



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN: 850012331000 200600197 01
EXPEDIENTE: 35735
ACTOR: DEPARTAMENTO DE CASANARE
DEMANDADO: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO Y RURAL DE YOPAL –IDURY–
REFERENCIA: ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal -en adelante IDURY- y por la compañía de seguros La Previsora S.A., en contra de la sentencia proferida el 12 de junio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Casanare, por medio de la cual se hicieron las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe como obra en la sentencia):

“1º DESESTIMAR las excepciones procesales propuestas por la parte pasiva.

“2º DECLARAR que el Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal (IDURY) incumplió parcialmente el convenio 424 de 2003, celebrado con el Departamento de Casanare, conforme se indicó en la motivación.

“3º LIQUIDAR judicialmente el convenio 424 de 2003, suscrito entre el departamento de Casanare y el IDURY, en los términos indicados en los considerandos; en consecuencia, DECLARAR al IDURY incurso en la obligación de rembolsar al Departamento la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON 63/100 (\$144.605.583.63), más actualización e intereses hasta la ejecutoria del fallo, que se liquidarán en acto administrativo de ejecución según lo previsto en el numeral 8 del Art. 4º de la Ley 80 de 1993.

“El importe líquido de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y se ejecutará conforme a lo señalado en los Art. 176 a 178 del C.C.A.

“4° CONDENAR a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, a responder solidariamente por el incumplimiento del convenio 424 de 2003 ante el departamento de Casanare, bajo los términos de la póliza 1002784, hasta la concurrencia del valor asegurado (\$128.547.801).

“5° CONDENAR en costas al Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal (IDURY), en proporción del setenta (70%) por ciento de las que se hayan causado, incluidas las agencias. Tásense.

“6° DENEGAR las demás pretensiones

“7° EXONERAR al llamado en garantía, CITYCOOP LTDA., de las imputaciones genéricas que le hizo el IDURY al contestar la demanda.

“8° ORDENAR la remisión de copias auténticas de la demanda, de la contestación de las accionadas, sin anexos, y del fallo con la constancia de notificación, con destino al Fiscal General de la Nación, al Contralor General de la República y al de Casanare. No se esperará ejecutoria.

“9° Reconocer personería a los abogados Lina Magaly Alarcón Cuta, Luis Fernando Gallego González y Gustavo Flechas Ramírez, la primera apoderada del IDURY y los demás del departamento de Casanare; el último sustituto del segundo.

“10° En firme lo resuelto, expídase primera copia auténtica con las constancias de notificación y ejecutoria (artículo 115 del Código de Procedimiento Civil) con destino al departamento de Casanare, para su eventual recaudo forzado”¹.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El 11 de mayo de 2006, el departamento de Casanare, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción contractual, solicitó que, previa citación de la parte demandada –IDURY– y del Ministerio Público, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe como obra en la demanda):

“**PRIMERA:** Declarar que el IDURY incumplió las obligaciones prevista en los numerales 5 y 6 de la cláusula 5ª del convenio interadministrativo No. 424 del 22 de diciembre de 2003, suscrito con el

¹ Folios 1321 y 1322 del cuaderno principal.

Departamento de Casanare.

"SEGUNDA: Declarar terminado y proceder a la liquidación del convenio interadministrativo No. 424 de 2003.

"TERCERA: Que como consecuencia de la anterior, el IDURY reintegre a la Tesorería Departamental de Casanare la suma de dinero no ejecutada en virtud del convenio 424 de 2003, indexada y con los rendimientos financieros e intereses generados por los recursos girados por el Departamento y que no fueron invertidos.

"CUARTA: Condenar al demandado a pagar las costas que se originen en este proceso"².

1.2. Hechos

Como sustento fáctico de sus pretensiones, el departamento de Casanare narró que el 22 de diciembre de 2003 celebró con el IDURY el convenio interadministrativo 424 cuyo objeto consistió en "Unir esfuerzos entre el Departamento de Casanare y el Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal 'IDURY', con el fin de ejecutar la construcción de la segunda etapa piscina parque ecológico recreativo de Yopal departamento de Casanare, dentro del proyecto compra de terreno, Construcción (sic), ampliación, adecuación de escenarios deportivos y recreacionales y concha acústica en el departamento de Casanare"³, por un valor de \$1.285'478.015,56.

Relató que el plazo se fijó en 6 meses contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del convenio, que el 23 de junio de 2004 el plazo se adicionó en 4 meses más y que, nuevamente, el 21 de octubre de 2004 se prorrogó por 5 meses, por lo cual el convenio debía terminar el 23 de marzo de 2005.

Dijo que, para garantizar el cumplimiento del convenio, La Previsora S.A. expidió la póliza 1002784, aprobada por el Jefe de la Oficina Jurídica del departamento de Casanare el 26 de diciembre de 2003, prorrogada el 25 de junio de 2004 por 4 meses y el 19 de noviembre de 2004 por 5 meses más, prórrogas aprobadas por el mismo funcionario el "24 de junio"⁴ y el 19 de noviembre de 2004, respectivamente.

Señaló que en el numeral 5 de la cláusula 5 del convenio 424 de 2003 se estableció como obligación a cargo del IDURY presentar a la Secretaría de Obras Públicas y al Departamento Administrativo de Planeación de Casanare los informes necesarios y

² Folio 11 del cuaderno 5.

³ Folio 12 del cuaderno 1.

⁴ Folio 12 del cuaderno 1.

pertinentes con el propósito de verificar la correcta inversión de los dineros transferidos y, vencido el plazo, proceder a la liquidación del convenio.

Expresó que, mediante oficio del 15 de abril de 2004, el supervisor designado por la Secretaría de Obras del departamento requirió al IDURY para que diera cumplimiento a la mencionada obligación, pero que el Instituto guardó silencio, por lo cual los informes fueron requeridos nuevamente por el Jefe de la Oficina Jurídica del departamento el 19 y el 26 de mayo de 2004.

Indicó que el 10 de agosto de ese mismo año el IDURY rindió un informe general sobre el estado de ejecución del convenio 424, con corte a 31 de julio de 2004, en el que habló de la construcción de algunas obras, pero cuyo contenido era insuficiente para determinar el porcentaje de ejecución del convenio.

Manifestó que el 27 de agosto de 2004 el supervisor designado por el departamento de Casanare informó al Jefe de la Oficina Jurídica que el IDURY no entregó un informe técnico, administrativo y financiero que cumpliera con lo exigido en la cláusula 5 de convenio para ejercer su supervisión y vigilancia; asimismo, como el plazo del convenio había terminado el 21 de junio de 2004, solicitó al nuevo gerente del Instituto los informes y liquidaciones de los contratos originados en ese negocio jurídico para proceder a su liquidación.

Contó que, el 1 de octubre de 2004, el interventor designado por el IDURY informó que para esa fecha tenía bajo su cuidado el 50% restante del valor del convenio y anexó un informe sobre las obras realizadas.

Relató que, ante el incumplimiento del IDURY, el 28 de enero de 2004 el supervisor designado por el departamento de Casanare le solicitó nuevamente que rindiera los informes respectivos.

Narró que, mediante oficio del 28 de marzo de 2005, el supervisor designado por el departamento se dirigió al Instituto para expresarle que, según el informe presentado el 28 de febrero, hasta el 15 de ese mismo mes no se había ejecutado ni siquiera el 50% de valor del convenio, que el atraso no podía continuar excusándose en un movimiento de tierra que se había realizado 8 meses atrás y pidió que se tomaran las medidas necesarias para que las obras terminaran en un plazo prudencial y se pudiera liquidar el convenio.

Según la demanda, el 17 de junio de 2005 el IDURY señaló que estaba adelantando la liquidación final del contrato 004 de 2002, que tuvo por objeto "LA CONSTRUCCION DE LA PRIMERA ETAPA DE PISCINAS DE PARQUE RECREACIONAL PARA EL MUNICIPIO DE YOPAL (ETAPA VI-PARQUE PISCINAS-PARQUE ACUÁTICO)"⁵, negocio jurídico en el que se invirtieron los recursos provenientes del convenio 424 de 2003 y se comprometió a remitir los documentos necesarios para proceder a su liquidación el 24 de junio, lo cual no cumplió.

Señaló la parte demandante que, en respuesta a una solicitud efectuada por el Jefe de la Oficina Jurídica del departamento de Casanare, el interventor delegado por el departamento expresó que, a pesar de haber solicitado en repetidas oportunidades al Gerente del IDURY los informes finales de ejecución de obra para liquidar el convenio 424, éste no los había entregado por retardos en la ejecución y "poca responsabilidad de ejecución de obra de CITICOOP LTDA ante el IDURY"⁶; asimismo, informó que las obras contratadas no se habían terminado ni se terminarían totalmente, que de la plataforma de lanzamiento no se ejecutó nada y que, por ello, quedaban recursos que el IDURY debía reembolsar al departamento junto con los rendimientos financieros generados, para lo cual era necesario hacer un acta de modificación por mayores y menores cantidades de obra.

Refirió que, el 15 de septiembre de 2015, la supervisora delegada por el departamento requirió al IDURY para que rindiera el informe general y final de ejecución de la obra, con el fin de liquidar el convenio, requerimiento que tampoco fue atendido por el Instituto, y que en la misma fecha informó al Secretario de Hacienda departamental que la liquidación del convenio 424-03 no se pudo realizar porque el Instituto no rindió los informes finales pertinentes.

Agregó que, según los hechos narrados, la razón por la que a la fecha de presentación de la demanda no se había liquidado el convenio 424 de 2003 era el incumplimiento, por parte del IDURY, de la obligación contenida en el numeral 5 de la cláusula 5 de ese negocio jurídico y advirtió que el departamento de Casanare dio cabal cumplimiento a sus obligaciones⁷.

2. Actuación procesal

⁵ Folio 14 del cuaderno 1.

⁶ Folio 75 del cuaderno 1.

⁷ La demanda obra a folios 11 a 21 del cuaderno 1.

La demanda presentada el 11 de mayo de 2006⁸ fue admitida por auto del 24 de agosto de ese mismo año⁹ y notificada al IDURY¹⁰ y a la Compañía de Seguros La Previsora S.A.¹¹ el 14 de septiembre de 2006 y al Ministerio Público el 28 de agosto de 2006¹².

3. La contestación de la demanda

3.1. El IDURY contestó la demanda para oponerse a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos y negó otros y como razones de defensa alegó, en suma, que el Instituto cumplió la obligación a la que se refiere la cláusula 5 del convenio 424 de 2003.

Propuso las siguientes excepciones:

- "INEPTA DEMANDA POR AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES", con fundamento en que, si bien la parte actora indicó las normas que consideró vulneradas, no emitió concepto alguno de violación, por considerar que, en virtud del principio iura novit curia y reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, no era necesario suplir ese requisito, de donde concluyó el IDURY que la demanda incumplió los presupuestos exigidos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, lo que impone, a su juicio, que se nieguen las pretensiones.

- "FALTA DE CAUSA SUFICIENTE PARA DEMANDAR", en relación con lo cual el IDURY comenzó por advertir que, aunque en las pretensiones de la demanda se indicó que se buscaba la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 5 y 6 de la cláusula 5 de convenio interadministrativo 424 de 2003, en los supuestos fácticos únicamente se hizo referencia al numeral 5, razón por la cual el juez únicamente podía pronunciarse en relación con este aspecto, es decir, el referente al compromiso del Instituto de rendir informes, obligación que aseveró haber cumplido, según lo demuestran los documentos allegados al proceso por el mismo departamento.

⁸ Folio 21 del expediente

⁹ Folio 174 del cuaderno 1.

¹⁰ Folio 176 del cuaderno 1.

¹¹ Aunque en la demanda no se presentó pretensión alguna en contra de la compañía aseguradora, el Tribunal ordenó su vinculación como parte demandada (folios 174 y 175 del cuaderno 1).

¹² Reverso folio 174 del cuaderno 1.

- "FALTA DE DEMOSTRACION DEL ALEGADO PERJUICIO", con sustento en que en la demanda no se expusieron cuáles habrían sido los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento del IDURY respecto de la obligación de rendir informes, perjuicios que, afirmó, tampoco están probados en el proceso, por lo cual aseveró que el petitum de la demanda carece de fundamento legal.

Agregó que no era cierto que el departamento de Casanare hubiera estado en imposibilidad de liquidar el convenio 424 de 2003, toda vez que, de conformidad con el artículo 61 de la ley 80 de 1993, podía realizar ese acto de manera unilateral; pero, como no lo hizo, fue él quien incumplió sus obligaciones, por lo cual no puede alegar su propia negligencia en su favor.

- "CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", el IDURY señaló que cumplió a cabalidad con la obligación contenida en el numeral 5 de la cláusula 5 del convenio 424 de 2003 -a la que, dijo, se limitó el debate jurídico en la demanda-, lo cual se acredita con los documentos aportados por la propia demandante.

Expresó que era oportuno informar que el objeto del convenio se cumplió a cabalidad y que, para ello, el IDURY suscribió con CITYCOOP el convenio interadministrativo 004 de 2002 y su adicional 001 de 2003, respecto del cual se emitió una póliza de estabilidad de la obra, acta de terminación y acta de liquidación final.

Igualmente, señaló que, como las obligaciones del convenio 424 de 2003 se cumplieron, no se causó detrimento alguno ni se puso en peligro el patrimonio público, puesto que los dineros tuvieron cumplida ejecución, las obras se desarrollaron y, para la fecha de contestación de la demanda, ya estaban en servicio, además de que se estaba tramitando una liquidación bilateral sobre el cumplimiento del contrato entre el IDURY y CITYCOOP, para determinar si existía saldo a favor de la administración, la que, según dijo, daría lugar a establecer si hay valores a devolver al departamento en los términos del numeral 6 de la cláusula 5 del convenio 424 de 2003, de donde concluyó que era imposible incumplir la obligación contenida en ese numeral, puesto que aún no había surgido para el Instituto¹³.

¹³ La contestación obra a folios 190 a 204 del cuaderno 1.

3.2. La Previsora S.A. Compañía de Seguros contestó la demanda y manifestó su oposición a todas las pretensiones, en consideración a que ninguna de ellas podría ser adversas a sus intereses, ya que todas están encaminadas a condenar al IDURY.

En cuanto a los hechos expresó que no le constan, salvo el relacionado con la expedición de la póliza 1002784, por medio de la cual se amparó el cumplimiento del convenio 424 de 2003, supuesto fáctico frente al cual afirmó que la modificación a la póliza que amparó la prórroga de 4 meses y que “supuestamente” fue expedida el 25 de junio de 2004, no fue emitida por esa compañía aseguradora, lo cual se corrobora, según dijo, con la certificación que acompañó al proceso, expedida por la misma compañía.

Propuso las siguientes excepciones:

- “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, con fundamento en que el poder que se confirió al apoderado del departamento de Casanare únicamente lo facultó para demandar al IDURY y no comprendió a la Previsora S.A., puesto que, a pesar de haberse corregido el encabezado del mandato para incluir a la compañía aseguradora, su contenido continuó siendo el mismo, es decir, mantuvo la facultad del abogado únicamente para demandar al Instituto.

