

ACCION CONTRACTUAL – Principio de la no reformato in pejus – Improcedencia

[E]l a quo accedió parcialmente a las súplicas del proceso, de manera que la parte demandada apeló la decisión en todos los aspectos en los que fue condenada, para que se revoque. Por su lado, la parte actora sólo discutió la necesidad de revocar la decisión en relación con el aspecto enumerado en el punto 4 de la parte resolutive de la providencia, de manera que a ella se circunscribirá el estudio de su inconformidad. Se hace esta precisión porque la ley procesal establece que cuando ambas partes apelan una sentencia no opera el principio de la no reformato in pejus, es decir, que en los asuntos cuestionados se puede decidir en contra de cualquiera de ellas, modificando, sin limitaciones, la decisión de primera instancia. En este sentido, establece el art. 357 del CPC.: "... Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones." No obstante, debe quedar claro -desde ahora- que en todo caso la competencia de la Sala se circunscribirá a los aspectos o temas apelados, es decir –según acontece en el proceso-, que de la totalidad de pretensiones que hicieron parte de la demanda -algunas de las cuales concedió el a quo- la Sala se ocupará de revisar los aspectos que fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación. Por ende, lo que la parte no planteó como motivo de diferencia con el a quo no será revisado en la segunda instancia. Esta conclusión se apoya en el parágrafo primero del art. 352 del CPC., que establece: "El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia."

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00235-01(25129)

Actor: CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CAUCA –COMFACAUCA-

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2002, complementada el 26 de marzo del 2003, por el Tribunal Administrativo del Cauca -fls. 138 a 145, y 164 a 165, cdno. ppal.-, que concedió parcialmente las pretensiones del actor, en los siguientes términos:

"1) Liquidar el convenio No 365 de 3 de agosto de 1.996 suscrito entre el DEPARTAMENTO DEL CAUCA y la CAJA DE

COMPENSACION FAMILIAR DEL CAUCA – COMFACAUCA, conforme a lo expuesto en la presente providencia.

“2) Como consecuencia de la anterior liquidación el DEPARTAMENTO DEL CAUCA adeuda a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CAUCA – COMFACAUCA, la suma de: \$72.299.330.46.

“3) Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

“4) No se condena en costas por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

Advierte la Sala que esta decisión será modificada.

ANTECEDENTES

1. La demanda

La Caja de Compensación Familiar del Cauca -en adelante COMFACAUCA, el contratista o la parte actora- en ejercicio de la acción contractual, presentó demanda contra el Departamento del Cauca –en adelante el contratante, el demandado o el departamento- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones:

“DECLARACIONES Y CONDENAS

“**PRIMERA.** Sírvanse Honorables Magistrados, ordenar la LIQUIDACIÓN JUDICIAL del Convenio N° 365 de fecha 3 del mes de Agosto de 1.996 suscrito entre el DEPARTAMENTO DEL CAUCA y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CAUCA – COMFACAUCA, por haberse vencido el término de su duración y el que tenía el DEPARTAMENTO DEL CAUCA para efectuar el mismo acto, por no haberse producido aquél por causa imputable a la Parte Demandada.

“**SEGUNDA.** Dentro de la Liquidación se servirá el Honorable Tribunal fijar el valor de las Obras Civiles ejecutadas por la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CAUCA – COMFACAUCA, al momento de la fecha prevista por las partes, dentro del Convenio ejecutado, para le (sic) terminación del mismo.

“**TERCERA.** Se servirá el Honorable Tribunal, ordenar la actualización de los valores de la Liquidación de las Obras Civiles que resulten a cargo de la entidad demandada, el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, de conformidad con las previsiones del Art. 4º de la Ley 80 de 1.993, desde el momento en que ellos se hicieron exigibles, hasta la fecha de la liquidación inclusive.

“CUARTA. Ordenar el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima prevista dentro de la Ley 80 de 1.993, sobre las sumas de dinero liquidadas y actualizadas de conformidad con las peticiones anteriores.

“QUINTA. Sírvanse Honorables Magistrados reconocerme personería para actuar.”

Expuso que mediante el convenio No. 365 del 30 de agosto de 1.996, suscrito entre el DEPARTAMENTO DEL CAUCA y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CAUCA, acordaron realizar y cofinanciar algunas obras civiles, sobre el predio denominado La Villa Olímpica, de propiedad del Departamento del Cauca, cuyo objeto fue: “La cofinanciación de las obras de reparación en la Villa Olímpica de Popayán por las partes y ejecución de las obras por la Caja de Compensación Familiar del Cauca – COMFACAUCA de conformidad con el presupuesto de obra fechado Julio 2 de 1.996, cuyos ítems, descripción, unidad, cantidad, valor unitario y valor total, forman parte integral del presente convenio de la siguiente manera: I- Arreglo Pista Atlética: \$11.924.395.00, II- Construcción del Colector de Aguas Lluvias: \$11.139.290.00 y alternativa arreglo Cancha por Unidad, para dos (2) Canchas \$58.111.948.00, a razón de \$29.055.974.00, cada una.” –fl. 4, cdno. 1.-

También acordaron el valor y los aportes que a cada una correspondía, así: El precio total era de \$81'175.633, de los cuales el Departamento aportaría \$56'000.000 y COMFACAUCA \$25'175.633 –fl. 4, cdno. 1.-. El dinero del Departamento debía cancelarse al momento de perfeccionar el negocio jurídico, según lo previsto en la cláusula quinta del mismo.

El plazo de ejecución fue de seis (6) meses, y la entidad se obligó a reservar de su presupuesto la suma a aportar. Además manifestó que constituyó las garantías exigidas, que la interventoría estaría a cargo de la Secretaría de Obras Públicas Departamentales y que pagó los derechos de publicación del convenio, con lo cual se perfeccionó el acuerdo. No obstante lo anterior, el Departamento no cumplió sus obligaciones, especialmente las referentes al aporte del dinero y la realización de la interventoría; incluso, a la fecha de presentación de la demanda no concurrió a recibir las obras.

Por otra parte, presentó al Departamento la cuenta de cobro por el dinero que le adeuda, pero mediante comunicación del 29 de mayo de 1998, el ente territorial

respondió que: “Por las razones contenidas en el oficio PO¹ (sic) 242 de mayo 26 de 1998 de la Secretaría de Hacienda y Crédito me veo en la imposibilidad jurídica de atender la cuenta de cobro referida en la cuenta Convenio365 de 1996.”

Sostuvo igualmente que en virtud del contrato de obra No. 015 de 1.996, acordó con el ingeniero Marco Aurelio Paz Orozco construir las obras de la Villa Olímpica, por un valor de \$55'999.338, y que el término fue de 64 días calendario. Adujo que el contrato finalizó mediante el Acta de Recibo Final de las obras civiles, del 3 de diciembre de 1996, sin que hasta entonces el Departamento del Cauca cumpliera sus obligaciones -ejerciendo la interventoría para recibir las obras-.

Agregó que gastó de su patrimonio \$56'867.156, pagados al ingeniero contratista, suma que estaba a cargo del Departamento.

2. Contestación de la demanda

El Departamento afirmó unos hechos y negó otros. Precisó que Comfacauca no realizó lo pertinente para que la entidad hiciera el aporte que le correspondía, y que tampoco ejecutó sus obligaciones en el marco del convenio. Adujo, además, que no podía endilgársele incumplimiento a la entidad, porque el convenio no lo desarrolló ninguna de las partes.

Expresó que en el contrato No. 015 de 1996, suscrito entre la Caja de Compensación y el Ingeniero Marco Aurelio Paz Orozco, no se señaló que la interventoría de las obras la ejercería la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, y que esto era lógico por cuanto el mencionado negocio no se celebró con base en el Convenio No. 365; incluso, la entidad no conoció ese negocio jurídico.

Sumado a lo anterior, indicó que mal habría hecho el Gobernador del Departamento –en el supuesto de estar obligado a ello- en recibir una obra en pésimas condiciones de ejecución –aportó fotografías del estado de la misma-. Por último, manifestó que quien ejerció la interventoría de las obras fue el Ingeniero Carlos Andrés Avilés M., contratista de la demandante.

¹ El oficio que aparece aportado al proceso es el OP -242-.

En el mismo sentido, negó que el pago del Ingeniero Paz Orozco estuviera a cargo del Departamento, pues el texto del contrato establece que es una obligación de la Caja de Compensación Familiar del Cauca. Finalmente, señaló que de los documentos aportados a la demanda se colegía que OCNFACAUCA suscribió varios negocios jurídicos con el Ingeniero Aurelio Paz Orozco, anteriores a la celebración del Convenio No. 365, con objetos similares al contemplado en el contrato No. 015 de 1996, de manera que el Departamento no tenía obligaciones pendientes.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: Reiteró lo expuesto en la demanda, porque transcribió el objeto del negocio jurídico, para concluir que lo acordado, además de la conservación de la Villa Olímpica, fue la reparación y realización de unas obras. Señaló que de los documentos aportados, de los testimonios y del peritazgo se deducía, inexorablemente, la ejecución de las obras a las que se refiere el Convenio No. 365 de 1996.

Afirmó que el contrato de administración aportado por la demandada, suscrito el 5 de febrero de 1998, es posterior al convenio mencionado, y que el ente territorial sí conoció la póliza constituida por Comfacauca, y de ello da cuenta que el Departamento no cumplió su obligación, no por defectos en el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades, sino porque en un “acto reprochable” anuló la reserva presupuestal –fl. 99, cdno. 1.-.

Se negó a pronunciarse sobre la omisión de la demandada en asumir la interventoría de las obras, pero aseguró que estas se realizaron por su cuenta, como lo demostró la prueba pericial.

Adujo, además, que no se demostró que las obras ejecutadas no hicieran parte del convenio, ni de algún otro contrato de administración, y que la justicia no podía permitir el enriquecimiento sin causa en favor de la entidad territorial, sustrayéndola del pago de lo que indebidamente ingresó a su patrimonio.

3.2. Del demandado: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, es decir, que el convenio No. 365 de 1996 no se ejecutó. En estas condiciones, le parece inadmisibles que se solicite la liquidación de un contrato que no se cumplió, cuando la liquidación tiene como objetivo “que las

partes definan sus cuentas, y que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución del Contrato” –fl. 93, cdno. 1.-.

Respecto a las pruebas que obran en el expediente, señaló que entre las mismas partes también se celebraron unos “contratos de administración” de La Villa Olímpica, y que fue en cumplimiento de ellos que Comfacauca asumió los gastos de administración y mantenimiento del inmueble.

Por otra parte, aludió a los testimonios rendidos por los ingenieros –ejecutor e interventor de la obra-, para reafirmar lo expresado en la contestación de la demanda, y concluir que las obras no corresponden a las previstas en el Convenio No. 365 de 1996, sino en contratos de administración anteriores al mismo, donde no participó el ente territorial en la interventoría y cuya ejecución se efectuó con cargo a los recursos del presupuesto de la demandante y no del Departamento.

3.3. Concepto del Ministerio Público: Observó que no existe prueba de que la demandante constituyó la póliza de buen manejo y correcta inversión del aporte que el Departamento se comprometía a dar, ni del pago de los derechos de publicación del convenio en la gaceta departamental, requisito necesario para su ejecución –según la cláusula novena-. En otros términos, manifestó que no se legalizó el negocio jurídico.

Por otra parte, tampoco se acreditó que la Secretaría de Obras Públicas llevó a cabo la interventoría del convenio, que según éste debía ejercer sobre las obras contratadas por Comfacauca. En conclusión, el convenio no se legalizó y por eso era improcedente liquidarlo.

4. La sentencia apelada

El a quo encontró demostrado que entre el Departamento del Cauca y la Caja de Compensación Familiar del Cauca se suscribió el convenio No. 365, por valor de \$81'175.633. Además, se acreditó su publicación en la gaceta departamental del 17 de septiembre de 1996 -recibo oficial No. DO 903429, del 9 septiembre de 1996-. Se aportó igualmente la póliza de seguro de cumplimiento del contrato No. 365, tomada por la Caja de Compensación a favor del Departamento.

Posteriormente se celebró el contrato No. 015, del 20 de septiembre de 1996, entre la Caja de Compensación Familiar del Cauca y el Ingeniero Marco Aurelio Paz Orozco, por valor de \$ 55'999.338, para la construcción de obras varias en la Villa Olímpica, entre ellas “la construcción de filtros (francés), empradización alcantarillado fluvial y obras complementarias de la pista atlética.” –fls. 142 y 143, cdno. ppal.-

Precisó que, en todo caso, el contrato No. 015 de 1996 no era objeto de las pretensiones de la demanda, pero que con su análisis y comprensión se establece en qué proporción se ejecutó el convenio No. 365, así como el monto del aporte que le correspondía hacer al Departamento, en consideración a que Comfacauca, en virtud de dicho convenio, debía ejecutar las obras en La Villa Olímpica.

Concluyó que Comfacauca cumplió las obligaciones que adquirió con el Departamento a través del convenio No. 365, y ordenó liquidar el negocio jurídico, para lo cual simplemente declaró que el Departamento le adeudaba a la Caja de Compensación la suma de \$72'299.330,46, producto del valor actualizado de las obras que aquella ejecutó, pero negó las demás pretensiones.

5. Solicitud de adición a la sentencia, y decisión del Tribunal Administrativo del Cauca.

La parte actora solicitó la complementación de la sentencia, porque después de presentar la demanda se expidió la Ley 446 de 1998, que permite, en virtud del artículo 171, que las entidades públicas sean condenadas en costas, y por eso pidió que se proceda en este sentido.

Para fundamentarlo, señaló que la demanda se presentó el 1 de marzo de 1999, y la mencionada ley se expidió el 7 de julio de 1998, y su vigencia empezó el 7 de julio de 1999, además, a pesar de que la condena en costas era de naturaleza adjetiva, ésta sólo se configura como consecuencia de la declaratoria del derecho sustantivo del vencedor, de manera que la nueva ley constituye un hecho modificativo, pues si la demandante tiene derecho a la liquidación del contrato tendrá también, en consecuencia, derecho a que se condene a la demandada en costas a su favor.

El tribunal accedió a la petición, pero señaló que conforme a lo establecido por el Consejo de Estado, no condenaba en costas a la demandada, por no encontrarse ante el supuesto del artículo 55 de la Ley 446 de 1998: temeridad de alguna de las partes. Por esta razón complementó la sentencia con un numeral:

“4°. No se condena en costas por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”.

6. Los recursos de apelación

Ambas partes impugnaron la decisión, pero cada uno sobre aspectos diferentes.

6.1. Apelación de la demandante: En la misma línea de la solicitud de adición de la sentencia, COMFACAUCA insistió en que la actuación del Departamento en el proceso fue temeraria, porque al contestar la demanda no propuso excepciones y porque alegó hechos contrarios a la realidad. Reiteró que carecía de fundamento legal la actuación de la entidad territorial, e insistió en lo expuesto en los alegatos de conclusión, y lo culpó de obrar de mala fe, por lo que solicitó que se condene en costas –fls. 170 y ss., cdno. ppal.-.

6.2. Apelación del demandado: Hizo algunas precisiones acerca de lo probado en el proceso, en los siguientes términos: i) Que el 6 de agosto de 1990 el Departamento del Cauca celebró con el mismo demandante el “contrato de administración de las instalaciones de la unidad deportiva La Villa Olímpica”, y que la cláusula primera establecía que “EL CONTRATISTA se obliga por su cuenta y riesgo a administrar una etapa de la Unidad Deportiva La Villa Olímpica, de propiedad del Departamento, ubicada en el sector Norte de la ciudad” –fl. 177, cdno. ppal.-; y en la segunda cláusula se acordó que el contratista utilizaría el terreno y las instalaciones de la etapa de la Unidad Deportiva La Villa Olímpica “efectuando las inversiones que considere necesarias para el desarrollo de actividades recreativas y deportivas, en condiciones técnicas satisfactorias, asumiendo los gastos de administración y mantenimiento que se causaren.” –fl. 178, cdno. ppal.-

ii) El término del anterior contrato fue de cinco (5) años, y era de naturaleza gratuita para COMFACAUCA, de tal manera que los ingresos provenientes del cobro de las tarifas el contratista debía utilizarlos en la recuperación de los gastos

de las inversiones hechas, los gastos de administración, conservación y sostenimiento de la Unidad Deportiva La Villa Olímpica.

Posteriormente se suscribió otro contrato de administración, sobre las mismas instalaciones, y con el mismo objeto, durante el período comprendido entre el 5 de agosto de 1998 y 31 de diciembre de 2000 –fl. 178, cdno. ppal.-.

Como consecuencia de las obligaciones contraídas en ambos negocios, la Caja de Compensación suscribió dos contratos con el Ingeniero Marco Aurelio Paz Orozco: el No. 09 de 1996 y el No. 015 del mismo año; de los que la parte actora allegó los documentos que soportaban parte de la ejecución del primero, así: fotocopia del cheque No. 008054, del 24 de mayo de 1996, con el respectivo comprobante No. CS09179, por concepto de pagos varios; fotocopia de cobro del 17 de mayo de 1996, donde consta que la demandante le debe al Ingeniero Paz Orozco \$4'757.888, por concepto de anticipo del 40% correspondiente al contrato de obra No. 09 del 3 de mayo de 1996, para la construcción de obras civiles varias en La Villa Olímpica; notas de gastos y egresos del 24 de mayo de 1996, por valor de \$4'757.888.88; Acta parcial de obra Villa Olímpica, del 16 de julio de 1996, por valor de \$11'891.947.78; Cheque No. 0008743 del 18 de julio de 1996, por valor de \$7'134.859.78; notas de gastos y egresos del 18 de julio de 1996, por valor de \$7'134.859.78, por concepto de anticipo liquidación acta No. 1 parcial obra Villa Olímpica contrato No. 06-96; Balance obras ejecutadas Villa Olímpica, del 18 de junio de 1996; cuenta de cobro No. 011932 del 17 de julio de 1996.

A partir de los documentos mencionados, señaló que tienen fecha anterior a la firma del convenio No. 365 de 1996, y que se referían al contrato No. 09 de 1996, y no al No. 015 del mismo año. Manifestó, además, que no existe en el expediente un documento que haga constar los valores supuestamente cancelados por la demandante, en desarrollo del convenio objeto de liquidación. Por lo expuesto, solicitó que se revoque la sentencia, y se confirme aquella disposición que la complementó.

7. Alegatos en el trámite de la impugnación y concepto del Ministerio Público.

Ni la demandante ni el demandado alegaron de conclusión, y el Ministerio Público tampoco rindió concepto.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, advierte la Sala que se modificará la decisión apelada, para lo cual se expondrán las razones que conducen a ello, siendo necesario analizar: i) la competencia de la Corporación para conocer de este proceso en segunda instancia; ii) lo probado en el proceso; iii) el caso concreto y iv) la condena en costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

De acuerdo con lo establecido en el artículo 129² del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003³ del Consejo de Estado, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

En el asunto que nos ocupa, la demandante presentó -en primera instancia- acción contractual contra el Departamento del Cauca, por el incumplimiento del convenio No. 365 de 1996. Adicionalmente, cuando se presentó la demanda -1 de marzo de 1999 (fl. 30, cdno. 1)- para que un proceso fuera de doble instancia su cuantía debía exceder de \$18'850.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor ascendía a \$79'614.018 -fl. 8, cdno. 1-, así que era impugnabile.

2. Lo probado en el proceso

² “Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

³ “Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

“Sección tercera (...)

“Las controversias de naturaleza contractual.”

Para orientar el alcance y sentido de la controversia, la Sala hará un recuento de lo que se encuentra probado en el proceso, y que resulta relevante para decidir el caso sub iudice.

a. Entre las mismas partes del contrato No. 365 de 1996 –objeto de las pretensiones de este proceso- se celebró un contrato en 1990, donde el contratista –COMFACAUCA- se obligó a utilizar el terreno y las instalaciones de La Villa Olímpica de conformidad con las especificaciones del acuerdo. En ese sentido, efectuaría las inversiones que considerara necesarias para el desarrollo de actividades recreativas y deportivas, en condiciones técnicas satisfactorias, y asumiría los gastos de administración y mantenimiento que se causarían.

Además, se obligó a conservar, mejorar y restituir, a la terminación del contrato, todos los bienes y elementos que afectaran directamente el servicio en el predio, referentes a las actividades deportivas y recreativas que fueran de propiedad del Departamento, y a la ejecución de los trabajos de reparación, adición o conservación que a su juicio fueran necesarios para la utilización del mismo. El término de duración fue de cinco (5) años; y no existe prueba que acredite que se adicionó o prorrogó.

Posteriormente, entre las mismas partes se suscribió un contrato similar, sobre el mismo inmueble, del 5 de agosto de 1998, donde el contratista –Comfacauca- se obligó nuevamente, por su cuenta y riesgo, a administrar una etapa de la Unidad Deportiva La Villa Olímpica, de propiedad del Departamento -donde se encuentra ubicado el Club de Empleados Oficiales y el Templete Papal-. Ésta utilizaría el terreno y las instalaciones para desarrollar programas de deporte y recreación social, asumiendo los gastos de administración y mantenimiento que se causarían.

Más adelante, en otra cláusula, nuevamente se obligó a conservar y mantener, por el término del contrato, todos los bienes y elementos que integran la etapa de la Unidad Deportiva Villa Olímpica. En el mismo sentido, se señaló que al finalizar el plazo del contrato las construcciones y las mejoras existentes serían de propiedad del departamento, y debían entregarse en buen estado de funcionamiento.

b. En el intermedio de los dos contratos anteriores las mismas partes celebraron otro convenio, el No. 365, del 30 de agosto de 1996. En este acuerdo basa sus pretensiones la parte actora.

Allí se indicó que el objeto “del presente convenio es la cofinanciación de las obras de reparación en la Villa Olímpica de Popayán por las partes y la ejecución de las obras por la Caja de Compensación Familiar del Cauca –COMFACAUCA, de conformidad con el presupuesto de obra fechado Julio 2 de 1996, cuyos ítems, descripción, unidad, cantidad, valor unitario y valor total, forman parte integral del presente convenio de la siguiente manera: I- Arreglo pista Atlética \$11'924.395,00, II- Construcción del Colector de Aguas Lluvias \$11'139.290,00 y Alternativa Arreglo Cancha por Unidad, para dos (2) Canchas \$58'111.948,00, a razón de \$29'055.974,00, cada una”.

También se estableció como valor la suma de ochenta y un millones ciento setenta y cinco mil seiscientos treinta y tres pesos, de los cuales el Departamento aportaría cincuenta y seis millones de pesos, y la demandante veinticinco millones ciento setenta y cinco mil seiscientos treinta y tres. Por otra parte, el plazo pactado fue de seis meses, y se estableció que la vigilancia e interventoría para la ejecución del convenio estaría a cargo de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento –fl. 18-.

c. Del anterior convenio se aportó el comprobante de pago de su publicación y la reserva presupuestal, por valor de \$56'000.000 –fl. 20, cdno. 1-, así como la copia del seguro de cumplimiento No. 964051045 –fls. 21 y 22, cdno. 1-, del 9 de septiembre de 1996, donde el tomador fue la Caja de Compensación y el asegurado y/o beneficiario el Departamento del Cauca.

d. A folio 10 se encuentra la copia auténtica del cheque No. 0008054, del 24 de mayo de 1996, a la orden de Marco Aurelio Paz Orozco, por la suma de cuatro millones setecientos cincuenta y siete mil ochocientos ochenta y ocho pesos –con su respectivo comprobante-, pago que, observa la Sala, es anterior a la suscripción del convenio objeto de este proceso.

e. Obra copia auténtica del documento denominado “cuenta de cobro”, expedido por la Caja de Compensación, el 17 de mayo de 1996, en la cual se establece que se adeudaba al Ingeniero ejecutor de las obras la suma de cuatro millones setecientos cincuenta y siete mil ochocientos ochenta y ocho pesos, por concepto del anticipo del 40% correspondiente al contrato de obra No. 09 del 3 de mayo de 1996, celebrado para la construcción de obras civiles varias en La Villa Olímpica.

f. En el folio 12 se encuentra un documento denominado “notas de gastos y egresos”, del 24 de mayo de 1996, donde se relaciona el anticipo del 40% del contrato de obra No. 09 de 1996, entregado al ejecutor de la obra. Este documento también es anterior al convenio objeto de este proceso –el No. 365 de 1996-, y también al contrato No. 015 de 1996, que según la parte demandante materializó la ejecución del anterior convenio.

g. Se aportó copia auténtica del Acta No. 1 de liquidación parcial –sin señalar a qué contrato pertenece-, suscrita el 16 de julio de 1996, en la cual se establecen tres ítems: excavaciones, revisión de filtros y conformación de la pista atlética, suscrita por el ingeniero interventor de las obras, Carlos A. Avilés M.

h. También obra copia auténtica del cheque No. 0008743, del 18 de julio de 1996, a la orden de Marco Aurelio Paz Orozco, por la suma de siete millones ciento treinta y cuatro mil cincuenta y nueve pesos –con su respectivo comprobante-. Este pago también es anterior a la suscripción del convenio No. 365 –fl. 14-.

i. A folio 15 aparece copia auténtica del documento denominado “notas de gastos y egresos”, del 18 de julio de 1996, donde se relaciona el “anticipo liquidación Acta No. 1 parcial, obras Villa Olímpica, contrato de obra No. 009 de 1996”, entregado al ejecutor de la obra. Se advierte de nuevo que es anterior al convenio No. 365 y al contrato No. 015 de 1996.

j. Se aportó copia auténtica del documento denominado “Balance obras ejecutadas” –fl. 16, cdno. 1- suscrito el 18 de julio de 1996 por el interventor de la obra, en el cual se relacionan 5 ítems con su cantidad y respectivo valor: “excavación a mano, rellenos compac. manual, revisión filtro d= 4^a, conformación pista atlética, empradización”, algunos de los cuales se encontraban pendientes. La Sala advierte una vez más que este documento es anterior al convenio No. 365 y al contrato No. 015 de 1996.

k. Se adjuntó copia auténtica de la cuenta de cobro No. 011932, del 17 de julio de 1996 –fl. 17-, a favor de Marco Aurelio Paz y a cargo de la Caja de Compensación del Cauca, en la que se señala que ésta le debe a aquél \$7'134.059.78, “por concepto de liquidación Acta No. parcial obras Villa Olímpica”. Nuevamente se advierte que este documento es anterior al convenio No. 365 y al contrato No. 015 de 1996.

l. Oficio OP-242- -fl. 23, cdno. 1-, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Departamento, expedido el 26 de mayo de 1998, con destino al Gobernador del Cauca, donde le informan que por autorización verbal de su antecesor, la oficina de presupuesto anuló la reserva presupuestal No. 132 de 1996, cuya imputación correspondía a recursos de regalías del petróleo en esa vigencia y que en forma simultánea el funcionario autorizó la expedición de la misma reserva con cargo a la cuenta especial de los fondos para fomento al deporte, recreación y cultura. En él también se señaló que la certificación respectiva no se expidió y que por ende no se modificó el convenio No. 365 de 1996.

m. Con posterioridad a la celebración del contrato No. 365, la Caja de Compensación Familiar del Cauca y el Ingeniero Marco Aurelio Paz Orozco suscribieron el contrato de obra No. 015, el 20 de septiembre de 1996 –fl. 24, cdno. 1-, por valor de \$55'999.338, para la construcción de: filtros (francés), empradización, alcantarillado fluvial y obras complementarias de la pista atlética de La Villa Olímpica, de conformidad con la descripción, cantidad, medida, materiales, y precios unitarios de cotización adjunta, la cual es parte integral del contrato.

n. Se aportó copia auténtica del oficio No. 2809 –fl. 26, cdno. 1- expedido por el Gobernador del Departamento, el 29 de mayo de 1998, dirigido al Gerente de la Caja de Compensación familiar, por medio del cual señaló su imposibilidad jurídica de atender la cuenta de cobro referida en el convenio 365 de 1996, con base en las razones expuestas en el oficio PO242⁴. El mismo fue aportado también por el Departamento –fl. 12, cdno. de pruebas-.

ñ. A folio 27 del cuaderno 1 se encuentra copia auténtica del balance de obra, expedido por el interventor en diciembre de 1996 –posterior al contrato No. 015-. Allí se establece que el valor del contrato es de \$55'999.338, otro valor por concepto de obra adicional por \$867.818, para un total de \$56'867.156 por concepto de obras ejecutadas. Se relaciona en el mismo el anticipo -40% del contrato- y otros dentro de la ejecución del negocio jurídico.

o. Se adjuntó copia auténtica del acta de recibo parcial, del 18 de octubre de 1996 –posterior al contrato No. 015-, suscrita por el gerente de proyectos de la

⁴ El oficio que obra en el expediente es el OP-242 de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Departamento, expedido el 26 de mayo de 1998 con destino al Gobernador del Cauca

Caja de Compensación y los ingenieros interventor y ejecutor de las obras. Allí se detallan diez ítems, con su respectivo valor.

p. Por último, se aportó el acta de recibo final de las obras de La Villa Olímpica, del 3 de diciembre de 1996 –posterior al contrato No. 015-, suscrita por el Gerente de Proyectos de la Caja de Compensación y los ingenieros interventor y ejecutor de las obras. Allí señalan, nuevamente, diez ítems con su respectivo valor. Además, se relacionan 5 ítems, por concepto de obras adicionales con su respectivo valor.

3. El caso concreto

3.1. Precisión sobre el alcance del conflicto, en segunda instancia, es decir, sobre la competencia para decidir los recursos de apelación.

Los problemas jurídicos que plantean los recursos de apelación son dos: i) si COMFACAUCA ejecutó las obras a que se refiere el convenio No. 365 de 1996 con cargo a sus recursos –a través del contrato No. 015 de 1996, suscrito con el ingeniero Marco Aurelio Paz-, y sin que el Departamento participara en ello, como lo acordaron en el convenio; o si las obras corresponden al desarrollo de uno de los dos (2) convenios de administración, suscritos entre las mismas partes en 1990 y 1998, donde COMFACAUCA se comprometió a mantener La Villa Olímpica con cargo a sus recursos. ii) De otro lado, si se debe condenar en costas a la entidad condenada, en atención a la actitud que asumió en el proceso.

No obstante, antes de avanzar en el estudio de los dos aspectos mencionados, conviene precisar que el a quo accedió parcialmente a las súplicas del proceso, de manera que la parte demandada apeló la decisión en todos los aspectos en los que fue condenada, para que se revoque. Por su lado, la parte actora sólo discutió la necesidad de revocar la decisión en relación con el aspecto enumerado en el punto 4 de la parte resolutive de la providencia, de manera que a ella se circunscribirá el estudio de su inconformidad.

Se hace esta precisión porque la ley procesal establece que cuando ambas partes apelan una sentencia no opera el principio de la no reformateo in pejus, es decir, que en los asuntos cuestionados se puede decidir en contra de cualquiera de ellas, modificando, sin limitaciones, la decisión de primera instancia. En este sentido, establece el art. 357 del CPC.: “... Sin embargo, cuando ambas partes hayan

apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”

No obstante, debe quedar claro -desde ahora- que en todo caso la competencia de la Sala se circunscribirá a los aspectos o temas apelados, es decir –según acontece en el proceso-, que de la totalidad de pretensiones que hicieron parte de la demanda -algunas de las cuales concedió el a quo- la Sala se ocupará de revisar los aspectos que fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación. Por ende, lo que la parte no planteó como motivo de diferencia con el a quo no será revisado en la segunda instancia. Esta conclusión se apoya en el párrafo primero del art. 352 del CPC., que establece: “El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia.” (Resalto fuera de texto)

3.2. La ejecución de las obras civiles en La Villa Olímpica

Sobre el primer aspecto, atendiendo a lo demostrado, no cabe duda que en La Villa Olímpica, de propiedad de Departamento, se realizaron obras de construcción y mantenimiento de varios escenarios deportivos; sin embargo, de este sólo aspecto fáctico no se desprende, necesariamente, si se accederá o no a la pretensión de la demandante, porque para definirlo es necesario precisar cuándo y dónde nació la obligación de ejecutar esas obras, y a cargo de quién estaban, pues en el proceso se demostró que entre las mismas partes también se suscribieron dos (2) contratos de administración del inmueble, que eventualmente pueden servir de causa para ello –esa es la posición de la demandada-.

De esta manera se encuentra acreditada la existencia de un contrato oneroso, el No. 365 de 1996; y dos contratos “gratuitos” a favor de COMFACAUCA, suscritos en 1990 y en 1998, respectivamente. Para la parte actora, las obras ejecutadas proceden del convenio No. 365; pero para la parte demandada proceden de uno de los dos últimos convenios, concretamente del suscrito en 1990.

Pues bien, la Sala encuentra que en el contrato de administración suscrito en 1990, COMFACAUCA se obligó a utilizar el terreno y las instalaciones de inmueble denominado La Villa Olímpica, de conformidad con las especificaciones del

contrato; en ese horizonte, también se comprometió a efectuar las inversiones que considerara necesarias para el desarrollo de actividades recreativas y deportivas, en condiciones técnicas satisfactorias, y que asumiría los gastos de administración y mantenimiento que se causaran⁵. Además se comprometió a conservar, mejorar y restituir, a la terminación del contrato, todos los bienes y elementos que afectaran directamente el servicio en el predio, referentes a las actividades deportivas y recreativas que fueran de propiedad del Departamento, y a la ejecución de los trabajos de reparación, adición o conservación que, a su juicio, fueran necesarios para utilizarlo⁶.

En los anteriores términos, no se estableció una obligación de pago o de aporte a cargo del Departamento, como compensación por las obras que realizara COMFACAUCA, lo que es lógico, porque no se trataba de un contrato de obra, sino de un contrato de administración que beneficiaba a la Caja⁷.

Por su parte, el convenio No. 365, del 30 de agosto 1996 –objeto de las pretensiones del caso sub iudice- tuvo por objeto cofinanciar las obras de reparación en el predio La Villa Olímpica –cl. 1 del contrato-, y la ejecución de las mismas por parte de COMFACAUCA, de conformidad con el presupuesto de julio 2 de 1996, cuyos ítems, descripción, unidad, cantidad, valor unitario y valor total, forman parte integral del mismo⁸, de la siguiente manera:

⁵ **“SEGUNDA.-** EL CONTRATISTA utilizará el terreno y las instalaciones de la Unidad Villa Olímpica de conformidad con las especificaciones de este contrato efectuando las Inversiones que considere necesarias para el desarrollo de actividades recreativas y deportivas, en condiciones técnicas satisfactorias, asumiendo los gastos de administración y mantenimiento que se causaren.”

⁶ **“QUINTA.- Obligaciones del Contratista.** -EL CONTRATISTA se compromete a lo siguiente: (...) b) La conservación, mejora y restitución al término del contrato de todos los bienes y elementos que afecten directamente el servicio de la Unidad Villa Olímpica en lo referente a las actividades deportivas y recreativas y que sean de propiedad del Departamento del Cauca.- (...)”

⁷ Por el contrario, se pactó que: **“PRIMERA.-** EL CONTRATISTA se obliga por su cuenta y riesgo a administrar las instalaciones de la Unidad Deportiva La Villa Olímpica, de propiedad del Departamento, ubicada en el sector norte de la ciudad.”

“NOVENA.- Ausencia de animo (sic) de lucro.- El presente contrato es de naturaleza gratuita, las partes contratantes voluntariamente aceptan que los fines perseguidos a través de las cláusulas del mismo son para beneficio social y sin ánimo de lucro. (...)”

⁸ **“PRIMERA -OBJETO:** El objeto del presente convenio es: la cofinanciación de las obras de reparación en la Villa Olímpica de Popayán por las partes y ejecución de las obras por la Caja de Compensación Familiar del Cauca -COMFACAUCA, de conformidad con el presupuesto de obra fechado Julio 2 de 1996, cuyos ítems, descripción, unidad, cantidad, valor unitario y valor total, forman parte integral del presente convenio de la siguiente manera: I.- Arreglo pista Atlética \$11'924.395,00, II).- Construcción del Colector de Aguas Lluvias \$11'139.290,00 y Alternativa Arreglo Cancha por Unidad, para dos (2) Canchas \$58'111.948,0, a razón de \$29'055.974,0, cada una.”

“I- Arreglo pista Atlética \$11'924.395,00, II- Construcción del Colector de Aguas Lluvias \$11'139.290,00 y Alternativa Arreglo Cancha por Unidad, para dos (2) Canchas \$58'111.948,00, a razón de \$29'055.974,00, cada una”.

En este negocio jurídico, a diferencia del anterior, tanto el Departamento como la Caja de Compensación se comprometieron a aportar una suma determinada de dinero para ejecutar las obras, de modo que la Sala entiende que estas actividades no quedaron cubiertas por el contrato de 1990, por dos razones: i) porque ese contrato estaba vencido para la fecha en que se suscribió el convenio No. 365, y ii) porque si en gracia de discusión seguía vigente –pero, se insiste, no existe prueba de este hecho-, es obvio que el convenio No. 365 era un nuevo acuerdo de voluntades, sobre aspectos específicos, concretos y delimitados de la administración de La Villa Olímpica, que desde luego no podían subsumirse en las obligaciones iniciales, pues por alguna razón –que no interesa desentrañar en este proceso- el Departamento accedió a asumir parte del costo de las actividades que ahora se comprometieron a ejecutar de manera conjunta.

En estos términos, es innecesario -y contradice la hermenéutica de los contratos-, analizar si las obligaciones nacidas del convenio No. 365 de 1996 ya hacían parte del contrato de 1990, como ahora lo pretende hacer ver la entidad demandada –de hecho, cabe preguntarse: ¿por qué lo suscribió?-.; sino que el estudio debe enfocarse en establecer si esas obligaciones efectivamente se pactaron en ese negocio y si fueron las que se ejecutaron a través del contrato que luego celebró COMFACAUCA con el ingeniero Marco Aurelio Paz, identificado con el No. 015, de septiembre 20 de 1996.

En este sentido, la Sala encuentra, como lo dedujo el a quo -sólo que no argumentó su conclusión-, que las obligaciones de estos contratos –el 365 y el 015- coinciden en su alcance, pues el convenio 365 incluía el “Arreglo de la pista Atlética”, la “construcción del colector de Aguas Lluvias”, y las “alternativas de Arreglo de las canchas”, y el contrato que celebró COMFACAUCA con Marco Aurelio Paz, para cumplir estas obligaciones, incluían la “construcción de filtros”, el “alcantarillado fluvial” y “obras complementarias en la pista atlética”, entre otras actividades relacionadas con esos trabajos.

De esta manera, al Departamento del Cauca no le bastaba en este proceso con oponerse a la pretensiones de la demanda, señalando que los trabajos ejecutados por COMFACAUCA –a través del ingeniero Marco Aurelio Paz- correspondían a

actividades incluidas en el convenio suscrito en 1990, donde ni siquiera se especificaron las actividades concretas que incluía; más bien debió demostrar que las actividades ejecutadas no correspondían a las previstas en el convenio No. 365 de 1996, porque al fin y al cabo se comprometió a construir, con parte de su presupuesto, esas obras. Si hubiera asumido esta actitud habría entrado en el debate que debió dar: concretar si las obras civiles correspondían o no con lo pactado en convenio, el mismo que suscribió, y especificó las obras a realizar.

De esta manera, para la Sala no sólo coincide la identidad de alcance de las obligaciones de los dos contratos analizados, sino que también otros indicios confirman esta conclusión: De un lado, el hecho de que el convenio No. 365 se celebró en agosto de 1996, y el contrato de ejecución de las obras –el No. 015- es de septiembre 20 del mismo año, lo que demuestra la oportunidad con que éste pretendía desarrollar a aquél, es decir, que tan pronto COMFACAUCA se comprometió a ejecutar los trabajos procedió a cumplir sus obligaciones celebrando el contrato de obra correspondiente.

De otro lado, en la declaración rendida en este proceso, el ingeniero Marco Aurelio Paz, ejecutor de las obras -en desarrollo del contrato No. 015 de 1996-, explicó que las actividades ejecutadas fueron: el alcantarillado colector de aguas lluvias, las pendientes transversales de la pista atlética y los filtros de dos canchas de fútbol – fls. 26 a 27, cdno. 2-, trabajos que claramente coinciden con lo contratado a través del convenio No. 365.

Este testimonio es creíble, porque es consistente y aclara con solvencia y simplicidad las dudas que surgen de la lectura fragmentada de algunas de las otras pruebas, y porque quien lo rindió fue la persona que ejecutó materialmente las obras, de manera que conoce bien su alcance, y además no fue parte del convenio objeto de discusión a través de este proceso, así que su versión directa de los hechos resulta irrefutable para cualquiera de las partes del contrato No. 365 de 1996. Además, ningún interés podría derivar el testigo del resultado de este proceso, porque COMFACAUCA ya le pagó los honorarios correspondientes a su trabajo.

En el mismo sentido, el testigo citado ayuda a entender por qué COMFACAUCA celebró dos contratos de obra con él, que a primera impresión se confunden fácilmente –como si uno fuera la adición del otro-, y por ello se ha generado parte de este conflicto contractual, pues el Departamento se apoya en uno de ellos –en el

contrato No. 09 de 1996- para asegurar que su ejecución hizo parte del desarrollo del contrato de administración de La Villa Olímpica, suscrito en 1990; mientras que la parte actora se fundamenta en el otro contrato —el No. 015 de 1996- para decir que este era desarrollo del convenio No. 365 de 1996, que es diferente del acuerdo de 1990.

Resulta que el contrato No. 09 de 1996 tuvo por objeto la revisión del estado de los drenajes de las canchas, la revisión de filtros y otros trabajos menores en la pista atlética, y agregó el testigo que "... con eso se presentó un diagnóstico, un presupuesto de lo que podía costar el arreglo de las canchas" –fl. 29, cdno. 2-, así que el resultado de este trabajo y toda la información que arrojó sirvió, a continuación, para negociar con el Departamento el convenio No. 365 de 1996, donde se llegó a un acuerdo para asumir los gastos de esa inversión, y fue allí donde el Departamento se comprometió a hacerlo, de manera conjunta con COMFACAUCA.

En estos términos, no queda la menor duda que existe una gran diferencia entre los contratos No. 09 y No. 015 de 1996 -aunque en ambos el contratante fue COMFACAUCA y el contratista el ingeniero Marco Aurelio Paz-, porque si bien el primero no desarrolló el contrato No. 365, el segundo sí lo hizo, y la relación que existe entre sus objetos sólo es aparente, porque el alcance de uno y de otro trabajo es diferente, como lo explicó el contratista que los ejecutó.

En los términos indicados, se concluye que COMFACAUCA cumplió las obligaciones que adquirió en virtud del contrato No. 365 – a través del contrato No. 015 de 1996-, y que el Departamento no lo hizo, porque no desembolsó su aporte -como lo reconoce en el proceso- para pagar la parte que le correspondía de las obras civiles. Además, estos trabajos no estaban incluidos en otro contrato, pues éste, precisamente, tuvo por objeto exclusivo, directo y preciso ejecutar estas obras, así que mal puede aducirse ahora que estaban incluidas en un negocio jurídico preexistente.

No obstante esta conclusión, no se condenará al demandado a pagar el valor total que COMFACAUCA le canceló al contratista suyo –al señor Marco Aurelio Paz-, como lo hizo el a quo, es decir, la suma de \$56'867.157, que actualizados a la fecha de la sentencia apelada ascendió a \$72'299.330. En su lugar, se tomará la primera cifra y la dividirá entre las partes del contrato No. 365, porque es claro que según la cláusula segunda, el Departamento aportaría una parte y

COMFACAUCA la otra, de manera que resulta inaudito que el demandante pretenda en este proceso que la entidad estatal asuma la totalidad, desconociendo lo pactado⁹. De admitirse esto las obras las financiaría totalmente el Departamento, contra el espíritu del contrato que habían celebrado.

En estos términos, la Sala estima, valorando el daño en equidad, que si en virtud del contrato No. 365 se calculó que los trabajos costarían \$81'175.633, y que de esa suma el Departamento contribuiría con \$56'000.000, y COMFACAUCA con \$25'175.633, eso significa que –proyectadas esas sumas en porcentaje- el Departamento asumiría el 68,9% del valor total y COMFACAUCA el 31,1% restante.

Sin embargo, lo cierto fue que las obras costaron \$56'867.157, y en el contrato No. 365 ninguna de las partes se comprometió a pagar una actividad u obra en particular –por ejemplo, que el Departamento pagara el trabajo de la pista atlética, o el de las canchas-, sino que lo asumieron de manera conjunta, entonces se estima que de esta cifra el Departamento debe asumir \$39'181.471 y COMFACAUCA \$17'685.686, esto es, medido en porcentajes, que el Departamento asumiría el 68,9% y COMFACAUCA el 31,1% del valor de las obras.

De esta manera, se modificará la condena que impuso el a quo, y se le ordenará al Departamento del Cauca pagar, a favor de COMFACAUCA, la suma de \$39'181.471, que actualizada desde diciembre 3 de 1996 –fecha del acta de recibo de las obras (fl. 29, cdno. 1)- hasta la fecha en que se profiere esta sentencia, según la fórmula que se transcribe, arroja la siguiente suma:

VP	=	VH	Ind. final Ind. inicial	de donde,
VP	=	\$39'181.471	mayo/2013 Dic./1996	de donde,
VP	=	\$39'181.471	113,47	de donde,

⁹ “SEGUNDA - VALOR DEL CONVENIO: El valor del presente convenio es la suma de OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (81'175.633,00), de los cuales el DEPARTAMENTO aportará la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$56'000.000,00) y COMFACAUCA, aportará la suma de VEINTICINCO MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES (\$25'175.633,00).”

VP = \$117'028.731

Cabe agregar que la demandada adujo en su defensa que en caso de que se considerara que tenía la responsabilidad de pagar alguna suma de dinero, se debía tener en cuenta que las obras estaban en mal estado, y que mal debería pagar por ellas, para lo cual aportó algunas fotos de las canchas de fútbol –fls. 52 y ss, cdno. 2-. No obstante, se advierte que las fotografías carecen de la fecha en que fueron registradas, y en general de las condiciones que exige la jurisprudencia para que acrediten lo que se intenta mostrar, así que el hecho alegado carece de prueba.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia de tutela No. 146 del 29 de marzo de 2012, donde, al respecto, señaló:

“La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo. Es un objeto que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, ‘ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta’. Al igual que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en obligación de valorar dentro del conjunto probatorio partiendo de las reglas de la sana crítica. No obstante, la jurisprudencia ha establecido unos parámetros específicos para su correcta apreciación. En primer lugar, como es tradición tratándose de un documento, debe verificarse su autenticidad conforme a la normatividad correspondiente, dependiendo de si las imágenes fotográficas aportadas al proceso constituyen un documento público o privado. En este orden de ideas, el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada. Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto.”

Conforme a lo anterior, se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el postulado de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar. En el asunto en estudio, de las fotografías aportadas no se

puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas y carecen de reconocimiento o notificación

3.3. La condena en costas

De otro lado, en relación con la apelación de la parte actora, en lo que concierne con la solicitud de condena en costas en contra del Departamento del Cauca, se estima que debe concederse, porque el art. 171 del C.C.A. establece que en los juicios que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo esta condena procederá "... teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...", es decir, que corresponde al juez administrativo valorar el comportamiento en el proceso, quedando en sus manos la ponderación de este aspecto¹⁰. Al final, puede resultar que la parte vencida asuma todas las costas, no por perder el proceso sino porque su actitud procesal justifica que cubra ese gasto; aunque también puede acontecer que la razonabilidad del derecho que disputa, no obstante ser condenada, permita absolverla de este pago.

No acontece lo mismo en el estatuto procesal civil, donde no existe discrecionalidad o arbitrio judicial para definir sobre las costas. Sencillamente, el art. 392 establece que la parte vencida en el proceso las pagará, salvo que la condena sea parcial, en cuyo evento "... el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión."¹¹

¹⁰ "Art. 171. CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."

¹¹ Esta norma dispone: "Art. 392. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73.

"2. El nuevo texto es el siguiente:> La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación.

"3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.

"4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

"5. <Numeral derogado por el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010>

En estos términos, se advierte que el comportamiento de la parte demandada, al disputar la obligación o no de pagar la parte correspondiente a la ejecución del convenio No. 365, cuando existía un compromiso bastante claro para hacerlo, y que las razones que adujo en el proceso fueron verdaderamente equivocadas, conduce a modificar la decisión de primera instancia, y por tanto a condenar al departamento a pagar a favor de COMFACAUCA las costas de las dos instancias.

Ahora, no es necesario acreditar el monto de estos gastos al momento de dictarse la sentencia de primera o de segunda instancia, porque la ley procesal civil señala que su liquidación se hará cuando quede ejecutoriada la providencia –art. 393 del CPC.–, de manera que, en términos del numeral 9 del art. 392 del CPC, lo importante es que “... aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación...”.

Y no queda la menor duda de que algunos gastos se causaron: basta observar en el expediente la actuación del apoderado de la demandante –entre otros conceptos e ítems que hacen parte de las costas–, con independencia de si fue externo o empleado de ella, pues en uno y en otro caso se incurre en erogaciones que no debió hacer el demandado, y por eso se le debe compensar el esfuerzo que hizo tras incurrir en ellos, por el sólo hecho de iniciar un proceso judicial al que se vio sometido. En estos términos, la Secretaría de la Sección hará la liquidación conforme lo establece el art. 393 del CPC.¹²

“6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

“7. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

“8. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

“9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

“10. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

¹² “Art. 393. LIQUIDACION. Las costas serán liquidadas en el tribunal o juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo resuelto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

“1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al magistrado ponente o al juez aprobarla u ordenar que se rehaga.

“2. La liquidación incluirá el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Modifícase la sentencia proferida el 22 de octubre de 2002, complementada el 26 de marzo del 2003, por el Tribunal Administrativo del Cauca, la cual quedará así:

- 1) Liquidar el convenio No 365 de 3 de agosto de 1.996 suscrito entre el DEPARTAMENTO DEL CAUCA y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CAUCA – COMFACAUCA, conforme a lo expuesto en la presente providencia.
- 2) Como consecuencia de la anterior liquidación el DEPARTAMENTO DEL CAUCA adeuda a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL CAUCA – COMFACAUCA, la suma de: **\$117'028.731**.
- 3) Se niegan las demás pretensiones de la demanda.
- 4) Condénase al Departamento del Cauca a pagar a favor de COMFACAUCA las costas de ambas instancias de este proceso, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- 5) Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

“3. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

“Sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas.

“4. Elaborada por el secretario la liquidación, quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla.

“5. Si la liquidación no es objetada oportunamente, será aprobada por auto que no admite recurso alguno.

“6. Formulada objeción, el escrito quedará en la secretaría por dos días en traslado a la parte contraria; surtido éste se pasará el expediente al despacho, y el juez o magistrado resolverá si reforma la Liquidación o la aprueba sin modificaciones.”

6) Expídanse las copias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y se entregaran a quien ha venido actuando como apoderado

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO