que el departamento del Chocó tenga o llegare a poseer en las cuentas corrientes o de ahorro número 066-11461-2 y 066-06111-0 del Banco Popular, Avenida Chile, sucursal Bogotá, denominadas Recursos del Sistema General de Participaciones (SGP), de propiedad del Departamento del Chocó, limitado a la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 2.350.000.000).**- **Error judicial normativo o de derecho por falta de aplicación de los artículo 19 del Decreto 111 de 1996; artículos 170, numeral 3º, 513, 684, 681 numeral 11 del Código de Procedimiento Civil; artículo 91 de la ley 715 de 2001; jurisprudencia de la Corte Constitucional (inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educativo del departamento del Chocó, administrados por la Nación, Ministerio de Educación Nacional).** **Error judicial normativo o de derecho por falta de aplicación del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 339 del Decreto 2282 de 1.989, modificado por el artículo 67 de la ley 794 de 2.003.**

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 339 del Decreto 2282 de 1.989, modificado por el artículo 67 de la ley 794 de 2.003, señala:

“Para efectuar los embargos se procederá así:

“(…) 11. En sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4º, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, **que no podrá exceder del valor del crédito y las costas, más un cincuenta por ciento (…)**” (Resaltado por fuera del texto).

Luego entonces, si la cuantía de las pretensiones inicialmente se fijó en \$ 772.500.000, no podía el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, embargar y retener la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 2.350.000.000)** por cuanto esta cifra excedía la cuantía máxima de que trata la norma citada anteriormente.

Igualmente, resulta evidente la ilegalidad del auto interlocutorio número 2154 del 13 de octubre de 2.010 en cuanto se ordena el embargo de los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educación, del departamento del Chocó, administrados por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, en razón a la medida correctiva de la administración temporal adoptada desde el 6 de julio de 2.009 mediante la resolución número 1794. Improcedibilidad de medidas cautelares de embargos sobre los recursos del Sistema General de Participación, sector educación, departamento del Chocó, administrados por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, administrados a través del encargo fiduciario número 955 de 2.008, celebrado con la Fiduciaria La Previsora S.A. Falta de legitimación por pasiva de la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó. **Error judicial normativo** por falta de aplicación de los Decretos 028 de 2.008; Decreto 2911 de 2.008; Decreto 2613 de 2.009, artículos 3º y 6º; Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Con la expedición del Acto Legislativo número 04 de 2.007, por medio del cual se adicionó el artículo 356 de la Constitución Política, se estableció una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones – S.G.P.-, buscando asegurar el cumplimiento de las metas de cobertura y calidad, en virtud del cual el Gobierno Nacional expidió el Decreto número 028 de 2.008 y su reglamentario número 029 del mismo año.

Teniendo cuenta lo anterior y con el propósito de brindar una mayor transparencia en la administración de estos recursos, se realizó la licitación pública número 09 de 2.008, resultando como adjudicataria la sociedad **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, en virtud de la cual se procedió a celebrar el **CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO** número 955 del 30 de diciembre de 2.008, siendo las partes la mencionada sociedad y el Ministerio de Educación Nacional, contrato en el cual se estableció como objeto: *"Realizar la administración de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones – SGP – sector educación, asignados a las entidades territoriales que fueren objeto de la medida correctiva de asunción de competencia, prevista en el Decreto 028 de y su Decreto Reglamentario 2911 de 2.008, o las medidas consagradas en el artículo 3º de la ley 715 de 2.001. Así mismo, la FIDUCIARIA deberá suscribir los contratos y efectuar los pagos que le indique el MEN. Igualmente, la Nación podrá girar recursos adicionales al encargo fiduciario, de fuentes distintas al SGP, para cuya administración el MEN impartirá por escrito las instrucciones respectivas."*

El Gobierno Nacional, por recomendación del Ministerio de Educación Nacional, expidió el CONPES social número 124 del 06 de julio de 2.008 y a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público adoptó mediante la Resolución número 1794 de la misma fecha la medida correctiva de asunción temporal de competencias del sector educativo en el departamento del Chocó.

De conformidad con lo establecido en el Decreto número 028 de 2.008 así como en el Decreto reglamentario número 2911 del mismo año, el Ministerio de Educación Nacional a través del administrador temporal, debe adelantar las acciones necesarias que permitan el desarrollo y la operatividad de la medida correctiva adoptada.

En desarrollo de lo anterior, se abrió la subcuenta contable número 910061 denominada **ED.MEN SGP 028 SECTOR EDUCACION** destinada a la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, para la prestación del servicio educativo en el departamento del Chocó.

Los recursos asignados a esta sub cuenta los maneja La Fiduciaria La Previsora S.A. – Administrador Fiduciario – a través de las cuentas abiertas en el Banco Popular, sucursal Avenida Chile de la ciudad de Bogotá. Estas cuentas son:

- Cuenta de ahorros número **066.11461-2 FIDUPREVISORA S.A. EFP MEN SGP 028 SECTOR EDUCACION.**

- Cuenta corriente número **066.06111 FIDUPREVISORA S.A. MEN SGP 028 SECTOR EDUCACION.**

Aparece claramente que el Departamento del Chocó **NO** es parte del contrato de encargo fiduciario número 955 del 2.008 y en consecuencia por lógica razón **NO** es titular de los recursos que por este medio administra la Nación a través del Ministerio de Educación para la prestación del servicio educativo en el departamento del Chocó en virtud a la adopción de la medida correctiva de asunción temporal de competencias del sector. Por esta razón no se podía decretar un embargo de los recursos del Sistema General de Participaciones administrados por el Ministerio de Educación Nacional a través del citado encargo fiduciario por no ser estos propiedad o administrados por el demandado, esto es, el departamento del Chocó.

Además, se debe resaltar que el pasivo, en este caso, el pago del contrato de prestación del servicio educativo en los centros y establecimientos educativos indígenas del departamento del Chocó del año 2.007, es de la entidad sujeta a la medida correctiva – Departamento del Chocó – y por ello es la única que estaba obligada y legitimada para reconocer y certificar sus deudas y por ningún motivo el Ministerio de Educación Nacional, por lo cual la entidad territorial era la única que podía determinar y establecer la fuente y forma de pago de sus obligaciones o acreencias; por ello, en el entendido que el título ejecutivo presentado al cobro y que sirvió de fundamento para expedir la medida cautelar de embargo fuere el acuerdo de pago suscrito por el entonces gobernador del departamento del Chocó doctor Patrocinio Sánchez Montes de Oca el día 13 de octubre de 2.009, sin intervención alguna del Ministerio de Educación Nacional, cuando ya se había adoptado la medida correctiva de asunción temporal de competencias por la Nación, se debe entender que obró como representante legal de la entidad territorial, es decir, adquirió un compromiso para el departamento del Chocó, no para el sector educativo cuya competencia ya no tenía, debiéndose partir que para hacerlo contaba con los recursos propios para amparar dicho pago, se insiste con recursos propios del departamento, pues sobre los recursos del Sistema General de la Nación no tenía la competencia para su administración.

Recuérdese además que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 2613 de 2.009 ***“La asunción temporal de la competencia por parte de la Nación o del departamento, según el caso, no implica solidaridad alguna respecto a las obligaciones a***

cargo de la entidad sobre la que recae la medida correctiva, existentes o causadas con anterioridad o con posterioridad a la adopción de la medida, y generadas en el correspondiente sector o servicio. El pasivo originado en el servicio o sector se mantendrá a cargo de la entidad territorial sujeta de la medida, el cual deberá ser financiado con cargo a sus recursos propios o a los apropiados con destinación específica para el servicio o sector, según el caso, pero atendiendo las particulares normas que gobiernan este aspecto" (Resaltas y subrayas por fuera del texto).

Inobserva e inaplica esta norma el señor Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó cuando emite la orden de retención, embargo y posterior entrega al ejecutante de los recursos administrados por la Nación, Ministerio de Educación, a través del encargo fiduciario, por cuanto estos no son de propiedad del Departamento del Chocó, debiéndose perseguir los recursos propios del ente territorial para hacer efectivo el pago de la obligación.

A más de lo anterior, se debe resaltar que el saldo insoluto del contrato de prestación de servicios educativos celebrado entre el Departamento del Chocó y la Diócesis de Quibdó en el año 2.007, y, que se presentara al cobro ejecutivo por el señor Jesús Xavier Lozano Gómez, ya había sido cancelado por la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito a través de los giros que se hiciera a las cuentas del departamento y que fueron embargados por deudas de la entidad territorial dentro del proceso ejecutivo laboral radicado bajo el número 2.007-0538, demandante COMFACHOCO, demandado Departamento del Chocó, en donde se embargó y retuvo la suma de \$ 6.300.000.000 de la cuenta 578.38330-9, denominada "Gobernación del Departamento del Chocó, Proyecto ampliación de cobertura", los cuales habían sido girados por la Nación, Ministerio de Educación Nacional al ente territorial para cancelar el saldo del contrato de prestación de servicios educativos con la Diócesis de Quibdó.

Para un mejor entendimiento del tema, es importante recordar que el apoderado de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, dentro del proceso ejecutivo al que nos hemos venido refiriendo 2.010-00432, interpuso en su oportunidad recurso de apelación contra el auto interlocutorio número 2154 del 13 de octubre de 2.010.

El Juzgado Primero (1º) administrativo de Quibdó mediante el auto interlocutorio número 2336 del 8 de noviembre de 2.010, se pronuncia negando la solicitud del levantamiento de la medida cautelar. Frente a esta decisión se interpone el

recurso de apelación, el cual es negado por el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó mediante el auto interlocutorio número 2471 del 18 de noviembre de 2.010, notificado en el estado número 188 del 24 de junio de 2.010.

Los argumentos esgrimidos por el despacho fueron:

“1. De conformidad con las nítidas voces del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil la intervención adhesiva y litisconsorcial es procedente en los procesos de conocimiento, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia, desde la admisión de la demanda, lo que significa que esta figura no ha sido autorizada expresamente para los procesos ejecutivos (...).

Para sustentar la posición, el despacho cita apartes del auto del 20 de mayo de 2.009 del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del Magistrado doctor Marco Antonio Alvarez Gómez.

“2. La medida se decretó por cuanto los recursos embargados son rentas del Sistema General de Participaciones sector educación girados al Departamento del Chocó, y porque con ellos se persigue el pago forzado de deudas del mismo sector y reconocidas mediante contrato estatal (...).

Para fundamentar este argumento, se cita apartes del fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 25 de abril de 2.04, con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

Igualmente, se sostiene por el despacho en la decisión cuestionada que conforme el artículo 27 de la Ley 715 de 2.001, modificado y adicionado por el artículo 1º de la Ley 1294 de 2.009, la “educación misional contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones”; en consecuencia, concluye el operador jurídico, en el caso que nos ocupa que, la deuda contraída por Departamento del Chocó con la Diócesis de Istmina y Tadó se puede pagar con recursos del Sistema General de Participaciones en educación.

“3. Los peticionarios no están facultados para obrar por separado en nombre del Departamento del Chocó, es decir, no tienen legitimatio ad procesum (...).

“El juzgado advierte que si el ejecutante Diócesis de Istmina – Tadó, o el cesionario del crédito, exigen la satisfacción de su derecho de crédito al titular del dominio sobre los recursos del Sistema General de Participaciones en Educación, que para el caso específico es el Departamento del Chocó,

y no la Administración Temporal de la Educación en el Departamento del Chocó, ni mucho menos la Fiduprevisora S.A., no puede entonces, un tercero so capa de una relación jurídica material vinculada a la administración y tenencia de estos recursos, pretender intervenir en un proceso en el que no puede soportar la pretensión ejecutiva contractual, porque sencillamente no es propietario de los recursos afectados por la medida cautelar (...).

"4. Conforme lo normado por el artículo 138 del C.de P.C.," el Juez rechazará de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados por este código o por otra ley (...)".

Dentro del trámite procesal, en contra de los anteriores argumentos para negar la solicitud de levantamiento del embargo decretado frente a los recursos del Sistema General de Participación de la Educación en el departamento del Chocó, administrados por la Nación Ministerio de Educación Nacional, a través del encargo fiduciario, la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, interpuso recurso de apelación en donde se señaló la imprecisión en que incurría el despacho judicial, pues si bien es cierto las intervenciones adhesivas o litisconsorcial de que tratan el artículo 52 del C. de P.C., son procedentes en los procesos de conocimiento y no en los procesos ejecutivos, ello no significa para el caso que nos ocupa que el Ministerio de Educación Nacional como administrador de los recursos del Sistema General de Participaciones del sector educativo en el departamento del Chocó dada la aplicación de la medida cautelar de la Administración Temporal del sector en el departamento deba ser tenido como tercero pues dada la connotación directa de la medida cautelar sobre recursos administrados por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, lo convierte automáticamente en parte y no en tercero como equivocadamente lo sostiene el despacho, así la demanda ejecutiva solo se haya dirigido contra el departamento del Chocó.

La capacidad para ser parte en el derecho procesal colombiano dimana de la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción y se confunde con lo que en derecho sustancial se llama capacidad de goce o capacidad para ser titular de derechos y obligaciones y la tienen todos los sujetos de derecho.

La estructura del proceso civil en Colombia no es idéntica en todos los casos desde el punto de vista subjetivo, pues ello dependerá de la naturaleza que ha de adoptar y de las características de la relación sustancial que se esgrime como soporte de la pretensión.

Parte, en la doctrina general del derecho procesal, es quien pretende y contra quien se pretende, definición que se basa en el esquema bipartita del proceso;

sin embargo, la complejidad de las relaciones jurídicas sustanciales, han hecho necesaria la creación de otras formas de intervención judicial, las cuales se conocen como pluralidad de partes e intervención de terceros.

La pluralidad de partes se presenta cuando la parte demandante o la demandada, o ambas, están formadas por más de una persona; o cuando en el proceso interviene un tercero que tiene interés en él, ora por ser titular de su propio derecho, o ya por estar ligado a una de las partes por un vínculo jurídico que puede verse afectado con los resultados del proceso.

De lo anterior resulta que la razón que legitima al tercero para intervenir es el interés que tiene en el asunto debatido, pues la pretensión lo debe cobijar bien sea en forma directa o indirecta.

El interés es directo, cuando el que interviene sustenta su propio derecho, sea independientemente o acompañado con otros; el interés es indirecto en el caso que el tercero carezca de titularidad alguna en el derecho ventilado en el proceso, pero que por tener, con una de las partes, un vínculo jurídico sustancial, cuyo reconocimiento o efectividad puede serle difícil si esta es vencida, interviene para apoyarla, con el fin de que la sentencia le sea favorable.

Adicionalmente, las formas de intervención de terceros en los procesos ejecutivos son mucho más circunscritas que en los demás procesos, según se deduce de las reglas que trae el Código de Procedimiento Civil en los artículos 52 y siguientes, porque en los primeros existe una pretensión que no está incierta, sino insatisfecha, relación que solo vincula al acreedor y al deudor, y la cual son ajenos los terceros, hasta el punto que se ha sostenido que personas distintas en esta clase de procesos sólo pueden intervenir por vía de las citaciones previstas en los artículos 539 y 555, ibídem, como terceros acreedores, o por la acumulación de demandas de procesos que contemplan los artículos 157, numerales 3º y 4º, 540 y 541 concordantes, o escasamente en incidentes o peticiones relacionados con los bienes cautelados, o para efectuar un pago a nombre del deudor.

La ley procesal colombiana admite la intervención de los terceros cuando tienen un interés en la controversia. Así se peralte la intervención principal o ad excludendum, la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía y las demás formas de participación de terceros. En estos casos el tercero, una vez admitido

en el proceso, se convierte en parte y tiene los mismos deberes y cargas de estas.

En este orden de ideas, a la Nación, Ministerio de Educación Nacional y a la Administración Temporal de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó no se le podía tener y/o calificar como terceros dentro del proceso ejecutivo en cuestión, pues como se demostró de manera clara y contundente, el departamento del Chocó en virtud de la aplicación de la medida cautelar de Asunción Temporal de competencias perdió la misma para administrar los recursos del Sistema General de Participaciones, debiéndose concluir que los únicos recursos con los cuales se debe cancelar la deuda contraída con la Diócesis de Quibdó o su cesionario son los recursos propios del departamento, máxime si se tiene en cuenta que el acuerdo de pago suscrito por el representante legal de la entidad territorial con la Diócesis antes mencionada el día 13 de octubre de 2.009, no comprometía los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educativo, por cuanto la competencia la tenía desde el 06 de julio de ese año la Nación, Ministerio de Educación Nacional y no el departamento del Chocó.

Destáquese además como en desarrollo de la medida de asunción temporal de competencias del sector educativo en el departamento del Chocó por parte de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, se celebró entre éste, Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora S.A. el contrato de encargo fiduciario número 955 del 30 de diciembre de 2.008 cuyo objeto es ***“realizar la administración de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones – SGP-, Sector educación, asignados a las entidades territoriales que fueron objeto de la medida correctiva de asunción de competencias, prevista en el Decreto 028 de 2.008 y su Decreto Reglamentario 2911 de 2.008, o las medidas consagradas en el artículo 3 de la ley 715 de 2.001 (...)”***.

De esto se desprende que el Departamento del Chocó **NO** es parte del contrato de encargo fiduciario y en tal sentido al ser demandado ejecutivamente con base en el acuerdo de pago suscrito el 13 de octubre de 2.009 suscrito por el señor Gobernador del Departamento, los recursos que pueden ser perseguidos para el pago de las acreencias son los propios de la entidad territorial y no los del Sistema General de Participaciones, sector educativo, administrados por la Nación, Ministerio de Educación Nacional y no por el departamento del Chocó.

Así entonces, si se producía el embargo de tales recursos, la posición procesal de la Nación, Ministerio de Educación Nacional no es la de un tercero, sino todo lo contrario, la de una parte directamente afectada por la medida cautelar decretada por el despacho judicial.

Es importante destacar en este aparte que estos argumentos fueron avalados por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó en el auto interlocutorio número 010 del 18 de enero de 2.011, proferido dentro del proceso ejecutivo radicado con el número 2.010-00161, por medio del cual decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, contra el auto interlocutorio número 1002 del 08 de junio de 2.010, proferido por el Juzgado Primero (1) Administrativo de Quibdó, mediante el cual se negó la intervención de ésta en el proceso y lo declaró terminado por pago total de la obligación. En efecto, sobre este aspecto en particular dijo la Alta Corporación:

“LA LEGITIMACION EN LA CAUSA DE LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL PARA INTERVENIR EN EL PROCESO EJECUTIVO: Estaba legitimada la Nación para intervenir en el presente proceso ejecutivo? El Tribunal al admitir el recurso dejó claro que la Nación- Ministerio de Educación Nacional, se encontraba legitimada para intervenir en el presente proceso ejecutivo, por cuanto si bien no fue parte en la celebración del contrato de Educación con la **Diócesis de Istmina – Tadó** -, como se afirma en el auto recurrido, y menos en el acuerdo de pago celebrado entre la Diócesis y el Gobernador de la época, **PATROCINIO SANCHEZ MONTES DE OCA**, se alegó de manera oportuna ante el **ad-quo** la naturaleza de los dineros embargados, y se acreditó la situación de intervención del Servicio Público Educativo en el Departamento del Chocó, que desplaza la competencia del ente territorial para el manejo de la misma, desde el **mes de julio del año 2.009** como se demuestra en autos, con las resoluciones aportadas y las copias de las sentencias de tutela falladas por este tribunal, n (sic) donde se reconoció la pérdida de dicha competencia para disponer en el ámbito educativo, por parte del Gobernador. **Por ello, la situación ameritaba para el funcionario judicial obrar de conformidad con los mandatos que en este sentido establece el código de procedimiento civil que en sus artículos 522 y 687 numeral 8, resultan de una claridad insoslayable, cuando le señalan al juzgador que no estaba ante una invencible ignorancia, que debía atender dicha intervención, mediante el trámite incidental.** Sin embargo, se negó de plano, no admitiéndose su intervención como parte, ni como tercero, decretándose, en cambio, la terminación del proceso, cuando se discutía en el mismo si era procedente la intervención o no de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, y un mínimo de prudencia le habría sido bastante para disipar el error en que se hallaba y permitir discutir la calidad de los dineros embargados a la Nación, y no al Departamento como equivocadamente se afirmó en la decisión recurrida (...)” (Resaltado por fuera del texto original).

Igualmente, se sostiene por el despacho en la decisión cuestionada que conforme el artículo 27 de la Ley 715 de 2.001, modificado y adicionado por el artículo 1º de la Ley 1294 de 2.009, la “educación misional contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones”; en consecuencia, concluye el operador jurídico, en el caso que nos ocupa de la deuda contraída por Departamento del Chocó con la Diócesis de Quibdó se puede pagar con recursos del Sistema General de Participaciones en educación.

En relación con este planteamiento, el respetable señor Juez Primero (1º) Administrativo de Quibdó partió de una premisa falsa como es la de señalar que los recursos embargados son rentas del Sistema General de Participaciones sector educación girados al Departamento del Chocó, pues como se acaba de indicar en precedencia, al ser decretada la asunción temporal de competencias del sector en cabeza de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, los recursos no fueron girados directamente a la entidad territorial intervenida, precisamente por cuanto la competencia para la administración de tales recursos ya no la tenía el departamento del Chocó; luego, si el ente territorial no es el dueño de esos recursos, sino la Nación, Ministerio de Educación Nacional, para la financiación de la prestación del servicio educativo en el departamento del Chocó, no se puede aceptar que se decreten embargos de los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educativo, por deudas contraídas por el señor Gobernador del Departamento del Chocó cuando ya no tenía la competencia para administrar los recursos de la educación.

Igualmente, confundió el señor Juez los conceptos de las actividades que se pueden financiar con los recursos del Sistema General de Participaciones con el de la inembargabilidad de los mismos, pues que en el artículo 27 de la ley 715 de 2.001, modificado por el artículo 1º de la ley 1294 de 2.009 señale que la “educación misional contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones”, lo que está significando es que con cargo a esta fuente de recursos se podrá contratar la prestación del servicio educativo cuando se cumplan los requisitos que para el efecto se establecen. Y así se hizo en su momento, cuando para suscribir el contrato de prestación de servicios educativo en el año 2.007 se tomó como fuente los recursos del Sistema General de Participaciones del ente

territorial, que es muy diferente a decir y/o sostener como lo hizo el agente estatal que esos eran embargables, pues para el caso específico del departamento del Chocó, el sector educativo era administrado directamente por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, debido a la medida de la administración temporal que desde el día 6 de julio de 2.009 se había adoptado y que además estaba blindada por normas como la contenida en el artículo 3° del Decreto 2613 de 2.009 que expresamente señala que las deudas de la entidad intervenida con anterioridad a la medida debían ser cubiertas con sus recursos propios y no con los del Sistema General de Participaciones.

En efecto, para desentrañar la teleología de la norma en cuestión debemos remitirnos al texto original o inicial de la citada ley.

El texto original del artículo 27 de la ley 715 de 2.001 señalaba:

“Los departamentos, distritos y municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través de las instituciones educativas oficiales. Podrán, cuando se demuestre la insuficiencia en las instituciones educativas del Estado, contratar la prestación del servicio con entidades estatales o no estatales, que presten servicios educativos, de reconocida trayectoria e idoneidad, previa acreditación, con recursos del Sistema General de Participaciones, de conformidad con la presente ley. El Gobierno Nacional reglamentará la presente disposición.”

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo 3° de la ley 1176 de 2.007 en los siguientes términos:

“Los departamentos, distritos y municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del sistema educativo oficial.

“Solamente en donde se demuestre insuficiencia en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial podrá contratarse la prestación del servicio educativo con entidades estatales o privadas sin ánimo de lucro de reconocida trayectoria e idoneidad, sin detrimento de velar por la cobertura e infraestructura en los servicios educativos estatales. El valor de la prestación del servicio financiado con estos recursos del sistema no puede ser superior a la asignación por alumno definido por la Nación.

“Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.

“Cuando con cargo a recursos propios la prestación del servicio sea contratada con entidades no estatales, la entidad territorial deberá garantizar la atención de al menos el ciclo completo de estudiantes de educación básica.

“La Educación Misional Contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las participaciones de los municipios en

los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones” (subrayado por fuera del texto).

Por último, el artículo 1º de la ley 1294 de 2.009 modificó y adicionó el artículo 27, así:

“Prestación del Servicio Educativo: Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.

“Solamente en donde se demuestre insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial podrá contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores, que cuenten con una reconocida trayectoria e idoneidad, sin detrimento de velar por la cobertura e infraestructura en los servicios educativos estatales. El valor de la prestación del servicio financiado con recursos del sistema general de participaciones no puede ser superior a la asignación por estudiante, definido por la Nación. Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.

“Cuando con cargo a recursos propios la prestación del servicio sea contratada con entidades no estatales, la entidad territorial deberá garantizar la atención de al menos el ciclo completo de estudiantes de educación básica.

“La Educación Misional Contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones.” (Resaltado por fuera del texto).

Del anterior recuento legal se desprende con meridiana claridad que lo que se quiso señalar en el artículo 27 de la ley 715 de 2.001, sus modificaciones y adiciones posteriores fue la posibilidad que con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones se podría seguir contratando las educación misional y otras modalidades de educación, tal como se venía haciendo bajo el esquema de la ley 60 de 1.993, esto es, con los recursos del Situado Fiscal y los Ingresos Corrientes de la Nación, más no como equívocamente lo sostuvo el juzgado de conocimiento que con cargo a esos recursos se puede pagar la deuda contraída por el Departamento del Chocó con la Diócesis de Quibdó, por cuanto vulnera disposiciones de índole constitucional y legal así como la jurisprudencia constitucional que sobre el particular se ha expedido, incurriendo en error judicial que produjo daño antijurídico a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó.

En este orden de ideas, me permito esbozar los criterios que sobre la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones se han planteado por parte de la jurisprudencia nacional.

El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia les asigna la ley 715 de 2.001.

De acuerdo con el artículo 3º de dicha Ley 715 de 2.001 el Sistema General de Participaciones está conformado por una participación con destinación específica para el sector educativo, que se denomina participación para Educación; Una participación con destinación específica para el sector salud, que se denomina participación para Salud y una participación de Propósito General que incluye los recursos para Agua Potable y Saneamiento Básico, que se denomina participación para Propósito General.

En desarrollo de los criterios fijados por la Constitución en los artículos 356 y 357 superiores la ley 715 establece funciones específicas para las entidades territoriales en cada uno de estos sectores. Así, los artículos 6 y 7 de la ley establecen competencias en el sector educación para los departamentos, distritos y municipios.

En desarrollo de los mismos criterios superiores la ley 715 de 2001 establece igualmente el destino de los recursos de cada una de las participaciones aludidas.

Así, respecto de la participación para educación el artículo 15 señala las actividades que podrán ser financiadas con los recursos que la conforman.

Ahora bien, el artículo 91 de la Ley 715 de 2.001, que a su vez hace parte de las disposiciones comunes aplicables al Sistema General de Participaciones (título V de la Ley 715 de 2001), es decir a las participaciones en educación, salud y propósito general, establece que los recursos del Sistema General de Participaciones no harán "*Unidad de Caja*" con los demás recursos del presupuesto y su administración deberá realizarse en cuentas separadas de los recursos de la entidad y por sectores.

Es decir que los recursos del Sistema de Participaciones no pueden confundirse con los demás recursos de las entidades territoriales, al tiempo que su administración deberá realizarse de manera separada y por cada sector, a saber Educación, Salud y Propósito General.

Así mismo, la norma señala como regla general aplicable a todas las participaciones que los recursos que las conforman, dada su destinación social constitucional, no pueden ser sujetos de embargo.

Cabe advertir que específicamente en relación con los recursos de la participación en educación dichos supuestos, incluido el de la inembargabilidad, se reiteran en el artículo 18 de la ley 715 de 2001, disposición que fue declarada exequible en lo demandado de manera condicionada por la Corte en la Sentencia C- 793 de 2002.

En relación con el principio de inembargabilidad de los recursos públicos y sus excepciones, la Corte Constitucional hizo un pormenorizado recuento de la evolución jurisprudencial en la materia en la sentencia C-793 de 2002, de la cual y para los efectos que nos ocupa destaco:

“El artículo 16 de la Ley 38 de 1989 -en su momento la Normativa del Presupuesto General de la Nación- se refiere a la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación y señala que el pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes.

“Este artículo fue demandado en su oportunidad ante la Corte Suprema de Justicia, Corporación que, a partir de los principios de la Carta Política de 1886, lo declaró exequible al encontrar que el principio de inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación respetaba plenamente las normas superiores, pues era consecuencia lógica y necesaria de los principios presupuestales que consagraba la Constitución (...)”.

Posteriormente, la misma norma de la Ley 38 de 1989 fue demandada ante la Corte Constitucional. Esta Corporación, luego de advertir la inexistencia de cosa juzgada material, en la medida en que la declaratoria de exequibilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia se basó en el principio del equilibrio presupuestal, avocó el conocimiento de la demanda formulada pues este principio perdió su carácter constitucional en la Carta Política de 1991.

En la sentencia C-546 de 1992, Magistrados Ponentes doctores Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, la Corte expuso una serie de

consideraciones preliminares sobre temas íntimamente concernidos por el principio cuestionado como son los atinentes a la noción de Estado Social de Derecho; la efectividad de los derechos constitucionales; los derechos de los acreedores del Estado emanados de las obligaciones de índole laboral; el derecho a la igualdad; el derecho al pago oportuno de las pensiones legales; los derechos de la tercera edad y los reconocidos por Convenciones del Trabajo ratificadas por el Estado Colombiano, para luego, bajo ciertas condiciones, declarar la exequibilidad de la norma acusada.

En este primer momento de decantación jurisprudencial del tema por la Honorable Corte Constitucional se considera que en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Esta línea jurisprudencia se reitera en las sentencias C-013 de 1993¹, C-107 de 1993, C-337 de 1993, C-103 de 1994 y C-263 de 1994.

Así entonces, en ese momento la regla general era la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, y la excepción la constituía el pago de sentencias y de actos administrativos que reconocieran obligaciones laborales a cargo de las entidades oficiales, de acuerdo con las condiciones del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Posteriormente, el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 fue subrogado por los artículos 6 y 55 de la Ley 179 de 1994, expedida en vigencia de la nueva Carta Política. Esta ley agregó que son también inembargables las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4 del título XII de la Constitución Política, es decir las contenidas en los artículos 356 a 364.

Luego el artículo 16 de la Ley 38/89 y los artículos 6 y 55 de la Ley 179/94 fueron compilados como artículo 19 del actual Estatuto Orgánico del Presupuesto –Decreto 111 de 1996–, normas hoy vigentes y que señalan:

“Artículo 19. Inembargabilidad. Son inembargables las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

“No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

“Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el Capítulo 4 del título XII de la Constitución Política.

“Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta. (Ley 38 de 1989, art. 16. Ley 179 de 1994, arts. 6, 55, inciso 3).”

Por su parte, el artículo 19 del Decreto 111/96 fue demandado ante la Corte Constitucional y declarado exequible mediante sentencia C-354 de 1997, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, que confirmó la aplicación del principio de inembargabilidad de las rentas y recursos de los presupuestos públicos y, en relación con las excepciones a tal principio, consideró que éstas incluyen tanto las sentencias como las demás obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del Estado. En la parte resolutive la sentencia declaró exequible el artículo 19 del Decreto 111 de 1996, que incorporó materialmente el artículo 6o de la ley 179 de 1994, bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”.

En conclusión, según esta postura jurisprudencial adoptada a partir de la sentencia C-354 de 1997, por la cual se declaró la exequibilidad del artículo 19 del actual Estatuto Orgánico del Presupuesto, la norma es la inembargabilidad de las rentas y recursos del Estado, y la excepción la constituye el pago de sentencias y de las demás obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles a cargo de entidades públicas, para lo cual se acudirá al procedimiento señalado en el estatuto Orgánico del Presupuesto y en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

A partir de la línea jurisprudencial referida, la sentencia C-793 de 2002 se ocupó de examinar la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 715 de 2001 frente a los cargos planteados por el demandante en ese proceso referente al supuesto

desconocimiento de los derechos laborales de los docentes (arts. 1, 25, 53 y 125 superiores).

En dicha sentencia la Corte Constitucional además de retomar los criterios fijados en la jurisprudencia en materia de excepciones al principio de inembargabilidad, fijó para el caso de los recursos de la participación en educación del Sistema General de Participaciones un criterio adicional tendiente a proteger la destinación constitucional de los referidos recursos, consistente en que dichas excepciones sólo proceden en el caso de los recursos a que alude el artículo 18 de la Ley 715, frente a obligaciones que tengan como fuente las actividades señaladas en el artículo 15 de la Ley 715, es decir, las actividades que la misma ley asigna como destino para la participación en educación.

Dijo la Corporación lo siguiente:

“(…) De acuerdo con lo expuesto, la norma acusada (art.18 de la Ley 715), al disponer la inembargabilidad de los recursos que las entidades territoriales reciban del Sistema General de Participaciones con destino al sector educativo, constituye un desarrollo legislativo razonable del mandato contenido en el artículo 63 de la Constitución. Esto es así en tanto la protección de los recursos del Sistema General de Participaciones destinados al sector educativo tiene como finalidad el cumplimiento de las funciones sectoriales a cargo de las entidades territoriales y, por ello, no pueden estar sujetos a la eventualidad de medidas cautelares que impidan la ejecución de los correspondientes planes y programas. (...)”

“Considera la Corte que las excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos a que alude el artículo 18 de la Ley 715 sólo proceden frente a obligaciones que tengan como fuente las actividades señaladas en el artículo 15 de la Ley 715. El legislador ha dispuesto, en ejercicio de su libertad de configuración en materia económica, que los recursos del Sistema General de Participaciones para el sector educación se apliquen sólo a tales actividades. Por lo tanto, el pago de obligaciones provenientes de otros servicios, sectores o actividades a cargo de las entidades territoriales no podrá efectuarse con cargo a los recursos del sector educación. De lo contrario se afectaría indebidamente la configuración constitucional del derecho a las participaciones establecido en el artículo 287 numeral 4 y regulado por los artículos 356 y 357 de la Carta, que privilegian al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, sobre otros servicios y funciones a cargo del Estado. (subrayas fuera de texto)

“De acuerdo con las precedentes consideraciones, se declarará la exequibilidad del aparte demandado del artículo 18 de la Ley 715, bajo el entendido que los créditos a cargo de las entidades territoriales por actividades propias del sector educación (L. 715, art. 15), bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que señale la ley y que transcurrido el término para que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto –en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos, y, si ellos no fueren suficientes, sobre los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones-.”

Ahora, sumado a lo anterior encontramos que el artículo 21 del Decreto 028 de 2.008, por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral del gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones, en su artículo 21 consagra:

"Inembargabilidad: Los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables.

"Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, **las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales, relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos de libre destinación de la respectiva entidad territorial.** Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.

"Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a la causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes."

Como lo he expuesto con anterioridad, en diversas oportunidades la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado acerca del principio de inembargabilidad de recursos públicos, explicando que tiene sustento en la adecuada provisión, administración y manejo de los fondos necesarios para la protección de los derechos fundamentales y en general para el cumplimiento de los fines del Estado. La línea jurisprudencial al respecto está integrada básicamente por las Sentencias C-546 de 1992, C-013 de 1993, C-017 de 1993, C-337 de 1993, C-555 de 1993, C-103 de 1994, C-263 de 1994, C-354 de 1997, C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-1064 de 2003, T-1105 de 2004 y C-192 de 2005. Desde la primera providencia que abordó el tema en vigencia de la Constitución de 1991, la Corte ha advertido sobre el riesgo de parálisis del Estado ante un abierto e indiscriminado embargo de recursos públicos:

La postura descrita, que se ha mantenido inalterada en la jurisprudencia constitucional, implica reconocer que el Legislador tiene la facultad de señalar qué bienes no constituyen prenda general de garantía del Estado frente a sus acreedores y por lo tanto son inembargables en las controversias de orden judicial, pues se trata de una competencia asignada directamente por el Constituyente (art. 63 CP).

En este panorama, el Legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación. Pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada.

La primera excepción tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Al respecto, en la Sentencia C-546 de 1992, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 16 de la Ley 38 de 1989 (inembargabilidad de rentas y recursos del Presupuesto General de la Nación), en el entendido de que "en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo". Para sustentar su conclusión la Corte explicó:

La segunda regla de excepción tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias. Así fue declarado desde la Sentencia C-354 de 1997, donde la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del Decreto 111 de 1996 (inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación), "bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos".

La tercera excepción a la cláusula de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, se origina en los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible. En la Sentencia C-103 de 1994 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de varias normas del Código de

Procedimiento Civil relativas a la ejecución contra entidades de derecho público y la inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación.

El Acto Legislativo número 01 de 2001 sustituyó la participación de las entidades territoriales en los Ingresos Corrientes de la Nación, el Situado Fiscal y las transferencias complementarias (originariamente previstas en la Carta de 1991), y creó el Sistema General de Participaciones como el instrumento a través del cual las entidades territoriales ejercen su derecho a participar en las rentas nacionales (artículo 287 C.P.).

El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere a las entidades territoriales para atender los servicios a su cargo y proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación. El Acto Legislativo número 01 de 2.001 dispuso que los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios, se destinarían "a la financiación de los servicios a su cargo, dándole prioridad al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, garantizando la prestación de los servicios y a ampliación de cobertura."

No obstante, el Acto Legislativo número 04 de 2.007, *"Por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política"*, modificó varios aspectos del Sistema General de Participaciones que ponen de presente una mayor preocupación del Constituyente por asegurar el destino social y la inversión efectiva de esos recursos.

Bajo el nuevo esquema constitucional, el Acto Legislativo número 04 de 2007 dispuso expresamente que los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se "destinarán a la financiación de los servicios públicos a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre" (art.1º). En este punto, la reforma consagra una nueva participación social destinada específicamente a "saneamiento básico y agua potable", que hasta ahora estaba comprendida de manera global en la participación de propósito general. Además, la reforma enfatiza en el criterio de "población pobre" para la ampliación de la cobertura de esos servicios.

De otra parte, el Acto Legislativo adicionó dos incisos al artículo 356 de la Constitución, en los siguientes términos:

"Artículo 3º.- Adiciónense al artículo 356 de la Constitución Política los siguientes incisos:

"El Gobierno Nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento del metas de cobertura y calidad. Esta estrategia deberá fortalecer los espacios para la participación ciudadana en el control social y en los procesos de rendición de cuentas.

"Para dar aplicación y cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, el Gobierno Nacional, en un término no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición del presente acto legislativo, regulará, entre otros aspectos, lo pertinente para definir los eventos en los cuales está en riesgo la prestación adecuada de los servicios a cargo de las entidades territoriales, las medidas que puede adoptar para evitar tal situación y la determinación efectiva de los correctivos necesarios a que haya lugar".

En las modificaciones anotadas llama la atención no sólo el particular interés del Constituyente por adoptar mecanismos de control y seguimiento al gasto ejecutado con recursos del Sistema General de Participaciones, sino también la preocupación por asegurar el cumplimiento de las metas de cobertura y calidad en los sectores de educación, salud, saneamiento básico y agua potable. Preocupación que fue exteriorizada en el curso del debate en el Congreso de la República y que justificó el otorgamiento de facultades extraordinarias al Gobierno Nacional.

En el nuevo esquema previsto a partir del Acto Legislativo número 04 de 2007, las reformas adoptadas se traducen en una mayor rigidez constitucional en lo referente al destino social de los recursos del Sistema General de Participaciones, que implica examinar desde una óptica diferente el principio de inembargabilidad y las reglas de excepción. En este sentido, la regla general debe seguir siendo la inembargabilidad de recursos del presupuesto, para permitir sólo excepcionalmente la adopción de medidas cautelares.

El Decreto Ley 28 de 2.008, *"Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones"*, fue expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades especiales previstas en el artículo 356 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo número 04 de 2007.

El artículo 21 del Decreto regula la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones y precisa que las medidas cautelares relacionadas con obligaciones laborales se harán efectivas con ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial, para proceder a su pago en la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes. Dice la norma:

En primer lugar, la norma consagra el principio general de inembargabilidad de los recursos del presupuesto de las entidades territoriales (en particular de los recursos del Sistema General de Participaciones), pero a la vez reconoce la posibilidad de adoptar medidas cautelares derivadas de obligaciones laborales.

Desde esta perspectiva, a diferencia de las normas estudiadas en eventos anteriores, el Legislador ha previsto expresamente la posibilidad, por supuesto excepcional, de imponer medidas cautelares cuando así lo dispongan las autoridades judiciales.

En segundo lugar, también se prevé una fuente inmediata para hacer efectivas dichas obligaciones, pues la norma dispone que las medidas cautelares "*se harán efectivas sobre los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial*". Al respecto, la Corte ha explicado que aún cuando la Constitución hace alguna referencia a los ingresos corrientes y rentas de capital, lo cierto es que en ella no se definieron esos conceptos por lo que dicha tarea corresponde al Legislador.

Así, en ese orden de ideas, habiéndose adquirido la obligación (contrato de prestación del servicio educativo con la Diócesis de Quibdó en el año 2.007) , esto es, con anterioridad a la adopción de la medida de asunción temporal de competencias del sector educativo en el departamento del Chocó por parte de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, tal hecho **no implica solidaridad alguna respecto a las obligaciones a cargo del departamento del Chocó**, existentes o causadas con anterioridad o con posterioridad al 06 de julio de 2.009, fecha en que se adoptó la medida, y generadas en el correspondiente sector o servicio. **El pasivo originado en el servicio o sector se mantendrá a cargo de la entidad territorial sujeta a la medida, la cual deberá ser financiado con cargo a sus recursos propios o a los apropiados con destinación específica para el servicio o sector según el caso** (artículo 3 del Decreto número 2613 de 2.009).

Destáquese además como el propio demandante en el libelo de la demanda señala en el numeral 4º del acápite de los "HECHOS" que el título valor lo

constituye el acuerdo de pago, celebrado entre las partes, entiéndase, Gobernador del Departamento del Chocó y los representantes de la Diócesis de Quibdó, el día 13 de octubre de 2.009.

Así mismo, en el escrito de medidas cautelares (embargo y retención de los dineros del **DEPARTAMENTO DEL CHOCO**), en el acápite del "**ANÁLISIS JURÍDICO**", el demandante expresamente señala que "esta medida no recae sobre los recursos del sistema general de participaciones sino sobre los recursos propios del demandado, por lo que no irrespeta (sic) los preceptos normativos del Artículo 21 del Decreto Ley 028 de 2.009 y el Art. (sic) 91 de la Ley 715 de 2.001, la cual acoge, por demás, la tesis jurisprudencial vigente y aplicada por nuestros altos organismos judiciales (...). c) La medida cautelar deprecada, sólo comprende la participación respectiva del sector que generó la obligación, excluyendo los recursos del sistema general de participaciones. d) Dicha participación y sector presupuestal respectivos, sólo afecta los recursos propios del municipio (sic), sus ingresos corrientes de libre destinación, esto es; y, e) los recursos destinados para el pago de sentencias y conciliaciones del ente demandado no alcanzan a cubrir, siquiera, lo establecido en la sentencia (...)"

Retomando la línea argumentativa que traía el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Presupuesto señala que los ingresos corrientes se clasifican en tributarios (impuestos directos e indirectos) y no tributarios (tasas y multas). Dice la norma:

"Artículo 27. Los ingresos corrientes se clasificarán en tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se subclasificarán en impuestos directos e indirectos, y los ingresos no tributarios comprenderán las tasas y las multas (Ley 38/89, artículo 20. Ley 179/94, artículo 55, inciso 10 y artículos 67 y 71)".

En concordancia con lo anterior, el artículo 104 del mismo estatuto dispone que las entidades territoriales deben ajustar sus normas sobre programación, elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto a las reglas del Estatuto Orgánico del Presupuesto, de modo que esa clasificación también tiene cabida en el nivel territorial:

"Artículo 104. A más tardar el 31 de diciembre de 1996, las entidades territoriales ajustarán las normas sobre programación, elaboración, aprobación y ejecución de sus presupuestos a las normas previstas en la Ley Orgánica del Presupuesto (Ley 225 de 1995, artículo 32)".

Ahora bien, los ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales están definidos en el párrafo del artículo 3º de la Ley 617 de 2000,

según el cual *"para efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiéndose por estas las destinadas por ley o acto administrativo a un fin determinado"*.

Finalmente, en tercer lugar, el artículo 21 del Decreto 28 de 2008 consagra el deber de las entidades territoriales de presupuestar el monto de las obligaciones a su cargo y de cancelar el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.

La configuración prevista en el artículo 21 del Decreto 28 de 2.008 se ajusta a la Constitución Nacional, pues consagra la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones a la vez que autoriza el embargo de otros recursos del presupuesto de las entidades territoriales, de modo que garantiza la destinación social constitucional del SGP sin desconocer los demás principios y valores reconocidos en la Carta Política, particularmente en cuanto a la efectividad de las obligaciones de orden laboral.

Conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, la prohibición de embargo de recursos del Sistema General de Participaciones está amparada por el artículo 63 de la Carta Política, que autoriza al Legislador para determinar qué bienes y recursos públicos son inembargables. Así mismo, está dirigida a garantizar la destinación social y la inversión efectiva en los servicios de educación, salud, saneamiento básico y agua potable, de acuerdo con la exigencia prevista en los artículos 356 y 357 de la Constitución y la reforma introducida en el Acto Legislativo No. 4 de 2007. Además, es coherente con el mandato que el Constituyente dio al Gobierno Nacional para definir una estrategia de monitoreo, seguimiento y control al gasto ejecutado con recursos del Sistema General de Participaciones, con miras a garantizar las metas de continuidad, calidad y cobertura definidas en la ley. Desde esta perspectiva, es claro que la cláusula de inembargabilidad de los recursos del S.G.P. persigue fines constitucionalmente legítimos, compatibles con la naturaleza y destino social de esos recursos.

El artículo 21 del Decreto 028 de 2.008 reconoce, en forma tácita, que la prohibición de embargo de recursos del presupuesto de las entidades territoriales no es absoluta, ya que no pueden perderse de vista otros valores, principios y derechos constitucionales como la dignidad humana, el principio de seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia y el derecho al trabajo,

entre otros. Es por ello que acepta la imposición de medidas cautelares, para lo cual advierte que las mismas se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales. De esta manera se reconoce el destino social constitucional y la necesidad de inversión efectiva de los recursos del Sistema General de Participaciones, pero en aras de garantizar el principio de efectividad de los derechos se acepta también la posibilidad de embargo de otro tipo de recursos del presupuesto de las entidades territoriales.

El artículo en mención exige a las entidades territoriales presupuestar el monto de las obligaciones a su cargo para *"cancelar el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes"*. Al respecto es importante precisar que, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales anotadas, los créditos a cargo de las entidades territoriales deberán ser pagados conforme al procedimiento que señala la ley, particularmente las normas del Código Contencioso Administrativo (artículo 176, 177 y siguientes) y del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, sólo transcurrido el término allí previsto (18 meses) será posible adelantar ejecución judicial. Una vez cumplidos estos requisitos y decretada la medida cautelar se procederá al embargo, en primer lugar, de los recursos del presupuesto destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esa clase de títulos, y, si ellos no fueren suficientes, de los ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales.

Por lo anterior, habiéndose dispuesto por el legislador a través del artículo 21 del Decreto 028 de 2.008 la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, debía entonces, perseguirse los recursos o ingresos corrientes de libre destinación del departamento por cuanto se parte del supuesto que estos fueron presupuestados al momento de suscribir el acta de compromiso de pago con la Diócesis de Istmina y Tadó por parte del señor Patrocinio Sánchez Montes de Oca el día 13 de octubre de 2.009.

Agréguese también que la deuda que se cobra **NO** tiene origen en acreencias laborales pues como se recuerda, el departamento del Chocó contrató en el año 2.007 con la Diócesis de Quibdó la **prestación del servicio educativo** para las comunidades indígenas y población vulnerable, sin que por ello pueda considerarse como una acreencia laboral. Una razón más para que se ordenara el desembargo de los recursos de propiedad de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y que son administrados por la Fiduciaria La Previsora S.A.

Igualmente se expuso en aquella oportunidad por parte del Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó para negar el levantamiento de la medida cautelar de embargo de los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educativo, administrados por la Nación, administración temporal del sector educativo en el departamento del Chocó que los peticionarios, esto es el departamento del Chocó ni el Ministerio de Educación Nacional, no estaban facultados para obrar por separado en nombre del Departamento del Chocó, es decir, no tienen legitimatio ad procesum.

Incurrió, nuevamente, en error el juzgado al señalar que al hacerse exigible la satisfacción de su derecho de crédito por parte del cesionario de la Diócesis de Quibdó al titular del dominio sobre los recursos del Sistema General de Participaciones –Departamento del Chocó –, no se puede entender que por una relación material vinculada a la administración y tenencia de esos recursos por parte de la Administración Temporal de la Secretaria Departamental de educación del Chocó o de la Fiduciaria La Previsora S.A. se les pueda permitir su intervención en el proceso en el que no puede soportar la pretensión ejecutiva contractual, porque sencillamente no es propietario de los recursos afectados por la medida cautelar, por cuanto como se ha mencionado es precisamente el hecho de no tener la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educación, en virtud a la medida de asunción temporal de competencias por parte de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, lo que hacía que el departamento del Chocó, que además no era parte del encargo fiduciario, no fuera el dueño de tales recursos y en consecuencia estos pertenecieran a la entidad pública nacional.

Profundicemos un poco más sobre este aspecto.

Se desprende de lo hasta aquí relacionado que el proceso ejecutivo contractual radicado bajo el número 2.010-00432 tuvo como base de recaudo o título ejecutivo el acta de acuerdo de pago suscrita por el señor Gobernador del Departamento del Chocó, doctor Patrocinio Sánchez Montes de Oca, el día 13 de octubre de 2.009 con los comisionados de la Diócesis de Quibdó para el pago del saldo restante del contrato celebrado el día 25 de mayo de 2.007 para la prestación del servicio educativo a la población indígena y vulnerable del departamento del Chocó, acta que de entrada merece los siguientes reparos y que ameritaba por sí la revocatoria de la decisión de embargo adoptada por el despacho:

Si se revisa con detenimiento el acta de acuerdo celebrado con la Diócesis de Quibdó el día 13 de octubre de 2.009, ésta se suscribe por el doctor Patrocinio Sánchez Montes de Oca en su calidad de Gobernador del Departamento del Chocó sin hacer mención a la disponibilidad presupuestal ni el registro presupuestal correspondiente, contrariándose de esa manera lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto 111 de 1.996 según el cual “todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.

“Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos. En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS o por quien este delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados (...).” (Resaltado por fuera del texto original).

En este orden de ideas, aparece claramente que el acta de acuerdo de pago a la que nos venimos refiriendo y que se presentó como fuente de la obligación no contenía una obligación exigible por cuanto carece del requisito antes mencionado y en consecuencia no podía ser tenido como base de recaudo en el proceso ejecutivo adelantado contra el departamento del Chocó.

En efecto, el juez que conozca un proceso ejecutivo está obligado a examinar la forma en que se celebró y ejecutó el contrato que dio origen a la obligación y aplicar el principio de la buena fe, en la etapa de cobro. Así lo concluyó la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-537 del 6 de agosto de 2.009, donde enfatizó en la importancia de este principio para las relaciones contractuales. En el fallo, la Corte advirtió que los operadores jurídicos deben ir más allá del sentido literal de las normas y aplicar las disposiciones de acuerdo con la Constitución Nacional

Para la fecha de la suscripción del acta de acuerdo de pago por parte del señor Gobernador del Departamento del Chocó Patrocinio Sánchez Montes de Oca – 13 de octubre de 2.009 -, éste ya no tenía la competencia para el manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educación, por cuanto

desde el día 06 de julio de 2.009 se había adoptado por la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la medida correctiva de la Asunción Temporal de competencias del sector educativo en el departamento del Chocó por parte del Ministerio de Educación Nacional. Luego, no se podía embargar unos recursos de los cuales el señor Gobernador del Chocó no tenía su administración.

Así entonces se tiene que el Acto Legislativo número 004 de 2.007 facultó al Gobierno Nacional para diseñar una estrategia de monitoreo, seguimiento y control al Sistema General de Participaciones, con base en la cual se expidió el Decreto número 028 de 2.008, por medio del cual se definieron las estrategias para tales efectos, incluyéndose en el artículo 13 dentro de las medidas correctivas la Asunción Temporal de Competencias por parte de la Nación en aquellos eventos en los cuales el departamento incumpla el plan de desempeño diseñado para eliminar los factores de riesgo.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social expidió el Documento **CONPES** número 124 del 06 de julio de 2.009, por medio del cual, previa solicitud de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, solicita a la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se expida la Resolución por medio de la cual se adopta la medida correctiva de asunción temporal de competencias de la prestación del servicio educativo en los niveles preescolar, básica y media en el departamento del Chocó, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 028 de 2.008, el reglamentario 2911 de 2.008 y el Decreto 791 de 2.009.

La Dirección General de Apoyo Fiscal expide el día 06 de julio de 2.009 la Resolución número 1794 por medio de la cual se adopta la medida cautelar correctiva de Asunción Temporal de Competencias de la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media en el Departamento del Chocó y se inicia la actuación administrativa de adopción de medidas correctivas de acuerdo con lo previsto en el Decreto 028 ya mencionado.

Para asegurar la prestación del servicio educativo en el departamento del Chocó, el Ministerio de Educación asumió la competencia en concordancia con lo dispuesto en el numeral 13.3 del artículo 13 del Decreto 028 de 2.008, y con el numeral 18.2 del artículo 18 del Decreto número 2911 de 2.008, esto es, ejerciendo las atribuciones referentes a la programación presupuestal,

ordenación del gasto, competencia contractual y nominación del personal en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones asignados para la financiación del correspondiente servicio.

La asunción temporal de competencias del sector educativo por parte de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, **no implica solidaridad alguna respecto a las obligaciones a cargo del departamento del Chocó**, existentes o causadas con anterioridad o con posterioridad al 06 de julio de 2.009, fecha en que se adoptó la medida, y generadas en el correspondiente sector o servicio. **El pasivo originado en el servicio o sector se mantendrá a cargo de la entidad territorial sujeta a la medida, la cual deberá ser financiado con cargo a sus recursos propios o a los apropiados con destinación específica para el servicio o sector según el caso** (artículo 3 del Decreto número 2613 de 2.009).

Así pues, si el acta de acuerdo de pago fue suscrita el día 13 de octubre de 2.009 por el señor representante de la entidad territorial Departamento del Chocó, en su calidad de Gobernador, en una fecha donde había perdido la competencia para el manejo del sector educativo, se debe entender que con dicho acuerdo comprometió los recursos propios del ente territorial no los del Sistema General de Participaciones cuyo manejo ahora compete a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, por la adopción de la medida correctiva prevista en el artículo 13 del Decreto 028 de 2.008, tal y como expresamente lo reconoce y afirma el señor apoderado del demandante.

Así las cosas, por haber sido un compromiso adquirido por el señor Gobernador del Chocó en su condición de representante legal de la entidad territorial, más no del sector educativo, por cuanto cuya competencia a partir del día 06 de julio de 2.009 se encontraba en la Nación, Ministerio de Educación Nacional, se debió proceder al desembargo de las cuentas de la Fiduciaria la Previsora.

Este planteamiento ha sido acogido por los señores jueces el departamento del Chocó en varios pronunciamientos, entre los cuales me permito citar:

El Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó en sentencia de segunda instancia número 012 del 24 de febrero de 2.010 dentro del radicado **2.009-0622**, por el concepto de pago de la prima de navidad del año 2007, confirmó la decisión de primera instancia que declaró probada la **EXCEPCIÓN DE FALTA DE**

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN TEMPORAL, argumentando que:

“ (...) los hechos que originaron la presente acción corresponden a omisiones de la administración departamental en el periodo comprendido en el año 2007 al 2008, fecha para la cual, aún no se había intervenido al sector educativo en el departamento, pues ello ocurrió en el mes de julio de 2009, por lo tanto, es el departamento del Chocó, en cabeza de su gobernador el directo responsable en el pago de las acreencias laborales que reclaman los docentes accionantes (...)” (página 14).

En el mismo sentido este Tribunal en sentencia número 24 del 15 de marzo del presente año dentro del radicado No. **2010-027**, confirma la tesis argumentada, en la cual resuelve declarar aprobada la falta de legitimación en la causa por pasiva al administrador temporal del sector educativo en el departamento del Chocó.

Es de resaltar que el pronunciamiento del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó adoptada en el radicado **2.009-0622** es confirmatoria de la decisión de primera instancia adoptada por el Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito de Quibdó, el cual de manera extraña cambia de posición en el caso que nos ocupa ordenando el embargo de recursos del S.G.P. que no son del departamento sino de la Nación, Ministerio de educación Nacional, esto, habiendo falta de legitimidad en la causa por pasiva.

Esta tesis la recoge nuevamente el Tribunal Contencioso Administrativo al fallar la acción de tutela radica bajo el número **2.009-00837**, accionante Martha Lorenza Aragón Bermúdez, sentencia número 026 del 02 de junio de 2.010, donde se sostuvo: “(...) Al respecto hay que decir, que conforme se observa en los hechos que dieron origen a la presente acción y los informes rendidos por cada una de las accionadas y atendiendo lo dispuesto en el Decreto 2613 de 2.009, se encuentra que la responsabilidad radica en el Gobernador del Departamento del Chocó, habida consideración que la omisión de la administración departamental surgió a partir del mes de octubre de 2.008, al no efectuarse, dentro de los primeros días del mes, la respectiva transferencia de la suma deducida del salario al actor correspondiente al mes de septiembre, fecha en la cual aún no había entrado a operar la administración temporal del sector educativo (...)”.

Agrego además el fallo contenido en el auto del 05 de enero de 2.010 por medio del cual el Tribunal Superior de Quibdó resuelve el grado de consulta del auto interlocutorio número 056 del 10 de noviembre de 2.009 proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Istmina.

IV. PRUEBAS

4.1 DOCUMENTAL:

4.1.1. LAS QUE SE APORTAN CON LA DEMANDA DE MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA.

Me permito presentar las siguientes pruebas documentales:

1. Copia auténtica de la demanda ejecutiva de mayor cuantía instaurada por el doctor Elkin Mena Bechara en su calidad de apoderado del señor Jesús Xavier Gómez Lozano, cesionario de la Diócesis de Quibdó, contra el departamento del Chocó, presentada en la oficina de apoyo judicial de Quibdó el día 27 de mayo de 2.010.
2. Copia auténtica del poder otorgado por el señor Jesús Xavier Gómez Lozano al doctor Elkin Mena Bechara y radicado en la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Quibdó el día 31 de mayo de 2.010, para que inicie y lleve a su terminación proceso ejecutivo de mayor cuantía con base en el título valor (sic) acuerdo de pago del día 13 de octubre de 2.009.
3. Copia auténtica del acta individual de reparto del 28 de mayo de 2.010, donde se asigna el conocimiento de la demanda ejecutiva al Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó.
4. Copia auténtica del acta de acuerdo de pago celebrado entre el doctor Patrocinio Sánchez Montes de Oca, Gobernador del Departamento del Chocó de la época, y, el Presbítero Rogelio Salazar Gómez y el abogado Juan Fernando Valdés Tiptón, comisionados de la Diócesis de Quibdó, para el pago del saldo del contrato de prestación del servicio público educativo en las instituciones y centros educativos indígenas del departamento del Chocó, celebrado entre el Gobernador del Departamento del Chocó y la Diócesis de Quibdó el día 25 de mayo de 2.007.
5. Copia auténtica de la cesión de derechos litigiosos celebrada entre el señor Jesús Xavier Gómez Lozano y monseñor Fidel León Cadavid Marín, en representación de la Diócesis de Quibdó, de fecha 26 de mayo de 2.010.

6. Copia auténtica de la notificación de la cesión de derechos litigiosos al señor Gobernador del departamento del Chocó, doctor Patrocinio Sánchez Montes de Oca, radicada en la Gobernación del Chocó el día 27 de mayo de 2.010.

7. Copia auténtica del contrato de prestación del servicio público educativo en las instituciones y centros educativos indígenas del departamento del Chocó, celebrado entre el Gobernador del Departamento del Chocó y la Diócesis de Quibdó, el día 25 de mayo de 2.007.

8. Copia auténtica del pago del título de depósito judicial por \$ 783.851.269 del 18 de agosto de 2.010, efectuado al señor Jesús Xavier Gómez Lozano, por concepto de remanente dentro del proceso ejecutivo radicado bajo el número 2.010-00161.

9. Copia auténtica del contrato de cesión o venta de derechos litigiosos celebrados entre Jesús Xavier Gómez Lozano y Wiston Leonel Torres Moreno.

10. Copia auténtica del escrito radicado en la oficina de apoyo judicial el 31 de diciembre de 2.010, por medio del cual se subsana o adiciona la demanda por parte del abogado Elkin Mena Bechara, apoderado de la parte demandante dentro del proceso ejecutivo 2.010-00432 adelantado en el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó.

11. Copia auténtica del auto interlocutorio número 1000 del 08 de junio de 2.010 expedido por el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, por medio del cual se libra mandamiento de pago en contra del departamento del Chocó por la sumas de \$ 772.500.000 y \$ 772.500.000.

12. Copia auténtica del contrato de transacción celebrado el día 12 de agosto de 2.010 entre los apoderados del departamento del Chocó Nilson Quinto Gómez y el apoderado de la parte demandante Elkin Mena Bechara.

13. Copia auténtica del auto interlocutorio número 1570 del 17 de agosto de 2.010 expedido por el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, por medio del cual se aprueba la transacción celebrada entre las partes.

14. Copia autentica del escrito radicado el 25 de agosto de 2.010 por parte del Ministerio Público, por medio del cual solicita el levantamiento de la medida de embargo y retención de los recursos del Sistema General de Participaciones.

15. Copia auténtica del escrito radicado el 26 de octubre de 2.010, por medio del cual el apoderado de la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, solicita el levantamiento del embargo de los recursos del S.G.P.

16. Copia auténtica del auto interlocutorio número 1994 del 23 de septiembre de 2.010, por medio del cual se niegan los recursos de apelación interpuestos por el Departamento del Chocó y el señor Procurador Judicial 77 contra el auto interlocutorio número 1570 del 17 de agosto de 2.010.

17. Copia auténtica del auto interlocutorio número 2086 del 11 de octubre de 2.010 por medio del cual el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, por medio del cual se rechaza el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del Departamento del Chocó contra el auto número 1994 del 23 de septiembre de 2.010.

18. Copia auténtica del escrito radicado el 22 de octubre de 2.010 por la Fiduciaria La Previsora S.A. solicitando el levantamiento del embargo de los recursos del Sistema General de Participaciones, sector educativo, departamento del Chocó.

19. Copia auténtica del auto interlocutorio número 2154 del 13 de octubre de 2.010, por medio del cual se decreta el embargo y retención de los recursos del S.G.P.

20. Copia auténtica del oficio número 2247 del 13 de octubre de 2.010, por medio del cual se oficializa la medida cautelar.

21. Copia auténtica del escrito radicado por el apoderado de la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, por medio del cual se solicita se revoque el auto interlocutorio número 2154 del 13 de octubre de 2.010.

22. Copia auténtica del auto interlocutorio número 2307 del 27 de octubre de 2.010.

23. Copia auténtica del escrito radicado por el apoderado de la parte demandante, por medio del cual solicita el embargo y retención del crédito que tenga o llegare a tener el demandado dentro del proceso ejecutivo de Jesús Xavier Gómez Lozano en el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, radicado bajo el número 2.010-00161.

24. Copia auténtica del escrito presentado por el apoderado de la Administración Temporal de la Secretaria de Educación Departamental del Chocó, por medio del cual se solicita se revoque el auto interlocutorio número 2154 del 13 de octubre de 2.010.

25. Copia auténtica del auto interlocutorio número 2307 del 27 de octubre de 2.010, por medio del cual se reitera la orden de embargo y retención de los recursos del Sistema General de Participaciones que el Departamento del Chocó tenga o llegare a tener en las cuentas corrientes o de ahorro números 066.11461-2 y 066.0611-0 del Banco Popular, Avenida Chile, sucursal Bogotá, denominadas Recursos del Sistema General de Participaciones (SGP), dineros manejados mediante encargo fiduciario por la FIDUPREVISORA S.A. Nit. 860.525.148-5.

26. Copia auténtica del oficio número 380-3750 de 2.010 del 03 de noviembre de 2.010, suscrito por el jefe de la División Administrativa del Banco Popular y dirigido al Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, por medio del cual se informa que en esa fecha se ha consignado en la cuenta del Banco Agrario la suma de \$ 2.350.000.000 debitados de las cuentas corriente y de ahorros a nombre de la Fiduciaria La Previsora S.A. números 110.066.06111-0 y 220.066.11461.2

27. Copia auténtica del auto interlocutorio número 2336 del 08 de noviembre de 2.010, por medio del cual se niega el incidente de desembargo.

28. Copia auténtica del auto interlocutorio número 2471 del 18 de noviembre de 2.010, por medio del cual se niega el recurso de apelación incoados por los apoderados del Ministerio de Educación Nacional y la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó contra el auto interlocutorio número 2336 del 8 de noviembre de 2.010.

29. Copia auténtica del escrito radicado el día 25 de noviembre de 2.010 por el apoderado de la Administración Temporal del sector educativo en el departamento del Chocó, por medio del cual interpone recurso de reposición contra el auto 2471 del 18 de noviembre de 2.010; subsidio solicita la expedición de copia del expediente para sustentar el recurso de queja.

30. Copia auténtica del auto interlocutorio número 93 del 21 de enero de 2.011, notificado en el estado número 11 del 25 de enero de 2.011, por medio del cual el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, de manera oficiosa, dispone la revocatoria de los autos número 2307 del 27 de octubre de 2.010; 2336 del 8 de noviembre de ese mismo año y en consecuencia ordena el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el proceso sobre lo recursos del Sistema General de Participaciones, sector educación, y, se ordena el archivo del expediente.

31. Copia auténtica de la Resolución número 942 del 1º de marzo de 2.007 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, *"por la cual se asignan los recursos a los departamentos de Nariño y Chocó y al municipio de Sahagún para ampliar y mantener cobertura de la población vulnerable, mediante la contratación de la prestación del servicio educativo"*. Aquí se muestra que el total de los recursos asignados al Departamento del Chocó fueron de \$ 12.641.125.000, los cuales estaban destinados a atender 14.447 estudiantes en el departamento del Chocó, distribuidos así: 7.599 estudiantes por la Diócesis Istmina – Tadó; 4.220 por la Diócesis de Quibdó y 2.628 estudiantes por el Colegio Antonio María Claret.

32. Copia auténtica del oficio GDCH -02-09-0369 del 30 de marzo de 2.009, suscrito por el doctor Víctor Hugo Moreno Lozano, Gobernador encargado del departamento del Chocó, dirigido a la doctora Cecilia María Vélez White, Ministra de Educación Nacional, por medio del cual le solicita el pago del 60% del contrato suscrito con la Diócesis de Istmina – Tadó.

33. Copia auténtica del oficio número 2009EE21229 del 23 de abril de 2.009 suscrito por la doctora Patricia Camacho Alvarez, Directora de cobertura y equidad del Ministerio de Educación Nacional, dirigido al doctor Víctor Hugo Moreno Lozano, Gobernador encargado del departamento del Chocó, por medio del cual informa que al departamento del Chocó le fueron asignados en el año 2.007 la suma de \$ 12.641.125.000 para atender a 14.447 niños y jóvenes de

población indígena, realizando los siguientes desembolsos: primer desembolso por la suma de \$ 7.584.675.00 en la cuenta de ahorros número 57838330-9 del Banco de Bogotá; segundo desembolso por la suma de \$ 664.912.500 en la cuenta de ahorros número 37819150-6 del Banco de Bogotá; Tercer desembolso, por solicitud expresa de la Gobernación del Chocó se realizó directamente a los prestadores del servicio: \$ 229.950.000 a la Diócesis de Quibdó – congregación de Misioneros HICO Razón de María; \$ 369.250.000 a la Diócesis de Quibdó; \$ 664.912.500 a la Diócesis de Istmina. Para un total de desembolso por parte del Ministerio de Educación Nacional al Departamento del Chocó de \$ 12.641.125.000.

34. Copia auténtica de la reserva presupuestal número 403 por \$ 369.250.000 del 20 de febrero de 2.008, por concepto de asignación de recursos a oferentes según Resolución número 942 del 01 de marzo de 2.007.

35. Copia auténtica del oficio del 05 de febrero de 2.008 suscrito por el doctor Patrocinio Sánchez Montes de Oca, Gobernador del departamento del Chocó, dirigido a la doctora Cecilia María Vélez White, Ministra de Educación Nacional, por medio del cual autoriza al Ministerio de Educación Nacional para que efectúe el giro del saldo restante del contrato suscrito a las cuentas bancarias suministradas por cada uno de los oferentes.

36. Copia auténtica del oficio de fecha 08 de febrero de 2.008 dirigido a la doctora Cecilia María Vélez White, Ministra de Educación Nacional, por parte de los señores Patrocinio Sánchez Montes de Oca, Gobernador del departamento del Chocó; Monseñor Fidel León Cadavid Marín, representante legal de la Diócesis de Quibdó; Monseñor Alonso Llano Ruíz, representante legal de la Diócesis de Istmina – Tadó -, y José Agustín Monroy Palacios, representante legal del colegio rural Claret –misioneros claretianos, por medio del cual le soliciten se les consigne el 10% restante del valor de los contratos en las cuentas bancarias por cada uno de ellos suministrada, decisión que se adopta por la necesidad de adoptar medidas de protección de los recursos frente a los embargos que estos sufrieron en el proceso ejecutivo adelantado por Comfachocó contra la Gobernación del departamento del Chocó en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de la ciudad de Quibdó.

37. Copia auténtica de la orden de pago número 915 del 22 de marzo de 2.007 a favor del Departamento del Chocó, por la suma de \$ 7.584.675.000.00 para

la ampliación de la cobertura educativa para atender la población vulnerable, contratos celebrados con la Diócesis de Quibdó, Diócesis Istmina – Tadó y la congregación misioneros HICO Razón de María. Cuenta de ahorros número 578-38330-9 del Banco de Bogotá.

38. Copia auténtica de la orden de pago número 3670 del 12 de septiembre de 2.007 a favor del Departamento del Chocó, por la suma de \$ 3.792.337.500 correspondiente al 30% del valor consignado en la resolución número 942 del 01.03-2.007, para la ampliación de la cobertura educativa para atender la población vulnerable. Cuenta de ahorros número 578-38330-0 del Banco de Bogotá.

39. Copia auténtica de la orden de pago número 415 del 20 de febrero de 2.008 a favor del Departamento del Chocó, por la suma de \$ 664.912.500 para la ampliación de la cobertura educativa para atender la población vulnerable, contrato celebrado con la Diócesis de Istmina – Tadó, Cuenta de ahorros número 578-38330-0 del Banco de Bogotá.

40. Copia auténtica de la orden de pago número 408 del 20 de febrero de 2.008 a favor del Departamento del Chocó, por la suma de \$ 229.950.000 para la ampliación de la cobertura educativa para atender la población vulnerable, contrato celebrado con la Diócesis de Quibdó, congregación misioneros HICO Razón de María, cuenta de ahorros número 578-38330-0 del Banco de Bogotá.

41. Copia auténtica del oficio número 1048 del 07 de noviembre de 2.007, suscrito por el señor Rodolfo Lozano Guzmán, tesorero pagador del Departamento del Chocó, dirigido al doctor Jackson Vargas Caicedo, asesor jurídico de la Gobernación del departamento del Chocó, por medio del cual le informa la aplicación de embargos a los recursos de la cuenta número 578-38330-9, denominada "Gobernación del Chocó proyecto ampliación de cobertura, señalando que en dicha cuenta para el día 30 de septiembre de 2.007 presentaba un saldo de \$ 6.348.668.921, y, para el 07 de noviembre de 2.007 solo cuenta con \$ \$23.526.811 al haberse aplicado embargo por \$ 6.300.000.000 en el procesos ejecutivo adelantado por Comfachocó contra el departamento. Por esa razón, se dice en el oficio, los pagos autorizados por el señor Gobernador mediante las resoluciones números 1904, 1905 y 1906 a favor de la Diócesis de Quibdó, Istmina – Tadó y el Colegio Claret rural por valor de \$ 4.854.192, para cubrir el pago de los docentes de las comunidades

indigenas - banco de oferentes -, no se pudo realizar porque los recursos fueron insuficientes.

42. Copia auténtica del escrito sin fecha, radicado en la Gobernación del Departamento del Chocó el día 14 de enero de 2.009, suscrito por el doctor Faider Murillo Sánchez, apoderado judicial de la Diócesis de Istmina - Tadó, por medio del cual solicita la cancelación del 60% del contrato de prestación de servicios educativo para las comunidades indígenas.

43. Copia auténtica de la respuesta del derecho de petición número 598 del 18 de diciembre de 2.008, por medio del cual el doctor Patrocinio Sánchez Montes de Oca, Gobernador del departamento del Chocó, en la cual se evidencia que el no pago del saldo del contrato se debe al embargo que aplicó a los recursos depositados en la cuenta número 578-38330-9 denominada "Gobernación del Chocó proyecto de aplicación de cobertura" el Juzgado Segundo Civil Municipal de Quibdó (sic), dentro del proceso ejecutivo adelantado por Comfachocó.

44. Copia auténtica del oficio 2008EE708 del 11 de enero de 2.008 suscrito por el doctor Daniel Eduardo Mora Castañeda, director encargado de cobertura y equidad del Ministerio de Educación Nacional, dirigido al doctor Edmundo del Castillo Restrepo, Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, por medio del cual se le anexa la respuesta entregada a los representantes de las comunidades indígenas en relación con la necesidad de cancelar los dineros adeudados a las confesiones religiosas por concepto de la prestación del servicio educativo en el departamento del Chocó.

45. Copia auténtica del oficio número 2007EE55345 del 18 de diciembre de 2.007, suscrito por el doctor Daniel Eduardo Mora Castañeda, director de cobertura y equidad del Ministerio de Educación Nacional, dirigido a Monseñor Jaime Llano Ruíz; a los presbíteros Rogelio Salazar Gómez y José Agustín Monroy Palacios, por medio del cual se les explica y detalla los pagos efectuados por el Ministerio de Educación Nacional por concepto del pago de los contratos para la prestación del servicio educativo en el departamento del Chocó.

46. Copia autentica del certificado de disponibilidad presupuestal número 156 del 21 de febrero de 2.007 expedido por el jefe de presupuesto del Ministerio de Educación Nacional, por la suma de \$ 12.641.125.000 por concepto de

ampliación y mantenimiento de la cobertura de la población vulnerable mediante la contratación de la prestación del servicio educativo en el año 2.007 en el departamento del Chocó.

47. Copia auténtica del contrato número 955 del 30 de diciembre de 2.008, suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A, para la administración de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones – S.G.P. -, sector educación, asignados a las entidades territoriales que fueron objeto de la medida correctiva de asunción de competencias, prevista en el Decreto número 028 de 2.008 y su Decreto Reglamentario 2911 de 2008, o de las medidas consagradas en el artículo 30 de la Ley 715 de 2.001.

4.1.2 PRUEBA DOCUMENTAL QUE SE SOLICITA.

4.1.2.1 De manera respetuosa, pido al Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, se solicite copia auténtica del proceso ejecutivo laboral radicado bajo el número 2.007-0538, demandante COMFACHOCO, demandado Departamento del Chocó, en donde se embargó y retuvo la suma de \$ 6.300.000.000 de la cuenta 578.38330-9, denominada "Gobernación del Departamento del Chocó, Proyecto ampliación de cobertura", los cuales habían sido girados por la Nación, Ministerio de Educación Nacional al ente territorial para cancelar el saldo del contrato de prestación de servicios educativos con la Diócesis de Istmina – Tadó -.

Con esta prueba documental se demostrará que cuando el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, dentro del proceso ejecutivo contractual número 2.010-0432, ordena el embargo, retención y entrega de los recursos del Sistema General de Participaciones de propiedad de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, está haciendo el pago con recursos que no eran de propiedad del demandado, esto es, el Departamento del Chocó, por cuanto ya el pago lo había hecho efectivo la Nación, el mismo que no se pudo hacer efectivo debido a los embargos que en contra del departamento del Chocó se adelantaban para esa época.

4.1.2.2. Igualmente, solicito se oficie a la oficina de apoyo judicial de la ciudad de Quibdó a efectos de que se certifique la fecha y el monto del pago de título de depósito judicial que se hizo dentro del proceso ejecutivo de mayor cuantía

radicado bajo el número 2.010-00432 adelantado por el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó.

4.1.2.3. Se solicite al Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó copia auténtica integra y legible del proceso ejecutivo radicado bajo el número 2.010-00161, a efectos de que se pruebe la similitud del trámite que se le dio en relación con el proceso ejecutivo bajo el número 2.010-0432; así como el embargo de remanentes a favor de este último proceso.

4.1.2.4. Se solicite al Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó copia auténtica integra y legible del proceso ejecutivo radicado bajo el número 2.010-00432, a efectos de verificar el trámite que se le dio al proceso y evidenciar lo expuesto en el presente medio de control de Reparación Directa, esto es, la expedición de varias decisiones contrarias a derecho que constituyen error judicial y que produjeron un daño antijurídico a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó.

2. INTERROGATORIO DE PARTE: Se ordene escuchar en interrogatorio de parte en la audiencia de pruebas al doctor **JOSE MARTIN HINCAPIE ALVAREZ**, vecino y residente en la ciudad de Quibdó, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.362.790 de Tulúa, de profesión abogado, en su calidad de Administrador Temporal de la Secretaría Departamental de Educación del Chocó, a quien se le puede localizar en la carrera 4ª al lado de la casa de la cultura, o, en la carrera 1ª número 27-01, Barrio Roma de esta ciudad, teléfonos 3127747005 y 6717745.

Con este testimonio se pretende demostrar el conocimiento que se tuvo de la forma como se adelantó el proceso ejecutivo contractual radicado bajo el número 2.010-00432 en el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Quibdó, demandante Jesús Xavier Lozano Gómez y otros contra el departamento del Chocó y donde se decretó el embargo, retención y entrega de los recursos del Sistema General de Participaciones de la cuenta de ahorro número **066.11461-2 FIDUPREVISORA S.A. EFP MEN SGP 028 SECTOR EDUCACION** y la cuenta corriente número o **066.06111 FIDUPREVISORA S.A. MEM SGP 028 SECTOR EDUCACION**.

Con dicho testimonio se acreditará o probará el pago que el Ministerio de Educación hiciera, a través de la Gobernación del Chocó, hiciera a la Diócesis de

Quibdó, de la totalidad del contrato de prestación de servicios educativos a la Diócesis de Quibdó, y, en consecuencia, el embargo que de las cuentas del encargo fiduciario hiciera el Juzgado Primero Administrativo del Chocó dentro del proceso ejecutivo laboral, radicado 2.010-00432 fue ilegal.

Igualmente, se demostrará la afectación y/o los perjuicios que con dicho embargo se produjo a la prestación del servicio educativo en el departamento del Chocó durante la vigencia del año 2.010.

V. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la ley 270 de 1.996 – Estatutaria de la Administración de Justicia -; en concordancia con el numeral 6º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2.011 -, así como lo expuesto por el Honorable Contencioso Administrativo, cuando la acción se derive del error judicial y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, conocen en primera instancia los Tribunales Contencioso Administrativos sin consideración de la cuantía.²⁹

VI. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

Atendiendo la naturaleza de la acción contenciosa que se instauraría en caso de resultar fallida la conciliación que se pretende sería la Reparación Directa, no se requiere el agotamiento de la vía gubernativa.

VII. DEL AGOTAMIENTO DE LA CONCILIACION PREJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 09 de diciembre de 2.010, expediente número 200501105-01-(38130), Consejero Ponente doctor Hernán Andrade Rincón.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 3º y 37, inciso 1º de la ley 640 de 2.001; el artículo 6º del Decreto 2.511 de 1.998; el artículo 13 de la ley 1285 de 2.009 que crea el artículo 42 A de la Ley 270 de 1.996, reglamentado a su vez por el Decreto número 1716 del 14 de mayo de 2.009, en el presente evento se radicó ante la Procuraduría Judicial Administrativa II de Quibdó solicitud de conciliación prejudicial, realizándose la audiencia el día 14 de marzo de 2.013, y, por falta de ánimo conciliatorio de la entidad demandada, la misma se declaró fallida.

VIII. VINCULACION DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 610 y para los efectos del artículo 612 del Código General del Proceso – Ley 1564 de 2.012 -, el presente medio de control de Reparación Directa se allega en medio magnético.

IX. ANEXOS

Me permito anexar el poder otorgado para presentar este medio de control de Reparación Directa por parte del Administrador Temporal de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, junto con los documentos que acreditan tal condición, así como los documentos relacionados en el acápite de las pruebas allegadas.

IX. NOTIFICACIONES

- La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial - puede ser notificada en la Calle 72 número 7-96 de la ciudad de Bogotá.
- Al suscrito en mi oficina ubicada en la calle 26 número 7-29, oficina 304, Barrio Alameda Reyes, teléfonos 6722432 y 3164918974.

De los señores Magistrados.

Cordialmente,

RUBEN DARIO SANCHEZ HERRERA

C.C. No. 11.433 836 de Facatativá – Cundinamarca –
Tarjeta Profesional de Abogado Número 60.707 C.S.J.