Señaló también que las pretensiones de la demanda no se dirigieron en contra de La Previsora S.A., porque no participó en la suscripción del convenio cuya liquidación se pretende y que, por ello, el fallo no puede afectar sus intereses.

- “INEXISTENCIA DE CAUSA O RAZÓN PARA SER DEMANDADA LA COMPAÑÍA DE SEGUROS ‘LA PREVISORA’”, por considerar que no hay fundamento jurídico para actuar como parte demandada en el proceso, puesto que de los hechos el único que la vincula es el que indica que obró como garante del convenio 424 de 2003, por lo cual, eventualmente, podría ser vinculada como tercero interviniente y señaló, además, que quien estaría facultado para llamarla en garantía sería el IDURY y no el departamento.

Agregó que la garantía emitida para amparar el cumplimiento del convenio 424 de 2003 contiene unas condiciones generales que deben ser cabalmente cumplidas para exigir el pago, las cuales, por tanto, se deben demostrar en el eventual caso de llegarse a determinar que La Previsora deba responder como tercero civilmente responsable y no como demandado directo.

- "LA COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A. NO ESTÁ OBLIGADA A RESPONDER POR PAGO DE SINIESTRO A LA ENTIDAD ASEGURADA POR APORTARSE PÓLIZA NO EXPEDIDA POR LA ENTIDAD", con fundamento en que el anexo a la póliza de cumplimiento 1002784, con certificado de modificación 1, mediante el cual se prorrogó por 4 meses la vigencia de la garantía de cumplimiento, no corresponde a ninguno de los expedidos por la aseguradora , por lo cual la garantía quedó sin amparo alguno¹⁴.

4. Llamamiento en garantía

El IDURY llamó en garantía a la Cooperativa CITIYCOOP, con fundamento en que fue la que ejecutó las obras referidas a las obligaciones asumidas por el IDURY en el convenio interadministrativo 424 de 2003.

El Tribunal aceptó el llamamiento en garantía mediante auto del 26 de octubre de 2006¹⁵. La notificación al llamado en garantía se cumplió el 18 de abril de 2007¹⁶. El llamado en garantía no se pronunció¹⁷.

5. La sentencia impugnada

Mediante sentencia del 12 de junio de 2008, el Tribunal Administrativo Casanare desestimó las excepciones propuestas por la parte demandada, declaró el incumplimiento parcial del IDURY frente a las obligaciones que asumió en el convenio 424 de 2003, liquidó este último y, en consecuencia, declaró que el Instituto debe reembolsar al departamento de Casanare la suma de \$144'605.583,63, debidamente actualizados, más intereses; además, condenó a La Previsora S.A. a responder solidariamente ante el departamento por el referido incumplimiento, bajo los términos de la póliza 1002784, y le impuso condena en costas al IDURY.

Consideró el Tribunal que la controversia comprendía dos aspectos: uno, relacionado con los alcances de la obligación de rendir informes y, otro, referente a la verificación

¹⁴ La contestación obra a folios 179 a 185 del cuaderno 1.

¹⁵ Folios 1248 y 1247 del cuaderno 3.

¹⁶ Folio 34 del cuaderno 5.

¹⁷ Folio 1262 del cuaderno 3.

de la ejecución de las metas físicas y financieras del convenio frente a la liquidación judicial.

En cuanto al primero, dijo que el texto del numeral 5 de la cláusula 5 del convenio era ambiguo, puesto que no determinó la periodicidad ni las características de los informes que debía rendir el IDURY ante el departamento de Casanare, no obstante lo cual consideró que la vaguedad de la cláusula se superaba mediante la interpretación armónica de otras estipulaciones del convenio, toda vez que los reportes no eran una obligación fin, sino un medio de verificación del cumplimiento de los cometidos del convenio.

En ese sentido, expresó que, si se acude al plan de inversiones que debía orientar las actividades del convenio –cláusula sexta- y a la función de supervisión –cláusula séptima-, era “obvio”¹⁸ que para medir el avance de ejecución de los recursos y constatar la conformidad con las actividades atendidas con ellos, los informes tenían que ser periódicos, de acuerdo con el avance del proyecto, y suficientes para constatar presupuesto, cantidades y precios unitarios, para demostrar la correspondencia entre lo que estaba previsto realizar con lo que ocurría en la realidad, entendimiento que, a juicio del Tribunal, fue el mismo que las partes le otorgaron al numeral 5 de la cláusula en mención, según dedujo de su comportamiento contractual.

Después de acudir a unos documentos a los que se refirió como una “muestra representativa”¹⁹, expresó que era claro que el IDURY había anunciado para la primera semana de mayo de 2006 la entrega de la documentación completa para liquidar el convenio 424 de 2003, pero que a la fecha de presentación de la demanda -11 de mayo de 2006- seguía pendiente de dar cabal cumplimiento a lo previsto en el numeral 5 de la cláusula 5, relativa a la presentación de informes necesarios y pertinentes para ejercer el control técnico, administrativo y financiero que correspondía al departamento e indicó que ese incumplimiento no podía excusarse en la imprevisión, falta de controles propios, irregularidades y controversias existentes entre el IDURY y CITYCOOP.

Advirtió el *a quo* que no se ocuparía de las incidencias de las relaciones contractuales directas entre el IDURY y CITYCOOP y entre ésta administración cooperativa y su contratista, por ser relaciones jurídicas ajenas al marco de cooperación objeto de la

¹⁸ Folio 1314 del cuaderno principal.

¹⁹ Reverso folio 1314 del cuaderno principal.

discusión judicial que originó la controversia y señaló que “lo que haya acontecido en la triangulación, bajo la responsabilidad de IDURY, no es oponible al Departamento (sic), ni relevante para liquidar el convenio 424 de 2003, único escenario sobre el cual el Tribunal adquirió competencia en este litigio”²⁰.

En ese contexto, concluyó que debía declararse el incumplimiento del IDURY frente a la obligación instrumental de rendir informes y consideró que el mismo justificaba que el departamento, ante la imposibilidad de lograr una liquidación bilateral y de ejercer facultades exorbitantes por tratarse de un contrato interadministrativo, acudiera a la vía judicial para lograr la liquidación del convenio 424 de 2003, acto contractual que no condiciona la concurrencia de perjuicios, por no ser inherentes a todas las liquidaciones.

En cuanto a la ejecución de los recursos, dijo el Tribunal que la valoración integral de las pruebas que obran en el plenario reveló que, si bien la totalidad de los recursos que giró el departamento para el proyecto se invirtieron en él, uno de los ítems que debía ser financiado con ellos no se ejecutó (estructura de lanzamiento de la piscina) por diferentes razones técnicas que pusieron en evidencia una deficiente planeación de los trabajos y agregó que “parece”²¹ que fue necesario destinar tales dineros a fortalecer ítems que presentaron mayores cantidades de obra u obras no previstas, pero que el cambio de destinación no fue autorizado por el ordenador del gasto de la Gobernación, pues, a lo sumo, se habrían obtenido autorizaciones verbales del supervisor del convenio, designado por el departamento.

Enseguida de este planteamiento, el Tribunal liquidó el convenio con base en un dictamen pericial rendido en el proceso, pero prescindió del valor considerado por el perito respecto del ítem de plataforma de lanzamiento de piscina (\$144'605.583,33), puesto que esa obra no se ejecutó y no se probó que se hubiera autorizado el cambio de destinación de los recursos correspondientes a su ejecución.

En consecuencia, al valor girado por el departamento (\$1.285'478.015,56) el *a quo* le dedujo el valor ejecutado (\$1.140'872.431,93), lo que arrojó un saldo en contra del IDURY por \$144'605.583,33 que ordenó reintegrar al departamento de Casanare debidamente actualizados, más intereses moratorios calculados según lo previsto en el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993.

²⁰ Reverso folio 1315 del cuaderno principal.

²¹ Reverso folio 1319 del cuaderno principal.

Señaló que no accedía a la pretensión de reembolso de los rendimientos financieros, porque no se probó su causación ni existen bases para liquidarlos.

Se pronunció frente a la compañía aseguradora y señaló que, si bien ésta argumentó en su defensa que el convenio 424 de 2003 quedó sin garantía por cuanto no expidió el certificado de modificación de la póliza del 25 de junio de 2004, lo cierto era que ella no tachó de falso tal documento, por lo cual dijo que, salvo inequívoca prueba en contrario, que no obra en el plenario, su contenido le sería oponible con todos los efectos, pues además de que tenía toda la apariencia de provenir de la papelería comercial de La Previsora S.A., la firma impuesta, por la naturaleza del contrato, se presumía auténtica.

Precisado lo anterior, expresó que la aseguradora se obligó mediante póliza a salir al saneamiento de los efectos del eventual incumplimiento del IDURY, por lo cual, “verificado que esa entidad local no ejecutó bajo las reglas de la ‘cooperación’ la totalidad de los recursos departamentales que le fueron confiados, por el saldo que se dejará establecido a cargo del tomador garantizado deberá responder el garante, hasta concurrencia del valor asegurado (\$128'547.801)...”²².

Aseveró que, si bien “es ostensible que la demanda acusa debilidades metodológicas para comprender la vinculación de La Previsora y ni siquiera le dedujo pretensión alguna”²³, esas “impropiedades no impiden al Juez (sic) decidir, por vía de interpretación del libelo a la luz del sistema de fuentes, que todo aquello que la liquidación judicial del convenio amparado deje a cargo del contratante incumplido al que la aseguradora avaló, lo toma como siniestro la compañía, sin exceder los límites del contrato ...”²⁴.

En cuanto al llamado en garantía, dijo que su vinculación al proceso resultó ociosa, puesto que el IDURY no concretó los motivos por los cuales quiso trasladarle sus responsabilidades, ni se infieren de lo ventilado en juicio.

Por último, condenó en costas al IDURY, en proporción al 70% de las causadas, más el valor de las agencias en derecho, con fundamento en que su omisión fue el factor determinante que impuso la necesidad de movilizar la jurisdicción, lo que, a su juicio, refleja una conducta indolente frente a la gestión pública; adicionalmente, dijo que se cargaba a la demandante con una participación en las costas y expensas, puesto que también le era imputable no haber actuado con la debida diligencia y cuidado en la

²² Reverso folio 1320 del cuaderno principal.

²³ Folio 1321 del cuaderno principal.

²⁴ Ídem.

supervisión de la ejecución del convenio, “de manera que al tiempo de liquidarlo, estuvieran completas las memorias que para ello requería”²⁵.

6. Los recursos de apelación

6.1. El IDURY señaló que el *a quo* no realizó una valoración integral de las pruebas y que se extralimitó frente a los pedimentos de la demanda.

Al respecto, expresó que el departamento sí ejerció labores de control y supervisión, las cuales no estaban delimitadas única y exclusivamente a la revisión de informes, sino que era posible verificar en campo las obras realmente ejecutadas y su ajuste a los diseños. Agregó que el hecho de que la demandante no se hubiera pronunciado frente a un presunto incumplimiento por variación en los ítems y cantidades de obra, como tampoco lo hizo el supervisor durante el desarrollo del convenio, demostraba que la entidad territorial fue permisiva frente a su ejecución, la cual, aseveró, fue avalada por el supervisor, como él mismo lo indicó en el testimonio que rindió en el proceso.

Señaló que la excepción de cumplimiento que propuso se demostró con el dictamen pericial rendido en el proceso, pero que éste no fue valorado por el Tribunal según las reglas de la sana crítica, puesto que de haberlo hecho habría llegado a la conclusión de que los recursos que ordenó restituir al departamento fueron ejecutados, por lo cual afirmó que, de mantenerse la decisión de revertirlos, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del ente territorial y en contra del Instituto demandado, por cuanto era incuestionable que las mayores cantidades de obra que debieron ejecutarse se originaron en una mala planeación del proyecto por parte del demandante y, por tanto, reprochable a éste.

Adujo que el Tribunal desconoció la naturaleza de justicia rogada que se predica en relación con la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que se configuró un fallo extra petita e incongruente con lo pretendido en la demanda, puesto que el marco de la litis se delimitó frente al presunto incumplimiento del numeral 5 de la cláusula 5 del convenio 424 de 2003, referente a la presentación de informes, lo que suponía la satisfacción del demandante frente al cabal cumplimiento de los demás factores que integraron el objeto contractual, no obstante lo cual el *a quo* dejó entrever un claro

²⁵ Folios 1310 a 1322 del cuaderno principal.

carácter sancionatorio por la inejecución de un ítem como consecuencia de lo que consideró una deficiente planeación²⁶.

6.2. La Previsora S.A. Compañía de Seguros solicitó que se revoque el numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia. Como fundamento de su oposición señaló que, al haber declarado la responsabilidad de la aseguradora, el Tribunal violó su derecho al debido proceso y desconoció que la justicia contencioso administrativa es esencialmente rogada, toda vez que en la demanda no se planteó pretensión alguna en su contra.

Agregó que no existió acto administrativo que declarara el incumplimiento del convenio, necesario para constituir el siniestro y afectar la póliza y frente al cual hubiera podido pronunciarse la aseguradora para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Expresó que, en todo caso, la compañía única y exclusivamente expidió una póliza que garantizó las condiciones iniciales del convenio 424 de 2003, pero que el cumplimiento de sus prórrogas y modificaciones no fueron amparadas por ella, como expresamente se consignó en una certificación que emitió la misma aseguradora en ese sentido, la cual, a pesar de haber sido aportada al proceso, no fue debatida por ninguna de las partes, por lo cual consideró que debe otorgársele pleno valor probatorio.

Por último, dijo que, en gracia de discusión, la obligación de la aseguradora correspondería al 10% del saldo que quedó establecido en la sentencia a cargo del IDURY, es decir, \$14'460.558,36, por cuanto fue ese el porcentaje por el que se garantizó la cobertura de cumplimiento del convenio²⁷.

7. Actuación en segunda instancia

²⁶ Folios 1326 a 1330 del cuaderno principal.

²⁷ Folios 1325 y 1341 a 1346 del cuaderno principal.

7.1. Mediante auto del 3 de abril de 2009 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por el IDURY y por La Previsora S.A., en contra de la sentencia proferida el 12 de junio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Casanare²⁸.

A través de proveído del 8 de mayo del mismo año se corrió traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo²⁹, oportunidad procesal en la que La Previsora S.A. se pronunció para insistir en los argumentos de su defensa³⁰, el departamento de Casanare y el IDURY guardaron silencio.

7.2. El Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto para solicitar que se confirme la decisión de primera instancia, con base en que las pruebas que obran en el proceso permiten establecer el incumplimiento de las obligaciones que el IDURY asumió en el convenio 424 de 2003, especialmente las pactadas en el numeral 5 de la cláusula 5, sobre rendición de informes.

En cuanto a la compañía de seguros, dijo que era evidente su condición de garante del cumplimiento del convenio 424 y sus adicionales, según la póliza que expidió para tales efectos y sus modificaciones, por lo cual consideró que, ante el incumplimiento del IDURY, era procedente hacer efectiva dicha garantía hasta el valor del monto amparado.

Agregó que no le asiste razón a La Previsora S.A. al señalar que se violó su derecho de defensa por no habersele notificado acto administrativo en el que se hubiera declarado el incumplimiento del contrato, pues, justamente como dicho acto no fue expedido por el departamento, éste acudió a la vía judicial para tales efectos y, al existir declaración judicial de incumplimiento, es procedente afectar las pólizas que ampararon el convenio, además de que la reclamación se podía realizar directamente ante la aseguradora, según lo prevé el artículo 1077 del Código de Comercio.

Consideró también que no se violó el debido proceso a la aseguradora, porque la demanda le fue notificada y, por tanto, pudo ejercer su derecho de defensa³¹.

²⁸ Folio 1363 del cuaderno principal.

²⁹ Folio 1365 del cuaderno principal.

³⁰ Folios 1367 a 1370 del cuaderno principal.

³¹ Folios 1366 y 1371 a 1383 del cuaderno principal.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del proceso en segunda instancia

La Sala es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 12 de junio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Casanare, dado que al momento de la interposición de los recursos de apelación -24 de junio de 2008- el monto para que un proceso tuviera vocación de doble instancia era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales, según el salario mínimo mensual legal vigente para la fecha de presentación de la demanda -11 de mayo de 2006-(\$408.000), ascendían a doscientos cuatro millones de pesos (\$204'000.000), mientras que la pretensión mayor se estimó en la demanda en mil doscientos ochenta y cinco millones cuatrocientos setenta y ocho mil quince pesos con cincuenta y seis centavos (\$1.285'468.015,56).

Se suma a lo anterior que el artículo 75 de la ley 80 de 1993³² prescribe expresamente que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la contencioso administrativa y, como en este caso el contrato cuyo incumplimiento y liquidación se pretende se celebró entre dos entidades públicas, dable es concluir que esta jurisdicción es competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada por una de ellas.

2. Oportunidad de la acción

Para efectos de determinar si el departamento de Casanare acudió de manera oportuna a la vía judicial en procura de solucionar las controversias surgidas con ocasión del negocio jurídico que celebró con el IDURY el 22 de diciembre de 2003, resulta necesario establecer la naturaleza jurídica del vínculo contractual y el régimen

³² Art. 75, Ley 80 de 1993. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa".

jurídico aplicable, estudio que se debe abordar a partir del clausulado del negocio, así (se transcribe como obra en el original):

"CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: El Objeto del presente convenio es unir esfuerzos y recursos entre el Departamento de Casanare y el Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal 'IDURY', con el fin de ejecutar la construcción segunda etapa piscina parque ecológico recreativo de Yopal departamento de Casanare, dentro del proyecto de compra de terreno, Construcción, ampliación, adecuación de escenarios deportivos y recreacionales y concha acústica en el departamento de Casanare"³³.

En la cláusula quinta, las partes pactaron las obligaciones, cuyo contenido permite establecer la existencia de prestaciones entre ellas y de las cuales se destacan las siguientes (se transcribe como obra en el original):

"CLÁUSULA QUINTA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES: Por parte del Instituto. 1. Invertir la totalidad de los recursos según la distribución señalada en la cláusula primera del presente convenio (...) 5. Presentar los informes necesarios y pertinentes a la Secretaría de Obras Públicas y al Departamento Administrativo de Planeación de Casanare, sobre la ejecución y cumplimiento del convenio (...) 6. De conformidad con lo señalado en la ordenanza 102 de 1996, reintegrar previamente a la firma del acta de liquidación final del convenio, al Tesoro Departamental, los rendimientos financieros generados por los recursos girados por el Departamento en cumplimiento del presente convenio (...). **Por parte del Departamento.** El Departamento se compromete a: 1. Transferir al Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal 'IDURY', la suma de: MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINCE PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$1.285.478.015.56) MONEDA CORRIENTE, para la ejecución del objeto del presente convenio garantizando así su cumplimiento (...) 4. Liquidar el presente convenio"³⁴.

A partir de lo anterior y de acuerdo con la calidad de las partes -dos entidades públicas³⁵-, es evidente que se trata de un convenio interadministrativo de aquellos a los que se refiere el artículo 95 de la ley 489 de 1998 y cuyas principales características han sido definidas por esta Corporación en los siguientes términos:

"(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; **(ii)** tienen como fuente la autonomía contractual; **(iii)** son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley³⁶; **(iv)** son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado

³³ Folio 43 del cuaderno 1.

³⁴ Folio 44 del cuaderno 1.

³⁵ Una entidad territorial (el departamento de Casanare) y un establecimiento público del orden municipal (IDURY) (decreto 0135 de 2001, folios 22 a 28 del cuaderno 1.).

³⁶ Ley 489 de 1998, "Artículo 95.- Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro."

que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. **(v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales** y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; **(vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles;** **(vii)** persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; **(viii)** la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales"³⁷ (destaca la Sala).

Ahora bien, en la cláusula novena del convenio interadministrativo 424 de 2003, las partes acordaron su liquidación, en consecuencia, la caducidad de la acción debe contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998), que señala:

"d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar".

Como ya se indicó, en la cláusula segunda del convenio se estipuló el plazo de ejecución en 6 meses contados a partir de su perfeccionamiento, lo que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 80 de 1993, tuvo lugar el 22 de diciembre de 2003, cuando las partes elevaron a escrito el acuerdo de voluntades.

Se detiene en este punto la Sala para advertir que, si bien en la cláusula décima primera del convenio las partes estipularon que para su perfeccionamiento se requería contar con el registro de disponibilidad presupuestal, lo cierto es que dicho registro constituye un requisito para la ejecución del contrato estatal, mas no para su perfeccionamiento, tal y como lo ha entendido la Sección Tercera de esta Corporación, a propósito de lo dispuesto en los artículos 41 de la ley 80 de 1993³⁸ y 49

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, exp.17860.

³⁸ "Artículo 41.- Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes ... (...)"

de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto-ley 111 de 1996³⁹.

En ese mismo sentido, se destaca que las normas sobre formación de los contratos son de orden público y, por tanto, no son de libre disposición por las partes, a quienes les está vedado adicionar los requisitos predeterminados por la ley para el nacimiento del contrato u omitir el cumplimiento de aquellos contemplados expresamente por el legislador para predicar su existencia⁴⁰.

Se tiene, entonces, que el término de seis meses convenido por las partes para la ejecución del objeto pactado corrió entre el 22 de diciembre de 2003 y el 22 de junio de 2004⁴¹, fecha en la que terminó el negocio jurídico, puesto que las prórrogas suscritas por las partes no tuvieron la virtualidad de ampliar el plazo acordado, en tanto que la primera de ellas se celebró el 23 de junio de 2004⁴², es decir, cuando el plazo convenido ya había fenecido, pues, como lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación, siendo el contrato estatal un contrato que se perfecciona con el escrito es "jurídicamente imposible revivir, por vía de un acuerdo, aquello que ya ha terminado"⁴³ por el imperativo legal del vencimiento del plazo escrito.

En consecuencia, para establecer el término de caducidad de la acción, según lo previsto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la Sala tendrá como fecha de terminación del convenio 424 de 2003 el 22 de junio de 2004 y como la demanda se presentó el 11 de mayo de 2006, es evidente que, aún sin considerar el plazo pactado por las partes para su liquidación, el ejercicio de la acción fue oportuno.

³⁹ "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". (...)"

⁴⁰ Al respecto, consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 49305.

⁴¹ A igual conclusión se arribaría incluso en caso de aceptar que el perfeccionamiento del contrato estuvo sujeto a la existencia de registro presupuestal, puesto que éste tuvo lugar el mismo día de suscripción del convenio -22 de diciembre de 2003 – (folio 48 de cuaderno 1).

⁴² Convenio adicional 1 al convenio interadministrativo 00424 de 2003: "**PRIMERA: OBJETO.** El objeto del presente es adicionar el **PLAZO** pactado en la CLAUSULA SEGUNDA del convenio No. 00424-03m en cuatro (4) meses más, contados a partir del vencimiento del convenio principal, esto es, a partir del 23 de junio de 2004" (folio 46 del cuaderno 1).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, sentencia del 5 de octubre de 2016 (exp. 36712) y sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 26549).

3. Los motivos de la apelación

Tanto el IDURY como La Previsora S.A. consideraron que el Tribunal desconoció que la justicia contencioso administrativa es esencialmente rogada y, al proferir la sentencia impugnada, dio lugar a que se configurara un fallo extra petita e incongruente frente a la demanda, para el primero, porque el marco de la litis se delimitó frente al presunto incumplimiento del numeral 5 de la cláusula 5 del convenio 424 de 2003, a pesar de lo cual el *a quo* se refirió a un presunto incumplimiento por variación de ítems y cantidades de obra y, para la segunda, porque, aunque no existió pretensión en su contra, en la sentencia se la condenó a responder por el incumplimiento que se declaró.

Además, el IDURY señaló que con el dictamen pericial rendido en el proceso se demostró el cumplimiento del convenio, porque se ejecutó el objeto pactado y se invirtió la totalidad de los recursos, pero, según dijo, esa prueba no fue valorada por el Tribunal de primera instancia conforme a las reglas de la sana crítica, por lo cual aseveró que mantener la decisión de reintegrar unos valores al departamento configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de éste, puesto que todos los recursos fueron ejecutados.

El IDURY no expuso ninguna consideración en relación con el incumplimiento del numeral 5 de la cláusula 5 del convenio y tampoco lo hizo frente a la condena en costas derivada de esta declaración, por lo cual la Sala no se pronunciará al respecto.

La Previsora S.A. adujo también que se violó su debido proceso, porque no existió acto administrativo que declarara el incumplimiento frente al cual hubiera podido ejercer su derecho de defensa. Agregó que, en todo caso, únicamente amparó el contrato inicial y, además, que en gracia de discusión la obligación de la aseguradora, según lo estipulado en la póliza, correspondería al 10% del saldo que quedó establecido en la sentencia a cargo del IDURY, es decir, \$14'460.558,36.

3.1. Vulneración del principio de congruencia por configuración de fallo extra petita – falta de legitimación de hecho de La Previsora S.A.-

El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil desarrolla el principio de congruencia diciendo, entre otras cosas, lo siguiente:

“La sentencia **deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda** y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

“(…)” (destaca la Sala).

En ese mismo sentido, el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo señala que en la sentencia se deben analizar “los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones”.

Así pues, el principio de congruencia, que rige en este proceso, impone al juez el deber de fallar de manera coherente con el objeto de la demanda, es decir, de conformidad con las pretensiones cuya declaración se busca, lo mismo que con su fundamento, esto es, según la causa petendi descrita en el libelo, cuyo conocimiento es el que permite a la contraparte preparar su defensa en aras de enervar la prosperidad de la pretensión que en su contra se erige, aspectos éstos que delimitan la actividad probatoria y concentran el debate sobre el cual debe pronunciarse el juez.

Al confrontar el texto de la demanda con el de la sentencia, la Sala concluye que el *a quo* profirió un fallo extra petita y, por ello, vulneró el principio de congruencia, no solo porque se manifestó frente a una causa no invocada en aquélla, sino también porque declaró probadas pretensiones no formuladas en ella.

De hecho, se observa que el fundamento de la pretensión de incumplimiento que presentó el departamento de Casanare se sustentó únicamente en la inobservancia del IDURY frente a la obligación que quedó plasmada en el numeral 5 de la cláusula 5 del convenio interadministrativo 424 de 2003, referente a la presentación de “informes necesarios y pertinentes a la Secretaría de Obras Públicas y al Departamento Administrativo de Planeación de Casanare, sobre la ejecución y cumplimiento del convenio”⁴⁴, pues si bien en las pretensiones se mencionó que la declaración de incumplimiento se buscaba también respecto de la obligación contenida en el numeral 6 de esa misma cláusula, relativa al compromiso del IDURY de reintegrar los rendimientos financieros de los dineros que le serían girados por la entidad territorial, lo cierto es que frente a ésta ninguna mención se hizo en los fundamentos del libelo, es decir, esa pretensión no se

⁴⁴ Folio 44 del cuaderno 1.

sustentó, lo que pone en evidencia la falta de un requisito sustancial de la demanda (la cuasa petendi) que impide que se emita un pronunciamiento al respecto, so pena de vulnerar el derecho de defensa de la contraparte y el principio de congruencia.

El Tribunal encontró probado el incumplimiento de la obligación contenida en el numeral 5 de la cláusula 5 del convenio 424 de 2003⁴⁵, aseveró que su inobservancia por parte del IDURY fue la causa que obligó al departamento a acudir a la vía judicial para liquidar el contrato y agregó que “La necesidad de finiquitar las relaciones contractuales de la cooperación aparente y dejar definidos los extremos económicos de la relación no la condiciona la concurrencia de *perjuicios*, pues no son ellos inherentes a todas las liquidaciones, cualquiera que sea la senda recorrida para configurarlas: con o sin ellos, debe *liquidarse* el negocio jurídico, conforme lo previene el Art. 60 de la Ley 80 de 1993”⁴⁶.

Seguidamente, se refirió a la ejecución del convenio con el propósito de verificarla para liquidarlo y concluyó que el IDURY no invirtió, “debidamente autorizado”⁴⁷, todos los recursos entregados por el departamento en los ítems pactados, puesto que la plataforma de lanzamiento no se construyó; en consecuencia, al realizar la liquidación del convenio, dedujo el valor correspondiente a ese ítem y ordenó al IDURY su devolución.

Al pronunciarse frente a la aseguradora, el análisis de la ejecución del convenio superó el que correspondía a la pretensión de liquidación, para trasladarse al de un incumplimiento que no fue solicitado en la demanda y, en desarrollo de ese razonamiento, expresó el Tribunal que la Previsora S.A. “garantizó al departamento de Casanare el riesgo implícito en el convenio 424 de 2003, en el sentido de obligarse a salir al saneamiento de los efectos de un eventual incumplimiento del contratante (sic) IDURY; luego, **verificado que esa entidad local no ejecutó bajo las reglas de la ‘cooperación’ la totalidad de los recursos departamentales que le fueron confiados, por el saldo que se dejará establecido a cargo del tomador garantizado deberá responder el garante** hasta la concurrencia del valor asegurado (\$128.547.801) ...”⁴⁸ (destaca la Sala).

Agregó que: “como no se ha probado que **el evento del incumplimiento por el que se procede** haya sido excluido por la voluntad de las partes, ni lo estaba por la Ley, La Previsora S.A. responderá hasta por \$128.547.801...”⁴⁹ (destaca la Sala).

⁴⁵ Folios 1314 a 1316 del cuaderno principal.

⁴⁶ Folio 1316 del cuaderno principal.

⁴⁷ Folio 1319 del cuaderno principal.

⁴⁸ Reverso folio 1320 del cuaderno principal.

⁴⁹ Folio 1321 del cuaderno principal.

En el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, se declaró que el IDURY incumplió parcialmente el convenio 424 de 2003, "conforme se indicó en la motivación"⁵⁰, lo que incluye, según se aprecia de los apartes transcritos, no solo la desatención del Instituto respecto del contenido del numeral 5 de la cláusula 5 del convenio, como fue solicitado en la demanda, sino también el presunto incumplimiento por no haber ejecutado la totalidad de los recursos bajo las condiciones pactadas en él, aspecto éste que no fue planteado en la causa petendi ni en las pretensiones del libelo y sobre el cual, por tanto, el Tribunal carecía de competencia para pronunciarse, de manera que, al hacerlo, profirió un fallo extra petita e incurrió en violación del principio de congruencia.

A pesar de que el anterior análisis sería suficiente para desvincular a La Previsora S.A. respecto de los efectos de la sentencia, en tanto que el incumplimiento por el cual se declaró que ésta debía responder fue el relacionado con la ejecución de los recursos, tema al que se insiste, no se refirió el libelo, la Sala no puede pasar por alto que, aunque fue vinculada al proceso por orden del Tribunal⁵¹, la parte actora no presentó pretensión alguna en su contra y únicamente se refirió a ella para señalar que había expedido la póliza 1002784, para amparar el convenio y sus adicionales; en consecuencia, condenarla a responder por un incumplimiento que no se discutió y en ausencia de pretensión alguna en su contra era algo que no podía hacer la sentencia apelada, la cual, por tanto, incurre en una flagrante vulneración del principio de congruencia.

Lo anterior, además, pone en evidencia la falta de legitimación de hecho de la compañía aseguradora para actuar en el proceso, toda vez que en su contra la parte actora no presentó pretensión alguna y tampoco fue llamada en garantía por parte del IDURY, por lo cual, ante la ausencia de causa que se le imputara, por parte del departamento o por el Instituto demandado, no existía fundamento alguno que permitiera al *a quo* pronunciarse frente a ella y al hacerlo no solo vulneró el principio de congruencia, sino también transgredió su derecho al debido proceso, puesto que en esas condiciones no era posible que ejerciera su derecho de defensa.

La Sala recuerda que en el proceso judicial hay lugar a distinguir entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa⁵². La primera se refiere a la relación

⁵⁰ Reverso folio 1321 del cuaderno principal.

⁵¹ Folio 174 del cuaderno 1.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001 (exp. 13.356); sentencia de 27 de abril de 2006 (exp. 15.352); sentencia de 31 de octubre de 2007 (exp. 13.503). En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo

procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

La legitimación material en la causa se refiere a la participación real del demandante o demandado en los hechos que dieron origen al respectivo litigio, al margen de que la persona haya demandado o hubiere sido demandada, es decir, se trata de una figura que corresponde al derecho sustancial o de fondo que el demandante tenga en su caso para llevar adelante la *causa petendi*, lo cual sólo entra a definirse partiendo del presupuesto de la legitimación de hecho, una vez surtido el debate procesal, con fundamento en el análisis crítico de las pruebas, en la oportunidad de dictar la respectiva sentencia, de acuerdo con lo que se haya demostrado.

Así las cosas, dado que en este caso el departamento no erigió pretensión alguna en contra de La Previsora S.A. y ésta tampoco fue vinculada al proceso como llamada en garantía, dable es concluir que la compañía no estaba legitimada de hecho para actuar en el proceso; por ello, tampoco le estaba dado al Tribunal entrar a considerar su legitimación material en la causa por pasiva.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera de la Corporación, la legitimación en la causa es un presupuesto necesario para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado⁵³, razón por la cual su estudio debe abordarse, incluso, de manera oficiosa y si, como en este caso, se

Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 27 de noviembre de 2013 (exp. 31431) y sentencia de 25 de junio de 2014 (exp. 34899).

⁵³ Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

“Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa ...” (se transcribe tal como obra en la providencia) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 17720).

comprueba su ausencia, la falta de legitimación debe ser declarada, como en efecto se hará.

3.2. La liquidación judicial del convenio 424 de 2003

El Tribunal consideró que dentro del objeto pactado en el convenio 424 de 2003 estaba el ítem de plataforma de lanzamiento de la piscina, pero que, como éste no se construyó, el valor correspondiente debía restituirse al departamento, toda vez que, si bien los recursos que a esa plataforma correspondían fueron ejecutados en otros ítems, el cambio de destinación se hizo sin autorización de la entidad territorial.

La inconformidad del IDURY, en lo que a este punto de la sentencia concierne, se fundamentó en que los recursos que le fueron girados por el departamento de Casanare en el marco del convenio 424 de 2003 se invirtieron en su totalidad en el objeto pactado, por lo cual consideró que no hay lugar a restituir a la entidad territorial ningún valor, so pena de causarse un detrimento injustificado en el patrimonio del Instituto y un enriquecimiento sin justa causa a favor del departamento.

Para resolver sobre este punto de la impugnación, es importante señalar que la liquidación del contrato es el “balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto”⁵⁴; es el procedimiento a través del cual las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del contrato, con el fin de saldar las respectivas cuentas, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente proceda con posterioridad a la terminación de aquél.

La liquidación debe contener las cuentas, los ajustes y los reconocimientos que se encuentren directamente relacionadas con el contrato que se pretende liquidar, de ahí que únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal se pueden entender como parte de la ejecución del objeto contractual y, por ende, el acta de liquidación del mismo sólo puede consignar las pretensiones que emanen directamente del contrato.

Así, entonces, para liquidar el convenio 424 de 2003, únicamente podía considerarse la ejecución de los recursos realizada hasta la fecha de su vencimiento, esto es, 22 de junio de 2004, puesto que, como antes se explicó, las prórrogas que suscribieron las

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diciembre 4 de 2006 (exp. 15239).

partes el 23 de junio y el 21 de octubre de 2004 no tuvieron la virtualidad de ampliar el plazo contractual.

Según oficio del 10 de junio de 2004, suscrito por el Jefe Administrativo y Financiero del IDURY⁵⁵, el 22 de diciembre de 2003 el Instituto recibió la suma de \$1.285'474.805,56, provenientes del departamento de Casanare en cumplimiento de lo pactado en el convenio interadministrativo 424 de 2003.

En lo que al momento de ejecución de los recursos concierne, encuentra la Sala que el 10 de junio de 2004, esto es, a escasos 12 días de que feneciera el plazo contractual estipulado para el convenio en cita, de los dineros girados por el departamento de Casanare al IDURY apenas se había realizado un "pago anticipado" equivalente al 50%, esto es, \$642'735.797, pero se desconoce lo efectivamente ejecutado hasta ese momento⁵⁶.

Después de aproximadamente 7 meses de vencido el plazo contractual la situación descrita no había variado, toda vez que, según oficio dirigido por el supervisor del convenio al Gerente del IDURY, a 15 de febrero de 2005 el valor de la obra ejecutada ascendía a \$515'678.556,18, de donde se deduce que a esa fecha ni siquiera se había ejecutado el 50% de los recursos destinados por el departamento para el proyecto.

Ahora, el dictamen pericial en el que se basó el Tribunal para adoptar la liquidación del convenio concluyó que los recursos provenientes del departamento de Casanare se invirtieron en su totalidad en el proyecto⁵⁷; sin embargo, la información a la que aludió el perito para arribar a sus conclusiones corresponde a la ejecución de las obras realizadas con posterioridad al vencimiento del convenio⁵⁸, razón por la cual, no podía el Tribunal considerarlas para realizar la liquidación judicial.

Lo dicho hasta acá permite inferir de manera razonable que, al margen de que se considere o no que existió un cambio de destinación de los recursos entregados por el departamento respecto del objeto pactado en el convenio, lo cierto es que el valor que el IDURY debe restituir a la entidad territorial es mayor al determinado por el Tribunal en la sentencia impugnada -\$144'605.583,63-, puesto que a la fecha de terminación del negocio jurídico, de los \$1.285'474.805,56 que le fueron girados para ser

⁵⁵ Folio 53 del cuaderno 1.

⁵⁶ Folio 53 del cuaderno 1.

⁵⁷ Señala que los recursos se ejecutaron en un 100.51% (folio 162 del cuaderno 47).

⁵⁸ Se infiere del dictamen que, en lo relacionado con la ejecución del convenio 424 de 2003, el perito acudió a las actas parciales existentes desde el 7 de septiembre de 2004, es decir, posteriores a su vencimiento y al referirse a las obras desarrolladas no discrimina las fechas exactas de su ejecución (folios 50 a 306 del cuaderno 4).

ejecutados en un plazo de seis meses, ni siquiera se había ejecutado el 50% - \$642'735.797-, lo que se infiere porque, después de 7 meses de su vencimiento, el valor de las obras apenas ascendía a \$515'678.556,18.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en este caso se está en presencia de un apelante único y, por ello, su situación no puede ser desmejorada en esta instancia, lo que impone que se confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 12 de junio de 2008 en cuanto a los valores de la liquidación, pero por las razones expresadas en esta oportunidad.

En cuanto a la calidad de apelante único que en este caso se predica del IDURY, es importante mencionar, como ya en otras ocasiones lo ha hecho la Subsección, que "la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas **como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas**"⁵⁹ (destaca la Sala).

En este caso, si bien formalmente se presentaron dos apelaciones, la del IDURY y la de La Previsora S.A., ambas personas jurídicas integraron un mismo extremo dentro de la litis, esto es, la parte demandada⁶⁰, por lo cual no cabe duda de que se está en presencia de un apelante único y, en consecuencia, por disposición expresa del artículo 31 constitucional, no es posible agravar su situación frente a lo que se resolvió en primera instancia.

Por último, agrega la Sala que no le asiste razón al IDURY al señalar que, de mantenerse la obligación de restituir el valor indicado en la liquidación judicial del convenio, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del departamento y en contra del Instituto, por cuanto la justificación de dicha restitución corresponde a la liquidación del negocio jurídico, de acuerdo con lo ejecutado durante su vigencia.

4. Costas

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1 de octubre de 2014, exp. 31908.

⁶⁰ El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante auto del 24 de agosto de 2006 admitió la demanda presentada por el departamento de Casanare y consideró a la aseguradora como parte demandada y, bajo ese entendido, ordenó su notificación.

El Tribunal Administrativo de Casanare condenó en costas al IDURY en una proporción correspondiente al 70% de las que se hubieren causado, con fundamento en que su "omisión" fue el factor determinante que llevó a movilizar la jurisdicción, para suplir así una "función administrativa" que debió ser satisfecha en sede administrativa, lo que consideró "una conducta imprudente que revela indolencia en la gestión pública"⁶¹. Señaló también que la parte demandante debía asumir el otro porcentaje de las costas, en consideración a que le era imputable "no haber actuado con la debida diligencia y cuidado en la supervisión de la ejecución del convenio, de manera que (sic) al tiempo de liquidarlo, estuvieran completas las memorias que para ello se requería"⁶².

Si bien en el acápite de la sentencia que a este aspecto se refiere no se indica de manera expresa cuál es la "omisión" en la que se sustentó la condena en costas, a partir de su contenido es claro que se refiere al incumplimiento del IDURY respecto del numeral 5 de la cláusula 5 del convenio 424 de 2003, relativa a la presentación de "informes necesarios y pertinentes a la Secretaría de Obras Públicas y al Departamento Administrativo de Planeación de Casanare, sobre la ejecución y cumplimiento del convenio"⁶³, incumplimiento que, según expresó el Tribunal en la providencia apelada, fue la causa que obligó al departamento a acudir a la vía judicial para liquidar el contrato.

Así las cosas, dado que la declaración de incumplimiento respecto de esa obligación contractual no fue objeto de apelación, la Sala también carece de competencia para pronunciarse frente a la condena en costas que en ella se fundamentó. Lo anterior es así, además, porque, si bien en la apelación se solicitó revocar la sentencia en lo desfavorable para el IDURY, en el recurso no se expresaron las razones de inconformidad frente a tales aspectos, por lo cual, ante la ausencia de una sustentación que los controvierta, la Sala no puede pronunciarse sobre ellos, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, al superior no le está dado enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla, lo que en este caso no ocurre.

En lo que a esta instancia concierne, no se impondrá condena en costas, toda vez que, para el momento en que se profiere el fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998

⁶¹ Reverso folio 1321 de cuaderno 1.

⁶² Ídem.

⁶³ Folio 44 del cuaderno 1.

indica que sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.- MODIFÍCASE la sentencia proferida el 12 de junio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Casanare, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia; en consecuencia, la parte resolutive de aquélla quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE la falta de legitimación de hecho de La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

SEGUNDO: NIEGÁNSE las excepciones procesales propuestas por la parte pasiva.

TERCERO: DECLÁRASE que el Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal –IDURY- incumplió parcialmente el convenio interadministrativo 424 de 2003, esto es, únicamente en lo que se refiere a la obligación contenida en el numeral 5 de la cláusula 5 del ese negocio jurídico.

CUARTO: LIQUÍDASE judicialmente el convenio interadministrativo 424 de 2003, suscrito el 22 de diciembre entre el departamento de Casanare y el Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal –IDURY-; en consecuencia, ORDÉNASE al de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal –IDURY- reembolsar al departamento de Casanare la suma de ciento cuarenta y cuatro millones seiscientos cinco mil quinientos ochenta y tres pesos con sesenta y tres centavos (\$144'605.583,63), más la actualización e intereses que se causen hasta la ejecutoria del fallo, que se liquidarán en el acto administrativo de ejecución, según lo previsto en el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993.

El importe líquido de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y se ejecutará conforme a lo

señalado en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: CONDÉNASE al Instituto de Desarrollo Urbano y Rural de Yopal –IDURY- a pagar el 70% de las costas que se hubieren causado, incluidas agencias en derecho. Tásense.

SEXTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: EXONÉRASE al llamado en garantía, CITYCOOP LTDA., de las imputaciones genéricas que le hizo el IDURY al contestar la demanda.

OCTAVO: ORDÉNASE la remisión de copias auténticas de la demanda, de la contestación de las accionadas, sin anexos, y del fallo con la constancia de notificación, con destino al Fiscal General de la Nación, al Contralor General de la República y al de Casanare. No se esperará ejecutoria.

NOVENO: RECONÓCESE personería a los abogados Lina Magaly Alarcón Cuta, Luis Fernando Gallego González y Gustavo Flechas Ramírez, la primera como apoderada del IDURY y los demás del departamento de Casanare, el último como sustituto del segundo.

DÉCIMO: En firme lo resuelto, expídase primera copia auténtica con las constancias de notificación y ejecutoria (artículo 115 del Código de Procedimiento Civil) con destino al departamento de Casanare, para su eventual recaudo forzado.

2.- Sin costas en esta instancia.

3.- En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA