



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

Florencia, 30 de junio 2020

ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE	ALLIANZ SEGUROS SA
DEMANDADO	NACIÓN-CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
RADICACIÓN	18001-33-33-004-2017-00499-00
SENTENCIA Nº.	59-06-237-2020

1. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia Caquetá sobre el fondo del asunto.

2. LA DEMANDA (F. 176-204C.1).

ALLIANZ SEGUROS SA, actuando por intermedio de apoderado judicial demanda a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL CAQUETÁ, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, con el fin que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Auto Núm. 01216 expedido por el Contralor General de la Republica que resolvió el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal Núm. 2014-05233_80183-266-03-889, revocó parcialmente el artículo 1 del Fallo con Responsabilidad Fiscal de única instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016 y confirmó todo lo demás.
2. Auto Núm. 179 del 8 de septiembre de 2016, mediante el cual la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAQUETÁ confirmó en todas sus partes el Fallo con Responsabilidad Fiscal de única instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016.
3. El Fallo con Responsabilidad Fiscal de única instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016, proferido por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAQUETÁ.

Y como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, abstenerse de ordenar a la entidad accionada abstenerse de iniciar el cobro coactivo en contra de ALLIANZ SEGUROS SA y, en el evento de haberse iniciado o que la mencionada aseguradora haya efectuado el pago, se ordene a LA NACIÓN-CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA reembolsar a ALLIANZ SEGUROS S.A., la suma que esta le haya pagado (más su respectiva indexación y los intereses a que hubiere lugar) a la primera, en cumplimiento de los actos administrativos aquí acusados.

Finalmente solicita se ordene que se dé cumplimiento a la sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

2.1. Hechos.

Que, el Municipio de San Vicente del Caguán suscribió el Convenio Núm. 023 del 28 de junio de 2011 con la empresa GASDICOM S.A. E.S.P., cuyo cumplimiento fue amparado por el contrato de fianza Núm. 3155 del 6 de diciembre de 2011, celebrado entre AFIANCOL S.A. y el contratista GASDICOM S.A. E.S.P.

Que, en desarrollo del mencionado convenio, GADISCOM S.A. E.S.P. celebró con el señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ el contrato de obra civil Núm. CR-GAS 002 del 7 de mayo de 2012, que fue amparado por la póliza de cumplimiento en favor de particulares Núm. 021140443, expedida por A FAVOR DE ENTIDADES PARTICULARES de la aseguradora COLSEGUROS (hoy ALLIANZ SEGUROS S.A.).

Que, en Auto de apertura e imputación de Núm. 187 del 27 de agosto de 2014 la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAQUETÁ inició el proceso de responsabilidad fiscal Núm. 2014-05233_80183-266-03-889, por el presunto incumplimiento del Convenio 023 del 28 de junio de 2011 porque en desarrollo del objeto contractual de este convenio, la Sociedad GASDICOM S.A. E.P.S., suscribió Contrato de Obra Civil No. CR-GAS 002 de 2012, con el Señor Leonel Charry Martínez, para la construcción de la Estación de Descompresión, Regulación y Medición y el encerramiento del lote donde se instalaría el City Gate.

Que, en ese mismo auto, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAQUETÁ dispuso vincular al proceso de responsabilidad fiscal, como tercero civilmente responsable, a ALLIANZ SEGUROS S.A., en virtud de la expedición de la PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE PARTICULARES Núm. CPAR 1070, cuyo tomador es el señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ, y a AFIANCOL S.A., en virtud del contrato de fianza Núm. 3155, cuyo afianzado era GASDICOM S.A. E.S.P.

Que, en el Fallo con Responsabilidad Fiscal de única instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAQUETÁ, determinó que los presuntos responsables eran fiscalmente responsables, ordenó incorporar a esa decisión la póliza de cumplimiento en favor de particulares Núm. CPAR 1070, expedida por ALLIANZ SEGUROS S.A., que ampara el contrato de obra civil Núm. CR-GAS 002 del 7 de mayo de 2012, y ordenó la desvinculación de AFIANCOL S.A., como fiador del Convenio Núm. 023 del 28 de junio de 2011.

Que, el 17 de mayo de 2016 el apoderado de ALLIANZ SEGUROS S.A. interpuso el recurso de reposición contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal de única instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016, el cual fue resuelto a través del auto No. 179 del 8 de septiembre de 2016, confirmándose en todas sus partes el Fallo con Responsabilidad Fiscal de única instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016.

Que mediante Auto Núm. 01216, LA NACIÓN-CONTRALORÍA GENERAL DEL LA REPÚBLICA, que resolvió el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal Núm. 2014-05233_80183-266-03-889, revocó parcialmente el artículo 1 del Fallo con Responsabilidad Fiscal de única instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016 y confirmó todo lo demás, quedando ejecutoriado el día 10/11/2016.

2.2. Normas vulneradas.

- Constitución Política, artículos 29 y 209.
- Ley 610/2003, artículos 23, 44 y 53.
- CPACA, artículos 3, 42, 53, 54, 57, 67 y 104.
- Código de Comercio, artículos 1037 y 1047

2.3. Concepto de vulneración.

Propone como cargos de nulidad en contra de los actos administrativos demandados la vulneración del debido proceso, artículo 29 de la Constitución, violación del principio de legalidad por falsa motivación, contrayéndose a determinar que la entidad demandada no tenía sustento jurídico para vincular a la compañía aseguradora al juicio con responsabilidad fiscal adelantado por el incumplimiento del contrato CR-GAS 002 del 7 de mayo de 2012, que fue amparado por la póliza de cumplimiento en favor de particulares Núm. 021140443, expedida a favor de entidades particulares por la aseguradora COLSEGUROS (hoy ALLIANZ SEGUROS S.A.), pues dicha vinculación y ejecución de la póliza de cumplimiento vulneró el principio de legalidad por falsa motivación que ampara los actos demandados.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Fl. 216-221)

Manifiesta oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenas que reclama la parte actora, dado que carecen de fundamento factico y jurídico.

En relación con los cargos de nulidad aducidos por la parte actora señala:

.-Violación al principio de legalidad por falsa motivación: que de acuerdo con el recuento factico del daño fiscal detectado por la Contraloría General de la República, se observa que los valores recibidos en calidad de anticipo por el señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ y en virtud del contrato de obra civil número se CR-GAS 002 del 7 de mayo de 2012 nunca perdieron la calidad en dineros públicos y por tanto era perfectamente viable que si ese dinero se encontraban señalados en la cobertura de la póliza incorporada al proceso de responsabilidad fiscal se procediera a hacer efectiva la garantía de ésta.

Que si bien la póliza afecta en el produce responsabilidad fiscal, obedece a una póliza entre particulares, se evidenció que la misma No. 0211-4044 30 garantizaba el cumplimiento del contrato CR-GAS 002/2012, suscrito entre GASDICON SA y el señor CHARRY MARTÍNEZ, con dineros públicos entregados a GASDICON SA, por concepto de anticipo para la ejecución del convenio N. 023 de 2011 cuyo objeto consistía en la “construcción masificación de gas natural comprimido para usuarios de menores ingresos en la zona urbana del municipio San Vicente del Caguán”, obra que fue objeto de auditoría por parte de la Gerencia Caquetá, encontrándose que ésta no había sido ejecutada.

Aduce que dentro de la actuación administrativa fue plenamente probado que los dineros destinados GASDICON S.A. para la construcción de la mencionada obra, eran recursos públicos del Orden Nacional los cuales se hacían parte del anticipo entregado a GASDICON SA parte del municipio en virtud del convenio No. 023-2011, siendo claro que la póliza No.021140443-0 expedida por la accionante no garantizaba las obligaciones derivadas del convenio número 023-2011 sin embargo la razón que se esbozó para afectar dicha póliza, a que si bien se amparaba un contrato civil entre particulares los dineros destinada a cancelar dicho contrato eran dineros públicos que GASDICON SA había recibido en la vigencia del año 2011, por concepto del convenio 023-2011.

Indica que se constató que en la cláusula séptima el mencionado convenio se estipuló:

“Cláusula séptima: naturaleza administración y gerencia de los recursos el manejo de la administración general de los recursos entregados por el municipio estará cargo de GASDICON SA, de acuerdo a lo consagrado en las normas presupuestales y contables y GASDICON SA ESP (...).”

Señala que a través del contrato de obra civil número de No. CR-GAS 002 del 7 de mayo de 2012 el señor Charry Martínez se comprometió a llevar a cabo la construcción de la obra y para ello le fue girado un anticipo por parte de GASDICON SA, dinero que hacía aparte a su vez, de los dineros girados por el Municipio, siendo estos dineros públicos provenientes del orden nacional, y por tanto éstos nunca perdieron la calidad de dineros públicos, así se hubiesen entregado al señor CHARRY MARTÍNEZ.

.-Violación del principio del debido proceso por aplicación indebida de los artículos 44 de la ley 610/2 1010 37 y 1047 del Código de Comercio.

Reitera que en efecto no existe una póliza expedida por ALLIANZ SEGUROS S.A. que tuviera como objeto garantizar las obligaciones contraídas por GASDECOM SA con el Municipio de San Vicente del Caguán en virtud del convenio No. 023 de 2011, como quiera que la póliza que se incorporó al proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio fue la expedida por ALLIANZ SEGUROS SA en virtud del contrato obra civil suscrito entre GASDECOM como administrador de recursos públicos y el señor CHARRY MARTÍNEZ.

Indica que pretende el actor que respecto del daño fiscal detectado por la Contraloría General de la República consistente en la no ejecución de obras civiles cuya obligación residía en primera instancia en GASDECOM SA, pero que fueron tercerizadas a través del señor CHARRY MARTÍNEZ este último no concurra a responder por dicho daño, en atención a la simple razón de su naturaleza particular.

Aduce que el señor CHARRY MARTÍNEZ se constituyó como gestor fiscal, lo anterior por cuanto la ley la jurisprudencia han establecido las responsabilidades que cumplen los contratistas del Estado en el manejo de bienes públicos y aunque si bien es claro que el señor CHARRY

MARTÍNEZ no contrato con entidad pública, si quedó claro que los dineros que reciben calidad de anticipo para la realización de una obra civil eran de carácter público y en consecuencia administrar y ejecutar dinero públicos se constituyó el gestor fiscal.

.-Aplicación indebida de los artículos 23 53 de la ley tiene 2000 respecto al cargo planteado por el demandante, el apoderado de la entidad reitera los argumentos expuestos en el cargo anterior como quiera que sean similares

.-Violación al debido proceso por violación del principio de publicidad de los actos administrativos.

Señala que atendiendo lo dispuesto en el literal a del artículo 104 de la ley 14 74 2011 se determinan claramente cuáles son las provincias susceptibles de notificación personal dentro del proceso verbal, dentro de las providencias señaladas no se encuentra contemplada la corresponde al auto número 01216 del 25/10/2016 por medio del cual se resolvió el grado de consulta, por tanto la misma fue notificada mediante estado, y al establecerse que el proceso adelantado correspondía a uno de responsabilidad fiscal de única instancia, la providencia susceptible de notificar personalmente, era la que resolvía el recurso de reposición, por lo tanto, indica que el cargo no debe prosperar.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte Actora¹.

Reitera de manera íntegra los hechos y las pretensiones del libelo demandatorio, manifestando que se encuentran probados las situaciones fácticas y jurídicas y por tanto solicita se accedan a las pretensiones de la demanda.

4.2. Entidad demandada.

Guardó silencio en esta etapa procesal, según constancia secretarial, obrante a folio 249 del expediente.

4.3. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio en esta etapa procesal, según constancia secretarial, obrante a folio 249 del expediente.

5. CONSIDERACIONES.

5.1. Competencia.

Este Despacho es competente para dirimir en derecho el presente litigio, en razón a la naturaleza de los hechos, el último lugar de la prestación del servicio, y la cuantía del asunto, de conformidad con los artículos 155, 156 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-. (Ley 1347 de 2011).

5.2. Problema Jurídico.

¿Determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados emitidos por la Contraloría General de la República, por medio de los cuales se incorporó al fallo con responsabilidad fiscal la Póliza de Cumplimiento en favor de particulares No. CPAR 10701 expedida por la aseguradora ALLIANZ SEGUROS SA, en la cual se amparan lo riesgos como el buen manejo y correcta aplicación del anticipo del contrato de obra civil CR GAS 002 de 2012, en su calidad de tercero civilmente responsable?

5.3. Marco Jurídico y Jurisprudencial de la contratación estatal en Colombia.

Respecto, de la contratación estatal, la Corte Constitucional², destacó:

¹ Folio 243-248 del expediente

² Sentencia C-618/2012

“La contratación estatal y sus finalidades

Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y, “en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.”

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares.”

El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas.

Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos,^[9] colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines.

En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. De ahí, que el objetivo central del Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, haya sido precisamente “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”; y el de la ley que lo reforma, Ley 1150 de 2007, “introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.” La exposición de motivos del proyecto de ley de origen gubernamental que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala claramente su intención de realizar ajustes a la ley 80 de 1993, con el objeto de introducir medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción.

Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante directrices que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las entidades estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran.”

Por su parte, la Ley 80/1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 32, estableció o determinó el tipo de contratos estatales, señalando:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. <Ver Notas del Editor> Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1o. Contrato de Obra.

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

«*Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007*» En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o ~~concurso~~ públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto. (...)”

Así mismo, y respecto los contratos estatales, en especial el de obra pública, el Consejo de Estado³, indicó:

“CONTRATO DE OBRA – Objeto. Finalidad / CONTRATO DE OBRA - Actividad realizada sobre bienes inmuebles. Criterio restrictivo El numeral 1º del artículo 32 del ECE, define el contrato de obra como aquél cuyo objeto es la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Debe entenderse necesariamente que la parte contratante corresponde a una entidad estatal, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la ley 80 de 1993. (...) El legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles. La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993. El legislador acogió entonces el criterio restrictivo de obra pública, que se diferencia del concepto más amplio, también reconocido en la doctrina comparada, del “trabajo público”, y lo limitó a un trabajo material sobre bienes inmuebles. (...) El contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común.” (Negrilla fuera del texto original)

En consecuencia, de lo anterior, procederá el Despacho a estudiar el caso concreto y determinar si la entidad demandada incurrió en las causales de nulidad indicadas por la parte actora y en consecuencia hay lugar a ordenar la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, y excluir de la ejecución la póliza No. 021140443/0 y/o CPAR 1071 de fecha 12/09/2012, siendo tomador el señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ y beneficiario –asegurado GADISCOM SA ESP, en virtud del contrato de obra civil entre particulares No. CR-GAS 002, expedida por la ASEGURADORA COLSEGUROS hoy ALLIANZ SEGUROS S.A.

5.4. Caso Concreto

Al respecto, pretende la parte actora se declare la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, contentivos del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República, en el cual se declaró como responsable fiscal al señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ y se vinculó como llamado en garantía a la ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS, y se ordenó incorporar al fallo fiscal la póliza de cumplimiento en favor de particulares No. CAR-10714 y/o No. 021140443/0, expedida por dicha entidad, en virtud del contrato de obra civil entre particulares, al considerar que dicha póliza no era garantía en favor del Municipio de San Vicente del Caguán, ni del Convenio No. 023, suscrito entre éste y la entidad GASDICOM S.A., insistiendo en que la misma amparaba era un contrato de obra civil y no de obra estatal.

Por su parte, la entidad demandada, aduce, que la póliza de cumplimiento se incorporó al fallo fiscal al considerar que el dinero que se entregó al señor CHARRY MARTÍNEZ era de carácter público, pues fue entregado por GASDICOM S.A. quien había suscrito el Convenio No. 023 de 2011 con el Municipio para la “Construcción de una Red de Gas Natural Comprimido y

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)
Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386)

Conexiones de Usuarios de menores ingresos en el Municipio de San Vicente del Caguán.”

De conformidad con el material probatorio recaudado, quedó demostrado lo siguiente:

.-Que el señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ, suscribió con la empresa GASDICOM SA ESP, contrato de obra civil No. CR-GAS 002 el día 07/05/2012, con el objeto de efectuar la “CONSTRUCCIÓN ESTACION DE DESCOMPRESION Y REGULACION Y MEDICIÓN DEL MUNICIPIO SAN VICENTE DEL CAGUAN-CAQUETA”. (CD Carpeta No. 7- archivo 184, folio 225 del expediente).

.-Que en virtud de dicho contrato, el señor LEONEL CHAVARRO MARTÍNEZ suscribió la póliza⁵ de contrato de obra a favor de entidades particulares No. CPAR 10701, con la ASEGURADORA COLSEGUROS, hoy ALLIANZ SEGUROS SA, cuyo asegurado y beneficiario era GASDICOM SA ESP, y el objeto del mismo, consistió en:

“garantizar el cumplimiento y bien anejo y correcta inversión del anticipo, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y estabilidad y calidad de la obra del contrato de obra civil No. CR-GAS 002, el cual tiene por objeto: “El contratista en forma independiente y con plena autonomía directiva, administrativa, técnica y laboral, constituirá para la empresa bajo la modalidad de ítem establecidos bajo la modalidad de precios globales, la construcción de la estación de descompresión, regulación y medición y al igual que el encerramiento del lote, donde se instalará el City Gate, para el Municipio de San Vicente del Caguan”.

.-Que en razón al incumplimiento del contrato de obra civil No. CR-GAS 002, la Contraloría General de la República- Territorial Caquetá, inició proceso de responsabilidad fiscal, hallando responsable al señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ y como consecuencia de ello, llamó en garantía a la Aseguradora ALLIANZ SEGUROS e incorporó al fallo de primera instancia No. 000072 de fecha 03/05/2016 la póliza de cumplimiento en favor de particulares No. CPAR-10701, como tercera civilmente responsable por valor de \$111.977.367., decisión que fue confirmada por la Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República⁶, mediante auto No. 01216 del 25/10/2016.

Conforme lo anterior y atendiendo el problema jurídico planteado, el Despacho únicamente se pronunciará en relación con el llamamiento en garantía efectuado a la aseguradora ALLIANZ SEGUROS dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal No. 000072 y la exigibilidad de la póliza No. CPAR 10701, que amparaba el contrato de obra civil No. CR-GAS 002 el día 07/05/2012.

Así las cosas, se procederán a analizar los cargos endilgados a los actos administrativos demandados, así:

.- **Falsa motivación:** al respecto indica que la entidad demandada vulneró el principio de legalidad por falsa motivación, atendiendo que la accionada no tenía sustento jurídico para vincular a la compañía aseguradora al juicio con responsabilidad fiscal adelantado por el incumplimiento del contrato CR-GAS 002 del 7 de mayo de 2012, que fue amparado por la póliza de cumplimiento en favor de particulares Núm. 021140443, expedida a favor de entidades particulares por la aseguradora COLSEGUROS (hoy ALLIANZ SEGUROS S.A.), pues dicha vinculación y ejecución de la póliza de cumplimiento vulneró el principio de legalidad por falsa motivación que ampara los actos demandados.

Respecto a este cargo, el Consejo de Estado⁷, en pronunciamiento reciente, ha indicado:

“El Consejo de Estado ha considerado que la motivación de los actos administrativos constituye un elemento necesario para su validez; se trata de las circunstancias o razones de hecho y de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión.

⁵ Fol. 160-175 del expediente y carpeta No. 13 del CD visible a folio 227 del expediente.

⁶ Fol. 31-56 del expediente.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de fecha 12/12/2019, dentro del proceso radicado No. 25000-23-24-000-2009-00249-01, siendo CP HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Esta Sala de Sección, respecto de la motivación del acto como presupuesto de legalidad, ha considerado que “[...] la validez del acto administrativo depende, entre otros elementos, *de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado*, valga decir, *que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la toma de la decisión de que se trate*, y que se den en condiciones tales que conduzcan a adoptar una y no otra determinación, por lo que se trata de un requisito material, en cuanto *depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso [...]*” (Destacado fuera de texto).

Tal es la importancia de la motivación de los actos administrativos que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece que la nulidad de los actos procederá, entre otras, por falsa motivación. En ese orden de ideas, la inconsistencia entre las razones y afirmaciones del acto, respecto de los supuestos de hechos y derecho frente a la realidad o materialidad existente al momento de decidir, tienen la potencia suficiente para invalidar el acto por esta causal.

Sobre el particular, esta Sección, mediante sentencia de 11 de julio de 2019, consideró lo siguiente:

“[...] La motivación constituye, entonces, uno de los elementos esenciales o fundamentos de legalidad del acto administrativo, a tal punto que cuando se pretermite, o cuando se demuestra que las razones que sustentan la decisión no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida.

Ahora bien, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo, *conciérne a quien pretende desvirtuarlo por la causal de falsa motivación demostrar el vicio en el elemento causal de la decisión, es decir, la inexistencia o el error de los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición*o, en otras palabras, que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad [...]” (Destacado fuera de texto).

Lo anterior permite concluir que la falsa motivación constituye causal de nulidad de los actos administrativos y que, en todo caso, en virtud de la presunción de legalidad, quién alegue su configuración debe demostrar su ocurrencia.

Por último, esta misma Sección, mediante sentencia de 14 de abril de 2016, estableció cuáles son los eventos en que se configura la falsa motivación de los actos administrativos, al señalar que esta tiene lugar: “[...] cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión [...]”.

De conformidad con el aparte jurisprudencial tenemos que para la configuración de esta causal o vicio de nulidad el acto administrativo emitido por la administración debe inobservar la existencia de los fundamentos de hecho o derecho, es decir, que no estén suficientemente motivados, que sus fundamentos de hecho o derecho no estén ajustados a la realidad, y finalmente los motivos que sirven de fundamento del acto, no justifiquen la decisión de la administración.

Como el quid del asunto se centra en determinar si era posible o no hacer exigible la póliza de seguros No. CPAR 10701 que amparaba el contrato de obra civil No. CR-GAS 002, suscrito entre el señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ y la empresa GASDICOM ESA ESP, atendiendo que, en los argumentos esbozados por la parte actora, radica en que, al ser un contrato entre particulares, el asegurado no era el Municipio de San Vicente del Caguán, y, por tanto, ésta no está llamada a responder.

Para dar claridad al asunto, es necesario establecer la diferencia entre contrato estatal y contrato de obra civil, así:

Tal como se indicó en el marco jurídico y jurisprudencial, se tiene que el contrato de obra pública *“El contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar*

o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común.”
(Destacamos)

Por su parte, el contrato de obra civil, se define como un acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación, conforme lo establecido en los artículos 2053 a 2060 del Código Civil, así:

“ARTICULO 2053. <NATURALEZA DE LA CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL>. Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen.

(...)

ARTICULO 2060. <CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR PRECIO UNICO>. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.

3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, <sic 2057> inciso final.

4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.

5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario.”

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia⁸, en relación con el contrato de obra civil entre particulares, señaló:

“En coherencia con lo discurrido, pertinente resulta anotar que en el ámbito privado⁹, el contrato de obra civil tiene por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la

⁸ Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 18/12/2019, dentro del radicado No. 68755-31-03-001-2011-00101-01 (SC5568-2019), siendo MP el Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

⁹ Bajo el epígrafe de “arrendamiento de servicios inmateriales”, la codificación sustancial en lo civil, a partir del artículo 2064 y siguientes, denota el contrato de obra como aquél acto jurídico por el cual una persona asume para con otra, el compromiso de efectuar un trabajo material determinado, bajo un precio, sin que ello implique una relación de subordinación o de representación, destacando entonces, su carácter de consensual, siendo suficiente para su perfección, el solo acuerdo sobre las condiciones de la construcción y su pago. Así, “Obra” y “remuneración” como elementos coexistentes y axiales en esta índole de negocios jurídicos, en algunas ramas del derecho como el público, dan lugar al surgimiento de diversas clasificaciones, en especial, frente a la forma de pago de cómo se llegue a estipular, se puede hablar entonces, de contratos con “precio global”, “llave en mano”, “administración delegada”, “reembolso de gastos” y “precios unitarios” en los que en su mayor parte, se hace un estimativo inicial del precio para efectos presupuestales, pero el precio definitivo se concreta al concluirse el contrato.

*realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y remuneración*¹⁰. (Negrilla fuera del texto original).

En este último elemento, existen diferentes modalidades de pago del costo del negocio: (i) a precio global; (ii) a precios unitarios; y (iii) por administración delegada¹¹.

(i) En el primero, el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como subvención una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales.

(ii) En relación al segundo, la forma de retribución corresponde a unidades o cantidades de obra, y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar los montos de construcción ejecutados por el precio de cada una de ellos, obligándose el edificador-contratista a desarrollar las obras especificadas en el contrato¹².

La característica más notable de esta modalidad, la constituye el hecho de que el constructor se compromete, salvo expreso acuerdo en contrario, a sostener los precios unitarios originales estipulados para cada uno de los ítems de la obra realizada, aun cuando estos puedan sufrir alzas, riesgo que en la práctica puede recompensarse durante la ejecución o en la liquidación; o preverse, según las cláusulas de reajustes que, de común acuerdo, se pacten.

Dicho sistema, según lo han señalado algunos autores¹³, se compone de dos clases: “unidad simple” y “unidad en el conjunto”.

En el inicial, el contratista va ejecutando partes, unidades o piezas de la obra por un precio unitario determinado, sin establecerse el número a realizarse, en tanto, cada parte es independiente o separada. El constructor cumple su obligación entregando cualquier cantidad de tales unidades o piezas, cuyo precio unitario se convino dentro de cada trabajo a efectuar (terraplenamiento, mampostería, asfaltado, etc.).

En la “unidad en el conjunto”, la unicidad no es considerada como una obra independiente; por cuanto el conjunto total de la construcción, así como su valor total, es el que resulta integrado por la suma de unidades o partes”

De lo anterior, se evidencia que la diferencia existente entre el contrato estatal y contrato de obra civil entre particulares entre otras, recae directamente entre los sujetos que suscriben dicho acto jurídico o negocio jurídico, puesto que su objeto, es el mismo, la construcción, mantenimiento o adecuación de una obra, es decir, se configura contrato estatal, cuando una de las partes es una entidad del estado, y respecto al contrato de obra civil entre particulares, éste se configura cuando es suscritos por particulares, es decir, no interviene ninguna entidad estatal.

Así las cosas, y descendiendo al caso en concreto, observa el Despacho que efectivamente el contrato de obra civil No. CR-GAS 002 suscrito entre GASDICON S.A. E.S.P. y el señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ, era un contrato entre particulares y por ende este negocio jurídico debía ser resuelto por las leyes civiles, pues si se analiza dicho acto, en su contenido no se establece que éste sea en ejecución del Convenio No. 023 suscrito entre GASDICON SA ESP y el Municipio de San Vicente del Caguán, ni tampoco, que la Póliza de cumplimiento generada por la Aseguradora ALLIANZ SEGUROS (antes COLSEGUROS) CPAR 10701, amparara el cumplimiento del Convenio No. 023, que por su naturaleza es de contrato estatal.

Ahora bien, verificada la póliza de cumplimiento CPAR 10701, se evidencia que el objeto de ésta y sus cláusulas generales amparaban el cumplimiento del contrato de obra civil entre particulares CR-GAS 002, en cuyo objeto se estableció lo siguiente:

“garantizar el cumplimiento y bien anejo y correcta inversión del anticipo, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales y estabilidad y calidad de la obra del contrato de obra civil No. CR-GAS 002, el cual tiene por objeto: “El contratista en forma independiente y con plena autonomía directiva, administrativa, técnica y laboral, constituirá para la empresa bajo la modalidad de ítem establecidos bajo

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre 1999, exp. 10.929.

¹¹ En el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 *ibidem*) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Sobre este último elemento, es importante resaltar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que otrora indicaba el canon 82 del Decreto 222 de 1983. Ahora, si bien estas tipologías no fueron contempladas expresamente por la Ley 80 de 1993, esto no es obstáculo para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados no solo por la administración pública, sino por los particulares, por cuanto en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c).

¹² MARIENHOFF, M. “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, Tercera edición, Tomo III –B, Contratos Administrativos, pp. 543 y 544.

¹³ Ob, cit.

la modalidad de precios globales, la construcción de la estación de descompresión, regulación y medición y al igual que el encerramiento del lote, donde se instalará el City Gate, para el Municipio de San Vicente del Caguan”

Es decir, dicha póliza amparaba un acto o negocio jurídico entre particulares, mas no ningún negocio o acto contractual entre particulares con entidades del estado, y tampoco se puede asemejar que la garantía del buen manejo del anticipo se refería al otorgado por el Municipio de San Vicente del Caguan a la empresa GASDICOM SA ESP, en virtud del Convenio No. 023, atendiendo que dicha situación no quedó demostrada dentro del proceso.

Pues si bien, la entidad demandada argumenta el llamamiento en garantía de la ASEGURADORA ALLIZAN SEGUROS -antes ASEGURADORA COLSEGUROS-, y la efectividad de la póliza de cumplimiento CPAR 10701, al considerar que el dinero girado al señor LEONEL CHARRY MARTÍNEZ por GASDICOM S.A. E.S.P., eran dineros públicos, presumiendo que dicho anticipo se generó como consecuencia de la suscripción del Convenio No. 023, lo cierto es que, para el Despacho, no existe certeza de dicha situación y es necesario, traer a colación lo advertido por la Corte Suprema de Justicia¹⁴, al estudiar un asunto similar al que hoy se debate, así:

“El caso gira alrededor del patrimonio público, respecto de la gestión en la inversión de los fondos del programa oficial Agro Ingreso Seguro (AIS), para la construcción del distrito de riego de pequeña escala en las veredas Paramito, Roncancio Centro y Santo Domingo del municipio de Hato (Santander); y al reclamar la recurrente la protección de los derechos fundamentales a la «defensa» y, en general, a un «debido proceso», son circunstancias determinantes que compelen el ejercicio de la casación oficiosa por virtud del nuevo régimen procesal, determinando si en verdad el orden o el patrimonio público e encuentra comprometido.

Como se recuerda, la Oficina en Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura –IICA-, administradora de los dineros del mencionado plan, financió el costo de la citada obra, suscribiendo con Asudirhat, el Acuerdo de Financiamiento 1295 de 2008, mediante el cual éste se comprometía, previo a recibir el desembolso de los recursos, a contratar con un tercero (en el asunto fue Pavigas Ltda.), la construcción de una red de irrigación.

La polémica planteada en casación, entonces, se asocia con la administración de recursos públicos, esto es, con la gestión de un particular frente a la planeación, gasto e inversión en la edificación de una obra que perseguía la concreción de los fines estatales¹⁵, como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a una comunidad rural. Ello justifica la posibilidad de hacer justicia material frente a la protección del patrimonio público, el cual reviste mayor jerarquía, pues su vulneración redundaría en la afectación de todos los asociados¹⁶, con mayor razón, cuando del cargo deviene censura tocante con aquel.

(...),

Ningún juez del Estado Constitucional y Social de Derecho puede sustraerse de la observancia de los preceptos constitucionales, por cuanto de esa forma abdicaría de su propia investidura y se rebelaría derechamente contra ella. La norma de normas consagra derechos, principios y valores de aplicación mediata o inmediata en el desarrollo de los cometidos estatales, en la actividad judicial diaria y en la dinámica de lo privado y de lo público. Leyes, providencias judiciales y actos administrativos no pueden estar desentendidos de la Constitución, motivo por el cual, su incoherencia o contradicción formal o material con la Carta, compele su exclusión o expulsión del ordenamiento jurídico.

(...)

4.3.1. El origen público de los recursos relativos a su financiación, en efecto, no modifica su naturaleza jurídica civil, pues además de carecer de cláusulas exorbitantes, tanto las partes y la sociedad interventora, son sujetos privados. Además, la Nación (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural) y los organismos de control (vrg. Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación, etc.), no participaron directa

¹⁴ Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 18/12/2019, dentro del radicado No. 68755-31-03-001-2011-00101-01 (SC5568-2019), siendo MP el Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

¹⁵ Artículo 2 de la Constitución Política de 1991.

¹⁶ Sobre el punto, la Comisión Redactora del Código General del Proceso, expuso: “claro está que cuando pensamos en el recurso de casación como medio idóneo y eficaz para la uniformidad de la jurisprudencia, estamos viendo más allá de la concepción tradicional del recurso, que se apoyaba en formales principios de jerarquía y de “unidad de Control”, lleva a la cita de antecedentes jurisprudenciales de manera mecánica y fuera de contexto, para esculpir un recurso que fincado en el principio de igualdad permita la aplicación racional del precedente, donde la unidad de la jurisprudencia se obtiene no por la aplicación irreflexiva de la misma, sino por el “seguimiento racional” siendo posible la separación, pero como ya se dijo, por razones suficientemente fuertes que el expresarse dejan a salvo valores tan esenciales a la marcha de la sociedad, como lo son la seguridad y certeza jurídicas (Acta 69, sesión de 25 de mayo de 2005).

ni indirectamente en la fases previas y posteriores a la confección del mentado negocio, mucho menos, ejercieron labores de vigilancia.

Lo expuesto, se explica, de un lado, por la forma como se estructuró y desarrolló el programa Agro Ingreso Seguro (AIS); y de otro, en la versión de la Fiscalía Primera Seccional de Santander, quien, al investigar sobre la destinación y ejecución de los dineros del negocio subexámene, resolvió su archivo, ante la ausencia de conductas relacionadas con el punible de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”¹⁷, pues no le eran aplicables las normas de la Ley 80 de 1993 y disposiciones afines a la contratación estatal.

Lo primero, por cuanto el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en aras de desarrollar el plan Agro Ingreso Seguro (AIS), suscribió con la Oficina en Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura –IICA-, los convenios de cooperación 055 de 2008 y 037 del 2009, por medio de los cuales dicho organismo internacional, entre otras cosas, se comprometía a administrar los recursos de contrapartida nacional con el propósito de implementar, ejecutar y divulgar el programa AIS.

De esa forma, el IICA realizó en 2008 la “convocatoria pública de riego y drenaje”, buscando apoyar los proyectos prediales para el manejo del recurso hídrico, y de construcción y/o rehabilitación de distritos de irrigación¹⁸.

Los “Términos de Referencia” para aplicar a los subsidios exigían entre otros requisitos, que el proponente, por su cuenta y riesgo, celebrara el contrato con un tercero para la construcción del regadío, el cual, sólo tendría por el IICA, a efectos del giro de los dineros, el acompañamiento técnico y el seguimiento frente a la edificación¹⁹.

La selección recayó en la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras con Riego en Pequeña Escala de las Veredas Paramito, Roncancio Centro y Santo Domingo del municipio de Hato (Santander) – Asudirhat, quien, para tal fin, suscribió con el IICA, el “Acuerdo de Financiamiento n° 1295 de 2008”, donde se pactó la manera como se girarían los recursos para financiar la obra, consistente en el desembolso gradual en proporción a su avance, y con un plazo de doce meses para su culminación.

Con ocasión de lo antelado, Asudirhat contrató a Pavigas Ltda., la construcción de los respectivos ductos. No obstante, dada la importancia de la obra (labor de ingeniería calificada), cuantía, y las prestaciones de tracto sucesivo, se pactó la elaboración de actas, las cuales suscribirían las partes y la interventora Interaudit S.A., con el fin de realizar su seguimiento; estableciendo, además, la liquidación del convenio, previa firma del “acta de recibo final”.

4.3.2. Ni en la literalidad del contrato de obra ni en la adición, tampoco por exigencia del “Acuerdo de Financiamiento n° 1295 de 2008” celebrado entre Asudirhat y el IICA, se pactaron cláusulas exorbitantes²⁰ en favor del Estado, cual atrás se advirtió. En gracia de discusión, pese a no plasmarse, no se ejercieron por éste esos poderes unilateralmente; menos aún, no fue objeto de vigilancia por la Contraloría General de la República ni por la Procuraduría General de la Nación.

4.3.3. El contrato fue judicializado penalmente, pero según concluyó la Fiscalía Primera Seccional de Santander en la decisión de archivo de 8 de octubre de 2013, no había mérito para investigar las conductas de los representantes legales de Asudirhat y Pavigas Ltda., pues los comportamientos asociados con el punible de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” requería la aplicación de las reglas de la Ley 80 de 1993, esto es, exigía en alguno de los extremos de la relación, la intervención de una entidad estatal, calidad no ostentada por ninguna de las partes. Como lo señaló el mencionado ente acusador:

“(…) A pesar de que hubo aporte por parte del Estado para la construcción de esta obra (…), la ejecución del contrato se realizó entre dos entes de carácter particular, como así lo dispuso el IICA, aspecto que fue aclarado ante la empresa Pavigas, al solicitar su concurso para dirimir las

¹⁷ Señala el artículo 410 del Código Penal: “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses (...)”.

¹⁸ Contó con recursos del programa AIS por \$60 mil millones para financiar dos tipos de proyectos: de riego predial para el suministro y manejo del recurso hídrico, con un plazo de ejecución no superior a ocho meses, y de construcción y/o rehabilitación de distritos de riego con un plazo de ejecución no superior a doce meses.

¹⁹ La evaluación la realizó el IICA y la decisión sobre los subsidios provenía del Comité Intersectorial (conformado por funcionarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Inocoder y el IICA).

²⁰ Las cláusulas exorbitantes se caracterizan, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad, propias del acuerdo de voluntades. “(...) El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio. (...)” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)).

controversias y malos entendidos entre las empresa contratante y contratista: 'Precisa el (...) IICA que en desarrollo del Acuerdo de Financiamiento n° 129/08, suscrito por [éste] y la asociación Asudirhat (ejecutor) y conforme a los Términos de Referencia de la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje 2-2008, marco en el cual se suscribió el citado Acuerdo, el ejecutor se obligó a contratar directamente con un tercero la ejecución de las obras relacionadas en el proyecto. En cumplimiento de esta disposición surgió el contrato de obra n° 001/09 suscrito entre Pavigas Ltda. y Asudirhat y en consecuencia la relación contractual para la ejecución de las obras se establece única y exclusivamente entre [las partes] (...) y el IICA es ajeno a esta relación contractual' (...) (subraya original).

La controversia, por tanto, no es del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a fortiori, cuando existen otras razones para confirmarlo.

4.3.4. Si bien hay fondos provenientes de la Nación, se evidencia que, en principio, emergen dos actos o negocios jurídicos autónomos e independientes, distantes entre sí.

El primero, tocante con la convocatoria pública realizada por el IICA, organismo extranjero que, luego de constatar el cumplimiento de los requisitos allí previstos para obtener los subsidios, suscribió con Asudirhat el "Acuerdo de Financiamiento n° 1295 de 2008", cuyo convenio no es materia de controversia, pues su control jurisdiccional escapa al objeto de esta superioridad.

El segundo, un negocio jurídico asociado con el ejercicio de la autonomía de la voluntad entre Asudirhat y Pavigas Ltda., dos personas jurídicas de derecho privado, y según lo previsto en dicho contrato, regulado por las normas civiles. De tal modo, su juzgamiento, amén de no contener cláusula arbitral, corresponde dirimirlo a la jurisdicción ordinaria.

4.3.5. El objeto del contrato toca un proyecto de adecuación de tierras, relacionado con la construcción de un distrito de riego a pequeña escala en provecho de unos asociados. En el punto, esta labor, según lo disponía el artículo 95 de la Ley 1152 de 2007²¹, norma vigente al momento de celebrarse dicho negocio, era una función prestada y administrada directamente por particulares como las "Asociaciones de Usuarios", previo subsidio otorgado por el Estado, o en el presente caso, por un organismo de cooperación internacional, a través de convocatoria pública.

4.3.6. Al margen de lo anterior, en gracia de discusión, de guardar relación la infraestructura de riego con una actividad de servicio público domiciliario de las reguladas por la Ley 142 de 1994, dicha tarea pueden cumplirla, según se infiere de los preceptos 15 a 19 ejúsdem, personas jurídicas de derecho privado, las cuales, en su ejercicio, se hallan sometidas al régimen civil y mercantil"

Así las cosas, es claro que la póliza CPAR 10701, no amparaba cumplimiento alguno respecto del Convenio suscrito entre el Municipio de San Vicente del Caguán y la empresa GASDICON SA ESP, sino que amparaba el contrato de obra civil suscrito entre dos particulares, que si bien una era una persona jurídica, y la otra era una persona natural, lo cierto es que su naturaleza era de carácter particular regida por las normas civiles, y en ningún caso, dicha póliza de cumplimiento entraba a respaldar verbigracia el cumplimiento del Convenio No. 023, tal como lo indicó la Contraloría General de la República, en el fallo de responsabilidad fiscal, actos administrativos aquí demandados.

Pues si lo que pretendía era el reintegro de dineros aparentemente públicos la obligación nacía era para la empresa GASDICON SA ESP, quien era la beneficiaria de la póliza de cumplimiento y era ésta como **gestora fiscal** en virtud del Convenio No. 023 quien debía propender por solicitar el reintegro del anticipo ante la aseguradora ALLIANZ SEGUROS, declarando el incumplimiento del contrato de obra civil suscrito con el señor CHARRY MARTÍNEZ, haciendo efectiva dicha garantía.

²¹ Señala el artículo 95 de norma ejúsdem: "Las Asociaciones de Usuarios de las obras de adecuación de tierras que aspiren a recibir el subsidio mencionado deberán constituirse en la autoridad administradora que será responsable de operar, mantener y conservar las obras, lo mismo que recuperar las tasas que se cobren por el servicio prestado. También estará a su cargo la obtención de las concesiones de aguas superficiales y subterráneas necesarias para el aprovechamiento de estas en beneficio del proyecto, y administrar el derecho de uso de dichas aguas por los beneficiarios directos. No podrá el Incoder asumir responsabilidad alguna en el manejo y operación de los proyectos que se adelanten con estos subsidios".

En consecuencia, para el Despacho es claro que la entidad accionada se extralimitó al afectar la póliza que amparaba el Contrato de Obra Civil No. CR-GAS 002, bajo el argumento que eran dineros provenientes del erario público, pues de las pruebas allegadas tanto al interior del proceso con responsabilidad fiscal como al que hoy se analiza no existe certeza de tal premisa, pues lo único claro y probado de manera efectiva, fue la suscripción del contrato de obra civil entre particulares insistiéndose que se regían por normas de derecho privado, pues dicho contrato no tenía connotación de contrato estatal, y por tanto, la póliza suscrita como garantía para su cumplimiento no podía exigirse de la manera como lo hizo la entidad accionada.

En virtud de lo anterior, y como quiera que se logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba los actos administrativos demandados, hay lugar a declarar la nulidad parcial del Fallo con Responsabilidad Fiscal de Única Instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016 proferido por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAQUETÁ, y auto No.01216 del 25 de octubre de 2016, expedido por el Contralor General de la Republica que resolvió el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF No. 2014-05233_80183-266-03-889 expedido por la directora de Juicios Fiscales, respecto de la incorporación de la póliza de cumplimiento en favor de particulares No. CPAR 10701 expedida por la Colseguros ahora ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS, por valor de \$179.163.786 y afectada conforme dicho juicio fiscal por la suma de \$111.977.637, suma que deberá ser reintegrada a la ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS.

No obstante, lo anterior, el restablecimiento del derecho, se condiciona siempre y cuando la ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS haya hecho efectivo el pago referido pago como afectación de dicha póliza de cumplimiento a favor de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Finalmente, al haber prosperado el cargo de falsa motivación, el Despacho considera inane analizar los demás cargos de nulidad formulados por el actor.

La suma que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de devolución del pago valor asegurado en la póliza CPAR 10701, se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente [®] se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Se aclara que, por tratarse de obligaciones unitarias, dicha fórmula debe aplicarse por una sola vez, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de ésta.

7. COSTAS DEL PROCESO.

Finalmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365²² numeral 5 del CGP, aplicable por remisión expresa en virtud del artículo 188 del CPACA, el Despacho condenará en costas en esta instancia, en el 2% de lo pedido en el libelo de la parte demandada vencida en esta sentencia, de conformidad a lo señalado en el N° 1 del artículo 5 del Acuerdo N° PSAAI6-10554 del 05 de agosto de 2016 del C.S., de la Judicatura²³, en lo concerniente a la primera instancia.

8. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

²² **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...)"

²³ 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido. b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V. En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.



FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos Fallo con Responsabilidad Fiscal de Única Instancia Núm. 000072 del 3 de mayo de 2016 proferido por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA -GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAQUETÁ, y el auto No.01216 del 25 de octubre de 2016, expedido por el Contralor General de la Republica que resolvió el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF No. 2014-05233_80183-266-03-889 expedido por la directora de Juicios Fiscales, respecto de la incorporación de la póliza de cumplimiento en favor de particulares No. CPAR 10701 expedida por la Colseguros ahora ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS, por valor de \$179.163.786.

SEGUNDO: ORDENAR que, a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada deberá reintegrar a la ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS la suma de CIENTO ONCE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$111.977.637), valor por el que resultó afectada conforme la póliza No. CPAR 10701.

No obstante, lo anterior, el restablecimiento del derecho, se condiciona siempre y cuando la ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS haya hecho efectivo el pago referido pago como afectación de dicha póliza de cumplimiento a favor de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

TERCERO: Las sumas que se reconozcan a favor de la demandante será ajustada en la forma como se indica en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la entidad demandada y fijar como agencias en derecho el porcentaje del en el 2% de lo pedido en el libelo de la demanda a la parte demandada vencida en esta sentencia, de conformidad a lo señalado en el N° 1 del artículo 5 del Acuerdo N° PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del C.S de la Judicatura.

SÉPTIMO: Notificar la presente decisión en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada la presente decisión **ORDÉNESE** expedir a la parte actora, copia de la presente decisión con sus constancias de notificación y ejecutoriada, en los términos del artículo 114 del C.G.P., para efectos de obtener su cumplimiento y procédase a realizar las anotaciones en el programa siglo XXI, archívese el expediente previa liquidación.

Notifíquese y Cúmplase

GINA PAMELA BERMEO SIERRA

Juez