



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, trece (13) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Ref. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2015-00257-00
Convocante: Gráficas Lealtad Ltda.
Convocado: Fondo Rotatorio Municipal de Valorización de
Sincelejo - FOMVAS

1. ANTECEDENTES:

El señor **PEDRO JOSÉ HERNÁNDEZ LUNA**, en su calidad de representante legal de la empresa **GRÁFICAS LEALTAD LTDA.**, a través de apoderado presentó solicitud ante la Procuraduría 164 Judicial II para asuntos Administrativos de Sincelejo, para realizar audiencia de conciliación, en la cual se convocaría al **FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO-FOMVAS**, para efectos de que se liquide el contrato N° SM-12-2010 de fecha 29 de julio de 2010, cuyo objeto era el suministro de los recibos de facturas para el cobro del recaudo del programa de valorización por beneficio general adelantado por el Fondo Rotatorio Municipal de Valorización - FOMVAS. Igualmente, se deprecó el reconocimiento y pago de unas sumas de dinero presuntamente dejadas de pagar al contratista con motivo de la ejecución del referido contrato.

Así las cosas, la audiencia de conciliación fue celebrada el día uno (1) de diciembre de dos mil quince (2015)¹, en la Procuraduría 164 Judicial (II) Para Asuntos Administrativos de Sincelejo, llegando las partes a un acuerdo total.

Posteriormente, llega a este Despacho para que se le efectúe el correspondiente estudio de aprobación.

¹ Folio 140 a 143

En este orden de ideas se procede a revisar el cumplimiento de los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para efectos de impartir o no aprobación a los acuerdos conciliatorios como el del caso de marras.

2. CONSIDERACIONES:

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 respectiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, se trata de un medio de control relativo a contratos, que es competencia de este Despacho en virtud de la naturaleza del asunto, la cuantía (artículo 155 numeral 5² del CPACA) y el factor territorial (artículo 156 numeral 4 del CPACA.), por lo que este Juzgado es competente para conocer de la 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 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 (...) 5. De los relativos a los contratos, cualquiera sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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.
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)³.

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

“Entratándose 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...

³ 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”⁴

Previas las anteriores consideraciones, este juzgado encuentra que la conciliación antes realizada debe valorarse frente los anteriores requisitos legales, tarea que se emprende a continuación:

1. CADUCIDAD: Tal como lo consagra el artículo 164 numeral 2, literal J, la caducidad del medio de control de controversias contractuales, ocurre dentro del término de dos (2) años, además este mismo artículo nos indica cómo se debe contar ese término para ciertos contratos, es así que en su aparte v), nos dice:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

...

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

....

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

...

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

...”

⁴ 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.

De acuerdo con el artículo citado, en el caso *sub examine* el contrato SM-012-2010, fue firmado por el término de 3 años teniendo como inicio presuntivo –dado que no se anexó el acta de inicio del contrato referido- el día 13 de enero de 2011⁵, fecha en la cual es aceptada la póliza de modificación de cumplimiento, luego entonces, se tomará como fecha de vencimiento del plazo, conforme con la cláusula sexta del mencionado instrumento, el día 13 de enero de 2014.

Pues bien, siguiendo los lineamientos del artículo antes transcrito, por ser este un contrato que necesita ser liquidado, se tiene que los 4 meses posteriores a la finalización del plazo del mismo, culminaban el día 13 de mayo de 2014, pues es desde allí que se empieza contar el término de 2 años para ejercer el medio de control idóneo ante los jueces. Ahora bien, ese término de 2 años finalizaba el día 13 de mayo del año 2016, y como se puede observar a folio 111 del expediente, el apoderado del convocante antes de que se cumpliera esa fecha, solicitó el día 10 de septiembre de 2015 ante la procuraduría 164 judicial 11, conciliación extrajudicial, por lo cual este Despacho considera que no hay caducidad.

2. DERECHOS ECONÓMICOS DISPONIBLES POR LAS PARTES: Se trata del pago de unas sumas de dinero a favor del convocante, los que a criterio del Despacho, por tratarse de guarismos que presuntamente se derivan como consecuencia de la ejecución del contrato N° SM-12-2010 de fecha 29 de julio de 2010, resultan ser derechos inciertos y discutibles de contenido económico, por lo que las partes pueden libre y válidamente renunciar o transigir sobre los mismos o a parte de ellos.

3. REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES: El convocante actúa a través de su correspondiente apoderado debidamente acreditado (fol. 8), y la entidad descentralizada del orden territorial convocada, a través de poder otorgado por la correspondiente representante legal debidamente acreditada (fol. 115).

⁵ Folio 21 del expediente

4. ACTA DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN: La entidad convocada aportó el acta del comité de conciliación⁶ de conformidad a las normas descritas en el artículo 65B de la ley 23 de 1991, adicionado por el artículo 75 de la ley 443 de 1998.

5. PRUEBAS NECESARIAS Y NO SEA LESIVO EL ACUERDO: Sobre este punto, es necesario que el Despacho se detenga en el análisis.

5.1. Pruebas documentales:

Encuentra este estrado judicial dentro del expediente:

- Contrato N° SM- 12-2010, proceso de licitación pública N° LP-002-2010, cuyo objeto consistió en el suministro de los recibos de factura para el cobro de recaudo del programa de valorización por beneficio general adelantado por el Fondo Rotatorio Municipal de Valorización FOMVAS de Sincelejo.
- Certificado de disponibilidad presupuestal N° 0217 de fecha 08 de junio de 2010, expedido por la división administrativa y financiera FOMVAS.
- Certificado de registro presupuestal N° 0258 de fecha 09 de agosto de 2010, expedido por la división administrativa y financiera FOMVAS.
- Póliza única de seguro de cumplimiento N° BO1811469 de fecha 22 de octubre de 2010.
- Resolución N° 081 de fecha 27 de diciembre de 2010, por medio de la cual se aceptó la póliza de seguro N° BO1811469.
- Anexo 1 de póliza única de seguro de cumplimiento N° BO1811469 de fecha 13 de enero de 2011.
- Resolución N° 001 de fecha 13 de enero de 2011, por medio de la cual se aceptó la póliza de modificación de cumplimiento de seguro N° BO1811469.
- Recibo de consignación N° 000045397 de fecha 05 de enero de 2011, donde consta el pago de los gastos por concepto de publicación del contrato N° SM-12-2010.

⁶ Folio 120 a 123 del expediente

- Recibo de consignación N° 21140306 de fecha 05 de enero de 2011, donde consta el pago de los gastos de impuesto de estampilla pro cultura del contrato SM-12-2010.
- Recibo de consignación N° 25675624 de fecha 05 de enero de 2011, donde consta el pago de los gastos por concepto de impuesto de estampilla adulto mayor del contrato SM-12-2010.
- Recibo de caja N° 16313 de fecha 05 de enero de 2011, donde consta el pago de los gastos por concepto de impuesto estampilla IMDER del contrato N° SM-12-2010.
- Orden de pago N° 10985 de fecha 03 de febrero de 2011, expedido por FOMVAS, referente al reconocimiento del pago del primer abono del anticipo del 30% del contrato SM-012-2010, por valor de \$95.491.200 m/l.
- Comprobante de egreso N° 11303 de fecha 10 de febrero de 2011, expedido por FOMVAS, por concepto de pago del primer abono del anticipo de 30% del contrato SM-012-2010.
- Relación de remisiones de recibo de facturas entregadas al FOMVAS.
- Petición de fecha 18 de febrero de 2014 presentado por el convocante a través de la cual se solicitó al FOMVAS practicar la liquidación bilateral del contrato SM-012-2010.
- Oficio DJF 140.022 de fecha 06 de marzo de 2014, mediante el cual la entidad convocada responde al derecho de petición incoado por el convocante.

Pues bien, por estar comprometido el patrimonio público, se requiere que el acuerdo conciliatorio esté 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 para el patrimonio público, ni violatorio de la ley.

Vertiendo el acervo probatorio al caso concreto, tenemos en primera medida que tal y como se indicó en líneas superiores, las sumas de dinero deprecadas se justifican con motivo de la suscripción y ejecución del contrato SM-012-2010 fechado 29 de julio de 2010.

En este punto huelga indicar que en la CLÁUSULA SEXTA del varias veces referenciado instrumento contractual se dejó sentado lo siguiente:

“CLÁUSULA SEXTA: PLAZO.- El plazo de ejecución del presente contrato es de TRES (3) años, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio suscrita por el CONTRATISTA, previa aprobación de las pólizas respectivas por parte del FOMVAS y el cumplimiento de los requisitos previstos en las (sic) Cláusula Vigésima Sexta y Vigésima Séptima del presente contrato. (...)”. (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

Luego entonces, tal y como quedó expresamente consignado en el contrato del caso de marras, **el plazo de ejecución iniciaba una vez protocolizada el acta de inicio y con la previa aprobación de las pólizas respectivas por parte de la entidad contratante.**

Siguiendo este hilo conductor, tenemos que al *sub lite* no se adosó la mencionada acta de inicio de ejecución contractual, por tanto, no se tiene plena certeza de la fecha a partir de la cual el contratista GRÁFICAS LEALTAD LTDA. quedaba obligado a iniciar el suministro respectivo, puesto que se reitera, el plazo de ejecución quedaba supeditado a la suscripción de dicho documento y a la aprobación de las pólizas correspondientes.

En lo que atañe a las pólizas, al plenario se allegó la Resolución N° 081 del 27 de diciembre del año 2010, a través de la cual se aceptó la póliza de cumplimiento N° BO 1811469 de fecha 22 de octubre de 2010 (fol. 19), la cual fue corregida en lo concerniente a su vigencia, y posteriormente aceptada tal modificación a través de la Resolución N° 001 del 13 de enero de 2011 (fol. 21).

Así las cosas, solo hasta el 13 de enero de 2011, se protocolizó en debida forma lo concerniente a la póliza de cubrimiento de los riesgos inherentes a la ejecución contractual.

Por otra parte, dentro del acta del comité de conciliación del FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO – FOMVAS se manifestó lo siguiente:

“En atención a la exposición y análisis realizado por la oficina jurídica de los hechos y pretensiones de la solicitud de conciliación, el COMITÉ DE CONCILIACIÓN DEL FOMVAS, encuentra en el contrato N° SM-012-2010, los recibidos de entrega de los recibos de facturas, que suman un total de 191.880 recibos de facturas para el cobro del recaudo del programa de valorización por beneficio general entregadas al FOMVAS, lo cual coincide con los recibidos aportados en el traslado de la conciliación extrajudicial Rad. N°. 6983 de 2015, convocada por PEDRO JOSE HERNANDEZ LUNA, representante legal de GRAFICAS LEALTAD LTDA. Así mismo se encuentra la cuenta de cobro presentada por la entidad convocante, de fecha 18 de junio de 2012”.

Los recibos de facturas a que se hace mención en el párrafo anterior, reposan en el cartulario a folios 28 a 97.

Aquí conviene detenerse un momento a fin de señalar lo siguiente:

Se dejó establecido claramente en precedencia, que el contrato SM-012-2010 fue infrascrito por los contratantes el día **29 de julio de 2010**, quedando condicionado su plazo de ejecución hasta la suscripción del acta de inicio y la aprobación de las pólizas, esto último ocurrió el día **13 de enero de 2011**.

Los mencionados recibos de factura aportados al expediente, específicamente los obrantes a folios 28 a 40, tienen fecha de remisión entre el período comprendido **desde el 28 de marzo de 2010 hasta el 27 de julio de ese mismo año**, es decir, fueron desplegados con anterioridad, inclusive, de la fecha de suscripción del contrato SM-012-2010.

De igual forma, los recibos de factura obrantes a folios 41 a 87, tienen fecha de remisión entre el período comprendido **desde el 29 de julio de 2010 hasta el 30 de diciembre de ese mismo año**, luego entonces, conforme a lo decantado en líneas superiores, fueron remitidos con antelación a la aprobación de las pólizas respectivas.

Corolario de lo expuesto, para el Despacho no existe certeza respecto de que las prestaciones llevadas a cabo por parte del hoy convocante, y en las cuales fundamenta el cobro de las sumas de dinero contenidas en la solicitud de conciliación, se basen exclusivamente en actuaciones desplegadas dentro del término de ejecución del

contrato SM-012-2010 del 29 de julio de 2010, puesto que, como quedó visto no existe plena certidumbre de la fecha exacta desde la cual inició el plazo de ejecución contractual, aunado al hecho que, varias de las facturas elaboradas y remitidas al FOMVAS, tienen fecha de elaboración anterior, inclusive, a la firma misma del contrato.

En este orden de ideas, cabe la posibilidad de que en el supuesto fáctico que centra la atención de esta Unidad Judicial, se hayan ejecutado prestaciones sin la existencia de contrato estatal con sus formalidades plenas, lo que a juicio de esta Judicatura impide que se le imparta aprobación al acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes, por no contar con las pruebas necesarias y por resultar lesivo para el patrimonio público.

RESUELVE:

DECISIÓN: En mérito de lo manifestado, el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO,

RESUELVE:

PRIMERO: IMPRUEBESE la Conciliación Extrajudicial contenida en el acta del 10 de septiembre de 2015, celebrada ante el Procurador 164 Judicial II para Asuntos Administrativo entre GRÁFICAS LEALTAD LTDA. Y el FONDO ROTATORIO MUNICIPAL DE VALORIZACIÓN DE SINCELEJO - FOMVAS, por valor total de \$55.732.018,68, visible a fol. 140 a 143.

SEGUNDO: Ejecutoriado este auto, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema de información judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDUARDO NAME GARAY TULENA
JUEZ