

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca

Informe Secretarial: Arauca (A), 7 de mayo de 2020, en la fecha paso al Despacho del señor Juez el presente expediente para lo pertinente. Sírvase proveer.

Beatriz Adriana Vesga Villabona

Secretaría

Arauca (A), 11 de mayo de 2020

Expediente No. : 81-001-33-33-002-2019-00400-00
Demandante : Unión Temporal Bioparque Tame 2017
Demandado : Departamento de Arauca
Naturaleza : Conciliación extrajudicial

ANTECEDENTES

A través de apoderado judicial, la Unión Temporal Bioparque Tame 2017, el 17 de octubre de 2019, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales presentó solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la que correspondió a la Procuraduría 64 Judicial I para Asuntos Administrativos de Arauca (A), convocando al Departamento de Arauca, con el objeto de conciliar sobre lo siguiente:

PRETENSIONES

- “1. Que se alcance una liquidación del contrato de Consultoría No. 631 de 2017, como se plantea en esta convocatoria.
2. Que se cancele el saldo pendiente de pago dentro del contrato referido, por la suma de **CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL PESOS (\$188.307.000,00) M/cte.**
3. Que se reconozca los gastos en los que tuvo que incurrir el contratista para lograr la liquidación y el Pago del saldo adeudado, que se tasan en la suma de **VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000) M/cte**”. (negrillas del texto original).

HECHOS

Del escrito conciliatorio se extraen los siguientes:

- Mediante la Resolución No. 4948 de 2017, el Departamento de Arauca adjudicó al proponente Unión Temporal Bioparque Tame 2017 (conformada por GERENCIA EN OBRAS CIVILES S.A.S., GEINCIVILES S.A.S. y la CORPORACIÓN DEL TURISMO EMBRUJO LLANERO) el proceso de concurso de méritos CM-05-11-2017 del año 2017, cuyo objeto era “ESTUDIOS, DISEÑOS Y FORMULACIÓN DE PROYECTOS PARA EL MEJORAMIENTO Y OPORTUNIDAD DE LA INVERSIÓN EN EL DEPARTAMENTO DE

ARAUCA (ESTUDIO Y CONCEPTUALIZACIÓN PARA LA ESTRUCTURACIÓN DEL MODELO DE OPERACIÓN DEL PARQUE ECOTURÍSTICO DEL MUNICIPIO DE TAME)”.

- El 28 de diciembre de 2017, el Departamento de Arauca y la Unión Temporal Bioparque Tame suscribieron el contrato de consultoría No. 631, con el objeto contractual antes citado, con un plazo de 4 meses y por un valor de \$474.695.000,00 que serían pagados previa presentación de la orden de pago debidamente soportada por la entidad territorial de la siguiente forma:

Hasta un 70% del valor del contrato mediante actas parciales, según el avance porcentual del objeto. Para ello el contratista debía presentar el soporte de personal y equipos utilizados. De las actas parciales sería amortizado porcentualmente el valor entregado como anticipo (que podía ser de hasta 30% del valor total del contrato, previa constitución de la garantía que lo amparare, presentación del plan de inversión y aprobación por parte de la gerencia técnica de contratación).

El 30% neto restante del valor del contrato, se haría efectivo presentando un informe final de actividades con las respectivas evidencias, previa certificación del supervisor y cumplimiento de los requisitos exigidos para su pago, en el cual debería verificarse la amortización en el 100% del valor entregado como anticipo; pago que sería cancelado por la entidad a la suscripción del acta de liquidación.

- El manejo del anticipo, se dio conforme lo estipula el contrato, de acuerdo a los términos antes indicados, que fueron acordados desde el 27 de febrero de 2018 por \$142.408.500,00, valor que se desembolsó a favor del contratista.

- Se constituyó la póliza de garantía única de seguros de cumplimiento a favor del Departamento de Arauca, con la Aseguradora Confianza con No GU71640 del 29 de diciembre de 2017, siendo certificada sus constitución, aceptación y aprobación por el Gerente de Contratación del Departamento de Arauca, con los siguientes amparos:

Amparos	Fecha de cubrimiento
Cumplimiento del contrato	Desde el 28-12-2017 hasta el 29-10-2018
Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones	Desde el 28-12-2017 hasta el 29-04-2021
Calidad del servicio	Desde el 28-12-2017 hasta el 29-04-2018
Buen manejo y correcta inversión del anticipo	Desde el 28-12-2017 hasta el 29-10-2018

- El 29 de diciembre de 2017 se suscribió el acta de inicio del contrato en comento.

- El 23 de abril de 2018, se aprobó la primera acta parcial, con un porcentaje de cumplimiento del 43% por un valor de \$143.979.500,00 y con una amortización del anticipo por la suma de \$61.705.500,00.

- El 30 de abril de 2018, se terminó el contrato de consultoría No. 631 de 2017, con la entrega al supervisor del informe final ejecutivo, con el contenido producido y la descripción de cada ítem.

- El contrato de consultoría No. 631 de 2017 no ha sido liquidado, ni se ha pagado al contratista el saldo que afirma es adeudado.

- La Oficina Asesora Jurídica del Departamento de Arauca adelanta procedimiento para la imposición de sanción por el incumplimiento del contrato No. 631 de 2017.

Del trámite conciliatorio

Una vez llegada la fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial, esto es, el 14 de noviembre y el 3 de diciembre de 2019 (ff. 151, 160 vto-162), la parte convocante manifestó sus pretensiones en igual sentido a como fueron transcritas previamente en esta providencia.

Por su parte, la entidad convocada, en la audiencia del 3 de diciembre de 2019 propuso el siguiente acuerdo:

“En virtud de la convocatoria hecha, los miembros del comité de conciliación en sesión del 20 de noviembre de 2019, contenida en acta 025 los miembros del comité de conciliación consideran que es viable conciliar bajo las siguientes condiciones: **Primero.** Se designará un nuevo liquidador. **Segundo.** Se determinará un plazo máximo de 30 días para la realización de la liquidación. **Tercero.** Que, si se determina que el contratista incurrió en algún incumplimiento, se sancionará y se pagará lo ejecutado, previa compensación de conformidad con la norma. **Cuarto.** Que no se reconocerán gastos procesales ni ningún tipo de emolumentos, solo los valores adeudados producto de la liquidación del contrato”. (negrillas del texto original).

Frente a esta propuesta, el apoderado de la parte convocante, manifestó lo siguiente:

“**Primero.** Que efectivamente se designe un liquidador para liquidar lo planteado en la convocatoria. **Segundo.** En lo atinente al plazo, propongo máximo quince días, a fin de que se determinen resultados: frente al numeral tercero de la sugerencia de conciliación obviamente es una responsabilidad de la administración la cual no entro a discutir. En cuanto al numeral cuarto es evidente la sugerencia de los gastos basados en la dilación en que ha incurrido la administración Departamental, al no haber liquidado el contrato referido en los términos legales para tal procedimiento obligando al contratista a contratar a profesionales en el Derecho y a trasladarlos desde su sede a la sede del Gobierno Departamental para presentar la propuesta final.

De lo anterior, se corrió traslado al apoderado del Departamento de Arauca, quien reiteró lo dicho por el comité. A su vez, el apoderado del convocante se pronunció nuevamente manifestando que reiteraba lo dicho en el numeral 3° de su intervención.

Finalmente, el Agente del Misterio Público, solicitó la aprobación o improbación del acuerdo parcial, salvo mejor criterio, pues observa que el asunto es conciliable, que cumple con los siguientes requisitos: (i) El eventual medio de control no ha caducado. (ii) el acuerdo versa sobre un conflicto particular y contenido patrimonial disponible para las partes. (iii) Las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tienen poder para conciliar. (iv) Obran en el expediente las pruebas necesarias que justifican el acuerdo. (v) El presente acuerdo no es lesivo para el patrimonio público.

CONSIDERACIONES

Marco normativo

El artículo 64 de la Ley 446 de 1998, incorporado en el Decreto 1818 de 1998 artículo 1, establece que la Conciliación:

“es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

Igualmente, el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, incorporado en el Decreto 1818 de 1998 artículo 56, preceptúa que las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial:

“(…) sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. (...)”.

A su vez el artículo 80 ibídem, señala que:

“Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes individual o conjuntamente, podrán formular solicitud de conciliación prejudicial, al Agente del Ministerio Público asignado al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de aquellas (...)”.

Aunado a lo anterior, el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al referirse a los requisitos previos para demandar, dispone en su numeral primero:

“(…) cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales (...)”

De las normas transcritas se deduce, que los asuntos que pueden conciliarse en la etapa extrajudicial, deben ser aquellos cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción contencioso administrativo, mediante el ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, que son las reguladas en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo requisitos que se deben cumplir a efectos de aprobar a los acuerdos conciliatorios, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre los mismos, enlistados así¹:

1. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes.
2. Que las entidades estén debidamente representadas y que los apoderados que actúen en representación de las mismas cuenten con facultad expresa para conciliar.
3. Que el medio de control por el que sea tramitado el asunto no tenga caducidad.
4. Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrojado a la actuación.

¹ Auto del 21 de octubre de 2004. M.P. Germán Rodríguez Villamizar, Radicado: 2002-2507-01 (25140), Actor: Seguros Liberty S.A., demandado: Empresa Inmobiliario Cundinamarquesa.

5. Que el acuerdo conciliatorio se ajuste al ordenamiento legal y no vulnere ninguna norma jurídica.
6. Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración.

No obstante esos requisitos solo se analizarán sobre la base de la existencia de un acuerdo conciliatorio. En caso contrario, resultaría fútil estudiarlos.

Del caso concreto.

- Entre el Departamento de Arauca y la Unión Temporal Bioparque Tame se suscribió el Contrato de consultoría No. 631 del 28 de diciembre 2017, cuyo objeto fue hacer “ESTUDIOS, DISEÑOS Y FORMULACIÓN DE PROYECTOS PARA EL MEJORAMIENTO Y OPORTUNIDAD DE LA INVERSIÓN EN EL DEPARTAMENTO DE ARAUCA (ESTUDIO Y CONCEPTUALIZACIÓN PARA LA ESTRUCTURACIÓN DEL MODELO DE OPERACIÓN DEL PARQUE ECOTURÍSTICO DEL MUNICIPIO DE TAME)”, con un plazo de 4 meses y un valor de \$474.695.000,00 que serían pagados previa presentación de la orden de pago debidamente soportada por la entidad territorial de la siguiente forma:

Hasta un 70% del valor del contrato, mediante actas parciales, según el avance porcentual del objeto, en las cuales podría ser amortizado porcentualmente el valor entregado como anticipo (que podía ser de hasta 30% del valor total del contrato, previa constitución de la garantía que lo ampare, presentación del plan de inversión y aprobación por parte de la gerencia técnica de contratación) El 30% restante del valor se haría efectivo presentando un informe final de actividades con las respectivas evidencias, previa certificación del supervisor y cumplimiento de los requisitos exigidos para su pago, en el cual debería verificarse la amortización del 100% del valor entregado como anticipo; pago que sería realizado por la entidad al momento de la suscripción del acta de liquidación.

- Sobre la liquidación del contrato se pactó que se haría entre las partes al cumplimiento de su objeto, o más tardar dentro de los 4 meses siguientes a partir de la fecha del vencimiento del plazo contractual o de la expedición del actor administrativo que ordene su terminación.

- Para la supervisión del contrato se designó a la Secretaría de Planeación Departamental (ff. 28-33).

- Póliza de garantía única de seguros de cumplimiento en favor del Departamento de Arauca suscrita con la compañía de seguros – Confianza con el No. 12 GU071640 del 29 de diciembre de 2017, constituida para garantizar las obligaciones del contratista dentro del contrato No. 631 de 2017 y certificación del Gerente de Contratación del Departamento de Arauca del 29 de diciembre de 2017, en la cual se acepta dicha póliza (ff. 34-35), así:

Amparos	Vigencia	
	Desde	Hasta
Cumplimiento del contrato	28-12-2017	29-10-2018
Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones	28-12-2017	29-04-2021
Calidad del servicio	28-12-2017	29-04-2018
Buen manejo y correcta inversión del anticipo	28-12-2017	29-10-2018

- Acta de inicio del contrato de consultoría No. 631 de 2017. Suscrita el 29 de diciembre de 2017 (fecha de inicio) y donde se indica que su fecha de terminación sería el 30 de abril de 2018 (f. 37).

- Plan de inversión del anticipo, acta de anticipo del contrato de consultoría No. 631 de 2017 y comprobante de egreso No. 2017-07161. El 27 de febrero de 2018, el Departamento de Arauca entregó al contratista un 30% del valor del contrato como anticipo, por la suma de \$142.408.500,00, los cuales fueron consignados en la cuenta dispuesta por el contratista (ff. 36, 39-41).

- Informes ejecutivos del contratista y del supervisor; acta parcial del contrato de consultoría No. 631 de 2017. Teniendo en cuenta estos informes y sus anexos, el 23 de abril de 2018, se aprobó la primera acta parcial, con un porcentaje de cumplimiento del 43% por un valor de \$143.979.500,00 y con una amortización del anticipo por la suma de \$61.705.500,00 (ff. 42-50, 82-89).

- Informes ejecutivo del contratista y del supervisor. El 30 de abril de 2018 terminó la ejecución del contrato de consultoría No. 631 de 2017. Se observa en esa documentación que la Unión Temporal Bioparque presentó el 57% restante de las actividades, de lo cual se desprende una ejecución satisfactoria de acuerdo con lo pactado en la minuta contractual, por lo cual finalmente el supervisor autorizó el pago final por la suma de \$188.307.000 (ff. 90-133).

- Certificación del supervisor del contrato de consultoría No. 631 de 2017, donde se indica que el contratista está a paz y salvo con el personal que laboró para el cumplimiento de las obligaciones contractuales (f. 134).

- Acta de recibo final del 30 de abril de 2018. Solo cuenta con la firma del contratista (f. 135).

- Minuta acta liquidación bilateral del contrato de consultoría No. 631 de 2017 (ff. 136-140).

Puntualizado lo anterior, observa el Despacho que si bien la documentación que reposa en el expediente permite identificar las condiciones pactadas entre las partes en el contrato No. 631 de 2017 (objeto, valor, plazo, obligaciones, liquidación, entre otras), el porcentaje de cumplimiento del contratista, así como los pagos realizados por el contratante y la labor de supervisión realizada; las partes en realidad no llegaron a ningún acuerdo conciliatorio con efectos jurídicos. Además, hubo materias que fueron objeto de acuerdo en la procuraduría, pero eran asuntos que no eran propiamente conciliables porque no zanjaban un conflicto económico y no consistían en obligaciones exigibles.

Frente a las pretensiones de la parte convocante, la propuesta del Comité de Conciliación de la entidad fue designar un nuevo liquidador con el fin de liquidar

el contrato 631 de 2017; situación en la cual hubo acuerdo. Sin embargo, como quiera que condicionó esa labor al término de 30 días; plazo que no fue aceptado por el convocante, quien propuso 15 días para llevar a cabo esa actividad, el cual fue rechazado por el apoderado del Departamento de Arauca, quien se mantuvo en lo dicho por el Comité, es evidente que en este punto no se logró acuerdo.

En estas condiciones, al no existir acuerdo conciliatorio, por sustracción de materia no puede el despacho efectuar un control de legalidad, puesto que si lo hace, sería sobre algo inexistente jurídicamente. Adicional a ello, la designación de liquidador no constituye la liquidación misma y no zanja el conflicto económico que plantea el convocante. Por ello, no se trata de un asunto conciliable por carácter de carácter económico, sino más bien, de un mecanismo al que las partes pueden acudir, en virtud de su autonomía y libertad de negociación, para liquidar el contrato.

Respecto a la imposición de una sanción al contratista, si se llegare a determinar que incurrió en incumplimiento y pagar lo ejecutado previa compensación de conformidad con la norma. Fueron propuestas que la entidad convocada hizo, y que el convocante no se opuso, razón por la que podría decirse que hubo acuerdo.

Sin embargo, claramente estos no son asuntos conciliables. Primero, la facultad sancionatoria de la administración es una prerrogativa otorgada por la ley, no se trata de una cuestión determinable o que sean un derecho disponible por las partes. Por ello queda excluida de ser objeto de conciliación. Respecto de una sanción propiamente dicha, de contenido pecuniario concretamente, sí podría ser posible un acuerdo conciliatorio. Pero este no es el caso que llama la atención del despacho.

En segundo lugar, el pago que propone la entidad carece de concreción en cuanto a su obligación, el valor y el plazo. En efecto, la obligación de pagar lo supedita a lo que se determine, infiere el despacho que de la liquidación del contrato que se haga; el valor a pagar no es concretizado porque lo hace pender de lo que ordene la ley (infiere también el despacho que se trata de lo que surja en la liquidación) y el plazo no está definido. De modo que, la obligación de pago dependerá del resultado de la liquidación, es decir no es exigible.

De cara a la propuesta de la entidad de no reconocer gastos procesales ni ningún tipo de emolumentos, solo los valores adeudados producto de la liquidación del contrato. Tampoco es predicable la existencia de un acuerdo conciliatorio en la medida que el convocante manifestó: *“(...) es evidente la sugerencia de los gastos basados en la dilación en que ha incurrido la administración Departamental, al no haber liquidado el contrato referido en los términos legales para tal procedimiento obligando al contratista a contratar a profesionales en el Derecho y a trasladarlos desde su sede a la sede del Gobierno Departamental para presentar la propuesta final.”*

No se desprende ello, un sentido inequívoco del convocante frente a aceptar o no la propuesta, por el contrario, lo que expresa es una inconformidad con la propuesta hecha. Por eso, no puede interpretar el Despacho que aquel la haya aceptado.

Por todo lo expuesto, respecto al asunto referido en párrafos precedentes sobre el cual hubo acuerdo, se negará su aprobación.

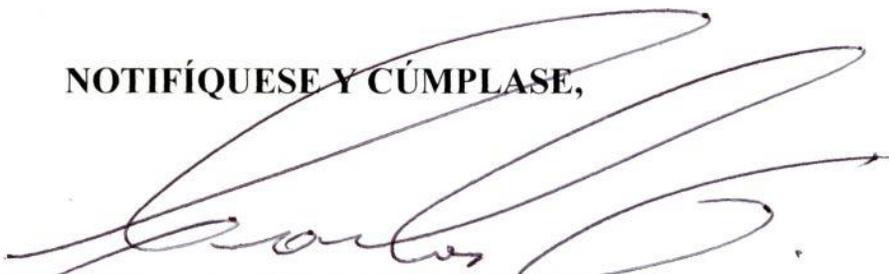
En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca,

RESUELVE:

PRIMERO: NO APROBAR el acuerdo conciliatorio parcial extrajudicial, al que llegaron las partes en la audiencia del 3 de diciembre de 2019 celebrada en la Procuraduría 64 Judicial I para Asuntos Administrativos de Arauca, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese la actuación y devuélvanse los documentos originales presentados por las partes, previo desglose de los mismos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez

