



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Ejecutivo
Radicación: 20001-23-31-000-2011-00292-02 (66612)
Demandante: Departamento del Cesar
Demandados: Mainco S.A.S. y otros

Tema: Se confirma la sentencia de primera instancia que ordenó seguir adelante la ejecución. En el proceso ejecutivo no son procedentes excepciones que controviertan la legalidad de los actos administrativos presentados para el cobro. El acuerdo de reparación integral aceptado por el Departamento del Cesar recaía exclusivamente sobre el valor de la devolución del anticipo, sin que se extendiera a los demás conceptos que son objeto de cobro ejecutivo.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia proferida el 14 de mayo de 2020 por el Tribunal Administrativo del Cesar, que declaró probada de oficio la excepción de pago parcial y ordenó seguir adelante con la ejecución. La parte resolutoria de la providencia es del siguiente tenor:

<<Primero: Declarar oficiosamente probada parcialmente la excepción de pago de la obligación, y negar las demás excepciones de mérito presentadas por la parte ejecutada, en atención a las razones expuestas, y en consecuencia se dispone:

Segundo: Ordénese seguir adelante la ejecución de acuerdo con lo dispuesto en esta decisión, es decir exclusivamente por el valor correspondiente a la efectividad de los amparos de cumplimiento.

Tercero: De conformidad con el artículo 446 del Código General del Proceso, las partes deberán presentar la respectiva liquidación del crédito.

Cuarto: Sin condena en costas en esta instancia.



Quinto: Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría líquidese la cuenta de gastos del proceso y de ser procedente, realícese la devolución de su remanente a la parte actora>>.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 181 del CCA. A su vez, el Tribunal Administrativo del Cesar era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón la cuantía de acuerdo con el numeral 7 del artículo 132 del CCA.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 9 de diciembre de 2021. Por medio del auto del 1° de junio de 2022 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión. Las partes presentaron alegaciones en tiempo y el Ministerio Público rindió concepto.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- El 23 de mayo de 2011 el Departamento del Cesar (en adelante <<el Departamento>> o la <<entidad>> o la <<ejecutante>>), presentó demanda ejecutiva contra Mauricio Galofre Amín, Mainco S.A.S. (en adelante <<Mainco>>), integrantes de la Unión Temporal Sabaneta (en adelante, la contratista), y la Aseguradora Solidaria de Colombia (en adelante <<la Aseguradora>>), en la que presentó las siguientes pretensiones¹:

<<Solicito al señor Juez librar mandamiento de pago en contra de Mauricio Galofre Amín (...), la sociedad Mainco S.A.S. (...), quienes conformaron la Unión Temporal Sabaneta (...) y a la Aseguradora Solidaria de Colombia (...), y a favor del Departamento del Cesar, en las siguientes sumas:

- a) Mil ciento noventa millones cincuenta y un mil setecientos setenta y siete (\$1.190.051.077), por concepto de anticipo, ordenado en la Resolución No. 0003405 del 13 de agosto de 2009, que declaró la ocurrencia del siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo en la póliza No. 994000007223 tomada por la Unión Temporal Sabaneta, para amparar el contrato estatal No. 1400 del 30 de diciembre de 2009.*
- b) Cuatrocientos setenta y seis millones veinte mil setecientos once pesos (\$476.020.711) por concepto de garantía del cumplimiento del contrato.*
- c) Más los intereses corrientes y moratorios como lo indica la ley, desde que se hizo exigible la obligación.*
- d) Las costas y agencias en derecho en el proceso ejecutivo contractual con título ejecutivo complejo>>.*

2.- El Departamento basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

¹ Cuaderno No. 1, folios 2 a 17



2.1.- El 30 de diciembre de 2009 el Departamento y la Unión Temporal Sabaneta suscribieron el contrato de obra No. 14000, cuyo objeto era pavimentación de las vías secundarias y terciarias en los municipios de Chiriguaná y San Martín. El plazo del contrato era de 180 días calendario y el valor de cuatro mil setecientos sesenta y nueve millones doscientos siete mil ciento siete pesos (\$4.769.207.107). Para amparar el cumplimiento del contrato, la Aseguradora expidió la póliza No. 994000007223 del 24 de mayo de 2010.

2.2.- Durante la ejecución del contrato, el Departamento entregó a la contratista la suma de mil ciento noventa millones cincuenta y un mil setecientos setenta y siete pesos (\$1.190.051.777), por concepto de anticipo.

2.3.- En virtud del grave incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista, el Departamento declaró la caducidad del contrato mediante Resolución No 3405 del 13 de agosto 2010. La contratista y la Aseguradora presentaron recursos de reposición contra esa resolución, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones 4290 de 27 de septiembre de 2010 y 590 de 3 de marzo de 2011, en las que se confirmó íntegramente la decisión.

2.4.- En los actos administrativos igualmente se declaró la ocurrencia de los siguientes siniestros cubiertos por la póliza expedida por la Aseguradora: (i) correcta inversión y buen manejo del anticipo por valor de mil ciento noventa millones cincuenta y un mil setecientos setenta y siete pesos (\$1.190.051.777) y (ii) cumplimiento por valor de cuatrocientos setenta y seis millones veinte mil setecientos once pesos (\$476.020.711).

2.5.- Una vez notificados los actos administrativos que declararon la caducidad y los siniestros de cumplimiento, correcta inversión y buen manejo del anticipo, los mismos quedaron en firme y constituyen título ejecutivo.

B. El mandamiento de pago

3.- Mediante providencia del 23 de junio de 2011 el magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo del César libro mandamiento de pago por las siguientes sumas de dinero:

3.1.- Mil ciento noventa millones cincuenta y un mil setecientos setenta y siete (\$1.190.051.777) por concepto del siniestro de correcta inversión y buen manejo del anticipo.

3.2.- Cuatrocientos setenta y seis millones veinte mil setecientos once pesos (\$476.020.711) por concepto de siniestro de incumplimiento.

B.- Posición de la parte demandada

4.- Mainco presentó las siguientes excepciones contra el mandamiento de pago:



4.1.- Inexistencia del contrato de obra pública, la cual sustentó en que nunca prestó consentimiento para integrar la unión temporal que celebró el contrato de obra. Indicó que la firma del acuerdo de unión temporal no correspondía a la de su representante legal sino a una falsificación de la misma.

4.2.- Inoponibilidad del contrato de obra, ya que el mismo fue suscrito por el representante legal de una unión temporal que realmente nunca se constituyó, por ausencia de representación por parte de Mainco. En virtud de lo anterior, no le eran oponibles los actos administrativos que componen el título ejecutivo, pues los mismos se emitieron dentro de una relación contractual en la que no prestó su consentimiento.

4.3.- Nulidad de los actos administrativos que fundamentaron el título ejecutivo, pues los mismos incurrieron en falsa motivación al indicarse que Mainco era parte de la unión temporal cuando dicha sociedad no podía ser vinculada al contrato por no haber otorgado su consentimiento para participar en el mismo.

4.4.- Inexistencia de obligación a cargo de Mainco por no haber sido parte del contrato que dio lugar a la declaratoria de caducidad y de efectividad de la póliza de cumplimiento.

5.- La Aseguradora se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

5.1.- Decaimiento del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, fundamentado en que con posterioridad a la expedición y notificación del acto el Departamento le otorgó a la contratista un plazo adicional para cumplir el objeto del contrato, lo que implica que el fundamento de hecho de los actos desapareció. En virtud de lo anterior, el contrato fue reiniciado el 15 de enero de 2011, por lo cual los actos administrativos no adquirieron firmeza, pues una vez notificados el contrato continuó en ejecución.

5.2.- Ineficacia de pleno derecho o inexistencia del contrato que llevaba a ausencia de riesgo asegurable, porque la integración de la unión temporal se dio en virtud de una suplantación. Así, el contrato fue celebrado sin consentimiento de una de las partes, lo que deriva en su nulidad absoluta. Ello implica que no existe obligación a cargo de la contratista y, en consecuencia, tampoco riesgo asegurable.

5.3.- Violación al debido proceso, pues si bien la Aseguradora fue citada a la audiencia de descargos dentro del trámite de declaratoria de caducidad, no fue citada como parte en el procedimiento, por lo que no pudo ejercer las facultades propias de la Ley 80 que le permiten, incluso, asumir la ejecución del contrato a través de terceros.



5.4.- Inexistencia de obligaciones derivadas del contrato, pues el Departamento incumplió el contrato porque los términos del mismo hacían imposible técnicamente su ejecución, lo que conllevaba a que la contratista no estuviera obligada al cumplimiento de obligación alguna.

C.- Sentencia recurrida

6.- En sentencia del 14 de mayo de 2020 la Subsección el Tribunal Administrativo del Cesar declaró no probadas las excepciones, declaró probada de oficio la excepción de pago parcial y ordenó seguir adelante la ejecución por el saldo insoluto. La decisión se adoptó con base en las siguientes consideraciones:

6.1.- En el proceso ejecutivo no son procedentes las excepciones que refieren a la validez de los actos administrativos o contratos. Por esta razón, los argumentos referidos a la validez, existencia y oponibilidad del contrato y de los actos administrativos no pueden ser resueltos en sede del trámite de ejecución, sino que debían presentarse ante el juez natural de los mismos.

6.2.- En relación con la alegación de decaimiento o falta de ejecutoria de los actos administrativos que integran el título, ella se dirige a controvertir los requisitos formales del título. En este orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 403 del CGP, debía ser presentada mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago y al no haberse realizado de esta forma, su estudio no es procedente en la sentencia.

6.3.- La Aseguradora no puede oponer a la entidad pública excepciones provenientes de la conducta del tomador del seguro. Por ello, no era procedente fundamentar su defensa en la existencia de situaciones tales como la suplantación de uno de los integrantes de la unión temporal contratista.

6.4.- En el proceso obra certificación del Departamento del Cesar en la que consta que se realizó un acuerdo de indemnización integral con el señor Mauricio Galofre Amín, quien en virtud del mismo reintegró el valor de mil doscientos sesenta y seis millones cuatrocientos dieciséis mil setenta y cuatro pesos (\$1.266.416.074) correspondiente a lo recibido como anticipo para la ejecución del contrato. Con fundamento en dicha prueba, consideró que existió pago parcial de la obligación objeto de cobro y, por lo tanto, la orden de seguir adelante la ejecución sólo recaería sobre el saldo insoluto.

D.- Recursos de apelación de las ejecutadas

7.- Mainco solicita revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarar prósperas las excepciones formuladas en la contestación de la demanda. Presenta los siguientes reparos concretos:



7.1.- El tribunal incurrió en un exceso ritual manifiesto al aplicar el artículo 430 del CGP que limita la posibilidad de alegar la ausencia de requisitos formales del título exclusivamente al recurso de reposición contra el auto que libra mandamiento de pago. En virtud de la prevalencia de los derechos subjetivos, se debieron resolver todas las situaciones alegadas sobre la falta de requisitos del título en la sentencia.

7.2.- El tribunal no tuvo en cuenta que los valores que admitió como pago parcial provienen de una conciliación con efectos transaccionales, por lo cual debió declarar la terminación del proceso por pago. Esto, porque el acuerdo que llevó al pago de los valores a favor del Departamento fue integral e incluye la totalidad de las sumas adeudadas por la Unión Temporal o sus integrantes.

7.3.- Pese a que el tribunal admite que en el proceso se acreditó que el documento de conformación de la unión temporal contenía una falsedad porque el representante legal de Mainco fue suplantado, decidió no invalidar el título y ordenó seguir adelante con la ejecución contra dicha sociedad, respecto de la cual, por dicha situación, no existe una obligación clara expresa y exigible.

7.4.- El juez no puede estar limitado a revisar lo concerniente a la legalidad de los actos administrativos o del contrato cuando estos constituyen el título ejecutivo, por cuanto la validez de estos constituye un requisito para la ejecución por vía judicial.

8.- La Aseguradora presentó recurso de apelación en el que se solicita revocar la sentencia de primera instancia. Presenta los siguientes argumentos:

8.1.- No existe título, pues los actos administrativos que lo componen carecen de firmeza y fuerza ejecutoria, por cuanto respecto de estos se presentó el supuesto de decaimiento, el cual se generó porque, con posterioridad a su notificación, el Departamento suscribió un acuerdo en el que amplió el plazo de ejecución a favor de la contratista, lo que significa que los supuestos de hecho en que se sustentó la determinación de declaratoria de caducidad del contrato desaparecieron.

8.2.- Al proceso no se allegó la totalidad de documentos que constituyen el título; señala que no se allegó la adición en plazo otorgada a la contratista con posterioridad a la expedición de los actos administrativos.

8.3.- Al igual que Mainco, indicó que el acuerdo realizado entre el Departamento y uno de los integrantes de la unión temporal tenía efectos de transacción total sobre las obligaciones objeto de cobro, y esto tiene por efecto la extinción de la póliza de seguro.

II. CONSIDERACIONES



E.- Decisión a adoptar

9.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia porque (i) en el proceso ejecutivo no son procedentes excepciones que controviertan la legalidad de los actos administrativos presentados para el cobro; (ii) no esta probada la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos y (iii) el acuerdo de reparación integral aceptado por el Departamento del Cesar recaía exclusivamente sobre el valor de la devolución del anticipo, sin que se extendiera a los demás conceptos que son objeto de cobro ejecutivo.

10.- En la primera parte de la decisión se abordará lo relacionado con los argumentos de apelación atinentes a los requisitos del título ejecutivo y su validez; en la segunda parte se estudiará la excepción de transacción alegada por las ejecutadas.

En el proceso ejecutivo no son procedentes excepciones relacionadas con la eficacia o validez de los actos administrativos que conforman el título ejecutivo

11.- En relación con los argumentos relacionados con la validez del contrato estatal en el que se expidieron los actos administrativos objeto de cobro, así como la inoponibilidad de estos por la existencia de suplantación del representante legal de Mainco, la jurisprudencia de esta Sección² ha explicado que este tipo de excepciones no pueden resolverse en el proceso ejecutivo, pues con ellas se pretende el estudio de legalidad de los actos contractuales del contrato mismo, para lo cual la acción procedente es la de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del CCA.

12.- Distinguir las defensas que pueden formularse al momento de recurrir el mandamiento de pago y las que pueden formularse como excepciones, así como rechazar el estudio de asuntos que deben adelantarse en procesos distintos, no implica incurrir en exceso ritual. Los procedimientos establecidos en la ley deben respetarse precisamente para garantizar el derecho fundamental al debido proceso de las partes y esta es la razón por la cual las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento.

13.- Los argumentos de los apelantes no debaten los requisitos formales del título, los cuales pueden ser revisados en la sentencia incluso de oficio, sino que debaten la validez y vigencia de los actos que se presentan para el cobro, circunstancia que como se señaló previamente se deben debatir mediante la acción de controversias contractuales.

No está probada la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos objeto de cobro

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2005, exp. 23565, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



14.- La aseguradora alega que los actos administrativos demandados decayeron al haber desaparecido los fundamentos de hecho que dieron lugar a su expedición. En relación con lo anterior, al proceso no se allegaron por parte de la Aseguradora pruebas de las afirmaciones de las que deduce el <<decaimiento>> del acto administrativo por haberse continuado con la ejecución del contrato.

15.- En efecto, no se probó que el contrato hubiese sido cumplido o que el anticipo se hubiese invertido o devuelto a la entidad. Tampoco está acreditado que los fundamentos de hecho, esto es, el incumplimiento del contrato y la falta de inversión del anticipo, hubiesen cesado por cuenta de hechos posteriores a la expedición de los actos.

La inexistencia de transacción total

16.- Los apelantes consideran que el tribunal debió declarar la existencia de transacción total de las pretensiones ejecutivas con fundamento en el acuerdo al que llegó el Departamento con Mauricio Galofre Amín, exrepresentante legal de la contratista, en virtud del cual este último reconoció y pagó el valor de mil doscientos sesenta y seis millones cuatrocientos dieciséis mil setenta y cuatro pesos (\$1.266.416.074). En el expediente obran el acta de comité de conciliación en el que se aprobó el acuerdo propuesto en el proceso penal y la constancia de pago del valor acordado en el mismo.

16.1.- En los referidos documentos consta que el valor acordado con el Departamento corresponde al reintegro de la suma entregada a la unión temporal a título de anticipo del contrato, más la correspondiente indexación. En relación con este punto, cabe destacar que el acuerdo logrado se dio dentro del proceso penal adelantado contra el exrepresentante legal de la unión temporal por el delito de abuso de confianza, el cual se sustentó en que se había apropiado de los dineros entregados como anticipo del contrato celebrado con el Departamento. El propio abogado, al realizar la propuesta al Departamento, le señaló que en la misma <<no pueden incluirse como parte del objeto material del delito investigado – abuso de confianza calificado, otrora conocido como peculado por extensión-, rubros propios de la ejecución del contrato y no del anticipo>>.

16.2.- De esta manera, el acuerdo y los dineros pagados correspondieron exclusivamente al reintegro del anticipo, por lo cual los mismos tienen efectos de transacción y pago respecto de este rubro de la demanda ejecutiva. En consecuencia, la excepción propuesta sólo podía ser declarada de manera parcial, tal como lo efectuó la sentencia de primera instancia.

17.- Por lo anterior, los valores que se cobran en el presente proceso por concepto de incumplimiento del contrato no se encuentran cobijados con el acuerdo de indemnización logrado en el proceso penal y por lo tanto, respecto de estos se debe seguir adelante con la ejecución.



F.- Condena en costas

18.- De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a las apelantes Mainco y Aseguradora Solidaria de Colombia. En los términos del numeral 3.1.3. del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000,00) por concepto de agencias en derecho.

19.- Las costas deberán ser pagadas a favor del departamento del Cesar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 14 de mayo de 2020 por el Tribunal Administrativo del Cesar.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a Mainco S.A.S. y a la Aseguradora Solidaria de Colombia a favor del Departamento del Cesar. Por Secretaría, liquídense las costas, que incluirán la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000,00) por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado