



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 1

Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Asunto	Proceso ordinario de reparación directa
Radicación No.	11001-33-31-035-2011-00103-00
Accionante	Sociedad Interaudit Asociados S.A.
Accionado	Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A.
Sentencia No.	2018-0133RD
Tema	Indebida escogencia de la acción

1. ANTECEDENTES

Agotados los trámites del proceso ordinario pasa a dictarse la sentencia dentro del presente asunto.

2. PARTES

Parte	Nombre	Identificación
Demandante	Sociedad INTERAUDIT S.A.	Nit. 830.040.193-5
Demandada	Sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. "FIDUPREVISORA S.A."	Nit. 860.525.148-5
Llamado en garantía	CÉSAR AUGUSTO ROMERO MOLINA	C.C. 91.229.693

3. LA DEMANDA

Los elementos esenciales de la demanda se resumen a continuación:

3.1 HECHOS RELEVANTES

Relata la sociedad demandante que mediante la Resolución 01468 del 4 de septiembre de 2007 de la Superintendencia Nacional de Salud se ordenó la liquidación de la Lotería la Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda y se designó a la sociedad demandada como agente liquidador. Se le advirtió al liquidador en este acto administrativo acerca de sus responsabilidades conforme lo prevé el Numeral 10 del Artículo 259 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La sociedad demandante celebra el Contrato de Prestación de Servicios No. 018 del 2 de octubre de 2007 con el señor César Augusto Romero Molina, en su calidad de Apoderado General designado por la demandada para la liquidación de la Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda. El objeto del contrato consistió en la realización de auditoría especial a los estados financieros, soportes y regalías pagadas a los siguientes contratos de concesión:

- Contrato de Concesión No. 001 de 2004 Departamento de Amazonas
- Contrato de Concesión No. 002 de 2004 Departamento de Arauca
- Contrato de Concesión No. 003 de 2004 Departamento de Casanare
- Contrato de Concesión No. 004 de 2004 Departamento de Guainía



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 2

- Contrato de Concesión No. 005 de 2004 Departamento de Guaviare
- Contrato de Concesión No. 006 de 2004 Departamento de Putumayo
- Contrato de Concesión No. 007 de 2004 Departamento de Vaupés
- Contrato de Concesión No. 008 de 2004 Departamento de Vichada
- Contrato de Concesión No. 009 de 2004 Departamento de San Andrés y Providencia

Se fijó como valor del contrato la suma de \$348.000.000 IVA incluido, pagadero en dos cuotas iguales, una como anticipo y la otra al finalizar el desarrollo del contrato previa aprobación del supervisor del contrato.

El Contrato 018 del 2 de octubre de 2007 contaba con certificado de disponibilidad presupuestal 013 de la misma fecha.

El objeto del contrato fue cumplido por el contratista de manera oportuna e idónea, tal como lo acredita el supervisor del contrato.

El contrato fue liquidado tal como consta en el Acta de Liquidación del 8 de febrero de 2008, suscrita por el apoderado del liquidador y el representante del contratista, quedando evidenciada la existencia de un saldo a favor del contratista por valor de \$174.000.000.00

En consecuencia, el contratista presentó cuenta de cobro que no fue objetada.

A pesar de que existía apropiación de recursos para el pago, el mismo no fue efectuado, a pesar de que la entidad se encontraba obligada a ello, en cuanto los gastos del proceso calificados como gastos de administración se deben pagar de preferencia respecto de cualquier otro crédito, entre los que se encuentran los derivados de los contratos que se celebren y los honorarios profesionales (Artículo 38 del EOSF).

El no pago de lo adeudado por la Fiduprevisora en su condición de agente liquidadora, la hace responsable por los perjuicios causados, en razón de las actuaciones adelantadas en contravención de las disposiciones especiales que regulan el proceso de liquidación forzosa administrativa (Numeral 10 del Artículo 295 del EOSF)

La sociedad demandante presentó solicitud de conciliación sin que la fiduciaria en su condición de agente liquidador hubiera demostrado ánimo conciliatorio o transaccional.

Alegó la demandada que los pagos del contrato suscrito no se efectuaría hasta tener certeza jurídica y fiscal de que con ellos no se cometió alguna conducta reprochable y se habría configurado una prejudicialidad penal. En respuesta a un derecho de petición presentado a la Fiduprevisora S.A. el 1 de octubre de 2009, radicado bajo el número 2009 ER155193, sobre las denuncias presentadas contra el contratista, la fiduciaria responde que las mismas se habían presentado en contra de César Augusto Romero Molina (Respuesta en oficio 2009EE75717 del 19 de octubre de 2009).

Entre tanto, mediante la Resolución 140 del 19 de diciembre de 2008, el apoderado general de la Fiduciaria La Previsora S.A. declara terminada la existencia legal de la Lotería La Nueve Millonaria de la Nueva Colombia Ltda en Liquidación.

El no pago de lo adeudado genera en la sociedad demandante graves perjuicios de tipo material y moral que deben ser resarcidos.

La sociedad demandante es una empresa de reconocida trayectoria en el campo de las intervenciones forzosas administrativas en el sector salud, por lo que no es aceptable que



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 3

la demandada infrinja los principios constitucionales de buena fe y la confianza legítima, atacando su buen nombre al considerar que se presentó una contratación irregular que merece un reproche penal y fiscal, lo cual se desmiente cuando al responder el derecho de petición. Además, el acta de liquidación del contrato reconoce el cumplimiento estricto del objeto contractual y viabiliza el pago del saldo adeudado. Es evidente entonces que se trata de una excusa que esgrime la demandada para desviar unos recursos apropiados presupuestalmente y con destinación específica para cubrir un gasto administrativo generado durante el proceso liquidatorio. Las acciones y omisiones en que incurrió la demandada generan daño moral a la demandante.

La sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. "FIDUPREVISORA S.A", desvió indebidamente los recursos apropiados presupuestalmente para el pago del Contrato 018, es por ello que ante tal ilícito y el haber omitido una obligación a cargo, proceda a reparar el daño causado con su propio patrimonio y a favor de la demandante en los términos señalados en el capítulo de las declaraciones y condenas.

3.2 PRETENSIONES

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

"Primera. Que la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. "FIDUPREVISORA S.A", con NIT 860.525.148-5, es civil y administrativamente responsable por haber omitido el cumplimiento de sus obligaciones, en su condición de Agente Liquidador de la LOTERÍA LA NUEVE MILLONARIA DE LA NUEVA COLOMBIA LTDA, en relación con el Contrato de Prestación de Servicios No. 018, suscrito con la firma INTERAUDIT S.A el 02 de octubre de 2007.

Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior deberá pagar a la firma INTERAUDIT S.A, la totalidad de los perjuicios materiales y morales, así:

2.1. \$174.000.000 que corresponden al saldo pendiente de pago, tal y como consta en el Acta de Liquidación del 08 de febrero de 2008 del Contrato 018 de 2007.

2.2. Intereses moratorios (artículo 884 del Código de Comercio) liquidados para cada una de las cifras anteriores de la siguiente manera:

2.2.1. Para \$ 174.000.000, el equivalente a una y media veces del interés bancario corriente, a partir del 09/02/08, es decir a partir del día siguiente al de la fecha de la firma del acta de liquidación del contrato (08/02/08) y hasta la fecha en que se realice el pago de la totalidad de la obligación, de conformidad con certificación expedida por la Superintendencia Bancaria.

Para obtener la suma a pagar por concepto de intereses se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = \frac{K \times i \times n}{365}$$

en donde:

I = Interés a reconocer.

K = Capital (\$174.000.000), el cual no varía para el cálculo de cada período,



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 4

i = Tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para cada período a calcular,
n = número de días del período.

Para obtener la suma a pagar por concepto de intereses se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = \frac{K \times i \times n}{365}$$

en donde:

I = Interés a reconocer.

K = Capital (\$174.000.000), el cual no varía para el cálculo de cada período

i = Tasa de interés certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para cada período a calcular,

n = número de días del período.

Tercera. En subsidio de las peticiones 2.2.1 y 2.2.2, se condene a la FIDUPREVISORA S.A a la actualización monetaria de cada uno de los valores precisados en las peticiones 2.1 y 2.2, de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = R.H \times I_f / I_i$, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debía hacerse el pago el 09/02/08) para \$174.000.000.

Cuarta. Por concepto de perjuicios morales el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su pago, de conformidad con el hecho No. 15 de la demanda.

Quinta: Que la demandada debe pagar, además, la totalidad de los impuestos y/o contribuciones y/o retenciones que se generen por la indemnización.

Sexta. Se ordenará dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Séptima. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Octava: Que la demandada pagará las costas del proceso."

3.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como fundamento de derecho de las pretensiones la parte actora invoca el Artículo 90 de la Constitución Política, estructurándose la falla del servicio de la demandada por omisión en el pago de los valores reconocidos en el acta de liquidación del contrato.

La demandada en su calidad de agente liquidador debe pagar con su patrimonio los valores adeudados y los perjuicios causados a manera de indemnización por la omisión en el pago de los saldos del contrato, lo cual se encuentra debidamente probado. Ello se deriva de la ilícita actuación de la demandada que se apropió de los recursos apropiados presupuestalmente para atender las costas del contrato que fue ejecutado en su totalidad por el contratista ahora demandante.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 5

A nivel legal, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en los numerales 9 y 10 del Artículo 295 fija las facultades y deberes del agente liquidador así:

- a. Actuar como representante legal de la intervenida;
- b. Ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y progresiva;
- c. Administrar la masa de la liquidación con las responsabilidades de un secuestre judicial;
- d. Ejecutar todos los actos y efectuar todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y archivos de la intervenida;
- e. Pagar con los recursos pertenecientes a la intervenida todos los gastos de la liquidación; entre otras.

En el caso concreto no se produjo el pago del servicio de interventoría a pesar de que los recursos de los gastos de administración estaban presupuestados y comprometidos para el efecto en virtud del contrato 018 de 2007, obligación que era exigible en los términos del Artículo 38¹ del Decreto 2211 de 2004 que reputa como gastos de administración de la liquidación aquellos correspondientes a los honorarios profesionales y el pago de todas aquellas obligaciones que a juicio del liquidador fueran necesarias para la conservación de los activos de la entidad intervenida. Los gastos de administración son considerados por el EOSF como privilegiados frente al pago de los pasivos a cargo de la intervenida.

El Numeral 10 del Artículo 295 del EOSF fija la responsabilidad de los liquidadores, disponiendo que el Agente Liquidador debe responder por los perjuicios que por dolo o culpa grave cause a la entidad en liquidación o a los acreedores, en razón de las actuaciones adelantadas en contravención de las disposiciones especiales que regulan el proceso de liquidación forzosa administrativa.

La demandada entidad pública sociedad Fiduprevisora S.A. incurre en responsabilidad de tipo indirecto que se evidencia en la falla del servicio, por cuanto la entidad contratante omite cumplir con sus obligaciones legales al no pagar el valor reconocido en el acta de liquidación del contrato, habiendo efectuado la reserva presupuestal y expedido el certificado de disponibilidad presupuestal para cubrir el valor total del contrato como fue pactado.

Sea suficiente el concepto que antecede para sostener con fundamento, que el hecho dañoso es imputable únicamente al Estado, en cabeza de uno de sus órganos, sin que exista causa exonerativa de responsabilidad porque el daño no se produjo por culpa de la víctima, ni por la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito, que sirvieran de fundamento para hablar con certeza del acaecimiento de un hecho imprevisible.

Los hechos y las circunstancias descritas, ubican la responsabilidad de la demandada, al configurarse los siguientes elementos axiomáticos:

¹ "Artículo 38: Pago de los gastos de administración de la liquidación. "Los créditos que se causen durante el curso de la liquidación por concepto de salarios, prestaciones sociales y aquellos en los que se incurra para la realización o recuperación de activos y aquellos derivados del artículo 60 del presente decreto, se pagarán de preferencia respecto de cualquier otro crédito, como gastos de administración de la liquidación. Igual tratamiento recibirán las obligaciones por concepto de impuestos, tasas y contribuciones siempre y cuando estos afecten la enajenación de los bienes de la liquidación, los honorarios profesionales que se causen con ocasión del proceso, los pagos a los auxiliares de la justicia y de conformidad con lo dispuesto por el literal h) del numeral 9 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero todas las obligaciones que a juicio del Liquidador sean necesarias para la conservación de los activos de la entidad intervenida".



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 6

- a) El hecho generador de la falla del servicio de la administración, plenamente establecido con los argumentos que anteceden.
- b) El daño cierto, el no pago de los valores reconocidos y adeudados por la demandada, que implicó la lesión de los derechos económicos del contratista y que se encuentra protegido y tutelado por el derecho.
- c) La relación de causalidad entre la falla del ente público y el daño cierto.

Inequívocamente, la actitud de la administración fue la causa eficiente del daño sufrido; en el fondo, lo que se evidencia es la relación de causa entre la falla y el daño causado.

4. LA DEFENSA

Los elementos esenciales de la contestación de la demanda² se resumen a continuación:

4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

Solamente tiene como ciertos los relativos a la liquidación de la Nueve Millonaria y a la designación de la Fiduciaria la Previsora S.A. como agente liquidador, estándose a lo probado respecto de los demás.

4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este demandado se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

4.3 EXCEPCIONES

Como excepciones fueron propuestas las siguientes:

4.3.1 EXCEPCIONES FORMALES

Las excepciones relacionadas con la forma son las siguientes:

4.3.1.1 INEPTA DEMANDA

Si bien la demanda se indica que se ejerce la acción de reparación directa, es evidente que las pretensiones tienen un origen contractual, consistente en la falta de pago de un acta de liquidación de contrato suscrito con el agente liquidador de la Lotería La Nueve Millonaria, por lo que se impone que la acción a seguir sea la de controversias contractuales.

La parte final del primer inciso del Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo prevé la posibilidad de que se declare el incumplimiento y se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y a que se hagan otras declaraciones y condenas, siendo ello congruente con las pretensiones de la demanda, por lo que se hace inepta la demanda en virtud de la indebida escogencia de la acción, lo cual no puede ser subsanado por el juez.

4.3.1.2 CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

² Folio 484



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 7

El hecho generador del perjuicio se habría producido el 8 de febrero de 2008, por lo que la caducidad de dos años que en los términos del Numeral 10 del Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo se prevé para la acción de reparación directa se habría vencido el 9 de febrero de 2010.

La presentación de la demanda el 25 de noviembre de 2009 interrumpe la caducidad en los términos del Artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando la notificación de la misma se haga dentro del termino de 1 año. El auto admisorio de la demanda del 30 de noviembre de 2009 del Juzgado 19 Civil del Circuito fue anulado por auto del 19 de julio de 2012, el término de caducidad no se tiene por interrumpido, por cuanto la caducidad de la acción se produjo el 9 de febrero de 2010 y la demanda fue admitida en agosto de 2012, más de 4 años después del acaecimiento de los hechos que dan origen a las pretensiones.

4.3.2 EXCEPCIONES MATERIALES

Las excepciones de mérito propuestas fueron las siguientes:

4.3.2.1 EL CONTRATO ENTRE EL AGENTE LIQUIDADOR DE LA NUEVE MILLONARIA E INTERAUDIT ES INOPONIBLE A LA FIDUCIARIA LA PREVISORA

La demandada fue designada como liquidadora de la empresa La Nueve Millonaria Ltda por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, liquidación que se hace por parte de la fiduciaria en aplicación de las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pudiendo esta solamente desarrollar las actividades propias de su objeto social, que para las sociedades fiduciarias como agentes liquidadores solamente les corresponde celebrar contratos de fiducia en los términos de los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, siendo sus obligaciones de medio y no de resultado como lo prevé el Numeral 3 del Artículo 29 del EOSF³.

En cumplimiento de lo anterior, la Fiduciaria la Previsora como liquidadora celebra un contrato de mandato con César Augusto Romero Molina, para que ejerciera las funciones de agente liquidador por cuenta de la Fiduciaria, por lo cual las limitaciones legales que el régimen legal impone a la fiduciaria se trasladan al mandatario para el ejercicio de su cargo, y por ello se dijo que el liquidador respondería por los actos que con dolo o culpa grave realizase en nombre de la liquidación y que causaren perjuicios a la Fiduciaria.

Mediante Auto 580 del 27 de junio de 2012 de la Contraloría General de la República, se abre juicio de responsabilidad fiscal por cuenta del contrato que es base de este proceso tanto al señor Romero Molina como a la Fisma Interaudit, al encontrarse probado por la Contraloría que con actuar doloso o gravemente culposo se causó detrimento al patrimonio público con ocasión del mencionado contrato.

La calificación que hace la contraloría respecto del contrato se fundamenta en los precios acordados como por fuera de los estándares del mercado, siendo además innecesario dado que se contaba con personal de la liquidación profesional y competente para adelantar la tarea de auditoría, lo cual hace inoponible al contrato a la demandada al estar por fuera de

³ "en Colombia Únicamente las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia pueden desarrollar la actividad fiduciaria en Colombia Objeto Social Exclusivo El artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé las operaciones que constituyen el objeto social de las sociedades fiduciarias" Tomado de: <http://prezi.com/9slr7jsb66ra/sistema-fiduciario/>



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 8

los límites legales de la representación que se le otorgara y en efecto debe ser así reconocido por el juzgador.

B) NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS

Nadie puede alegar en su beneficio la propia culpa, y dado que la investigación fiscal de la Contraloría General de la República sostiene que entre el agente liquidador de la Nueve Millonaria y la Firma Interaudit se celebró un contrato sobrevalorado en precio y cuyo objeto no era necesario, busca entonces la demandante ampararse en su propia culpa para el cobro de unos perjuicios contractuales a los que se expuso al actuar en la forma señalada por el ente de control.

5. LLAMADO EN GARANTÍA

El llamado en garantía fue representado por curador ad litem, quien suscribe el escrito que obra a folios 116 y siguientes del cuaderno respectivo.

5.1 ACERCA DE LOS HECHOS

Tiene como ciertos los que resultan demostrados de conformidad con los documentos allegados con la demanda, relativos a la liquidación, la designación del agente liquidador, la suscripción del contrato de prestación de servicios profesionales.

Los relativos a la falla del servicio deben ser demostrados por la parte demandante.

5.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

El llamado en garantía se opone a todas las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

1. No puede dar fe, en ausencia del llamado en garantía, de si son auténticos o veraces los hechos y las pruebas documentales allegadas en la demanda.
2. Porque solamente el llamado en garantía de forma personal puede pronunciarse sobre alguna irregularidad en la autenticidad.
3. Se atiene este sujeto procesal a los hechos que resulten debidamente probados y avalados.

5.3 EXCEPCIONES

Como única excepción este sujeto procesal propuso la genérica oficiosa.

6. TRÁMITE

Por medio de auto del 14 de agosto de 2012 se admitió la demanda.

Por auto del 20 de agosto de 2013 se aceptó el llamamiento en garantía al señor CÉSAR AUGUSTO ROMERO MOLINA.

La apertura a pruebas del proceso se dispuso mediante providencia del 20 de abril de 2016.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 9

La oportunidad para alegar de conclusión se dio de forma común a las partes mediante auto del 17 de noviembre de 2016.

El 17 de mayo de 2018 se recibe el expediente del Juzgado Administrativo Transitorio de Bogotá sin fallo.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

7.1 PARTE DEMANDANTE

Reitera en el alegato los argumentos planteados en la demanda, destacando que como contratista cumplió con las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios del 2 de octubre de 2007 celebrado con el apoderado general designado por la Fiduprevisorora (César Augusto Romero Molina), cuyo objeto consistía en la realización de auditoría especial de los estados financieros, soportes y regalías pagadas, a los Contratos de Concesión Nos. 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009 de 2004 en los diferentes departamentos de Colombia

Ello aparece demostrado con los siguientes documentos:

Documento	Contenido	Folios
Resolución 01468 del 4 de septiembre de 2007	que ordena la liquidación de la Lotería Nueve Millonaria de la Nueva Colombia S.A. y designa a la Fiduciaria La Previsora S.A. como agente liquidador	13-17
Contrato de prestación de servicios	Celebrado entre Fiduprevisorora e Interaudit el 2 de octubre de 2007	9-12
Certificación	De cumplimiento suscrita por el supervisor del contrato	30
Acta de Liquidación del 8 de febrero de 2008	De liquidación del contrato de prestación de servicios suscrito entre Fiduprevisorora e Interaudit	31-33

El valor del contrato se fijó en la suma de \$348.000.000 IVA incluido que se pagarían en dos cuotas iguales, una como anticipo y el saldo previa aprobación del supervisor del contrato y de la suscripción del acta de liquidación. El saldo de \$174.000.000 no fue pagado a pesar de que se había cumplido con el objeto contractual, se suscribió el acta de liquidación y se contaba con disponibilidad presupuestal para el efecto contenida en el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 013 del 02 de octubre de 2007.

Documento	Contenido	Folios
Certificación de cumplimiento	Certifica que la contratista ejecutó la totalidad del contrato dando cumplimiento a lo pactado por la liquidadora y el contratista	30
Acta de liquidación del contrato	Fecha el 8 de febrero de 2008. Se anotó que el contrato se cumplió entre el 4 de octubre y el 3 de diciembre de 2007, por un total de \$348.000.000, quedando un saldo a favor del contratista de \$174.000.000, dando las partes por liquidado el contrato	31-33
Factura de cobro	Aceptada	34

La Contraloría General de la República mediante Auto 317 del 16 de abril de 2008 determinó que no había conducta reprochable atribuible al contratista, ordenando el cese de la acción



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 10

fiscal y el archivo del proceso, razón por la cual la demandada debe dar cumplimiento a lo manifestado en el proceso cuando advirtió "que el pago del contrato suscrito no se efectuaría hasta no tener la certeza jurídica y fiscal que con ellos no se cometió alguna conducta reprochable".

La demandada niega al pago de lo adeudado y lo condicionó a las resultas de un proceso de responsabilidad que resultó favorable al contratista.

Documento	Contenido	Folios
Respuesta	Derecho de petición a Fiduprevisora del 19 de octubre de 2009 ("que el pago del contrato suscrito no se efectuaría hasta no tener la certeza jurídica y fiscal que con ellos no se cometió alguna conducta reprochable")	45
Auto 317 del 28 de abril de 2016 ⁴	La Contraloría General de la República ordena la cesación de la acción fiscal y el archivo del proceso	575 a 576
Certificación	De la Contraloría General de la República sobre la terminación del proceso de responsabilidad fiscal a favor de interaudit S.A.	575 a 546 593 - 628

La demandada no desvirtuó la veracidad de la certificación del cumplimiento del contrato expedida por el supervisor, ni el contenido del acta de liquidación en la cual los representantes de ambas partes reconocen la existencia de la obligación, obligación que además contaba con disponibilidad presupuestal y sin que se encontrara alguna irregularidad en el proceso de responsabilidad fiscal.

En los términos del Artículo 90 de la Constitución Política incurre la demandada en responsabilidad al no efectuar el pago de los valores reconocidos en el acta de liquidación del contrato.

La demandada en su calidad de agente liquidador debe pagar con su patrimonio los valores adeudados al contratista y los perjuicios derivados, pues derivan de la injusta actuación de la demandada que retuvo los recursos apropiados presupuestalmente para atender las costas del contrato que la demandante ejecutó en su totalidad y en debida forma.

Los numerales 9 y 10 del Artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fijan las facultades y deberes del agente liquidador, señalando que este debe:

- i) Actuar como representante legal de la intervenida;
- ii) Ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y progresiva;
- iii) Administrar la masa de la liquidación con las responsabilidades de un secuestro judicial;
- iv) Ejecutar todos los actos y efectuar todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y archivos de la intervenida;
- v) Pagar con los recursos pertenecientes a la intervenida todos los gastos de la liquidación, entre otros.

La responsabilidad de los liquidadores está fijada por el Numeral 10 del Artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, debiendo el liquidador responder por los perjuicios

⁴ La demandada aportó como prueba el auto 00580 de 27 de junio de 2012 de la CGR que aperturaba el proceso de responsabilidad fiscal contra el contratista, bajo el argumento de un presunto daño patrimonial a la entidad. La prueba deja de tener valor en la medida que el Auto 317 de 2016 decide cesar todo procedimiento contra INTERAUDIT S.A.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 11

que cause por dolo o culpa grave causen a la entidad en liquidación o a sus acreedores en razón de las actuaciones adelantadas en contravención de las disposiciones especiales que regulan el proceso de liquidación forzosa administrativa.

La demandada ha incurrido en responsabilidad de tipo indirecto evidenciada en la falla del servicio, por cuanto omitió cumplir con sus obligaciones legales al no pagar el valor adeudado a la sociedad demandante y consignadas en el acta de liquidación del contrato, habiéndose efectuado las reservas presupuestales y expedido el respectivo CDP para el cubrimiento del valor total pactado del contrato.

La responsabilidad de la demandada se estructura al configurarse los siguientes elementos axiomáticos:

- a) El hecho generador de la falla del servicio de la administración FIDUPREVISORA S.A, plenamente establecida con los argumentos y pruebas que anteceden;
- b) El daño cierto: No pago de los valores adeudados y reconocidos por la entidad pública en el acta de liquidación del contrato;
- c) La relación de causalidad entre la falla del ente público y el daño cierto del no pago de lo adeudado.

La demandada argumento antes y durante el proceso que el pago no se efectuaría hasta no tener la certeza jurídica y fiscal de que con ello no se cometió alguna conducta reprochable, de lo que se infiere que desde el principio acepta la existencia del contrato, de la certificación del supervisor y del contenido del acta de liquidación, condicionando el pago sin justificación legal a las resultas del proceso de responsabilidad fiscal que terminó absolviendo a la demandante.

Esta circunstancia injusta respecto de la demandada debe ser advertida por el juzgador a efecto de dar curso positivo a las pretensiones de la demanda.

7.2 PARTE DEMANDADA

En la oportunidad para alegar de conclusión la parte demandada se reitera en las excepciones reproduciendo textualmente los mismos argumentos de la contestación de la demanda.

Precisa que la decisión final del proceso de responsabilidad fiscal no desvirtúa la conclusión a la que llega el testigo Zambrano Simmonds y además no se constituye en prejudicialidad que condicione el pronunciamiento definitivo pues solo tiene relación con la responsabilidad fiscal.

En efecto, desde el punto de vista probatorio la conclusión del Auto 580 del 27 de junio de 2012, las razones para decretar el archivo de las diligencias se limitan al ámbito de la responsabilidad fiscal. De lo dicho en el auto se destaca lo siguiente: "*Se infiere que frente a las observaciones planteadas a la firma INTERAUDIT SA., por la ejecución del contrato 017 de 2007, NO CONSTITUYE UN DETRIMENTO PATRIMONIAL AL ESTADO, impidiendo de esta forma continuar con la acción fiscal.*" Conclusión que en nada condiciona las alegaciones de incumplimiento que se alegan y prueban en este proceso.

En la página 4 del fallo se anota que funcionarios de la liquidación cuestionaron tanto la necesidad del servicio contratado como el valor del contrato y su correcta ejecución. Se menciona incluso un informe de abril de 2008 dirigido al señor Jair Arenas en donde se evidencia el incumplimiento del contrato por cuenta de la demandante.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 12

Al ser inoponible el contrato a Fiduprevisora y al estar citado al proceso el particular que en ejercicio de un contrato de mandato lo celebró por fuera de las competencias contenidas en el acto que le confiere el mandato, debe este responder en los términos del Artículo 2162 del Código de Comercio.

7.3 LLAMADO EN GARANTÍA

No alegó de conclusión.

8. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto en el presente asunto.

9. CONSIDERACIONES

Pasa a pronunciarse el Despacho inicialmente acerca de las excepciones propuestas por la parte demandada.

9.1 EXCEPCIONES DE FORMA

9.1.1 PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN)

Establece el Artículo 90 de la Constitución Política lo siguiente:

"ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

De la lectura de esta norma se desprende que el daño a resarcir debe ser de naturaleza antijurídica, derivado de la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Tales presupuestos no se cumplen en el caso concreto como pasa a explicarse a continuación.

Autoridad pública. La demandada es la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. "Fiduprevisora S.A.", cuya naturaleza es de sociedad anónima cuyo objeto es de naturaleza mercantil y regulado por el Código de Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

No puede ser inicialmente considerado como autoridad pública, pues respecto de la sociedad accionante actúa en términos de igualdad, pues la vinculación entre ellos es de naturaleza contractual, tal como se indica en la demanda.

Ello hace que el ejercicio de la acción de reparación directa sea incompatible con las pretensiones de la demanda, en tanto estas son de naturaleza contractual, sin que el incumplimiento contractual sea asimilable a la omisión por parte de una autoridad pública



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 13

que genera un daño antijurídico, pues ello corresponde a un asunto de naturaleza extracontractual.

En ese sentido, no resulta posible tener al contratista como un administrado, pues la vinculación entre las partes obedece a un acuerdo de voluntades y por ende la relación jurídica está regulada por este.

El Artículo 90 de la Constitución Política ha sido desarrollado en el Código Contencioso Administrativo de la siguiente forma a efecto de establecer el medio judicial de controversia:

"ARTÍCULO 86. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA. <Subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública." (Subrayado del Despacho)

No se enuncia entre estas posibilidades el incumplimiento contractual en tanto este no puede entenderse como omisión para efecto de hacer viable el ejercicio de un medio procesal inadecuado.

A su vez, el Artículo 87 del Código Contencioso Administrativo prevé lo siguiente:

"ARTÍCULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. <Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato." (Subrayado del Despacho)

Se observa de la lectura de esta norma que cuando las partes están vinculadas mediante un contrato, lo procedente es la acción de controversias contractuales, la cual resulta apta para pedir que se declare el incumplimiento, que para el caso ha sido planteado como omisión, y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios que se hubieren podido causar.

Debe recordarse que las acciones contencioso administrativas guardan relación con la fuente de las obligaciones que se pretende controvertir, siendo la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho las procedentes cuando se busca controvertir una



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 14

manifestación de voluntad unilateral de la Administración, la reparación directa cuando la fuente de la obligación es de naturaleza civil extracontractual y la controversia contractual cuando la fuente de la obligación es un acuerdo de voluntades.

Es decir, que para el caso en que la Administración (entendida esta como la Fiduciaria), actúe en igualdad respecto del en este caso demandante en virtud de un contrato, no puede entenderse que la omisión en el pago de un saldo de un contrato sea fuente de un daño antijurídico de naturaleza extracontractual, ya que no se trata el demandante de un administrado sino de un contratista, cuyos derechos derivan del acuerdo de voluntades y por ende debe discutir la responsabilidad contractual mediante la acción prevista para el efecto.

Por último, resulta pertinente destacar que procedía igualmente la acción ejecutiva, pues el acta de liquidación presta mérito ejecutivo, el contrato contaba con disponibilidad presupuestal y la Ley 80 de 1993 prevé la forma de liquidar intereses en caso de incumplimiento.

Lo anterior bajo el entendido de que se trata de un contrato estatal, pues de otra forma la controversia habría correspondido a la jurisdicción ordinaria civil, pues se trata de un asunto entre particulares sometido a las normas del derecho privado.

CONCLUSIÓN

La conclusión a la que se llega en el presente caso es que la parte actora ha hecho una indebida escogencia de la acción al no controvertir el incumplimiento del contrato que acredita haber suscrito con la demandada, haciendo improcedente el ejercicio de la acción de reparación directa.

Se tiene entonces por configurada la excepción de indebida escogencia de la acción y procede emitir un pronunciamiento inhibitorio.

9.2 CONDENA EN COSTAS

Se condenará en costas a la parte demandante. Se liquidarán por Secretaría.

9.3 ARCHIVO

Ejecutoriada esta providencia, se enviará el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

10. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta Administrativo del Circuito de Bogotá, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción de indebida escogencia de la acción de reparación directa por parte de la sociedad INTERAUDIT S.A. como contratista de la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. "FIDUPREVISORA S.A."



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 15

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se inhibe el Despacho para pronunciarse de fondo.

TERCERO: Se condena en costas a la parte demandante. Líquidense por Secretaría.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

~~NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE~~

ALEJANDRO ALDANA BONILLA
Juez