



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiocho (28) de octubre dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

TEMAS: CONCILIACIÓN POR OBRAS
EJECUTADAS POR EL CONTRATISTA Y
NO PAGADAS POR LA ENTIDAD
CONTRATANTE - CAPACIDAD PARA
CONCILIAR

INSTANCIA: PRIMERA

Decide la Sala de Decisión¹ sobre la aprobación o improbación del acuerdo o CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, celebrada entre EL DEPARTAMENTO DE SUCRE entidad convocante y el CONSORCIO AULAS DE SUCRE 2010 convocado, acuerdo realizado ante la Procuraduría 44 Judicial II de Sincelejo Sucre, para efecto del reconocimiento y pago de una suma de dinero que adeuda la entidad convocante al Consorcio convocando, derivado de las obras ejecutadas y no pagadas, sobre las que las partes conciliaron el 11 de octubre de 2013 y posteriormente llega al Tribunal para que se efectúe el correspondiente estudio.

Por lo anterior, la Corporación:

CONSIDERA:

La Ley 640 de 2001, en su artículo 24, consagra que la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa debe ser aprobada o improbada por el juez o corporación competente para conocer de la acción judicial respectiva.

¹ Artículo 61 de la Ley 1395 de 2009 que adicionó el artículo 146-A al C.C.A.



Teniendo en cuenta lo anterior, se trata de un medio de control de controversia contractual (artículo 164 J del C.P.A.C.A.) que sería de competencia de esta Sala en virtud de la naturaleza del asunto, la cuantía superior a los 500 S.M.L.M.V. (artículo 152 No. 5 *ibídem*) y el factor territorial (artículo 156 No. 4 *ibídem*), por lo que esta Corporación es competente para conocer de su aprobación o improbación.

Por lo anterior, se pasa a analizar los requisitos legales para ello:

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., hoy 138, 140 y 141 del C.P.A.C.A.

Conforme a la norma vigente, el juez para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 Ley 446 de 1998).
2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (artículos 59 Ley 23 de 1991 y 70 Ley 446 de 1998).
3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar y que el solicitante actúe a través de abogado titulado (parágrafo 3 del artículo 1 de la Ley 640 de 2001).



4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A Ley 23 de 1991 y artículo 73 Ley 446 de 1998).
5. Que tratándose de conciliaciones con entidades y organismos de derecho público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y de los entes descentralizados de estos mismos niveles, deberán aportar el acta del COMITÉ DE CONCILIACIÓN (artículo 65B de la Ley 23 de 1991, adicionado por el artículo 75 de la ley 443 de 1998)².

Con referencia a la conciliación en materia contencioso administrativa, el Consejo de Estado ha determinado:

“En tratándose de materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que le es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

Entre dichas exigencias, la ley 446 de 1998, en el último inciso del art. 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “las pruebas necesarias” que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado - en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes -, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley.

Sin que sea necesario construir un complejo razonamiento jurídico, es claro que en el presente caso el acuerdo logrado por las partes puede ser lesivo para los intereses de la administración, pues, de las pruebas allegadas al expediente no se puede deducir, con claridad, la existencia de la obligación que es objeto de conciliación, a cargo del ente público...

² En la exposición de motivos al proyecto de ley 127/90 Cámara “por la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales” (ley 23 de 1991) el gobierno señaló: “5. Conciliación en el campo contencioso-administrativo...La conciliación se realizará bajo la responsabilidad del Fiscal de la Corporación, y bajo el control posterior de la Sala del Tribunal o del Consejo que corresponda, para garantizar a plenitud los derechos del Estado.” (SENADO DE LA REPÚBLICA, Historia de las leyes, Legislatura 1991-1992 Tomo III, Pág. 88 y 89, subrayas no originales). Tan importante se consideró el control de legalidad posterior que luego en la ponencia para primer debate al citado proyecto el Representante a la Cámara Héctor Elí Rojas indicó: “...El pliego de modificaciones incluye mecanismos de control jurisdiccional sobre la conciliación prejudicial para, en todo caso, tener la seguridad de que los intereses del Estado no resulten lesionados o traicionados en dicho trámite” (Historia de las leyes, Op. Cit. p. 97).



A título de reflexión final, vale la pena advertir que la conciliación contencioso administrativa constituye, sin duda, un mecanismo valioso en la solución de los conflictos en los cuales se ve envuelto el Estado, no solo porque borra las huellas negativas del conflicto sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales. Tal circunstancia, sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley”³

Previas las anteriores consideraciones, esta Corporación encuentra que la conciliación realizada debe valorarse frente los anteriores requisitos legales, lo que se resalta, deben concurrir, por lo que el análisis se realizará de forma escalonada, es decir, la ausencia de uno de ellos dará lugar a que no haya necesidad de estudiar los restantes, tarea que se emprende a continuación:

1. **CADUCIDAD:** Parte la Sala de la base de que el medio de control pertinente para el reclamo de las obras ejecutadas y no pagadas en razón de contrato de obra pública es el de controversias contractuales. Por lo tanto, tal como lo consagra el artículo 164, literal J del C.P.A.C.A., la caducidad de la acción de controversias contractuales, en las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. En los contratos que se requiera de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente a la firma del acta. En el caso que se examina, el acta de liquidación bilateral (que obra a folios 23- 25) fue suscrita por las partes el primero de marzo de 2013, es decir que los dos años corren desde el 2 de marzo de 2013 a 1 de marzo de 2015, por lo que la caducidad de la acción no se encuentra vencida, en consecuencia se cumple con este requisito legal.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto 30 de marzo 2000, radicación: 16.116, actor: Hospital Universitario San Rafael. En el mismo sentido ver: auto de dos de noviembre de 2000, radicación: 17.674, actor: DISCON LTDA.; auto de 29 de junio de 2000, radicación: 17.909, actor: José María Pertuz Parra.



2. DERECHOS ECONÓMICOS DISPONIBLES POR LAS PARTES:

Se trata del pago de unos derechos originados en el contrato de obra pública a favor del convocado, los que a criterio de la Sala, por tratarse de una liquidación bilateral, resultan ser derechos de contenido económico, por lo que las partes pueden libre y válidamente renunciar a los mismos o a parte de ellos, como en efecto ocurrió en la audiencia, en donde el convocado acepta una liquidación solamente sobre el capital adeudado de acuerdo a la propuesta presentada por el convocante.

- 3. REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES:** La convocante entidad descentralizada del orden territorial, actúa a través de poder otorgado por el correspondiente representante legal o delegada debidamente acreditada (fol. 42,43, 44, 45, 46 y 47).

Por su parte, el convocado CONSORCIO AULAS DE SUCRE 2010 actúa a través de apoderada judicial con poder especial otorgado por algunos de los integrantes o miembros del Consorcio, como son RENI RAFAEL GUERRA SOLÓRZANO y JAVIER LEAL SAMPAYO. El mencionado poder igualmente se encuentra suscrito por YEISON JULIO GÓMEZ HERNÁNDEZ, quien no hace parte del mencionado negocio jurídico.

Por lo anterior, se encuentra reparo por parte de la Sala por cuanto obra a folio 34 y 35 información del Consorcio en la que aparecen como integrantes RENI RAFAEL GUERRA SOLÓRZANO, JAVIER LEAL SAMPAYO y JOSÉ SACRAMENTO ESCAMILLA SIERRA, y en el poder otorgado a la apoderada no aparece el último de los integrantes relacionados, suscribiendo el poder YEISON JULIO GÓMEZ HERNÁNDEZ, sin que en el expediente exista la razón del cambio en los integrantes del Consorcio, razón por la cual no se cumple con el requisito de representación de la totalidad de los integrantes del consorcio.



El Consejo de Estado ha hecho varios pronunciamientos frente a la actuación de los consorcios en los procesos de la jurisdicción contencioso administrativa, como quiera que se trata de una forma no societaria de relación o vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, de los cuales la Sala trae a colación respecto a lo establecido en la Ley 80 de 1993, el siguiente⁴ :

“2. Regulación en la ley 80 de 1993. Este Estatuto, General de la Contratación de la Administración Pública, alude a puntos jurídicos diversos en relación con los consorcios.

*. Que el consorcio se origina cuando **dos o más personas en forma conjunta** presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo **solidariamente** de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, **afectarán a todos** los miembros que lo conforman (art. 7).*

. Que pueden celebrar contratos con las entidades estatales (art. 6)

. Que sus miembros deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad (parágrafo 1 art. 7).

. Que para efectos impositivos se les aplicará el régimen previsto en el Estatuto Tributario para las sociedades pero, en ningún caso, estarán sujetos a doble tributación (parágrafo 2 art. 7)

. Que si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante (art. 9)

. Que en ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio (art. 9).

De esas normas y para lo que interesa, la Sala precisa los siguientes aspectos:

*a. El Consorcio se origina **para la presentación de una propuesta, para la adjudicación, celebración y para la ejecución del Contrato** por varias personas **en forma conjunta**, es decir que puede hablarse o del consorcio limitado a la presentación de la oferta cuando el mismo consorcio no resultó adjudicatario o cuando*

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ SECCION TERCERA Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Sentencia del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-4829-01(17588) Actor: JOSE RAFAEL PARDO RUIZ Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, Referencia: APELACIÓN SENTENCIA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.



resultando serlo, por tal situación jurídica particular se extiende para la celebración y ejecución del contrato, por determinación legal.

b. La expresión “conjunta” alude a la pluralidad de personas que lo conforman.

c. La persona designada por todos los miembros del consorcio para que lo represente lo hará en la **“adjudicación, celebración y ejecución de un contrato”** (art. 7º ley 80 de 1993). Jurisprudencialmente partiendo del contenido de este artículo la Sala dedujo que la notificación de la adjudicación hecha al representante del consorcio se hizo a todos los consorciados; se destacan los siguientes apartes del auto proferido el 9 de marzo de 2001:

“Además debe tenerse en cuenta que dicho demandante conforma el Consorcio GUBE con el señor Aurelio Gutiérrez Castillo y en tales calidades presentaron conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación. Conforme a lo anterior, **la notificación del acto de adjudicación al representante del Consorcio surte efectos para todos los consorciados**, de acuerdo con lo dispuesto en **artículo 7º de la Ley 80 de 1993**, en virtud del cual, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato afectarán a todos los miembros que conforman”⁵).

d. La expresión “solidariamente”, contenida en el artículo 7º ibidem, referida a los miembros del consorcio, hace visible que el legislador en materia de la responsabilidad parte de que el consorcio no es una persona sino un conjunto de personas porque, precisamente, la solidaridad no se predica de la singularidad sino de la pluralidad de personas.

e. Tal circunstancia para efectos judiciales es indicadora de lo siguiente:

. Cuando la demanda no tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad del contratista consorciado, como el consorcio por su composición es **pluralidad de personas**, cada una de éstas - o que lo conforman o que lo conformaron, según el caso - debe venir representada como la ley lo dispone. Vg: demanda del acto de adjudicación por el oferente vencido, o de la nulidad del contrato, etc.; cada una de las personas consorciadas y la Autoridad que expidió el acto deben estar en juicio.

. Cuando la Administración pretende la declaratoria de responsabilidad contractual puede demandar a cualquiera de los actuales miembros del consorcio o de los que lo integraron, según si se demanda dentro de la ejecución del contrato o después de ésta. Ello porque la ley 80 de 1993 prescribe que los consorciados son responsables solidariamente y, por tanto, se aplica la regla del Código Civil, contenida en el artículo 1.568 el cual dice: “ () en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a **cada uno de los deudores** o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidario o in solidum”. Vg: incumplimiento contractual del contratista - consorciado.

. Cuando se demanda a la Administración contratante o por los actos administrativos contractuales dirigidos contra **su contratista - consorciado**, o por otras actuaciones

⁵ Sección Tercera. Expediente 18.520; Actor: Aurelio Gutiérrez Castillo y Otro.



o situaciones ⁶, la parte demandante tiene que estar integrada por todos ⁷ los que son miembros del consorcio o por los que lo fueron - quienes deberán estar representados legalmente como la ley lo indica - , porque su intervención es forzada y, en consecuencia, la relación jurídica que se debate en juicio no puede resolverse sino de manera uniforme para todos (art 83 del C. P. C). En este evento puede suceder:

- ⇒ Que demandan todos los integrantes del consorcio o quienes lo conformaron, según su caso, dentro de la ejecución o después de la ejecución del contrato; o
- ⇒ Que no demandan todos los integrantes del consorcio o quienes lo conformaron, según su caso, igualmente dentro de la ejecución o después de la ejecución del contrato.

Sobre el segundo de esos eventos, el artículo precitado dispone:

“Artículo 83. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal , no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de éste a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En el caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez hará la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, ()”.

El C. C. A refiere, especialmente, a que en el proceso contencioso administrativo ordinario que toda persona que conforma un litis consorcio necesario (activo o pasivo) **debe estar notificada** del auto admisorio de la demanda; esto se deduce del artículo 207 expresa, en el numeral 3º, que el auto admisorio “se notifique personalmente a la persona o personas que, según la demanda o los actos acusados, tengan interés directo en el resultado del proceso. ()”.

Por consiguiente existe el mandato legal de gran relevancia jurídica para esta jurisdicción de que los litisconsortes necesarios (activos o pasivos) deben ser notificados del auto admisorio de la demanda, tal vez por entender que el deber del juzgador de integrar el litisconsorcio o contradictorio se hace eficaz, se materializa, mediante la notificación del auto admisorio de la demanda, a quienes lo conforman.

..

De acuerdo a lo expuesto por el Consejo de Estado, necesariamente para el acuerdo de conciliación debía concurrir u otorgar poder el integrante del mismo, JOSÉ SACRAMENTO ESCAMILLA SIERRA, uno de los tres consorciados que

⁶ Actos administrativos de caducidad; multas; terminación, modificación e interpretación unilaterales; liquidación unilateral; o por situaciones imprevisibles o por el hecho del príncipe, etc.

⁷ Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el día 22 de mayo de 1984. Expediente No. 11871. Actor: Pavimentac



aparecen en el documento que obra en el expediente, o si este cedió su participación a un tercero con previa autorización escrita de la entidad contratante, debió acreditarse tal situación.

Igualmente, advierte esta Sala de Decisión que en el acta de conciliación se dejó constancia por parte del Ministerio Público que se adjunto contrato pero sin sus anexos y la oferta presentada, que de acuerdo a la cláusula segunda del contrato hacen parte de él; tampoco se anexo acta de conformación de veeduría ciudadana para la vigilancia de la obra que debió conformarse por el rector del colegio o colegios en que se realizaron las obras.

Así las cosas, al no llenarse la tercera de las condiciones legales ya indicadas, se hace innecesario estudiar las restantes requisitos, por lo que son estas las razones suficientes para que la Sala **IMPRUEBE** el acuerdo conciliatorio a que se llegó.

DECISIÓN: En mérito de lo manifestado, la Sala Unitaria de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,**

RESUELVE:

PRIMERO: IMPRUÉBESE la Conciliación Extrajudicial contenida en el acta del 11 de octubre de 2013, celebrada ante el Procurador 44 Judicial II para Asuntos Administrativo entre el DEPARTAMENTO DE SUCRE y el CONSORCIO AULAS DE SUCRE 2010, por valor total de TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y SIETE CTAVOS(\$ 334.042.539,87), visible a fol. 48 a 51.

SEGUNDO: Ejecutoriado este auto, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las

República de Colombia



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Página 10 de 10
ASUNTO: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
CONVOCANTE: DEPARTAMENTO DE SUCRE
CONVOCADO: CONSORCIO AULAS DE SUCRE 2010
RADICADO: 70001-2333-000-2013-00265-00

anotaciones en el sistema de información judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS
Magistrado