



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC5568-2019

Radicación: 68755-31-03-001-2011-00101-01

Aprobado en Sala de cuatro de septiembre de dos mil diecinueve

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Se decide el recurso de casación de Pavigas Ltda., respecto de la sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala Civil-Familia-Laboral, en el proceso ordinario incoado por 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-, contra la recurrente.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum**. La actora solicitó, con relación al contrato de obra 001 de 2009, suscrito entre ésta y Pavigas Ltda., declarar el incumplimiento parcial de la convocada, y en consecuencia, condenarla a pagar la multa pactada en la cláusula décima, equivalente al 10% de valor total del convenio.

1.2. **La causa petendi**. Las súplicas se fundamentaron en los hechos que en lo pertinente se sintetizan:

1.2.1. La Oficina en Colombia del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura –IICA¹, en desarrollo de los pactos especiales de cooperación², firmados con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, cuyo objeto, entre otros, era administrar y ejecutar los dineros del programa Agro Ingreso Seguro (AIS)³, suscribió con la demandante, Asudirhat, el Acuerdo de Financiamiento 1295 de 2008, donde ésta se comprometía, previo a recibir los recursos⁴, a contratar directamente con un tercero, la ejecución de un proyecto de irrigación.

¹ Es un organismo especializado en agricultura del Sistema Interamericano que apoya los esfuerzos de los Estados Miembros para lograr el desarrollo agrícola y el bienestar rural.

² Convenios especiales de cooperación técnica y científica números 003 de 2007, 055 de 2008 y 052 de 2009.

³ Con el propósito de afrontar los retos impuestos al sector agropecuario nacional por la globalización de la economía y, en especial, por la suscripción de tratados de libre comercio (TLC) con diferentes países, entre ellos con los Estados Unidos de América, el Congreso de la República, a instancias del Gobierno Nacional, expidió la Ley 1133 de 2007, *“por medio de la cual se crea e implementa el programa Agro Ingreso Seguro – AIS”*. Dicho plan se concibió como una política pública con recursos estatales para financiar y subsidiar al gremio agropecuario con miras a *“(…) promover [su] productividad y competitividad, reducir la desigualdad en el campo y preparar [a dicho] sector (...) para enfrentar el reto de la internacionalización de la economía (...)”*.

⁴ Los recursos para costear la obra fueron manejados a través de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., los cuales, para ser desembolsados, debían tener un concepto favorable de la Unidad Técnica Ejecutiva del IICA-Colombia (conformada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Incoder, y el IICA), quien debía emitir conclusiones sobre las construcciones realizadas y haciendo las respectivas recomendaciones (fls. 164 y 440, Cdno. 1).

1.2.2. Por lo anterior, el 29 de abril de 2009, Asudirhat y Pavigas Ltda., ajustaron el contrato de obra para la construcción de un distrito de riego de pequeña escala en las veredas Paramito, Roncancio Centro y Santo Domingo del municipio de Hato (Santander).

1.2.3. El costo acordado fue de \$2.061'965.186, los cuales se pagarían según el avance de las labores, reservándose un 10% de su valor para cancelarse después de la suscripción del “*acta de recibo final*”, documento que certificaría su cumplimiento.

1.2.4. Aunque originalmente, el tiempo de ejecución fue de 12 meses contados a partir de la firma, el cómputo de inicio y terminación se modificó por adición suscrita el 18 de mayo de 2009, estableciendo para el 16 de julio siguiente, la fecha de arranque de las obras, ampliándose, a su vez, en “*dos meses y trece días*”, la data de su culminación.

1.2.5. La accionada, según el anotado *otrosí*, se obligó a entregar el 90% del sistema de irrigación el 30 de junio de 2010; y el total, o sea el 100%, el 31 de julio próximo.

1.2.6. Luego de vencido el plazo, el informe final de la firma auditora contratada y las inspecciones técnicas *in situ*, develaron la inobservancia del objeto contractual por la interpelada, pues a 31 de julio de 2010, ejecutó apenas el 93.65%, señalando, además, la mala calidad de las obras.

1.2.7. Lo anterior dio lugar a la pretensora para exigir a la demandada honrar sus obligaciones, al punto de que ésta,

en acta de 28 de junio de 2011, se comprometió a culminar y restaurar la infraestructura deficientemente construida.

1.2.8. Por causa del incumplimiento, el sistema de riego no se terminó y tampoco se edificó adecuadamente.

1.3. **La contestación de la demanda.** La convocada se opuso a las pretensiones. En su sentir, entregó la obra a satisfacción, acusando de las demoras a la demandante por realizar modificaciones técnicas y presupuestales al proyecto inicial; y según la cláusula cuarta del convenio, debía, y no lo hizo, “(...) *aportar la mano de obra no calificada*”.

1.4. **El fallo de primera instancia.** El Juzgado Primero Civil del Circuito de El Socorro, el 10 de julio de 2015, declaró que Pavigas Ltda. infringió relativamente lo pactado, al no ejecutar y entregar el 100% de la red de regadío. En consecuencia, la condenó a completarla y repararla; y a pagar a Asudirhat el 10% del valor total del contrato.

1.5. **La decisión de segundo grado.** El superior, al resolver la apelación del extremo pasivo, confirmó la determinación del *a quo*.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

2.1. El colegiado halló probado el incumplimiento parcial de la demandada al no justificar el retraso de la obra, ni acreditar su correcto funcionamiento.

Es cierto, en el expediente existía una comunicación del gerente de Pavigas Ltda., precisando la «*ejecución total*» del

proyecto, en un 106%; igualmente, un escrito emitido por el Director el Programa Agro Ingreso Seguro, asegurando la «*ejecución de la obra (...) en un 100%*»; y por último, el «*acta de recibo final (...) en el mismo porcentaje*».

No obstante, los «*porcentajes mencionados no son del todo exactos*», porque el coordinador de la empresa interventora, Interaudit S.A., informó a la actora que el avance de la construcción para el 31 de julio de 2010, solo había llegado al «93.65%», todo lo cual, encontraba respaldo en el «*acta final*» de entrega, en el documento de «*cantidades (...) ejecutadas*» y en la constancia del representante de la contratante donde «*expresa que la entidad contratista (...) abandonó la obra desde el 18 o 20 de agosto*» de 2010.

Además, para el recibo a satisfacción de lo estipulado el gerente de la interventora, el 28 de febrero de 2011, solicitó a la actora «*buscar e implementar los mecanismos para que se corrijan las irregularidades que fueron encontradas, con el fin de recibir la obra a más tardar el 15 de marzo de 2011 y poder establecer el porcentaje real de ejecución*». De ahí que era inexacto la ejecución de lo pactado en un 100% o 106%, como se hizo notar en los documentos arriba referidos.

Esto último, simplemente, conforme a los testimonios de Óscar Javier Cala Vargas, José Luis Cala Rueda y Ceferino Núñez Castro, no correspondía a la realidad, pues lo indicado se firmó únicamente para obtener del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la aprobación del desembolso por la Fiducia de los recursos de la construcción, teniendo

en cuenta que procedían totalmente del programa oficial de subsidios denominado Agro Ingreso Seguro (AIS).

El dicho de los anteriores declarantes desvirtuaba el cumplimiento de la sociedad demandada, manifestado por Esther Paulina Martínez Mendoza, Maritza Romero Ballén y Luis Roberto Ordóñez Ardila, máxime cuando lo vertido por aquellos encontraba *«pleno respaldo en los diferentes medios de convicción, entre ellos la prueba documental a la cual se hizo referencia y de donde se advierte sin equívoco alguno que el incumplimiento fue parcial y que faltó un porcentaje para que el mismo se cumpliera en su totalidad»*.

2.2. El juzgador, en todo caso, reconoció que el plazo de entrega, las cantidades de construcción y los diseños pactados, se modificaron con la adición de 18 de mayo de 2009, sin conllevar esa circunstancia una alteración al objeto y valor del acuerdo, pues de haber existido debió plasmarse en el mismo instrumento, o advertirse y reclamarse por el contratista durante y después de la ejecución.

Lo antelado comprueba que el tipo de contrato celebrado fue de precios unitarios y no globales, de ese modo, Pavigas Ltda., por cuenta y riesgos financieros propios, se comprometió a realizar la labor acordada conforme al *“rediseño técnico”* consignado en la mencionada enmienda.

Por esto, dijo, no aplicaba el principio de la imprevisión; también, por faltar la prueba sobre la ocurrencia de un hecho fortuito incierto que haya alterado el *“equilibrio prestacional”*.

2.3. Sobre el déficit del 50% de “*jornaleros*” como excusa del retraso, el cual debía aportar la demandante y que asumió Pavigas Ltda., para el juzgador, dicho reproche era inexistente, teniendo en cuenta que “*nada se dijo en el acta de recibo final*” ni en ningún otro medio de convicción.

2.4. En suma, según el *ad-quem*, el incumplimiento atribuido al ente demandante se descartaba por completo, no así el de la sociedad interpelada, pues en lugar de «*ejecutar el 100% de la obra*», se acreditó que «*solo alcanzó el 93%*».

3. EL RECURSO DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

3.1. Por errores de hecho probatorios, se acusa la violación de los artículos 230 de la Constitución Política, 3 y 9 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de Administración de Justicia), y 176 del Código General del Proceso.

3.1.1. La recurrente, en su desarrollo, se refiere a la apreciación probatoria realizada por el «*a-quo*» para concluir en el incumplimiento de la demandada.

A su vez, plantea inquietudes alrededor del “*acta de recibo final*” de la obra a satisfacción, fechada el 15 de septiembre de 2015, la cual se dijo se elaboró para facilitar el desembolso de los recursos por la Fiducia, previa autorización del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, pero sin ordenar, ante la supuesta falsedad del documento, las investigaciones penales y disciplinarias correspondientes.

En todo caso, en su sentir, en primera instancia no se «*hizo un raciocinio pertinente a los testimonios del demandante frente a los de la demandada*», pues a los de ésta «*ni siquiera (...) hizo referencia (...), demostrándose una inclinación ostensible*» por los declarantes de la otra parte.

3.1.2. En lo que respecta a la apreciación probatoria contenida en la sentencia cuestionada, la censura sostiene que el Tribunal solo se «*lanza a ratificar lo dicho por el a-quo*», empero, sin tomar decisión sobre la «*irregularidad*» o «*falsedad del documento*» de 15 de septiembre de 2015.

Simplemente, descarta de plano los testimonios de Esther Paulina Martínez Mendoza, Maritza Romero Ballén y Luis Roberto Ordóñez Ardila, que daban cuenta del cumplimiento, porque el dicho en contrario de Óscar Javier Cala Vargas, José Luis Cala Rueda y Ceferino Núñez Castro, encontraba «*pleno respaldo en la prueba documental*».

3.1.3. Para la casacionista, el *ad-quem*, además, omitió valorar otras pruebas que «*constatan lo dicho por los testimonios de la demandada*», fortaleciendo así la tesis de que ésta cumplió a cabalidad lo estipulado.

El dictamen pericial y su aclaración, donde se reafirma que “*se cumplió y (...) entregó la totalidad del monto contratado*”, y se destaca sobre la funcionalidad del distrito de riego edificado que las actividades de “*captación*”, “*el desarenador*”, “*los puentes aéreos*”, y “*la tubería de conducción*”, cumplían los detalles técnicos acordados.

La providencia de 8 de octubre de 2013, expedida por la Fiscalía General de la Nación, ordenando el archivo de la investigación penal solicitada por Asudirhat contra Pavigas Ltda., ante la comisión del presunto delito de celebración indebida de contratos, al no existir indicio que permitiera *«predicar la existencia del hecho considerado»*.

3.2. Según la impugnante, los *«testimonios de personas expertas en la materia»*, *«no fueron apreciados ni valorados»*, ni siquiera en conjunto, incidiendo los errores de hecho en la decisión final, pues de haber estimado esas pruebas debidamente, habría concluido que Pavigas Ltda., acató a cabalidad el convenio, al realizar, terminar y entregar la obra durante el plazo, en un 100%, y en perfecta marcha.

3.3. Solicita, en consecuencia, casar el fallo recurrido y en sede de instancia, negar las pretensiones de la demanda.

4. CONSIDERACIONES

4.1. La Corte, al margen de los defectos técnicos que pueda adolecer el cargo, por ejemplo, el no señalamiento de normas de estirpe legal infringidas, dado que se denunció como violados los artículos 230 de la Constitución Política y 3 y 9 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; y, ante la falta de claridad en su formulación, pues desconoció que la omisión probatoria envuelve un error de hecho, y su no valoración en conjunto, uno de derecho; ambas cosas aludidas a la vez, procede a resolverlo de fondo.

Lo anterior, en aplicación de los artículos 16 de la Ley 270 de 1996 (modificado por el artículo 7 de la Ley 1285 de 2009), y 336, *in fine*, del Código General del Proceso, consagratorios de la casación oficiosa y la selección positiva de ciertos fallos, así se esté frente a una demanda deficiente, en general, por razones constitucionales o convencionales, bien para proteger los derechos y garantías fundamentales, ya cuando es ostensible que la sentencia objeto de análisis compromete gravemente el orden o el patrimonio público. En esa dirección, al decir de la Corte:

“[E]l ordenamiento afianza la selección de la demanda de casación, sea en forma negativa, pero también positiva. Para la Sala, esa facultad se ejerce, sin duda, en la fase introductoria del debate casacional como pórtico al iudicim rescindens, no ulteriormente, ni al momento de proferirse el fallo, porque de la expresión ‘(...) aunque la demanda de casación cumpla con los requisitos formales, podrá inadmitirla (...)’, permite inferir que la ocurrencia de esta etapa se surte en la fase inicial, pero no al momento de dictar la sentencia de casación para definir si se quiebra o no el fallo, una vez registrado el proyecto de sentencia por el Magistrado ponente, a quien correspondió sustanciar el juicio casacional.

“Es en la etapa del fallo, cuando se puede adoptar como instrumento de protección y de garantía de los derechos, la casación de oficio, pero no la selección de la demanda; no en otra oportunidad, pues si el asunto ha llegado para sentencia, se infiere llanamente, bien se admitió o ya se seleccionó. La selección, entonces, únicamente puede tener eficacia en la fase introductoria de admisión del respectivo libelo. En este sentido, el legislador del Código General del Proceso, diseñó el artículo 336 en su inciso final el siguiente segmento normativo que responde y clarifica la cuestión:

“La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el

patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales’ (subrayado fuera de texto).

“Al disponer que esta Corporación “podrá casar la sentencia, aún de oficio”, está comprometiendo “in radice” a la Corte de Casación con la construcción del Estado Social de Derecho, para cumplir las finalidades del recurso⁵, autorizando quebrar la sentencia al margen de la prosperidad técnica de las causales esgrimidas por el recurrente cuando al momento de fallar, en su tarea de control constitucional y legal atribuida por el legislador, como derecho propio en el ámbito casacional, se hallen en juego valores, principios y derechos supremos, y en forma patente y paladina aparezcan comprometidos: 1. El orden público, 2. El patrimonio público, o 3. Se atente gravemente contra los derechos y garantías constitucionales”⁶.

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

⁵ “Artículo 333. FINES DEL RECURSO DE CASACIÓN. El recurso extraordinario de casación tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida”.

⁶ CSJ. Civil. Sentencia SC1131 de 5 de febrero de 2016, expediente 00443.

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 estatales⁷, 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 asociados⁸, con mayor razón, cuando del cargo deviene censura tocante con aquel.

A propósito, no debe soslayarse que el recurso de casación no es únicamente privado⁹, por cuanto subyacen en

⁷ Artículo 2 de la Constitución Política de 1991.

⁸ 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).

⁹ En esa dirección, reafirmó la Comisión Redactora del Código General del Proceso: “(...) Una propuesta legislativa de casación de oficio como la que se acaba de exponer, así sea bajo el mecanismo de la discrecionalidad, resultaría insuficiente si no se incorpora la posibilidad de denunciar como eventuales normas violadas, al lado de las propias del derecho sustancial, los preceptos constitucionales, como lo exige el mismo carácter normativo de la Constitución que consagra el art. 4° de la Carta Política,

él, fines públicos como la unificación de la jurisprudencia nacional, la integridad del ordenamiento jurídico, y ahora con el nuevo estatuto procesal, la salvaguarda de los derechos fundamentales o constitucionales, la eficacia de los tratados internacionales en los cuales Colombia es parte, y la defensa del patrimonio público (artículo 333 del Código General del Proceso)¹⁰.

4.2. Con todo, las normas señaladas como violadas en forma indirecta habilitan el estudio de mérito de la acusación, no solo al relacionarse de alguna manera con lo debatido en el juicio y con el *thema decissum* del fallo materia de casación, sino también, por tratarse de preceptos de orden superior y norma afines contenidas en una ley estatutaria¹¹.

acabando así con la discusión jurisprudencial, que aún hoy se sigue dando, sobre si es viable descender de la Constitución al recurso de casación de modo directo. De manera que para estos efectos, debe entenderse por derecho objetivo el ordenamiento constitucional, los tratados internacionales suscritos por Colombia y la ley en general, integrados bajo el principio de unidad del ordenamiento.

“Lo anterior, se repite, para hacer del recurso un verdadero instrumento de justicia, en tanto su concepción supera los formales criterios de la legalidad para tornarse en un mecanismo comprometido con la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales en particular. Obviamente que esa nueva senda exige una reingeniería procedimental del recurso, para a tono con los fines darle suficiente eficiencia, de modo tal que la oportunidad del mismo se dé por descontada. En esta dirección, entonces, deben ponerse fórmulas que permitan un acceso más efectivo, pero responsable y que reduzcan al mínimo los niveles de congestión que hoy abruman a la Corte (Acta No. 69, sesión de 25 de mayo de 2005).

¹⁰ CSJ AC 7478-2017.

¹¹ La ley estatutaria no es una ley ordinaria. Tiene una jerarquía superior sobre las demás leyes y decretos con fuerza de ley. Dicha categoría de superioridad se lo da el hecho de que la naturaleza de los temas que regula, hacen parte de la espina dorsal de la Constitución Política. En efecto, la Carta Política de 1991 estableció en su artículo 152 las materias que deben desarrollarse por medio de leyes estatutarias (vgr., el procedimiento que debe seguir la acción de tutela; la administración de justicia; la libertad religiosa o el derecho de reunión; la que precisa e implementa las funciones del Ejecutivo en los Estados de Excepción, etc.). Relativo a su aprobación, modificación o derogación, se requiere la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y su trámite deberá efectuarse en una misma legislatura; es decir, entre julio de un año y junio del siguiente. Si esto no ocurre, tendrá que ser presentada nuevamente desde el principio. Igualmente, al aprobarse, la Corte Constitucional debe examinar su exequibilidad antes de que ésta sea sancionada por el Presidente de la República y entre en vigor.

Desde luego, si el ordenamiento positivo se deriva de la Constitución Política, todo, entonces, se encuentra predeterminado por el texto constitucional, de ahí que ante la supuesta vulneración de garantías y derechos superiores, en particular, de los principios de supremacía constitucional y de legalidad, conlleva también la violación de la ley.

Así las cosas, las disposiciones supralegales clasifican, como sustanciales, pues tienen eficacia y aplicación práctica, ciertamente, por referirse al respeto debido del juzgador al sistema normativo y a las garantías procesales (arts. 230, C.P., 3 y 9 de la Ley 270 de 1996), condiciones todas que resaltan el aspecto material de la Carta Política, aun cuando las mismas carezcan de determinación fáctica.

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. En esa dirección, la Corte, desde luego, tiene jurisdicción y competencia para proceder de conformidad,

específicamente, para estudiar, en el ámbito extraordinario, si la demandada cumplió o no el contrato de que se trata.

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 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 *subexámíne*, resolvió su archivo, ante la ausencia de conductas relacionadas con el punible de “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*”¹², 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

¹² 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 (...)*”.

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 irrigación¹³.

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 edificación¹⁴.

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*

¹³ 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.

¹⁴ 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 Incoder y el IICA).

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 exorbitantes¹⁵ 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.

¹⁵ 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).

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 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 2007¹⁶, norma vigente al

¹⁶ 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*”.

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.

4.3.7. En el *subexámine* no se plantearon excepciones relativas con jurisdicción y competencia, por tal razón, de conformidad con el precepto 16 del C.G.P., para el asunto, se impone la aplicación de la regla de la “*perpetuatio jurisdictionis*”¹⁷.

4.3.8. De los elementos y fases del contrato celebrado por Asudirhat y Pavigas Ltda. se evidencia no sólo la inaplicación de la Ley 80 de 1993, sino la falta de jurisdicción de los jueces contenciosos administrativos para resolver su controversia.

En efecto, ninguna de las partes reviste la condición de entidad estatal denominada en los literales a) y b) del artículo

¹⁷ Garantía de inmodificabilidad de la competencia judicial que obliga a las autoridades judiciales a continuar con el trámite de los litigios a su cargo desde la admisión de la demanda y hasta la culminación del proceso.

2 de la norma *idem*¹⁸; igualmente, la selección del constructor-contratista se realizó directamente y no mediante proceso licitatorio, aspecto último que no ameritó considerar el factor cuantía de la obra respecto del presupuesto del contratante; por tal motivo, en los términos de las reglas 13¹⁹ y 75²⁰ de la misma disposición, el negocio al resultar ajeno a calificarse como “*contrato estatal*”, se gobernaba por las normas jurídicas privadas, despojando de jurisdicción al juez contencioso administrativo.

4.4. Elucidado lo precedente, debe resaltarse que la buena fe, baluarte del sistema jurídico, es principio y derecho, y tiene por finalidad integrar el ordenamiento positivo y regular “*las relaciones entre los particulares, y de éstos con el Estado*”²¹.

Dicha institución, entendida como la conciencia de obrar con lealtad, rectitud y honestidad, se exige y presume,

¹⁸“(…) 2. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (…).”

¹⁹“(…) Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (…).”

²⁰“(…) 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 (…).”

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-071 de 2004.

generalmente, en todas las conductas desplegadas por las personas naturales y jurídicas (públicas o privadas), según lo dicta el artículo 83 de la Constitución Política²².

En punto de la buena fe en la ejecución de los contratos, el artículo 1603 del C.C. es claro al precisar, que “(...) *los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella* (...)”.

La anterior disposición, contrastada con el precepto 1602 *ejúsdem*, según el cual “(...) *todo contrato válidamente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o causas legales* (...)”, trae consigo la obligación de honrar el negocio jurídico en esas condiciones y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, las partes están compelidas a atender, a cabalidad, todas y cada una de las prestaciones que de él dimanen, *so pena* que su incumplimiento sea sancionado²³.

En este orden, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, en caso de no cumplirse lo pactado (arts. 1546 y 1609, C.C.), condición que habilita al contratante cumplido para pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del negocio. Además, “*por su consentimiento mutuo*” (art. 1602, *ibídem*), los contratantes

²² “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

²³ CSJ, SC 11822-2015 y SC-170-2018.

pueden acordar las causas, formas o tiempos en que pondrán fin a su vínculo contractual, por no estar ello prohibido, y al usar de esa prerrogativa, igualmente, deberán honrar el principio de la buena fe, el cual, tiene como finalidad reducir al máximo la afectación patrimonial que de dicha ruptura pueda emerger.

4.5. En coherencia con lo discurrido, pertinente resulta anotar que en el ámbito privado²⁴, el contrato de obra civil tiene por objeto 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 remuneración²⁵.

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 delegada²⁶.

²⁴ 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.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre 1999, exp. 10.929.

²⁶ 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 *ibídem*) 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

(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 contrato²⁷.

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 autores²⁸, se compone de dos clases: “*unidad simple*” y “*unidad en el conjunto*”.

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).

²⁷ MARIENHOFF, M. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, Tercera edición, Tomo III –B, Contratos Administrativos, pp. 543 y 544.

²⁸ *Ob*, cit.

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.

(iii) El convenio por administración delegada, típica del sector estatal, se enmarca en la especie del contrato de mandato, en donde la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante (mandante), pero a través de un contratista (mandatario) que sólo es representante de aquél, a cambio de unos honorarios previamente pactados²⁹.

4.6. Aplicado lo expuesto al caso, en dirección de responder el cargo, debe entenderse que el tribunal acertó probatoria y jurídicamente al concluir que el contrato de obra

²⁹ A través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 16 de septiembre de 2010, exp. 16605).

fue de precios unitarios y no globales, cuya forma de pago se pactó por unidades y cantidades de construcción, correspondiendo su valor total al multiplicar esas variables.

4.6.1. En otras palabras, con independencia del juicio del juzgador, es del caso dejar por establecido que los hechos configurativos de la relación comercial se encontraban identificados y acreditados, aun cuando los contratantes, durante su ejecución, hayan pactado modificaciones.

El 18 de mayo de 2019, en efecto, las partes cambiaron las condiciones iniciales del acuerdo, como el plazo de entrega, cantidades de construcción y diseños, en particular, lo relativo al cambio del lugar de captación de la bocatoma.

La variación, sin embargo, por así haberse convenido, no implicó una alteración al objeto ni al valor, pues la demandada, Pavigas Ltda., continuó asumiendo la obligación de edificar el distrito de riego sosteniendo los mismos precios unitarios estipulados originalmente para cada uno de los complementos (*ítems*) de la obra, situación que, en ningún caso le impedía haber exigido a la demandante, Asudirhat, el reajuste económico por realizar actividades no previstas dentro del contrato, aspecto a lo cual nada se procuró.

Así las cosas, le incumbía a la contratista probar y reclamar durante el cumplimiento y finiquito, que las posibles situaciones generadoras de mayor permanencia de obra, o en su defecto, laboríos adicionales, los cuales pudieron afectar la ecuación financiera del contrato, se

causaron por la conducta de la contratante o con la concreción de la teoría de la imprevisión. La primera, por el desconocimiento de la obligación de aportar el 50% de “*jornaleros*”; y la segunda, ante la ocurrencia de factores exógenos y fortuitos no imputables a las partes.

No obstante, Pavigas Ltda., durante la ejecución y liquidación del negocio, y al margen de los riesgos comunes que debía asumir, fue indiferente en reclamar y demostrar a Asudirhat, la pérdida anormal del equilibrio económico, ya en el mismo acuerdo de modificación, en las actas de los comités de obra, mediante comunicaciones, o en el momento en que consideró la ejecución de lo estipulado.

4.6.2. El planteamiento descrito, se entiende aceptado en su contexto por la censora, al no encauzar un ataque contra ese raciocinio.

El estudio de la acusación, por tanto, tendrá como cierto que el Tribunal no se equivocó al dejar sentado (i) que la forma de pago de la obra contratada se pactó por el sistema de precios unitarios; y (ii) que la demandada se obligó a realizar cantidades complementarias de construcción, las cuales debió desarrollar partiendo de los valores previamente determinados por cada *ítem* de obra.

4.7. El problema planteado, por tanto, queda confinado a establecer si Pavigas Ltda., la demandada recurrente, ejecutó parcialmente la obra, en un 93.65%, sumado el

abandono y las dificultades para su puesta en marcha, como igualmente concluyó el *ad-quem*.

Bajo el entendido que lo así espetado responde a lo material y objetivamente señalado por las pruebas, inclusive a su valoración jurídica, pues como es sabido, la sentencia recurrida ingresa al recurso de casación arropada por la presunción de legalidad y de acierto, pasa la Corte a estudiar si esas conclusiones resultan contraevidentes, cual se denuncia en el cargo, vale decir, si esa presunción fue desvirtuada, ante la comisión de errores evidentes y trascendentes de hecho y de derecho probatorios.

4.7.1. La especie de los primeros, como se insinuó, tiene que ver con la presencia física de los distintos medios de convicción en el proceso y con su contenido objetivo. Referido a aquello, los errores ocurren cuando las pruebas se inventan o se pasan por alto; y respecto de lo último, las faltas se cometen en los casos en que partiendo de la presencia real de los elementos de juicio, sin embargo, se tergiversan por adición, cercenamiento o alteración.

En cualquiera de las referidas hipótesis, los yerros de hecho también requieren para su estructuración, por una parte, que sean manifiestos, constatables a los sentidos, de donde se descartan los que son fruto del raciocinio; y por otra, trascendentes, vale decir, que hayan determinado la decisión final, en una relación lógica de causa a efecto.

4.7.2. Los yerros de derecho, en cambio, se relacionan con la contemplación jurídica de las pruebas, esto es, con su

licitud o legalidad, desde luego, superada correctamente la etapa previa de apreciación material u objetiva, pues es su requisito necesario.

Con relación a cada medio en particular, tales yerros se entroncan con la regularidad del proceso de producción, en cuanto a su incorporación y aseguramiento (petición y oportunidad), decreto, práctica, asunción, valoración y a su contradicción, amén de su conducencia, pertinencia y utilidad o eficacia. Igualmente, con la apreciación de las pruebas en conjunto, conforme a los dictados de la lógica, de la ciencia y de las reglas de la experiencia o sentido común, bastión y esencia de las reglas centrales de la sana crítica.

4.8. En el caso, la recurrente acusa al tribunal de la comisión de errores fácticos, al dejar acreditado, sin estarlo, que infringió parcialmente el contrato 001 de 2009, al incumplir la construcción del distrito de riego en un 6,35%; y por entregar lo edificado en mal funcionamiento.

4.8.1. Lo anterior, al tener por comprobado que “*el acta de recibo final*”, suscrita por las partes y la sociedad interventora Interaudit S.A., reveladora del cumplimiento del 100% por Pavigas Ltda., no plasmaba esa verdad, pues ello se simuló para obtener del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural su beneplácito para que la Fiducia desembolsara los recursos faltantes del costo de la obra, porque provenían completamente del programa oficial de subsidios denominado Agro Ingreso Seguro (AIS).

En sentir de la censura, se trata de un desconocimiento arbitrario de los hechos contenidos en el anotado documento, puesto que fueron desvirtuados con la apreciación de las versiones de Óscar Javier Cala Vargas, José Luis Cala Rueda y Ceferino Núñez Castro, exmiembros de la Junta Directiva de Asudirhat, omitiendo el análisis de lo narrado por otros deponentes, que desde lo técnico, sí participaron en la confección minuciosa de dicha prueba.

Puntualmente, lo narrado por Esther Paulina Martínez Mendoza, Maritza Romero Ballén y Luis Roberto Ordóñez Ardila, quienes realizaron ensayos hidrostáticos «(...) *durante 2 semanas (...)*», haciendo «(...) *pruebas de líneas de conducción y en todos los ramales (...)*», verificándose también las «(...) *acometidas de cada predio (...)*»; y además, acompañaron y recorrieron todo el trayecto de la obra por delegados de Asudirhat, Interaudit S.A. y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura –IICA-.

4.8.2. Pues bien, es cierto, en uno de los apartes del fallo se hizo mención a las circunstancias narradas por Óscar Javier Cala Vargas, José Luis Cala Rueda y Ceferino Núñez Castro, alrededor de la *acta de recibo final* de 15 de septiembre de 2010, afirmándose que “(...) *fue suscrita únicamente para que la Nación desembolsara los recursos a la fiducia y poder utilizarlos en dicha obra (...)*”.

El Tribunal, sin embargo, desde la perspectiva de la omisión probatoria, no pudo incurrir en error al apreciar los testimonios de descargo, vale decir, lo vertido por Esther

Paulina Martínez Mendoza, Maritza Romero Ballén y Luis Roberto Ordóñez Ardila, porque sin desconocer su contenido, esto es, el manifestado cumplimiento o ejecución del contrato, en un 100%, simplemente les restó credibilidad, al enfrentarlos con otras pruebas. El problema, entonces, no es con la materialidad u objetividad de dichos testimonios, sino con las pruebas traídas para desvirtuarlos.

Desde luego, si las anteriores declaraciones fueron contrarrestadas con lo declarado por Óscar Javier Cala Vargas, José Luis Cala Rueda y Ceferino Núñez Castro, quienes refirieron el incumplimiento parcial del contrato y la simulación de los documentos que daban cuenta de la ejecución total de la obra, solo para efectos de obtener el desembolso de los recursos, resulta bien claro que el Tribunal tampoco pudo preterir dichos testimonios.

Desde luego, los testimonios de cargo antes referidos, no pudieron ser tergiversados, puesto que el juzgador, fiel a su contenido, les dio pleno valor, al encontrar sus dichos coherentes con la prueba documental. En particular, con el informe de la interventora, Interaudit S.A., sobre el avance de la edificación en el «93.65%» para el 31 de julio de 2010; con el «*acta final de la obra*»; con el «*recibo de cantidades de obra ejecutadas*»; con la constancia del representante de la contratante donde «*expresa que la entidad contratista (...) abandonó la obra desde el 18 o 20 de agosto*» de 2010; y con el requerimiento de la interventora de 28 de febrero de 2011, dirigido a buscar e implementar «*mecanismos para que se corrijan las irregularidades que fueron encontradas, con el fin*

de recibir la obra a más tardar el 15 de marzo de 2011 y poder establecer el porcentaje real de ejecución».

En ese contexto, si en algún error probatorio incurrió el Tribunal, debía buscarse en la apreciación de la prueba que tuvo en cuantía para darle credibilidad a unos testimonios y descartar otros, pues, por lógica, a decir verdad, la cadena de convicción se hizo depender de tales documentos.

Ahora, como en el cargo ninguna referencia se hace a los elementos de juicio que sirvieron, en últimas, para avalar el incumplimiento parcial del contrato y eliminar el alegado cumplimiento total, debe seguirse que el Tribunal no se equivocó al decidir como lo hizo, sencillamente, al permanecer enhiesta la presunción de legalidad y acierto que cobija a esas conclusiones probatorias que trajo a cuento para darle y restarle credibilidad a unos y otros testigos.

4.8.3. En la hipótesis de haber pasado por alto el Tribunal, apreciar la providencia de archivo de una investigación penal por el punible de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, el yerro no sería trascendente, pues lo investigado fue la posible comisión de un delito y no el cumplimiento o no del contrato.

La prueba, por el contrario, condujo a establecer que la cuestión no se regulaba por la Ley 80 de 1993, ni otras de igual linaje, impidiendo el gobierno del tipo penal de la celebración indebida de contratos por la naturaleza misma

del convenio, circunstancia que aparejaba el archivo por la eventual infracción de los contratos estatales.

4.8.4. En lo relativo al dictamen pericial y su aclaración, supuestamente demostrativo de la ejecución total de lo pactado, el cual se dice fue omitido, cabe decirse, si bien, en punto del cumplimiento o no del contrato, en la sentencia no se hizo alusión a ese medio de convicción, ello, por sí, no configura un error protuberante de hecho, pues, salvo que la prueba contradiga en forma abierta las conclusiones del Tribunal, simplemente, en palabras de esta Corporación, “*su no mención sería una deficiencia de expresión*”³⁰.

La recurrente sostiene en el cargo que el perito dictaminó el cumplimiento y ejecución de la totalidad del monto contratado. Sin embargo, como esto no es cierto, significa que el sentenciador, implícitamente, la apreció, pero para dejar sentado el hecho contrario, de donde se sigue, entonces, que el error enrostrado alrededor es inexistente.

El auxiliar de la justicia, en efecto, no asienta contundentemente lo afirmado. Por el contrario, sin desconocer el «*recibo de obra ejecutada*», según las «*actas que forman parte del expediente del juzgado*», ello no indica la ejecución cabal de lo pactado, porque, como ya se indicó, respecto de la documentación adosada en esa dirección, el juzgador la tuvo por simulada, ergo, desvirtuada.

³⁰ CSJ. Casación Civil. Sentencia de 5 de mayo de 1998 (CCLII-1355).

El perito, además, deja incierto el cumplimiento, pues como lo expresó, a falta de unos documentos requeridos a los usuarios, *«no se pudo valorar la cantidad de obra faltante para completar la red de distribución del distrito de riego»*.

Si lo anterior fuera poco, el experto, en otros apartados, enfáticamente señaló que (i) *«[n]o se cumplió con el objeto inicialmente contratado, pues no se construyeron la totalidad de las tuberías de distribución ni se construyeron las domiciliarias»*; que (ii) *«los ítems 1.1 y 1.2 se recibieron por acta, pero la comunidad dice no haberlos recibido»*; que (iii) *«[s]olo [de] los ítem 1.1, 1.2, 2.1, 2.2 se ejecutó el 100% de lo contratado»*; que (iv) *«[n]o se ejecutó el ítem 7.1 de riego predial»*; y que cuando habló del cumplimiento total *«no me estoy refiriendo a las cantidades de obra inicialmente contratadas»*.

4.8.5. Por último, las pruebas no fueron analizadas aisladamente, al punto que, como quedó constatado, todo, desde luego, al margen del acierto del Tribunal, algunos elementos de juicio se tuvieron por desvirtuados, frente al contraste con otros medios de convicción. De ahí que, desde la perspectiva del error de derecho probatorio, en punto de la apreciación de las pruebas en conjunto, los yerros en la materia no tienen ocurrencia.

4.9. Los derechos fundamentales de la recurrente, en suma, no aparecen implicados, en tanto, la decisión del *ad-quem*, en últimas, resguarda el patrimonio público, de modo que, al no casar, se torna innecesario ejercer los poderes

oficiosos para proteger la “*res pública*”, pues escrutados los errores probatorios denunciados, el sentenciador acusado actuó con sujeción al ordenamiento legal y constitucional, en pos de preservar los derechos comunitarios.

4.10. El cargo, en consecuencia, no se abre paso, razón por la cual, se debe condenar a la recurrente a pagar las costas causadas, en cuya tasación se tendrá en cuenta que la demanda de casación no fue replicada por la contraparte.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **no casa** la sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala Civil-Familia-Laboral, en el proceso ordinario promovido por 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 contra Pavigas Ltda.

Las costas en casación corren a cargo de la recurrente. En la liquidación respectiva, inclúyase la suma de tres millones de pesos (\$3'000.000), por concepto de agencias en derecho.

**Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior,
devuélvase el expediente a la oficina de origen.**

(Con aclaración de voto)

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

(Presidente de Sala)

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

(En comisión de servicios)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

(Con aclaración de voto)

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

ACLARACION DE VOTO

Radicación n° 68755 31 03 001 2011 00101 01

Aunque estoy de acuerdo con la decisión de NO CASAR la sentencia impugnada, disiento de algunas razones que se expusieron en la providencia que salió avante para llegar a dicha conclusión.

MOTIVOS DE ACLARACIÓN

1.- Considero que en este caso no están dadas las exigencias legales que habilitarían la casación de oficio, por lo siguiente:

1.1.- La figura de la casación de oficio, está prevista en el último inciso del artículo 336 del Código General del Proceso, a cuyo tenor: *«[l]a Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, **cuando sea ostensible** que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales»*.

Esta modificación introducida por el legislador al instituto de la Casación Civil, si bien resulta novedosa en esta especialidad de la jurisdicción, no lo es en el ordenamiento jurídico colombiano, comoquiera que ya con

anterioridad estaba prevista en materia penal (inc. 3°, art. 184 Ley 906 de 2004³¹).

No obstante, a tono con la literalidad de la norma, esta facultad concedida a la Corte, no puede ser ejercida de manera irrestricta, sino que quedó circunscrita a eventualidades que por su extrema importancia jurídica ameriten quebrar oficiosamente una sentencia, porque con ella resulte comprometido gravemente el orden o el patrimonio público, o atente contra los derechos y garantías constitucionales. Adicionalmente, constituye condición *sine qua non* para la procedencia de esta intervención judicial oficiosa, que esas vicisitudes sean ostensibles, esto es, que resulten claras o patentes sin necesidad de apelar a digresiones para llegar a la conclusión.

En el caso analizado, el magistrado ponente justifica que deba decidirse de fondo el recurso de casación, pese a la evidente falta de técnica en la formulación de los cargos, en *«aplicación de los artículos 16 de la Ley 270 de 1996 (modificado por el artículo 7 de la Ley 1285 de 2009), y 336, in fine, del Código General del Proceso, consagradorios de la casación oficiosa y la selección positiva de ciertos fallos, así se esté frente a una demanda deficiente, en general, por razones constitucionales o convencionales, bien para proteger los derechos y garantías fundamentales, ya cuando es ostensible*

³¹ «En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo». [Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional en C-880-14].

que la sentencia objeto de análisis compromete gravemente el orden o el patrimonio público», señalando a continuación, que en este evento la controversia «gira alrededor del patrimonio público, respecto de la gestión en la inversión de los fondos del programa oficial Agro Ingreso Seguro» y que la polémica planteada en casación “se asocia con la administración de recursos públicos».

No comparto esa apreciación, porque parte de un supuesto equivocado, en la medida que, en últimas, se está asimilando un hecho irrefutable como es el origen público de los recursos invertidos en el contrato de obra 001 de 2009, suscrito entre la parte demandante y PAVIGAS Ltda., cuya declaratoria de incumplimiento parcial constituyó el objeto de este proceso, con la premisa que habilita la casación oficiosa que atañe, necesariamente, a que la sentencia impugnada, de cuenta de un **ostensible y grave compromiso del patrimonio público**, supuestos que lejos están de configurarse en el caso analizado.

Obsérvese que el Tribunal en su sentencia halló probado el incumplimiento contractual parcial atribuido a la contratista, al no justificar el retraso de la obra, ni acreditar su correcto funcionamiento, y por ello confirmó el fallo de primer grado que la condenó a complementar y reparar la red de regadío, y a pagar a la demandante el 10% del valor total del contrato.

Dicha providencia da cuenta de un análisis juicioso que finiquitó la controversia jurídica concediéndole la razón a los beneficiarios de un proyecto de riego en las Veredas

Paramito, Roncancio Centro y Santo Domingo del municipio de Hato – Santander, financiado con recursos públicos, ratificando la imposición de las correspondientes condenas al contratista incumplido que recibió el pago precisamente con esa fuente de ingresos. En esa medida, mal puede decirse que la decisión del juzgador haya comprometido gravemente el patrimonio público, al punto de ameritar el estudio oficioso de la casación para su salvaguarda.

Es más, en el penúltimo párrafo de la parte motiva del fallo, se deja consignada expresamente la razón que hacía inviable el estudio oficioso de la demanda de casación, al señalar que *«la decisión del ad quem, en últimas, resguarda el patrimonio público, de modo que, al no casar, se torna innecesario ejercer los poderes oficiosos para proteger la “res pública”, pues escrutados los errores probatorios denunciados, el sentenciador acusado actuó con sujeción al ordenamiento legal y constitucional, en pos de preservar los derechos comunitarios»*

Desde esa perspectiva, descartado como está que de la sentencia emergiera una abrupta afectación del patrimonio público, el raciocinio ofrecido en el fallo que se aclara, da a entender que la casación oficiosa se torna imperativa en todos aquellos casos de controversias contractuales donde estén involucrados recursos públicos, lo que desdibuja por completo la finalidad que inspira esta figura, que, en ese preciso aspecto, se concreta en la protección del patrimonio de la colectividad.

1.2.- El segundo motivo de discrepancia, atañe a un elemental punto de hermenéutica jurídica soportado en el artículo 27 del Código Civil *«cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»*.

En este caso, resulta evidente que, si la norma invocada para estudiar de fondo la impugnación extraordinaria es el inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso, y este prevé que la Corte *«podrá casar la sentencia, aún de oficio»*, no es factible, al amparo de ese marco normativo, resolver *«no casar»* el fallo.

Al respecto, llama la atención la contradicción entre la definición del caso en la sentencia que se aclara y la allí mismo referenciada SC1131 de 2016, última que al referirse al contenido y al alcance del artículo 336 del Código General del Proceso, indicó que esa norma al disponer que esta Corporación podrá casar la sentencia, aún de oficio, *«está comprometiendo “in radice” a la Corte de Casación con la construcción del Estado Social de Derecho, para cumplir las finalidades del recurso, autorizando quebrar la sentencia al margen de la prosperidad técnica de las causales esgrimidas por el recurrente»* (Subraya intencional).

2.- De otra parte, considero que en el *sub judice*, al margen de cualquier discusión relacionada con la interpretación del artículo 16 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 7° de la Ley 1285 de 2009, lo cierto es que tampoco están dados los supuestos para la selección

de la sentencia, referidos estrictamente a la «*unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos*», al punto que ni siquiera se invocó en forma específica alguno de ellos como edificante del estudio oficioso, y su satisfacción tampoco queda reflejada en la decisión final.

3.- Ante los graves problemas de técnica en la sustentación del cargo en un aspecto tan relevante como la invocación de las normas sustanciales que se estiman vulneradas, sumada a la inviabilidad de la casación de oficio, ha debido declararse impróspero el ataque.

En este aspecto, el fallo desconoce no solo la exigencia contenida en el parágrafo primero del artículo 344 del Código General del Proceso, sino también los reiterados pronunciamientos de la Sala respecto a la consecuencia de no citar como soporte de la causal 2° de casación normas de carácter sustancial, sin que en este caso los argumentos del casacionista ofrecieran otra perspectiva que mereciera reconsiderar esa apreciación en el caso concreto, lo que habría exigido un estudio diferente.

De ese modo, resultan impropias del recurso extraordinario y alejadas de la garantía del derecho a la igualdad que irradia el ordenamiento jurídico colombiano, las consideraciones relacionadas con el estudio de fondo del recurso, en atención al reclamo de protección de los derechos de defensa y al debido proceso de la recurrente, sin invocar normas de estirpe material, sino apenas descriptivas, como

lo son los artículos 230 de la Carta Política, 3° y 9° de la Ley 270 de 1996.

Dejo en estos términos expuestas las razones que me conducen a aclarar la determinación.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 68755-31-03-001-2011-00101-01

ACLARACIÓN DE VOTO

En forma respetuosa me permito ACLARAR mi voto, pues aunque acompañó la decisión de no casar el fallo que el 25 de febrero de 2016 profirió la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, estimo que esa determinación debió fincarse, exclusivamente, en las evidentes falencias técnicas de la demanda de sustentación del recurso extraordinario que formuló Pavigas Ltda.

1. Los yerros formales de la demanda de casación –y su trascendencia para definir este litigio–.

En la providencia objeto de estas líneas, se dijo que la convocada propuso un único cargo, con estribo en la segunda causal del artículo 336 del Código General del Proceso, pero denunciando la trasgresión indirecta de los artículos 230 de la Constitución Política, 3 y 9 de la Ley 270 de 1996 y 176 del estatuto procesal civil, normas que no reúnen las características previstas en el parágrafo 1º del artículo 344³² de la recién citada codificación.

³² «Cuando se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, será suficiente señalar cualquiera disposición de esa naturaleza que, constituyendo base esencial

En efecto, el segundo motivo de casación consiste en la violación indirecta de la ley sustancial, por lo que luce imperiosa la necesidad de que el recurrente, al sustentar su inconformidad por estas vías, haga recaer el yerro del tribunal en la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de al menos una norma que tenga tal linaje.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que

«(...) figura entre los requisitos para la admisión de la demanda de casación, la indicación de las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas, cuando la vía escogida para el ataque es la causal primera, pues (...) si dicha causal “(...) tiene como premisa la violación de una norma sustancial, es apenas lógico que el impugnador indique cuál o cuáles disposiciones de esa estirpe entiende vulneradas por la sentencia que combate, porque sólo de esa manera pueden cumplirse los fines de la casación en cuanto concierne a la nomofilaquia y a la unificación de la jurisprudencia; en últimas, si el recurrente no señala el precepto sustancial que considera vulnerado, ¿cómo la Corte podría propender por una defensa concreta y específica del derecho objetivo, sentando criterios de autoridad en relación con la hermenéutica de las normas en un tiempo y en un contexto determinado?» (CSJ AC, 4 jun., 2009, rad. 2001-00065-01).

Ahora bien, como lo ha señalado reiteradamente esta Corporación,

«(...) una norma es de estirpe sustancial cuando contiene una prescripción enderezada a declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas” (G.J. CLI, pág.254) y por ende carecen de tal connotación “los preceptos materiales que se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a precisar los elementos estructurales de los mismos, o los puramente enunciativos o

del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa».

enumerativos, o los procesales, entre ellos, los de disciplina probatoria” (auto 5 de agosto de 2009, exp. 1999 00453 01; reiterado el 12 de abril de 2011, exp. 11001-3103-026-2000-24058-01)» (CSJ AC4591-2018, 19 oct.).

Aplicando esas premisas al único cargo propuesto por Pavigas Ltda., refulgía el traspié de su censura, porque las disposiciones que estimó trasgredidas con el quehacer de la corporación *ad quem* no declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas concretas que fueran relevantes para la definición del conflicto contractual que se suscitó entre ASUDIRHAT y la sociedad recurrente.

En realidad, las pautas legales que invocó esta última prescriben, en su orden, que: (i) es deber de los jueces someterse al imperio de la ley; (ii) ha de garantizarse el derecho de defensa de las partes; (iii) los funcionarios judiciales están obligados a respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso; y (iv) el juez tiene el deber de decretar pruebas de oficio, cuando ello resulte pertinente; temáticas que, aunque preponderantes dentro de la definición del rol de los jueces en nuestro ordenamiento, no podrían constituir base esencial del fallo impugnado.

A lo anterior cabe añadir que, conforme al precedente inalterado de esta Corporación, no resulta viable invocar, en esta sede excepcional, la trasgresión aislada de preceptos constitucionales, pese a que algunas normas de este linaje puedan revestir naturaleza sustancial. Ello en tanto que,

«(...) por regla general, las mencionadas disposiciones superiores están llamadas a desarrollarse mediante la ley, caso en el cual serán los preceptos de ésta, y no los de la Carta Política, los que directamente se ocupen o hayan debido ocuparse de la problemática decidida en la

sentencia recurrida, de lo que se infiere que, por regla de principio, las disposiciones que el juzgador de instancia pudo infringir son las legales que hizo actuar, inaplicó o interpretó erróneamente» (CSJ AC4591-2018, 19 oct., resaltado intencional).

Por esa vía, en casos similares al que ahora ocupa la atención de la Sala, se ha concluido lo siguiente:

*«[S]e predica [el fracaso] del segundo cargo cimentado en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación de los artículos (...) 1º, 5º, 13, 14, 29, 42, 44, 228 y **230** de la Constitución (...) [pues] las normas de rango constitucional que se anuncian violentadas consagran principios que inspiran la actividad jurisdiccional, en estricto sentido, no gobiernan el debate sustancial que dio origen al fallo cuestionado habida consideración que no contemplan los supuestos hipotéticos y las consecuencias jurídicas que al parecer del casacionista fueron inadvertidos o inaplicados por el ad-quem. Además, huelga señalar que cuando se denuncia el quebrantamiento directo de normas constitucionales, en sede de casación, debe precisarse el precepto legal que las desarrolla, porque (...) denuncia que en este caso fue omitida por el censor y que conduce inexorablemente al fracaso del cargo»* (CSJ AC, 13 dic. 2011, rad. 2008-00146-01, resaltado intencional).

Conforme lo antes expuesto, en mi opinión no era procedente estudiar de fondo la acusación propuesta, pues previamente era ineludible reparar en que la recurrente aludió como trasgredidas disposiciones que carecían de naturaleza sustancial, y que, por lo mismo, no podían constituir la base de una trasgresión indirecta como la alegada.

2. La mención a la casación oficiosa en este juicio.

También estimo inadecuado haber fincado el innecesario análisis del cargo único propuesto en la facultad de la Corte de «casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete

gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales»), consagrada en el inciso final del citado precepto 336 del Código General del Proceso.

Lo anterior en tanto que:

(i) El legislador le otorgó a la Sala la facultad de intervenir oficiosamente en sede de casación –pese a la naturaleza eminentemente dispositiva de los remedios extraordinarios–, con el propósito de restablecer el orden jurídico trasgredido en forma evidente por el fallo con el que se puso fin a las instancias.

Por consiguiente, esa mediación carece de finalidad en casos como este, en el que se arriba a la conclusión de que la sentencia recurrida debe mantenerse. Y es que, por definición, la decisión de no casar un fallo obedece, entre otros factores, a que –a juicio de esta Colegiatura– lo resuelto por el *ad quem* no compromete gravemente el orden o el patrimonio público, ni tampoco atenta contra los derechos y garantías constitucionales de las personas.

(ii) Aun obviando la contradicción que surge de hacer uso de la facultad de ‘casar de oficio’ un fallo para luego decidir ‘no casarlo’, no puede pasarse por alto que, en el contexto específico del presente litigio, no existe compromiso alguno de «recursos públicos», como se afirmó en el numeral 4.1. de la sentencia de casación (folios 11 a 13 de este fallo) para justificar el particular proceder del que me aparto.

Ciertamente, si bien los dineros que destinó ASUDIRHAT para contratar con Pavigas Ltda. la construcción de un distrito de riego provenían de un programa estatal, lo cierto es que el tribunal dispuso declarar que dicha sociedad incumplió el convenio y, en

consecuencia, le ordenó «*completar y reparar*» la obra (según se extrae de los numerales 1.4. y 1.5. del fallo). En ese sentido, lo decidido no afectaría ningún patrimonio distinto del de la convocada (a quien le compete asumir, con su propio peculio, las obras restantes), el cual es de naturaleza privada.

En los anteriores términos dejo fundamentada mi aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado