

12

República de Colombia



Tribunal Administrativo del Meta

MAGISTRADO PONENTE: HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO

Villavicencio, febrero siete (07) de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE: 5001-33-33-001-2014-00348-01
DEMANDANTE: IGOR ARCINIEGAS DUARTE Y OTROS
DEMANDADO: INSTITUTO DE TURISMO DE VILLAVICENCIO
M. DE CONTROL: CONTROVERSIA CONTRACTUAL

Decide el Despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra el auto del 9 de octubre de 2015, por medio del cual el Juzgado Primero Administrativo Oral de Villavicencio denegó el llamamiento en garantía propuesto por la entidad demandada.

ANTECEDENTES

Los señores **IGOR ARCINIEGAS DUARTE Y OTROS**, en su calidad de miembros de la **UT. LOS FUNDADORES**, presentaron demanda, en ejercicio del medio de control Controversias Contractuales contra el **INSTITUTO DE TURISMO DE VILLAVICENCIO**, con el objeto de que: a) Declarar que el ente demandado suscribió con la UT el contrato No. 051 del 24 de noviembre de 2010, cuyo objeto fue: *"DISEÑO Y CONSTRUCCION ZONA DE COMIDAS, CERRAMIENTO Y REMODELACION DE CIRCULACIONES EN EL PARQUE LOS FUNDADORES MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO – META"*; b) Declarar que el referido contrato fue adicionado en valor por las partes el 29 de junio de 2011, en la suma de \$680.000.000; c) Declarar que el contratista cumplió con el objeto del contrato; d) Declarar que el contratista construyó mayores cantidades de obra ordenadas por la entidad contratante, las cuales fueron recibidas a

satisfacción, tal como consta en el acta de recibo de obra del 15 de diciembre de 2011; e) Declarar que el ente demandado incumplió el contrato al negarse a realizar su liquidación dentro de los términos de ley; f) Declarar que el ente demandado incumplió el contrato por no haber reconocido y cancelado a tiempo el valor de las obras construidas por el contratista y recibidas a través de la interventoría, según consta en el acta de recibo final; g) Declarar que la ejecución del contrato debió ser suspendida por razones no imputables al contratista dentro del periodo comprendido entre el 01 al 26 de agosto de 2011 y h) Declarar que el término de suspensión se constituyó para el contratista como mayor tiempo de permanencia en la obra, conllevándole a tener que asumir gastos de personal y maquinaria a los que no estaba contractual o legalmente obligado, generándole en consecuencia el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Solicitaron que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al demandado al pago de \$193.818.213 correspondientes al saldo o remanente que resulta a favor del contratista, al descontar del valor reconocido en el acta de recibo de obra del 15 de diciembre de 2011, la suma reconocida como adeudada en el acta de liquidación del 18 de noviembre de 2013, pagada posteriormente. Igualmente solicitó que sea condenada la demandada al pago de: a) Perjuicios materiales por no cancelarse oportunamente el valor de los perjuicios materiales por valor de \$120.000.000; b) Perjuicios morales en el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; c) La suma de \$34.180.000 por concepto de pago de gastos de personal durante la mayor permanencia en la ejecución del contrato en el periodo comprendido entre el 01 y el 26 de agosto de 2011; d) La suma de \$48.100.000 por concepto de pago de maquinaria y equipos durante la mayor permanencia en la ejecución del contrato. e) Que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas y devenguen intereses comerciales y moratorios.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que el demandado sea condenado a pagar la cláusula penal pactada en el contrato equivalente al 10% del valor total del mismo.

Notificado el auto admisorio de la demanda y durante el término de

traslado, la entidad demandada INSTITUTO DE TURISMO DE VILLAVICENCIO llamó en garantía de conformidad con el artículo 225 del CPACA, al señor HERNAN GONZALEZ MARTINEZ (quien fungió como director de interventoría del contrato objeto de litigio) y a los señores GILBERTO ZULUAGA ORTE, NIDIA INES SUAREZ MARTINEZ, ZULAMI ALDANA OSORNO y PAOLA YARDANY LOPEZ REYES, quienes para las etapas precontractual, contractual y post contractual del contrato fueron directores del instituto demandado.

PROVIDENCIA APELADA:

Mediante auto del 09 de octubre de 2015, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio denegó el llamamiento en garantía planteado por la entidad demandada UGPP, por considerar que el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, exige además de los requisitos generales para llamar en garantía, la acreditación de prueba sumaria sobre la presunta responsabilidad del agente, de haber actuado con dolo o culpa grave, señalando que no basta entonces la afirmación de la existencia de un vínculo legal o contractual para formular el llamamiento, sino que se hace necesaria la mentada prueba sumaria del dolo o culpa grave con la que hubiere actuado el funcionario o ex funcionario, en el sub lite no se aportó prueba sobre dicho requisito.

EL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a quo*, la entidad demandada, interpuso recurso de apelación, por considerar que existen documentos dentro del proceso que fueron suscritos por los llamados en garantía, los cuales sirven como prueba sumaria de la responsabilidad de los mismos de haber actuado con culpa grave, en una eventual condena al Instituto de Turismo de Villavicencio, teniendo en cuenta que el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, dice que se presume que la conducta es gravemente culposa cuando existe violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, indicando que al suscribir dichos documentos probablemente incurrieron en detrimento patrimonial y violación a las normas de contratación estatal. Finalizó señalando

que la responsabilidad de los llamados en garantía se debe resolver en la sentencia.

CONSIDERACIONES:

Según lo normado en el artículo 226 del CPACA, concordante con el numeral 7° del artículo 243 ibídem; este Tribunal Administrativo es competente para resolver el recurso de apelación contra las providencias susceptibles de este medio de impugnación, tal como lo es el auto que niega el llamamiento en garantía.

Cabe señalar, que el conocimiento radica exclusivamente en el suscrito ponente, acogiendo la decisión de unificación del Consejo de Estado¹, en la cual se consideró que la competencia funcional frente a la impugnación de los autos que no terminan el proceso será unitaria.

Ahora bien, de los argumentos expuestos por el juzgador de primera instancia y los reparos planteados en el recurso de alzada, se precisa que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si es procedente acceder al llamamiento en garantía solicitado por la parte demandada y/o si, tal como lo definió el *a quo*, en el presente asunto resulta improcedente por no haberse aportado la prueba sumaria de haber actuado con dolo o culpa grave.

El artículo 172 del C.P.A.C.A. prevé que durante el traslado de la demanda, la parte accionada deberá contestar la demanda y, si es su deseo, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía o presentar demanda de reconvencción.

A su vez el artículo 225 del CPACA, contempla la posibilidad del llamamiento en garantía, diciendo:

“ Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como

¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación 25000233600020120039501 (IJ), Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social, de fecha junio 25 de 2014.

resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.
2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.
3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.
4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales..."

Como se observa en el petitum el llamamiento se realiza a ex servidores públicos que fungieron como directores del instituto demandado y contra el interventor del contrato de obra objeto del presente litigio.

La Sala hace claridad que se observan dos tipos de llamamiento en garantía, uno, el que realiza al interventor del contrato de obra respecto del cual se deben acreditar los requisitos establecidos en el artículo 225 del C.P.A.C.A antes transcrito y otro, el efectuado a los ex servidores públicos, que se propone con fines de repetición, por lo que debe ser solicitado en los términos definidos en la Ley 678 de 2001.

Así las cosas, la Sala resolverá el asunto desde las dos perspectivas planteadas, de la siguiente manera:

1.- Llamamiento realizado a la Unión Temporal Parque Fundadores, cuyo Representante Legal es el señor HERNAN GONZALEZ MARTINEZ, en calidad de Interventor del contrato de obra objeto del presente litigio, para lo cual aportó el Contrato de Consultoría No. 053 de 2010, suscrito entre el llamado y el Instituto demandado, cuyo objeto fue: "REALIZAR LA INTERVENTORIA TECNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA AL CONTRATO DE OBRA PUBLICA 051 DE 2010, CUYO OBJETO ES EL "DISEÑO Y CONSTRUCCION ZONA DE COMIDAS, CERRAMIENTO Y REMODELACION DE CIRCULACIONES EN EL PARQUE LOS FUNDADORES MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO – META", visible del folio 314 al 321 del cuaderno principal del expediente.

Para esta Sala, resulta procedente el llamamiento en garantía realizado por el Instituto demandado, pues, se establece con claridad que existió un vínculo contractual entre ellos, igualmente, de las copias del proceso contractual adelantado se observa que no solo se debe revisar la actuación de la parte demandada, sino también la de la UT. Parque Los Fundadores, en calidad de interventor, en la eventualidad de una decisión condenatoria en la sentencia que decida la controversia.

Igualmente, se observa que la petición reúne los requisitos de forma y fue presentada en la oportunidad procesal correspondiente, resultando procedente revocar, en este punto, el proveído recurrido y, en su lugar aceptar el llamamiento invocado, para que el juzgado de origen de este asunto le dé el trámite que consagra la ley.

2.- Llamamiento de los ex servidores públicos que fungieron como directores del Instituto demandado para la época de los hechos.

La parte demandada solicitó llamar en garantía a los señores GILBERTO ZULUAGA ORTEGA, NIDIA INES SUAREZ MARTINEZ, ZULAMI ALDANA OSORNO y PAOLA YARDANY LOPEZ REYES, quienes para las etapas precontractual, contractual y post contractual del contrato fueron directores del instituto demandado.

Para el juzgado de primera instancia, por no aportarse la prueba sumaria del dolo o culpa grave en que incurrieron los llamados en garantía, negó el llamamiento.

En el recurso de alzada la parte demandada argumenta que dentro del acervo probatorio se encuentran documentos que fueron suscritos por los llamados en garantía, los cuales sirven como prueba sumaria del probable dolo o la culpa grave en la que incurrieron y el incumplimiento de las normas de contratación; dichos documentos fueron relacionados así:

1.- El llamado GILBERTO ZULUAGA ORTEGA, en calidad de

director del Instituto demandado, suscribió: a) La Resolución No. 206 proferida el 04 de octubre de 2010 por medio de la cual se dio apertura a la licitación pública N. LP-002 de 2010, cuyo objeto fue "Diseño y construcción zona de comidas, cerramiento y remodelación de la circulaciones en el parque Los Fundadores del Municipio de Villavicencio; b) El Contrato de Obra No. 051 de 2010 celebrado entre el Instituto demandado y la UT Los Fundadores, por un valor de \$1.428.546.014; c) La adición del contrato en valor de \$680.000.00.

2.- La llamada NIDIA INÉS SUAREZ MARTÍNEZ, en calidad de directora del instituto demandado, suscribió el Acta del 1 de agosto de 2011 por medio de la cual se suspendió el contrato por el término de 25 días calendario.

3.- La llamada ZULAMI ALDANA OSORNO, en calidad de directora suscribió el acta de modificación de cantidades de obra No. 4 del 12 de diciembre de 2011.

4.- La llamada Paola YARDANY LÓPEZ REYES, en calidad de directora del instituto demandado, suscribió la Resolución No. 040 del 26 de abril de 2012, por medio de la cual se resolvió el proceso sancionatorio iniciado en contra de la UT Los Fundadores en calidad de contratista, manifestando que no se incumplió el contrato de obra No. 051 de 2010.

Como se indicó en parte precedente, el llamamiento en garantía con fines de repetición debe proponerse de conformidad con lo preceptuado en la Ley 678 de 2001 que en el artículo 19 consagra lo siguiente:

*"ARTÍCULO 19. Llamamiento en garantía. Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente **frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave**, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.*

PARÁGRAFO. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor."

Como se advierte de la norma en cita, la entidad pública no podrá llamar en garantía al agente cuando haya propuesto como excepciones la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

De la lectura atenta a la contestación de la demanda, visible del folio 273 al 298 del cuaderno principal, se tiene que en los argumentos de la defensa la entidad demandada propuso varias excepciones, entre las cuales, propuso "inexistencia del daño y el nexo causal" la cual hizo consistir literalmente así: *"Debido a que el Instituto no incumplió sus obligaciones legales y contractuales, y de ninguna manera causó daño al contratista porque fue culpa exclusiva del demandante a través del retraso injustificado que demoró la liquidación y pago final del contrato No. 051 de 2010, es decir que fue su propio actuar el que generó el perjuicio alegado"*

De la lectura del texto se colige, sin mayor esfuerzo, que lo pretendido por la defensa del Instituto es endilgar la responsabilidad de los resultados del contrato a la parte actora, pues, al tenor de su escrito, fue su propia culpa y el carácter omisivo de sus actuaciones las que generaron los perjuicios alegados.

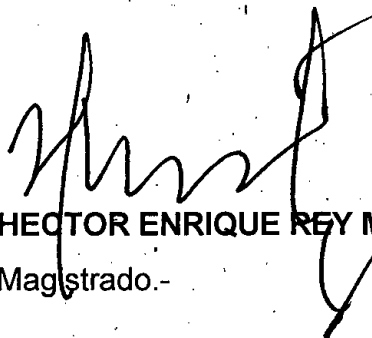
Con fundamento en lo anterior, se precisa entonces que la viabilidad del llamamiento en garantía realizado por la entidad demandada se ve limitada en atención a la excepción propuesta, pues, a pesar de que no se señaló expresamente que se proponía la excepción de culpa exclusiva de la víctima, lo cierto es que la intención de la contestación es trasladar a la Unión Temporal como contratista los resultados del contrato en razón al supuesto carácter omisivo de su actuación, por lo que habrá que atenerse a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 678 de 2001 y, en consecuencia, se confirmará la decisión adoptada por Juzgado Primero Administrativo Oral de Villavicencio respecto de la negativa de llamar en garantía a los ex servidores públicos arriba mencionados.

En mérito de lo expuesto se,

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR PARCIALMENTE** el auto proferido el 09 de octubre de 2015, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, en lo que respecta al llamamiento en garantía realizado a la UNION TEMPORAL PARQUE FUNDADORES, cuyo Representante Legal es el señor HERNAN GONZALEZ MARTINEZ, disponiendo en su lugar, **ACEPATAR** este llamamiento, ordenando al Juzgado de primera instancia dar el trámite establecido en la ley, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, se dispone por Secretaría la remisión del expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**HECTOR ENRIQUE REY MORENO**

Magistrado.-