

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso número: 15001233100020030261101 (**44520**)
Demandantes: Mario Ernesto Vacca Gámez y otros
Demandados: Nación-Ministerio del Interior y de Justicia y Fiscalía
General de la Nación
Acción: Reparación directa

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación presentados por la parte actora y la Nación-Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 18 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá-Sala de Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada (f. 321-366, c. ppal).

SÍNTESIS

Se demanda la responsabilidad extracontractual de la Nación–Ministerio del Interior y de Justicia (hoy Ministerio de Justicia) y la Fiscalía General de la Nación, por la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Mario Ernesto Vacca Gámez, contra quien se adelantó una investigación penal por el presunto delito de indebida celebración de contratos, actuación que terminó con sentencia absolutoria.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Mediante demanda presentada el 29 de octubre de 2003 (f. 135, c. ppal), los señores Mario Ernesto Vacca Gámez y Yaneth Moreno Castañeda, actuando en nombre propio y representación de su menor hija Lina María Vacca Moreno, a través de apoderado judicial, solicitaron se declarara administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación-Ministerio del Interior de Justicia (hoy Ministerio de Justicia) y Fiscalía General de la Nación, y se accediera a las siguientes declaraciones y condenas (f. 124-125, c. ppal):

PRIMERA: Declarar que la Nación Colombiana, Ministerio de Justicia y del Interior, Fiscalía General de la Nación, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados al demandante, con ocasión de la falla del servicio público de la administración judicial, error jurisdiccional, dentro del proceso penal adelantado en contra del señor Mario Ernesto Vacca Gámez, por el hecho punible de celebración de contratos sin requisitos legales, adelantado en la Fiscalía Once Especializada de Tunja, radicado bajo el No. 13977, en la etapa de instrucción y por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, radicado bajo el No. 2001-0015 en la etapa del juicio.

SEGUNDA: Como consecuencia de dicha responsabilidad condenar a la parte demandada a pagar a cada uno de los demandantes, dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, todos los perjuicios materiales (lucro cesante, daño emergente), perjuicios materiales morales, objetivados y subjetivados, actuales y futuros ocasionados como consecuencia de la falla del servicio público de la administración judicial, error jurisdiccional, dentro del proceso penal adelantado en contra del señor Mario Ernesto Vacca Gámez, por el hecho punible de celebración de contratos sin requisitos legales (...) para lo cual debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo o sea, que se ajustará el valor de la condena a la fecha de la sentencia que ponga término a la acción, cuya cuantía se demostrará dentro de la etapa procesal correspondiente.

TERCERA: Condenar a la parte demandada a pagar a Mario Ernesto Vacca Gámez suma correspondiente al equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales y a Yaneth Moreno Castañeda y Lina María Vacca Moreno, suma equivalente a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales a cada una, por concepto de perjuicios morales, según su valor en el momento de la expedición de la sentencia.

CUARTA: Ordenar a la parte demandada cumpla la sentencia confirme lo establecido en los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1984 actual Código Contencioso Administrativo.

2. Como fundamento fáctico de las pretensiones, los actores señalaron los siguientes hechos que se resumen (f. 125-129, c. ppal):

2.1 El 1 de marzo de 1995 el señor Mario Ernesto Vacca Gámez fue vinculado al Departamento de Boyacá como funcionario de Obras Públicas y, luego, fue trasladado a la Secretaría de Agua Potable y Acueductos Rurales, cargo en el cual, mediante Decreto No. 187 de 1999, el Gobernador de Boyacá le delegó la función de celebración de contratos.

2.2 Ejerciendo sus funciones, el señor Vacca Gámez celebró el contrato No. 174 de 1999 con la señora Claudia Niño Páez, que tuvo por objeto la entrega de regalos por parte de la gobernación a niños del departamento de Boyacá.

2.3 El 4 de julio de 2000, la Fiscalía Once Especializada de Tunja vinculó mediante indagatoria al señor Vacca a la investigación penal No. 13977, por el

presunto punible de celebración de contratos sin requisitos legales cometido en el contrato No. 0174 de 1999.

2.4 Luego de lo anterior, mediante Resolución No. 052 del 24 de agosto de 2000, confirmada el 6 de septiembre de 2000, la referida fiscalía resolvió la situación jurídica del señor Mario Ernesto Vacca con medida de aseguramiento de detención domiciliaria y solicitó al gobernador del departamento se suspendiera al aquí actor de su cargo a fin de hacer efectiva la medida.

2.5 En razón de la medida de aseguramiento dictada en su contra, el señor Mario Ernesto Vacca estuvo privado de su libertad en su domicilio desde el 6 de septiembre de 2000 hasta el 31 de octubre de 2001 y, dado el largo tiempo de su detención, fue desvinculado por el Departamento de Boyacá.

2.6 La Fiscalía dictó resolución de acusación en contra del señor Vacca y, el proceso correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, que el 16 de octubre de 2001 dictó sentencia absolutoria a favor del aquí actor al considerar que su conducta fue atípica. Esta decisión quedó ejecutoriada el 31 de octubre de 2001 al no haberse interpuesto recurso alguno contra la misma.

2.7 Como consecuencia de la privación de la que fue objeto, al señor Vacca Gámez y su familia se le causaron daños patrimoniales y morales que deben ser resarcidos por la accionada a través de sus representadas.

2. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

2.1 NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA (HOY DE JUSTICIA)

En escrito presentado dentro de la oportunidad legal, la Nación-Ministerio del Interior y de Justicia (hoy de Justicia) (f. 140-143, c. ppal) se opuso a las pretensiones de la demanda al proponer la excepción de falta de representación de la parte pasiva de la *litis*.

La entidad señaló que de conformidad con los artículos 113, 123, 222 y 249 de la Constitución Política, así como el artículo 99 numeral 8 de la Ley 270 de 1996 y 137 del Código Contencioso Administrativo, la representación de la Nación por hechos de la administración de justicia se encuentra en cabeza de la Rama Judicial (a través del Director Ejecutivo de la Administración Judicial) y la Fiscalía General de la Nación y no en el Ministerio del Interior y de Justicia, el cual para el

caso bajo estudio no tiene la capacidad para ser sujeto procesal ni representante de la Nación, pues las actuaciones por las cuales se demanda no corresponden acciones u omisiones de funcionarios del ministerio.

2.2 NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Notificada de la acción (f. 156, c. ppal), guardó silencio durante el termino de fijación en lista, tal y como quedó consignado en los autos de primera instancia del 17 de abril de 2007 (f. 190-192, c. ppal) y 28 de septiembre de 2011 (f. 316-317, c. ppal).

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 18 de octubre de 2011, el Tribunal Administrativo de Boyacá-Sala de Descongestión accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó a la Nación-Fiscalía General de la Nación, así (f. 321-366, c. ppal):

PRIMERO: DECLÁRASE que el Ministerio del Interior y de Justicia no es responsable de los perjuicios discutidos en este proceso, conforme a los razonamientos esbozados en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Mario Ernesto Vacca Gámez, entre el 19 de enero de 2001 y el 17 de octubre de 2001, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE a la Nación-Fiscalía General de la Nación, a pagar, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

a) A Mario Ernesto Vacca Gámez, como víctima directa, la suma de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

b) A Yaneth Moreno Castañeda, en su calidad de esposa y para Lina María Vacca Moreno, en su calidad de hija, el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada una de ellas.

CUARTO: CONDÉNASE a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar a Mario Ernesto Vacca Gámez, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la suma de nueve millones ochocientos setenta y siete mil seiscientos diecisiete pesos m/cte (\$9.877.617).

QUINTO: CONDÉNASE a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar a Mario Ernesto Vacca Gámez, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de cuarenta y cuatro millones doscientos cincuenta y nueve mil setenta y seis pesos m/cte (\$44.259.076).

SEXTO: Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A

SEPTIMO: RECONÓCESE a la abogada Yelitza Yunda Peralta como apoderada judicial de la Nación-Fiscalía General de la Nación, en los términos del poder conferido a folio 272.

OCTAVO: RECONÓCESE a la abogada Ingrid Paola Kruger Avilés como apoderada judicial del señor Mario Ernesto Vacca Gámez, en los términos del memorial de sustitución obrante a folio 314.

NOVENO: En firme esta providencia archívense las diligencias, déjense constancias y anotaciones de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Como argumentos de su decisión, el *a quo* luego de hacer un recuento sobre la evolución de la jurisprudencia en torno a la privación injusta, llegó a la conclusión que en aquellos casos en donde se concluya que la persona que sufrió la privación no estaba en el deber jurídico de soportarla (incluyendo los casos de *in dubio pro reo*), debe ser indemnizada indistintamente de la ilegalidad o previsión legal de la medida de aseguramiento y la administración se exonerará cuando se evidencie que el procesado dio lugar a su imposición, por una conducta dolosa o gravemente culposa.

En el caso bajo estudio, como quiera que el proceso culminó con absolución por atipicidad de la conducta, se tiene que la detención preventiva que soportó el señor Vacca fue abiertamente injusta y desproporcionada, de ahí a que la Nación a través de la Fiscalía General de la Nación deba responder patrimonialmente, por lo cual, respecto de la indemnización, accedió al resarcimiento de perjuicios morales y materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

En lo que respecta al Ministerio del Interior y de Justicia, señaló que le asistía razón a la entidad al señalar que la representación judicial de la Nación en los procesos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial por hechos de la administración judicial, correspondía a la Rama Judicial y/o la Fiscalía General de la Nación dependiendo de cada caso y, en el *sublite*, compareció la Fiscalía, de tal forma que la Nación se encontraba suficientemente representada por dicha entidad.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSOS DE APELACIÓN

1.1 NACIÓN-FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

La Nación-Fiscalía General de la Nación presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá y solicitó su revocatoria al señalar que el *a quo* presumió que el señor Vacca fue privado de su libertad desde el 19 de enero de 2001, sin embargo, una revisión a los documentos obrantes en el plenario da cuenta que los actores no probaron el daño, no demostraron su detención o captura, ni mucho menos constancia de que estuvo efectivamente privado de su libertad, aspecto que era imprescindible demostrar por ser uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad (f. 370-372, c. ppal).

1.2 PARTE ACTORA

La parte actora en el recurso de apelación señaló que su inconformidad únicamente se encontraba en el ordinal tercero del resuelve de la sentencia, pues el *a quo* reconoció por concepto de perjuicio moral la suma de 40 salarios mínimos legales a favor del señor Mario Ernesto Vacca Gámez y 20 salarios mínimos legales a favor de los demás demandantes; sin embargo, atendiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, a los actores se les debe reconocer la suma de 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos, por lo que solicitó el aumento de la indemnización por concepto de perjuicio moral a dicho valor (f. 373-384, c. ppal).

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La Nación-Fiscalía General de la Nación presentó alegatos en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación y el recurso de apelación y, además, señaló que no hubo falla de la entidad y que se había demostrado que el hecho dañoso fue ocasionado por la actuación de la propia víctima (f. 206-209, c. ppal).

La parte actora por su parte, en sus alegatos señaló que el perjuicio moral se encontraba probado y, por ende, su indemnización debía ser la solicitada en el recurso de apelación (f. 210-213, c. ppal), mientras que el agente del Ministerio Público guardó silencio durante esta etapa procesal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente

Comoquiera que dentro de la controversia se encuentra una entidad pública, la Nación, representada en el *sub lite* por el Ministerio del Interior y de Justicia (hoy de Justicia) y la Fiscalía General de la Nación, (artículos 82 y 149 del Código Contencioso Administrativo), el conocimiento de la misma corresponde a esta jurisdicción, siendo esta Corporación la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el numeral 1º del artículo 129 del C.C.A, subrogado por la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos¹.

De otro lado, el artículo 86 del C.C.A² prescribe que la acción de reparación directa constituye la vía procesal conducente para buscar la responsabilidad extracontractual de la Nación a través de sus representadas, como consecuencia de los hechos descritos en la demanda.

1.2. La legitimación en la causa

Toda vez que el señor Mario Ernesto Vacca Gámez es la persona que fue el afectado directo con la actuación de la entidad pública demandada (f. 168-490 c. ppal)³, se encuentra legitimado para reclamar los perjuicios derivados de la misma. Así mismo, las accionantes Yaneth Moreno Castañeda y Lina María Vacca Moreno se encuentran legitimadas por encontrarse demostrados sus lazos de parentesco consanguíneo con el citado demandante⁴.

Las relaciones de parentesco entre quien sufrió la privación de la libertad con las demás accionantes, en principio, las legitima para actuar, en tanto de ellos, se presume la existencia de un perjuicio moral.

¹ La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00.

² “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”.

³ La Sala encuentra que la privación del señor Vacca Gámez sí se encuentra probada en el plenario, aspecto que será ampliado.

⁴ Con los registros civiles aportados, se encuentra demostrado que la señora Yaneth Moreno Castañeda es la cónyuge del señor Mario Ernesto Vacca (f. 119, c. ppal), mientras que Lina María Vacca Moreno es su hija (f. 120, c. ppal).

De otro lado, sobre la legitimación en la causa por pasiva, se tiene que la Nación concurrió al proceso representada por el Ministerio del Interior y de Justicia (hoy Justicia) y la Fiscalía General de la Nación.

Sobre el particular, se tiene que tanto en las pretensiones como en los hechos de la demanda se indicó que el daño antijurídico causado al señor Vacca se encontraba radicado en la privación de la libertad y error jurisdiccional cometido por la Fiscalía General de la Nación, y al constatarse que las actuaciones y decisiones por las cuales se accionó correspondieron a dicha entidad, la Nación representada por aquella se encuentra legitimada como demandada en el proceso de la referencia; cosa diferente es la responsabilidad que pueda tener, por lo que la misma debe ser analizada de fondo.

Por su parte, en cuanto al Ministerio del Interior y de Justicia (hoy de Justicia), se tiene que como lo señaló el *a quo*, no se encuentra llamada a representar a la Nación por los hechos de la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, los artículos 1, 22, 27 y 187 del Decreto 2699 de 1991 dispusieron que el Fiscal General de la Nación tendría la representación de la entidad frente a las autoridades del poder público, normas que estuvieron vigentes hasta la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996), en cuyo artículo 99 numeral 8, de manera genérica, se atribuyó al Director Ejecutivo de Administración Judicial la función de representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales, disposición modificada en cuanto a la Fiscalía General de la Nación, en virtud del artículo 49 de la Ley 446 de 1998.

De esta manera, al momento de presentación de la demanda, 29 de octubre de 2003, la representación de la Fiscalía General de la Nación le correspondía al Fiscal General de la Nación y no al Ministerio de Justicia, de quien de por sí en la demanda no se hace ningún reproche en cuanto a su actuación.

Así las cosas, esta Sala, confirmará la decisión de primera instancia que señaló que en el caso bajo estudio, el Ministerio del Interior y de Justicia (hoy de Justicia) no se encuentra llamado a representar a la Nación por los hechos por los cuales se demandó, puesto que a quien le corresponde ejercer la representación judicial en los procesos en los cuales se discuta la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, es al Fiscal General de la Nación, en los términos del numeral 8 del artículo 99 de la ley estatutaria de administración de justicia.

1.3. La caducidad

Comoquiera que la investigación en contra del señor Mario Ernesto Vacca Gámez culminó una vez se dictó a su favor sentencia absolutoria de primera instancia, encuentra la Sala que la misma fue proferida el 16 de octubre de 2001 (f. 79-115 c. pruebas).

Sobre esto último, se tiene que mediante constancia visible en folios 122 a 123 del cuaderno de pruebas, el Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito Judicial de Tunja, señaló que:

Que dentro de la casa No. 2001-0015 seguida en contra de Mario Ernesto Vacca Gámez, por el hecho punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se dictó sentencia que en su fecha y parte pertinente dice (...) absolver a Mario Ernesto Vacca Gámez (...) de los cargos que en su contra formuló la Fiscalía 11 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Tunja (...).

La presente sentencia quedó ejecutoriada hoy treinta y uno de octubre del año de dos mil uno, a las seis de la tarde, después de haber transcurrido tres días de desfijado el Edicto.

Conforme lo anterior, se tiene que la decisión en comentado quedó ejecutoriada el 31 de octubre de 2001, de tal forma que los actores contaban hasta el 1 de noviembre de 2003 para impetrar la respectiva demanda de reparación directa y, comoquiera que esta fue presentada el 29 de octubre de 2003 (f. 135, c. ppal), se tiene que la misma fue incoada dentro de los dos años que establece el artículo 136 del C.C.A, con la modificación que le introdujo el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

2.1 En relación con los hechos de que trata el proceso, obran las pruebas aportadas por las partes y las allegadas por orden del *a quo*, sobre las que la Sala hace las siguientes precisiones:

2.1.1 Si bien es cierto que en el expediente obran algunos documentos en copia simple, estos podrán ser valorados por cuanto estuvieron a disposición de las partes y no fueron tachados de falsos. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación en fallo de unificación de jurisprudencia⁵, consideró que las copias

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de jurisprudencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081(REV), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

simples tendrán mérito probatorio, en virtud de los principios constitucionales de buena fe y lealtad procesal, en tanto se hayan surtido las etapas de contradicción y su veracidad no hubiere sido cuestionada a lo largo del proceso. Adujo la Sala que una interpretación contraria implicaría afectar el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

2.1.2 En el expediente obran algunas copias auténticas de la investigación penal No. 2001-0015 seguida contra el señor Mario Ernesto Vacca por el delito de celebración indebida de contratos (c. pruebas), las que serán tenidas en cuenta como prueba, así como las declaraciones que obran en su interior, teniendo en cuenta que fueron debidamente incorporadas, estuvieron al alcance de las partes para el ejercicio del derecho de contradicción⁶ y el proceso del cual provienen se gestó con intervención de las mismas partes que ahora lo son en este proceso, conforme lo ha dispuesto la jurisprudencia de esta Corporación;⁷ así mismo, fueron allegadas en copia auténtica por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja donde reposa el expediente penal⁸.

2.1.3 De otro lado, dentro del expediente penal reposa la indagatoria rendida por el señor Mario Ernesto Vacca, la que será valorada habida cuenta que se cumple con uno de los presupuestos conforme a los cuales esta Corporación, excepcionalmente, ha considerado su carácter probatorio; cual es que a pesar de carecer del apremio de juramento, fue practicada por la entidad aquí demandada y fue conocida por ambas partes⁹.

3. PROBLEMA JURÍDICO

3.1 Teniendo en cuenta los recursos de apelación, corresponde a la Sala determinar: i) si el señor Mario Ernesto Vacca Gámez estuvo privado de la libertad, caso en el cual deberá establecerse el tiempo de duración de la medida, ii) si la privación que soportó es responsabilidad de la Nación a través de la

⁶ Así por ejemplo, la parte actora en el libelo solicitó se oficiara al Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja para que remitiera al plenario “*copia auténtica e íntegra de la causa No. 2001-0015*” (f. 131, c. 1), mientras que la Fiscalía General de la Nación en sus distintas salidas procesales fundó sus alegaciones y argumentos en las piezas procesales del expediente penal.

⁷ Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera - Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸ Cabe indicar que el Tribunal de primera instancia en el auto de pruebas solicitó se remitiera la totalidad del expediente penal; sin embargo, al plenario solo se allegaron algunas piezas procesales, aspecto que no fue controvertido por ninguna de las partes.

⁹ Sobre el valor de las indagatorias, se puede mirar Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B del 30 de marzo de 2017, Exp. 38851. M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Fiscalía General de la Nación, o si como lo alega esta última entidad, debe ser exonerada de responsabilidad, al existir un eximente como lo sería la culpa exclusiva y determinante de la víctima.

3.2 En caso de que se decida que es procedente la declaración de responsabilidad de la entidad accionada, es necesario que la Sala determine, en virtud del recurso de apelación de la parte demandada, si hay lugar a reconocer la indemnización por perjuicios solicitada y reconocida en primera instancia en favor de la parte actora y, en virtud del recurso de apelación de la parte actora, si hay lugar a aumentar la tasación de perjuicios morales reconocida por el *a quo*.

4. HECHOS PROBADOS

De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

4.1 Mediante Decreto No. 113 del 6 de febrero de 1995, el señor Mario Ernesto Vacca Gámez fue nombrado por el Gobernador del Departamento de Boyacá como Subsecretario de la Secretaría de Obras Públicas y Valorización de Boyacá y, posteriormente, mediante Decreto 572 del 19 de mayo de 1999 pasó a ser Subsecretario de Despacho de la Subsecretaría de Agua Potable y Acueductos Rurales¹⁰.

4.2 De conformidad con la indagatoria rendida por el señor Mario Vacca Gámez al interior del proceso No. 2001-15, las resoluciones del 24 de agosto de 2000 y 6 de septiembre de 2000 de la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja y, la sentencia del 16 de octubre de 2001, se tiene que mediante Decretos No. 187 del 11 de marzo de 1999 y 587 del 20 de mayo de 1999, el Gobernador del Departamento de Boyacá delegó en el señor Vacca Gámez la facultad potestativa de contratar¹¹.

¹⁰ Lo anterior, como según consta en Decreto No. 113 del 6 de febrero de 1995 (f. 208, c. ppal), certificación del 16 de marzo de 2002 suscrita por la Dirección de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá (f. 118, c. ppal).

¹¹ Indagatoria del señor Mario Ernesto Vacca Gamez del 4 de julio de 2000 (f. 3-8, 9-15 c. ppal y f. 3-9, c. pruebas), Resolución del 24 de agosto de 2000 (f. 16-23, c. ppal y f. 10-23, c. pruebas),

- 4.3 El día 21 de diciembre de 1999, en uso de la facultad que le fue delegada, el señor Mario Ernesto Vacca Gámez celebró el contrato de suministro No. 174 con la señora Claudia Niño Páez por valor de \$22.4999.020, con el fin de adquirir juguetes que serían regalados a los niños hijos de las personas que laboraban en la administración departamental. Lo anterior de conformidad con la indagatoria rendida por el señor Mario Vacca Gámez al interior del proceso No. 2001-15, las resoluciones del 24 de agosto de 2000 y 6 de septiembre de 2000 de la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja y, la sentencia del 16 de octubre de 2001¹².
- 4.4 Antes de celebrarse el referido contrato, se tiene que mediante oficio No. 1743 del 20 de diciembre de 2000, el señor Maurix Augusto Suárez Zambrano -Secretario de Hacienda de Boyacá-, allegó al doctor Plinio Guerrero Guerrero –Coordinador del Grupo de Contratación- tres cotizaciones de regalos para dar a los hijos de los funcionarios de la Gobernación, de las empresas Juguetería y algo más, Almacenes Máximo y Clarex¹³.
- 4.5 Así mismo, antes de la suscripción del contrato, el Subsecretario General de la Gobernación mediante circular del 20 de diciembre de 1999, le informó a los funcionarios de la administración central que a los hijos menores se les entregaría regalos entre el 21 y 22 de diciembre de 1999¹⁴.
- 4.6 Luego de haberse celebrado el contrato No. 174 de 1999 y entregados los juguetes, se presentaron algunas quejas sobre la calidad de los mismos y posibles sobrecostos, hecho que llevó a una investigación dentro de

Resolución del 6 de septiembre de 2000 (f. 44-49, c. ppal y f. 24-31, c. pruebas) y Sentencia del 16 de octubre de 2001 (f. 80-116, c. ppal y f. 79-115, c. pruebas).

¹² *Ibíd.*

¹³ Oficio No. 1743 del 20 de diciembre de 1999 (f. 38, c. ppal).

¹⁴ Circular del 20 de diciembre de 1999 (f. 37, c. ppal).

la administración departamental sobre la forma en que se surtió el proceso de contratación¹⁵.

4.7 Mediante oficio del 7 de enero de 2000, el señor Maurix Augusto Suárez –Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá-, le informó al señor Mario Ernesto Vacca Gámez entre otros aspectos, que si bien en oficio del 20 de diciembre de 1999 había remitido algunas cotizaciones que le fueron allegadas para la entrega de los regalos de navidad, las mismas no eran obligatorias y debía verificarse los requisitos de los proponentes y si las mismas eran viables y, en el caso de la persona que fue contratada, se tenía que se había constituido hacía poco como comerciante, tenía un capital de \$500.000 y los productos adquiridos superaban el costo de mercado. Indicó (f. 42-43, c. ppal):

Para su conocimiento y fines pertinentes, envió fotocopia del oficio No. 002 de enero 4 del 2000 cuya copia me hizo llegar el asesor de control interno del Departamento relacionado con el contrato 174 de 1999.

Al respecto estimo pertinente manifestar a usted que mediante oficio No. 1743 del 20 de diciembre de 1999 emanado de mi despacho, envíe al coordinador del grupo de contratación, doctor Plinio Atanael Guerrero Guerrero, para los fines pertinentes las cotizaciones que fueron allegadas a esta secretaría.

Las precitadas cotizaciones como es obvio, jamás y en ningún momento eran obligatorias a su facultad potestativa de contratar conforme a la delegación a usted hecha por el señor Gobernador del departamento mediante Decreto 0587 del 20 de mayo de 1999.

De otra parte, al observar la información del doctor Rodolfo Díaz Díaz, asesor de control interno y frente al contrato, se aprecia que se contrató a una persona natural de escasos días de haberse constituido como comerciante con un capital de quinientos mil pesos (\$500.000) según certificado de la Cámara de Comercio, sin que por su despacho, ni del grupo de contratación se hubieran percatado de esta circunstancia.

A pesar de lo anterior y en defensa de los intereses del departamento, me permito sugerir salvo mejor criterio por parte de la secretaría jurídica y del interior, se proceda a estudiar en el menor tiempo posible la rescisión del contrato por haberse adquirido elementos que superan el costo del mercado según las cotizaciones que aporta la asesoría de control interno de la

¹⁵ Lo anterior de conformidad con la Resolución del 24 de agosto de 2000 (f. 16-23, c. ppal y f. 10-23, c. pruebas), Resolución del 6 de septiembre de 2000 (f. 44-49, c. ppal y f. 24-31, c. pruebas) y Sentencia del 16 de octubre de 2001 (f. 80-116, c. ppal y f. 79-115, c. pruebas).

¹⁵ *Ibidem*.

gubernación de Boyacá, y de otra parte estimo salvo mejor criterio de la Secretaría Jurídica y del Interior y de su despacho se proceda a hacer efectiva la póliza de calidad de los elementos adquiridos, pues estos no son de lo mejor y salieron defectuosos e inservibles como se puede constatar con numerosos elementos y cuya información la posee control interno a donde se han dirigido los padres de los afectados.

Si su despacho lo considera pertinente, le solicito se me indique si es oportuno elevar denuncia ante las autoridades competentes.

4.8 El 28 de enero de 2000, la contratista Claudia Niño Páez en una carta dirigida entre otros a los señores Maurix Augusto Suárez Zambrano, Plinio Guerrero Guerrero y Mario Ernesto Vacca Gámez, señaló que: i) la cotización que presentó el 17 de diciembre de 1999 fue aprobada en su momento y, el precio de los juguetes estuvo acorde con lo que cobraban las fábricas para la época decembrina, ii) si luego del 24 de diciembre de 2000 se hicieron otras cotizaciones que resultaron más bajas de la que en su momento presentó a la administración, ello obedecía a que los precios de los juguetes tendían a bajar luego del 24 de diciembre y iii) si algunos de los juguetes entregados tenían algunos imperfectos, solicitaba que se los devolvieran para hacer el respectivo cambio. Concretamente, indicó (f. 39-40, c. ppal):

Claudia Niño Páez (...) en mi calidad de contratista según documento número 174/99 me permito aclarar los siguientes puntos:

1. La cotización para la adjudicación de los regalos de los hijos de los empleados de la Gobernación de Tunja, fue aprobada el día 17 de diciembre de 1999, por esa época en las fábricas no se conseguía la cantidad de regalos que necesitaban que no es lo mismo conseguir 100 elementos que 1000.

El precio que estoy dando fue el que aproximadamente cobraban las fábricas para conseguir estas cantidades.

2. Según lo que ustedes informan respecto a las cotizaciones pedidas el día 28 de diciembre de 1999. Los precios estaban más bajos, es claro que así sean porque son saldos que quedan, no son los mismos precios antes del 24 que después.

3. Me permito aclarar que mi sitio de trabajo no es en Bogotá como ustedes dicen sino en la ciudad de Tunja, los juguetes si fueron traídos de Bogotá con el compromiso de ser entregados el día lunes 20 de diciembre de 1999 a primera hora y así fue por mi parte, cosa distinta es que ustedes no los hubieran recibido ese mismo día por cuestiones internas de la gobernación.

4. Según el Ing, Mario Ernesto Vacca Gámez manifiesta algunas quejas sobre la calidad de 3 muñecos, pediría a ustedes el favor de hacer devolución de estos para su respectivo cambio, ya que en control interno en ningún momento me informaron que tenían estos muñecos en su poder.

5. El Dr. Rodolfo de Jesús Díaz Díaz anota algunas funciones del Depto. De Control Interno que nunca fueron tratadas en esta reunión y no veo cual es el motivo de mencionarlas en esta acta.

6. Aclaro nuevamente que yo no he incurrido en sobrecostos como ustedes afirman, ya que yo pasé una cotización donde aparecen los precios y fue aprobada por ustedes, posteriormente se elaboró un contrato donde aparecen claramente estos precios y ustedes no manifestaron ninguna queja al respecto ya que fue firmado por funcionarios de dicha empresa, supongo que al ser firmado tanto por ustedes, como por mi parte quiere decir que estamos de acuerdo con los puntos que allí aparecen.

4.9 Mediante oficio del 7 de mayo de 2000, la señora María Ibeth Castellanos, Coordinadora del Área del Desarrollo de Personal del Departamento de Boyacá, le informó al señor Mario Ernesto Vacca Gámez, entre otros aspectos, que no realizó las cotizaciones para la compra de los regalos para los niños y, que por el contrario, a su oficina llegó la señora Claudia Niño con una cotización autorizada por el Secretario de Hacienda del Departamento, solicitando se coordinara la cantidad de regalos que debía entregarse. Indicó (f. 41, c. ppal):

Me permito manifestarle que teniendo en cuenta acta de reunión de comité de seguimiento y evaluación del contrato No. 174/99, en lo manifestado por el doctor Maurix Suárez Zambrano, Secretario de Hacienda, no es cierto que el doctor Suárez me haya dado instrucciones para cotizar los elementos, por el contrario a mi oficina llegó la señorita Claudia Niño y la señora Alexandra Velásquez con una cotización de la empresa Clarex autorizada por el señor Secretario de Hacienda con el fin de coordinar la cantidad de regalos de acuerdo a los niños inscritos; fue entonces cuando conocí a las señoras mencionadas anteriormente.

4.10 Como consecuencia de los hallazgos encontrados en el proceso de contratación¹⁶ se inició de igual forma una investigación penal que correspondió a la Fiscalía 11 Delegada Especializada de Boyacá, la que el 4 de julio de 2000 escuchó en indagatoria al señor Mario Ernesto Vacca.

¹⁶ Cabe indicar que en el plenario no reposan los resultados de la investigación interna.

En su indagatoria, el señor Vacca Gámez explico que: i) si bien en diciembre de 1999 suscribió un contrato con la señora Claudia Niño Páez, no la conoció en forma personal sino hasta el 17 de enero de 2000, ii) que el motivo del contrato se originó a raíz de una solicitud que presentó el asesor del gobernador a principios de diciembre de 1999 al Comité Asesor para la Contratación, iii) que una vez se hizo la solicitud, se encargó al Secretario de Hacienda para que adelantara los trámites pertinentes, entre estas las cotizaciones, iv) que entre las cotizaciones presentadas se encontraba la de la señora Claudia Niño Páez, v) que las cotizaciones se las pasaron al grupo de contratación y éste vio favorable la de la señora Niño y vi) que luego le dieron la minuta para su estudio y perfeccionamiento y al ver que la documentación estaba en orden, procedió a la suscripción del contrato. Por la importancia de la indagatoria, se transcribe in extenso en los apartes más importantes, incluyendo yerros ortográficos (f. 3-8, 9-15 c. ppal y f. 3-9, c. pruebas):

PREGUNTADO: Sírvase indicar a la Fiscalía si conoce de vista, trato o comunicación a Claudia Niño Páez, de ser así cuánto tiempo hace y por qué razón? CONTESTÓ: Yo suscribí un contrato con ella el día 20 (sic) de diciembre de 1999, pero no la conocí, y la llegué a conocer el día 17 de enero de este año. PREGUNTADO. Qué motivos lo indujeron a firmar un contrato con una persona desconocida? CONTESTÓ: El objeto del contrato suscrito con la señora en mención salió a raíz de una solicitud que fuera presentada al Comité Asesor para la Contratación, creado con el decreto 187 del 11 de marzo de 1999, presentada esta solicitud por intermedio del asesor del Gobernador para contratación Doctor Oscar Mauricio Fuertes a principios de diciembre en un comité, en el sentido de que el Gobernador tenía la intención de por motivos de la cercanía de navidad, dar unos obsequios a los hijos de los Funcionarios de la Administración Central. Con la presentación de esta solicitud se encargó el señor Secretario de Hacienda del momento, Doctor Maurix Suárez Zambrano, quien forma parte del comité asesor para la contratación, se encargó de adelantar todos los trámites pertinentes para la contratación de estos regalos, valga decir cuantificar el número de hijos de los funcionarios con el apoyo de la Secretaría General o la Subsecretaría de Talento Humano, adelantar las cotizaciones, hacer las evaluaciones de estimar el costo o el monto de los regalos dado que como Secretaría de Hacienda conoce sus finanzas y sabe hasta cuanto puede dar, y remitirlas al grupo de contratación para continuar con los trámites pertinentes y precisamente la suscripción del contrato. Entonces dentro de una de las cotizaciones adelantadas fue la de la señora Claudia Niño Páez. PREGUNTADO. Sírvase manifestar en concreto quién era la persona de adelantar (sic) los requisitos que debe aportar un contratista, como en el caso de Claudia Niño Páez a efectos de ser escogida como proponente? CONTESTÓ. En lo que a mi concierne, como lo manifestaba anteriormente el comité recomendó que las cotizaciones fueran adelantadas por el Secretario de Hacienda y entiendo yo por aprovechar el grupo destinado para tal fin en esa secretaría. Eso por una parte, por la otra el Secretario de Hacienda remite esta información al doctor Plinio Guerrero, estas cotizaciones, al grupo de contratación colocándole un visto bueno a la más económica, ya que el Doctor Guerrero es el profesional de este grupo quien revisa que cumpla

con todos los documentos exigidos y quien a su vez me la presenta a mí con el proyecto de minuta de contrato para mi estudio y perfeccionamiento. PREGUNTADO: Sírvase informar a la fiscalía de qué forma qué clase de estudio le impartía usted a la recomendación que hacía el Secretario de Hacienda y en qué forma la perfeccionaba? CONTESTÓ. De la información suministrada por el señor Secretario de Hacienda y ajustado a lo que recomienda el decreto 855 del 94, reglamentario de la ley 80, ya que la información suministrada para contratar estos regalos era de una cuantía mínima, yo analicé los siguientes aspectos: primero. Aunque relacionaban tres propuestas para mí de formalidades mínimas tenía dos, porque venían refrendadas por dos interesados, la tercera no venía refrendada, venían unas cantidades claras; y la otra variable es el precio, yo guíe, revisé que la propuesta los requerimientos que la entidad estaba buscando fuera más económica, esto antes de ir a perfeccionar el contrato, y cuando me refiero a perfeccionar es a la firma del contrato. PREGUNTADO: En concreto qué persona es la encargada de dar el aval o la aprobación al registro de proponentes es decir la persona que considera que las personas que presentaron sus propuestas llenaron los requisitos de Ley y una de estas exhibió la propuesta más económica para la institución? CONTESTÓ: El grupo de contratación tiene por procedimiento hacer evaluaciones previas a las propuestas ajustado a unas reglas mínimas, a unos términos de referencia mínimos, según el caso, lo cierto es que para este caso por ser las invitaciones hechas por el despacho del señor Secretario de Hacienda quien asumo yo les fijó las reglas de juego, fue él quien evaluó, tal es así que una de las tres cotizaciones lleva un visto bueno de él, él fijó las condiciones mínimas para este tipo de contrato, desconozco como lo haya hecho, pero para este caso una de las propuestas tiene el visto bueno de él, lo que para mí dentro del principio de la buena fe él hizo una selección y revisado los precios que es una de las variables más fuertes de este contrato seleccionó la más económica para el Departamento (...) PREGUNTADO: Dentro de la terna de proponentes que le fue presentada y visada dice usted que logró advertir que uno de esos invitados no llenaba los requisitos exigidos para la contratación. Qué actitud asumió usted ante esta falencia? CONTESTÓ: Sí, yo recuerdo que una de las tres cotizaciones presentadas se limitaba a resumir un listado de precios sobre los artículos que la entidad estaba buscando, con un membrete, pero que no estaba refrendada o firmada por el dueño, propietario o representante de este almacén cuyo nombre no recuerdo. Ahora bien, frente a la Ley y el decreto 855 de 1994, en su artículo 3 dice “se requerirá de la atención previa de por lo menos dos ofertas”, por lo que con la información suministrada, valga la redundancia, estábamos cumpliendo con ese artículo. PREGUNTADO: Dentro de las funciones que le fueron otorgadas para contratar estaba la de verificar por ejemplo la dirección del proponente o de los proponentes y los precios de los artículos como en este caso, que se iban a suministrar o todo esto ya venía aprobada por parte de la Secretaría de Hacienda? CONTESTÓ: Dentro de mis funciones como delegado para la contratación no está la de verificar y corroborar direcciones, precios y demás variables exigidas en una oferta de cualquier tipo, bien sea para este objeto o cualquier objeto que la entidad desee contratar, por lo que la información suministrada para este caso que proviene de una secretaría y de un profesional idóneo, yo asumo el principio constitucional de buena fe e inicio un trámite, previas las evaluaciones ya manifestadas anteriormente (...) PREGUNTADO: Díganos si tiene algo más que agregar, suprimir o enmendar a esta diligencia? CONTESTÓ: Como lo

manifestaba anteriormente, por parte de los padres y de los hijos beneficiados llegaron algunos requerimientos relacionados con la calidad de los objetos entregados por la señora Claudia Niño Páez, se le requirió en varias oportunidades para que ella se comprometiera a reemplazar esos juguetes, sin tener respuesta positiva alguna, por lo que se hizo efectiva la póliza de calidad que ampara estos juguetes y en la fecha está en proceso de requerimiento a la Aseguradora y el cumplimiento de la misma.

4.11 Luego de lo anterior, la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja, mediante resolución del 24 de agosto de 2000 definió la situación jurídica del señor Mario Ernesto Vacca con medida de aseguramiento preventiva en detención domiciliaria previa caución, por la presunta comisión del punible de celebración de contratos sin requisitos legales y, a efecto de hacer efectiva la medida, ordenó que se oficiara al Gobernador del Departamento de Boyacá para que procediera a decretar la suspensión en el ejercicio del cargo que a dicha fecha tenía el señor Vacca, lo que se hizo mediante decreto 1542 del 1 de septiembre de 2000¹⁷.

En sus consideraciones, la Fiscalía señaló que: i) entre el señor Vacca Gámez y la señora Claudia Niño Páez se celebró un contrato de suministro, ii) que en el departamento de Boyacá existe un comité de contratación, pero como lo informó el señor Plinio Guerrero –asesor del grupo de contratación-, el grupo no tuvo conocimiento de la existencia del referido contrato sino hasta cuando en sus oficinas se presentó la señora Niño solicitando se le entregara el cheque, iii) que luego de las explicaciones del caso, el señor Plinio Guerrero se enteró que la señora Niño Páez venía “*por parte del Secretario de Hacienda que había impartido la orden de pago, lo que quiere significar que tal contratación se llevó a cabo con la injerencia directa de Maurix Suárez Zambrano*”, iv) que el Secretario de Hacienda realizó las cotizaciones, empero, sin mayor análisis a la propuesta se le dio el visto bueno, en otras palabras, se dio aprobación a la propuesta de la señora Niño simplemente porque tenía el visto bueno del Secretario de Hacienda y, fue con la que se suscribió el contrato, v) que una simple revisión a la cotización de la señora Niño Páez (esto es, la de la empresa Clarex) da cuenta que existía una vaguedad en las características de los juguetes, pues solo indicaba los precios, vi) que existió un sobrecosto en los elementos suministrados, aspecto que también fue advertido por la veeduría y el comité de

¹⁷ Resolución del 24 de agosto de 2000 (f. 10-23, c. pruebas), certificación del 16 de marzo de 2002 de la Dirección de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá (f. 118, c. ppal).

contratación de la gobernación del departamento de Boyacá, pues al compararse unas cotizaciones sobre elementos similares con la presentada por la señora Niño, se tenía que la diferencia de precios estaba incluso en un cincuenta por ciento, vii) que existió una mala calidad en los juguetes, al punto que se debió acudir a la póliza correspondiente, viii) que la irregularidad en la contratación fue tal, que la consignación del valor de la publicación del contrato fue realizada no por la contratista sino por una funcionaria de la Secretaría de Hacienda, ix) que la señora Niño Páez no tenía mayor experiencia comercial, pues la firma Clarex fue registrada en la Cámara de Comercio pocos días antes de la suscripción del contrato, x) según lo constató el C.T.I, no existían las instalaciones físicas donde se indicaba que existía la empresa Clarex y, en realidad, en la dirección suministrada funcionaba una oficina de Comcel y una residencia familiar, xi) los precios estipulados en la cotización difirieron notablemente de los registrados en el contrato y xii) se pagaron 100 muñecas adicionales sin realizar el contrato adicional correspondiente y apropiación presupuestal definida, entre otros aspectos.

La Fiscalía señaló que a pesar de las protuberantes irregularidades, el señor Mario Ernesto Vacca Gámez suscribió el contrato No. 174 de 1999, sin consultar con el comité de contratación ni adelantar los trámites necesarios para establecer si la cotización elegida era la más viable y favorable a los intereses del departamento de Boyacá.

4.12 Contra la anterior resolución se presentó recurso de reposición, siendo confirmada por la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja en decisión interlocutoria del 6 de septiembre de 2000¹⁸.

4.13 El 19 de enero de 2001, mediante decreto de dicha fecha, el Gobernador del departamento de Boyacá declaró insubsistente el nombramiento del señor Vacca Gámez del cargo de Subsecretario de Despacho de la Subsecretaría de Agua Potable y Acueductos Rurales¹⁹.

4.14 El 6 de febrero de 2001, la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito acusó al señor Mario Ernesto

¹⁸ Recurso de reposición sin fecha (f. 30-36, c. ppal), Resolución del 6 de septiembre de 2000 (f. 24-31, c. pruebas).

¹⁹ Decreto 66 del 19 de enero de 2001 (f. 209, c. ppal).

Vacca Gámez como autor del delito de celebración indebida de contratos, por lo que el proceso pasó a manos del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, quien adelantada la audiencia de juicio oral, en sentencia del 16 de octubre de 2001 absolvió al aquí demandante del delito por el cual fue investigado y ordenó su libertad inmediata, así²⁰:

Cuando se trate de contratos cuya cuantía no supere el diez por ciento (10%) de los montos señalados en el literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los mismos se celebrarán tomando en cuenta los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas..."

Luego, si ya habíamos anotado que la menor cuantía para contratar — Administración Departamental-, ascendía en el año 1999 a doscientos treinta seis millones cuatrocientos sesenta mil pesos (236'460.000), el 10% vendría a ser veintitrés millones seiscientos cuarenta y seis mil pesos (\$23'646.000); cifra que no rebasa el contrato No. 174 y que lo eximía de la presentación de varias ofertas. En los diferentes informes presentados por los investigadores judiciales, no se precisa en qué consisten las deficiencias formales del contrato, simplemente se hace un recuento de la "sobrefacturación" y la mala calidad de los juguetes suministrados; todo el tiempo se debatió en la investigación que dos de las tres cotizaciones no podían ser tenidas como tales, por carecer de ciertos elementos como la firma comercial, N.I.T., R.U.T., singularización de precios y especificación de los elementos. Pues bien, le asiste razón a la Fiscalía cuando anota ésta irregularidad, pero ya veíamos como resulta irrelevante para el caso en comento, pues el contrato No. 174 no requería varias ofertas, bastaba con la presentada por Claudia Niño Páez.

Comentario aparte merece las observaciones hechas por la Fiscalía a la propuesta de Niño Páez, como que finalmente se contrató con la persona natural y no con la firma Clarex, que los juguetes suministrados eran de mala calidad y presentaban sobrecostos y que la inscripción de Niño Páez en la Cámara de Comercio se hizo días antes de celebrar el contrato (...).

La contratación en realidad debía hacerse con Claudia Niño como persona natural, de lo contrario habría sido un acuerdo con una sociedad de hecho, el registro en la Cámara de Comercio así lo demuestra; la Ley 80 de 1993, nada estipula sobre el tiempo con que previamente se debe hacer una inscripción para poder contratar, otra cosa muy diferente es la experiencia y el capital con el que el comerciante cuenta, pero es que para surtir unos juguetes no se puede exigir cinco o seis años de experiencia o millones y millones de capital, las actuales circunstancias económicas del país lo impiden, mucho más si el objeto del contrato no es de aquellos que lo ameriten. En cuanto a la mala calidad de los elementos, resulta imperioso aclarar que esta circunstancia no es producto de la firma del contrato en estricto sentido, es un hecho sobreviniente achacable al Grupo de Adquisiciones por no constatar uno a uno los juguetes por imperioso que fuera, o a la contratista por surtir artículos con imperfecciones; no se puede aceptar la disculpa que como los regalos iban empacados entonces no era posible hacer tal revisión o que no había modelos

²⁰ Resolución del 6 de febrero de 2001 (f. 32-50, c. pruebas), acta de audiencia pública (f. 51-78, c. pruebas), sentencia del 16 de octubre de 2001 (f. 80-116, c. ppal y f. 79-115, c. pruebas).

para hacer la comparación, si como bien lo dijo el Abogado eran 1480 unidades y cualquiera de ellas servía para ejecutar tal diligencia.

En lo que tiene que ver con el sobrecosto o como lo denominan los investigadores judiciales, la "sobrefacturación", el Despacho también encuentra reparos. La Fiscalía en su providencia de fecha agosto 24 del año 2000, con la que resuelve la Situación Jurídica de Vacca Gámez, anota que la conducta desplegada por el procesado causó un detrimento económico al público y una millonaria ganancia para la contratista (folio 103), así como comenta que los investigadores, la Veeduría y el Comité de Contratación, hallaron que los precios de otros almacenes equivalían al 50% de los que suministró la contratista Niño Paz. En primer lugar y teniendo en cuenta el cuadro aportado el Técnico Judicial Marcelino Sarmiento Sarmiento -que obra a folio 7-, se aprecia que la diferencia de precios es de dos millones novecientos ochenta y dos mil cuatrocientos veinte (\$2'982.420.00), también se aprecia que la gran mayoría de elementos no se conseguían en la ciudad de Tunja, además las cotizaciones allí referenciadas se consiguieron después del 24 de diciembre del año 1999 o simplemente no tienen fecha y la práctica enseña que el precio de los juguetes, se incrementa antes de navidad como es lógico y después baja ostensiblemente; esto explicaría en gran manera el supuesto sobrecosto, que de todas formas tampoco se le puede reprochar al Delegado para la Contratación.

Sin duda alguna el Secretario de Hacienda Maurix Suárez Zambrano, fue quien hizo la evaluación de las propuestas y quien seleccionó la cotización presentada por Claudia Niño Páez, todos los declarantes y la misma contratista así lo afirman; era precisamente esa etapa precontractual donde se debía revisar la viabilidad económica de la propuesta, es coherente la tesis del Abogado Defensor cuando argumenta que la buena fe es uno de los pilares en que se sustenta cualquier tipo de organización, en especial la Administración pública (...).

Quedan entonces sin piso jurídico las irregularidades que el Instructor advirtió, el material probatorio obrante así lo demuestra.

Al comienzo de nuestro capítulo, mencionábamos que el tipo penal contempla un ingrediente subjetivo, entendido como el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero...", la ausencia de éste elemento da al traste con la tipicidad de la conducta y por ende con el análisis de responsabilidad. Dentro de la Investigación nada se pudo probar en tal sentido, nunca se demostró que Mario Ernesto Vacca Gámez firmó el contrato No. 174 con el ánimo de beneficiarse, beneficiar a un tercero o a la contratista Niño Páez; lo que sí se corroboró, fue la incidencia e interés del Secretario de Hacienda durante el trámite precontractual, éste funcionario y no Vacca Gámez, se contactó con la contratista, determinó cuantos Juguetes se debían comprar, seleccionó la propuesta, solicitó la disponibilidad presupuestal, ordenó al grupo de contratación a través de su secretaria, que se diligenciara la minuta y después simplemente trató de maquillar su responsabilidad, enviando un oficio al delegado para la contratación, donde menciona que la documentación remitida solo era una "sugerencia".

El previo acuerdo entre Vacca Gámez y Niño Páez para sacar provecho o el enriquecimiento ilícito de las mismas personas, nunca se hizo evidente dentro de la investigación y las suposiciones en éste sentido, realmente no le dan al Juzgador la certeza requerida para emitir el fallo condenatorio,

En conclusión la conducta desarrollada por Vacca Gámez como funcionario público, no es típica y por lo tanto nos releva de analizar la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta; siendo procedente la absolución para el procesado, al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia. Se acogerán entonces los argumentos del abogado Defensor y su defendido, se rechazará la petición de la Fiscalía, Ministerio Público y Parte Civil en cuanto solicitaron la condena (artículo 146 c.p)

En su decisión, el juez penal señaló que dada la cuantía del contrato y su naturaleza, bastaba solo una cotización sobre las características de los bienes requeridos, la que en efecto se cumplió. El hecho de que las demás cotizaciones tuvieran deficiencias no invalidaban la presentada por la señora Niño, quien podía contratar con la entidad pese haberse inscrito en Cámara y Comercio pocos días antes de la celebración del contrato.

Para el juez penal, la falta de experiencia de la señora Niño y el poco capital que tenía no era un impedimento para contratar, pues para surtir unos juguetes “no se podía exigir varios años de experiencia y millones de capital, dadas las circunstancias económicas por las que atravesaba el país” y, el hecho de que algunos juguetes presentaran desperfectos, ello no era achacable al señor Vacca.

De igual forma, indicó que realmente no se había presentado un sobrecosto y que la diferencia de precios se explicaba en que los juguetes disminuían su valor luego del 24 de diciembre.

Así mismo, el juez señaló que quien realmente tuvo una injerencia en la celebración del contrato fue el secretario de hacienda, que el señor Vacca Gámez actuó de buena fe y, que en todo caso, su conducta era atípica, pues no se había actuado para sacar un provecho o enriquecimiento ilícito.

4.15 Frente a la suspensión del señor Vacca Gámez, se tiene que si bien mediante Decreto No. 1542 del 1 de septiembre de 2000 se ordenó su suspensión, aquel continuó laborando hasta el 18 de enero de 2001, tal y como se señaló en certificación emitida por la Directora Administrativa de la Dirección de Servicios Administrativos del Departamento, en la cual señaló que el aquí actor “*devengó salarios del 1 de marzo de 1995 al 18 de enero de 2001 como Subsecretario de Despacho*”. (f. 210, c. ppal).

4.16 El 17 de octubre de 2001, el señor Mario Ernesto Vacca Gámez suscribió diligencia de compromiso por lo que obtuvo su libertad (f. 117, c. ppal).

4.17 En el plenario reposan varias certificaciones provenientes del INPEC, mediante las cuales se indicó que consultado el aplicativo de sistematización integral del sistema penitenciario y carcelario SISIPEC WEB, no se encontró registro alguno del señor Mario Ernesto Vacca. Así mismo, se indicó que el aplicativo se implementó en el año 2008²¹.

5. Análisis de la Sala

De conformidad con los hechos probados se tiene por demostrado el daño invocado por los actores, es decir, está debidamente acreditado que el señor Mario Ernesto Vacca Gámez fue privado de su libertad, concretamente en detención domiciliaria.

Ahora, en cuanto al tiempo de privación de la libertad, se tiene que si bien la Fiscalía dictó la medida de aseguramiento de detención preventiva el 24 de agosto de 2000 (f. 10-23, c. pruebas) y que fue suspendido de sus labores, la misma no se hizo efectiva sino hasta el momento en que dejó de laborar en la entidad, lo que aconteció el 19 de enero de 2001 (f. 209-210, c. ppal), manteniéndose la medida privativa de la libertad hasta el día 17 de octubre de 2001 (f. 117, c. ppal).

Sobre esto último, es importante resaltar que si bien el INPEC señaló que en el aplicativo denominado SISIPEC WEB no se tenía registro de la privación del señor Vacca, ello no significa que aquel no fue privado de la libertad, pues en primer lugar, como lo señaló el INPEC el aplicativo se implementó luego del año 2008 y los hechos que atañen a éste proceso son anteriores a dicha fecha y, en todo caso, de la privación se dejó constancia en la sentencia penal absolutoria, así como en la audiencia pública de juzgamiento surtida el 23 de mayo de 2001, en la que se dejó constancia que a dicha fecha el señor Vacca se encontraba cumpliendo detención domiciliaria (f. 51-78, c. ppal).

²¹ F. 264, 269 y 287 c. ppal.

Luego entonces, se tiene que como lo señaló el Tribunal de primera instancia, el señor Vacca estuvo privado de la libertad en detención domiciliaria desde el 19 de enero de 2001 al 17 de octubre del mismo año.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia absolutoria dictada a favor del demandante, se tiene que fue bajo el amparo del artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 que la misma fue proferida y, por tanto, es bajo dichas normas que se analizará la decisión reparatoria.

Al respecto, la Corte Constitucional al revisar el proyecto de la Ley 270 de 1996, en sentencia C-037 de 1996²², condicionó la declaratoria de exequibilidad del que sería el artículo 68, en estos términos:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...).

Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible.

Sobre lo anterior, la Sala ha considerado²³ que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado, en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido “*abiertamente arbitraria*”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos porque el hecho no existió o porque la conducta investigada no constituyó un hecho punible.

²² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²³ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de abril 6 de 2011, exp. 21653, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

De igual forma, si bien el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, quien sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, cuando se evidencie que la detención fue injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente haya sido privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso bajo estudio se constata que la decisión de absolución se dio por que la conducta era “atípica”²⁴, por lo que se conformidad con reciente sentencia de unificación en materia de privación injusta de la libertad²⁵, el título de imputación se estudiará de acuerdo al caso en concreto, aclarando que siempre debe analizarse la actuación de la víctima.

Sobre esto último, es pertinente señalar que en la referida providencia no se acogió un título de imputación único para estudiar el régimen de privación injusta, sino que se dejó el análisis del mismo al funcionario judicial, quien debe resolverlo bajo los criterios que considere más adecuados dependiendo de cada caso concreto, al señalar que:

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

Ahora bien, de lo anterior se tiene que la sentencia no definió un régimen específico en materia de privación injusta; sin embargo, esta Sala atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018²⁶ estima que el método adecuado para abordar el estudio de responsabilidad en estos casos debe hacerse de la siguiente manera:

1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.

²⁴ El Juzgado señaló que la absolución se daba porque “*la conducta desarrollada por Vacca Gámez como funcionario público, no es típica*”.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de unificación de jurisprudencia del 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46.947, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-078 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Este análisis debe incluir en primera medida lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, ya citada en precedencia, esto es, debe estudiarse si la medida de privación de la libertad correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en todo caso, se deber tener en consideración la gravedad del delito, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los antecedentes del sindicado, las circunstancias de haber sido aprehendido en flagrancia, el desacato a decisiones judiciales previas o a la asunción de una conducta reprochable con posterioridad a la ejecución del hecho punible²⁷.

2. Si superado ese primer estudio se observa que aunque no existe reproche alguno a la actuación de la entidad en los términos señalados, el análisis de la responsabilidad se observará bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.

3. Finalmente, en todos los casos sin excepción debe estudiarse la culpa exclusiva de la víctima como exonerante de responsabilidad, en otras palabras, cuando se advierta que el sindicado estaba en el deber jurídico de soportar la detención porque incurrió en una actuación dolosa o gravemente culposa desde el punto de vista civil²⁸, hay lugar a declarar la culpa de la víctima, tal y como quedó consignado en la sentencia de unificación en cita, así²⁹:

Procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁸ Sobre la culpa de la víctima, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, Exp. No. 41820, M.P Ramiro Pazos Guerrero.

²⁹ El anterior análisis de conformidad con la sentencia de unificación de jurisprudencia de esta sección del 15 de agosto de 2018, Exp. 46947, M.P Carlos Alberto Zambrano.

privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicato no cometió el ilícito³⁰ o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

En el caso bajo estudio, de acuerdo con el material probatorio allegado al plenario, la Sala encuentra que hay lugar a revocar la decisión de primera instancia, toda vez que: i) no se demostró una falla del servicio por parte de la Nación-Fiscalía General de la Nación y ii) se configuró la culpa grave de la víctima, tal y como pasa a explicarse a continuación.

5.1 Sobre la actuación de la entidad

Como quedó señalado en los hechos probados, la investigación penal en contra del Mario Ernesto Vacca tuvo su génesis a raíz de unas irregularidades encontradas en el proceso del contrato No. 174 de 1999, cuyo objeto fue la compra de juguetes por parte de la gobernación de Boyacá para regalar a los hijos menores de los funcionarios del departamento.

Ante los hechos y comoquiera que el señor Vacca había sido la persona que suscribió el contrato, la Fiscalía lo citó a indagatoria y posteriormente definió su situación jurídica con detención domiciliaria.

Frente a lo anterior, se tiene que al momento en que se definió la situación jurídica del señor Vacca Gámez se encontraba en vigencia el Decreto 2700 de

³⁰ Cabe indicar que en la sentencia SU-072 de 2018, la Corte Constitucional dio a entender que las causales objetivas solo se dan cuando se encontró que el hecho no existió o la conducta investigada no constituyó un hecho punible.

1991³¹, por lo que en lo que atañe a la medida, fue esta la norma procesal penal que se le aplicó.

Así pues, conforme los artículos 388, 389, 396 y 397 del Decreto Ley 2700 de 1991, la Fiscalía impondría detención preventiva de detención domiciliaria cuando apareciera por lo menos un indicio grave de responsabilidad y el delito investigado tuviera una pena mínima de dos años de prisión o menos, lo que acontecía en el caso bajo estudio.

En cuanto al indicio grave de responsabilidad, como se indicó en los hechos probados, la Fiscalía señaló más de cinco, entre estos, que el señor Vacca había sido la persona que había suscrito el contrato, que había un sobrecosto en el mismo y que habían una serie de irregularidades en el proceso de contratación que llevaban a pensar que el señor Vacca había cometido el ilícito investigado.

El artículo 396 de la norma en comento, indicaba que la medida de aseguramiento de detención domiciliaria se impondría al establecerse que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la sociedad, comparecería al proceso, y no colocaría en peligro a la comunidad. Aspectos estos que la Fiscalía tuvo en cuenta para imponer la medida.

Así pues, se tiene que la Fiscalía General de la Nación privó y dictó la medida de aseguramiento de detención domiciliaria en contra del señor Vacca Gámez, dentro de los parámetros de las normas penales, sin que en ello se advierta la existencia una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, o que la actuación de la entidad no fue apropiada, razonada o fuera del derecho.

5.2 Sobre la culpa de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad

Como quedó señalado en los apartes anteriores, no existió una irregularidad por parte de la Nación a través de la Fiscalía General de la Nación, en lo que respecta a lo acontecido con la medida de aseguramiento, la Sala encuentra, que de igual forma no hay lugar a declarar la existencia de la privación injusta de la libertad por el tiempo que el actor estuvo privado por cuenta de la medida de

³¹ La ley 600 de 2000 fue dictada el 24 de julio de dicho año, y derogó al Decreto 2700 de 1991, sin embargo, en su artículo 536 señaló que no entraría en vigencia sino un año después de su promulgación.

aseguramiento de detención preventiva, toda vez que se configuró la culpa de la víctima, como pasa a explicarse.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³², en el numeral 6 del artículo 14 preceptúa que:

*Quando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, **a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido** –Negrillas fuera de texto-*

De conformidad con lo anterior, procede la indemnización para aquellas personas que estuvieron privadas de la libertad, cuando la decisión por la cual estuvieron retenidas fue posteriormente revocada; empero, dicha indemnización no procede cuando se demuestre que la privación debía ser soportada por la persona a la que se impuso, cuando esta “*no reveló todo o en parte el hecho desconocido*” por el cual se dio la investigación.

La Ley 270 de 1996 en su artículo 70 señaló que la culpa de la víctima da a lugar a exonerar de responsabilidad al estado, así:

ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado

La Corte Constitucional respecto de la disposición precitada, en sentencia C-037 de 1996, manifestó:

Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que,

³² Ratificado por Colombia el 29 de noviembre de 1969, previa aprobación del Congreso de la República mediante Ley No. 74 de 1968. Pacto que hace parte del bloque de constitucionalidad y prevalece en el orden interno, en virtud de lo previsto en los artículos 53, 93, 94, 102 y 214 de la Constitución Política Colombiana.

o bien carecen de valor o importancia jurídica alguna, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual “nadie puede sacar provecho de su propia culpa”.

La norma, bajo la condición de que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente para calificar los casos en que haya culpa exclusiva de la víctima, será declarada exequible”. – Subrayadas fuera de texto-

Teniendo en cuenta el fundamento normativo citado, y lo señalado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha indicado que la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder –activo u omisivo- de la propia víctima, esto es, de quien sufrió el perjuicio. Dijo esta Corporación:

A efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. Y ello como quiera que la Sala ha señalado que el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad o de reducción del monto de la condena respectiva, debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado, pues de no ser así, «... se estaría dando aplicación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, desechada por la doctrina y la jurisprudencia, desde hace mucho tiempo, para establecer el nexo de causalidad. Al respecto, son interesantes las siguientes precisiones del profesor Javier Tamayo Jaramillo:

“Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y “la teoría de la causalidad adecuada”. De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño...

A no dudarlo, la aceptación de la causa extraña como causal liberatoria de la presunción de responsabilidad es, en el fondo, la consagración de la teoría de la causalidad adecuada... aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse

de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño...”³³

En la sentencia en cita, el Consejo de Estado declaró la existencia de la culpa de la víctima y exoneró de responsabilidad a la accionada, al determinarse que fue la propia conducta de la investigada la que dio lugar al proceso penal, así:

Para la Sala no ofrece duda alguna el hecho de que la señora Adiela Molina Torres no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible en el desempeño de sus funciones como almacenista. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, dado el desorden, la impericia, el desgreño y la incuria con las cuales manejó los bienes y haberes a su cargo, dio lugar a que, cuando se practicó la experticia correspondiente dentro de la investigación penal, apareciera comprometida por los faltantes encontrados en el almacén, lo cual la implicaba seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales -se insiste-, se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra.

Sólo como consecuencia de las diligencias adelantadas posteriormente dentro de la investigación penal y, en especial, con ocasión de la inspección judicial, se logró establecer que el faltante que hacía aparecer el desorden en el cual se encontraba la dependencia en cuestión, realmente no tenía la trascendencia como para ser considerado un hecho punible. Pero los elementos de prueba obrantes en contra de la aquí accionante estuvieron gravitando hasta cuando la propia autoridad pública investigadora se ocupó de establecer que el ilícito no había ocurrido, razón por la cual el proceder negligente, imprudente y gravemente culposo de la víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto, como una carga que le corresponde por el hecho de vivir en comunidad, a fin de garantizar la efectividad de la función de Administración de pronta y cumplida Justicia.

La reprochable conducta de la víctima, en el caso sub examine, hace que la decisión adoptada por la autoridad judicial aparezca como plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos colisionantes en el caso concreto: efectividad de las decisiones a adoptar por la Administración de Justicia, de un lado y esfera de derechos y garantías fundamentales del individuo, de otro.

En el caso estudiado por la Corporación en la providencia citada, la culpa de la víctima que dio lugar a la exoneración de la accionada tuvo que ver con la conducta que aquella había asumido antes de la investigación, y que a su vez fue determinante para que la misma iniciara.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. No. 15463. M.P Mauricio Fajardo Gómez.

Lo antedicho, ha sido reiterado en varias providencias, por ejemplo, en sentencia del 11 de abril de 2012 con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez, se indicó:

Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

“... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño....”³⁴

De igual forma, se ha dicho:

“... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

-Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.

-El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración....”³⁵»³⁶ (...)

³⁴ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 13744, Actor: Gloria Esther Noreña B.

³⁵ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2002 Exp. 13262, Actor: Héctor A. Correa Cardona y otros.

El hecho exclusivo de la víctima, entendido como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el ciudadano, exonera de responsabilidad a la Administración—, no puede menos que concluirse que, con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, está demostrada en el expediente la configuración de la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, esto es del señor José Antonio Reina Puerto, en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la Fiscalía General de la Nación al proferir una medida de aseguramiento en su contra, es decir, la pérdida de su libertad.

Y es que, a juicio de la Sala, está plenamente acreditada en el expediente la inexistencia de vínculo causal —desde la perspectiva de la causalidad adecuada, se entiende— entre la tantas veces mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el sub lite, previa declaratoria de la responsabilidad del Estado por los hechos que dieron lugar a la iniciación del trámite procesal que esta providencia decide, pues la privación de la libertad del señor José Antonio Reina Puerto no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia -a pesar de ser la causa inmediata-, sino en la conducta asumida por la víctima.

Para la Sala no ofrece duda alguna el hecho de que el señor Reina Puerto no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible, esto es acreditar tanto la propiedad como el correspondiente permiso de porte y/o tenencia respecto del arma de fuego, tipo revólver, marca Llama, modelo Martial, calibre 38, que le fue incautada el día de su detención —la cual posteriormente fue puesta a disposición del Ejército Nacional—. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, el hoy demandante —bueno es insistir en ello—, portaba la referida arma de fuego sin los permisos correspondientes, lo cual dio lugar a que apareciera comprometida su responsabilidad por el delito por el cual se lo investigó³⁷.

Aunque en las sentencias citadas se analizó la culpa de la víctima como aquella conducta determinante que dio origen a la investigación penal, es importante precisar que ello no significa que se esté realizando un reproche de la actuación desde la óptica del tipo penal, sino que el análisis se hace desde noción de culpa grave o dolo bajo la perspectiva civil.

En efecto, la Sala en varias decisiones ha afirmado que la conducta del imputado es susceptible de valoración para llegar a determinar si efectivamente es viable la responsabilidad de la administración en la privación injusta de la libertad o si la

³⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005); Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación: 05001-23-24-000-1994-00103-01(15784); Actor: Francisco Luis Vanegas Ospina y otros; Demandado: Municipio de Tarso.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 11 de abril de 2012, Exp. No. 23513. M.P Mauricio Fajardo Gómez.

posibilidad de imputarle el daño se rompe con la existencia de una conducta de la propia víctima³⁸.

Desde esta perspectiva, es relevante recordar que la Sala ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil. Así, en decisión de 18 de febrero de 2010 se dijo³⁹:

Culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo. (Se destaca)

En otras palabras, cuando se hace el análisis de la culpa desde la perspectiva del Código Civil, la degradación o calificación de dolosa o gravemente culposa, no se deriva de las características subjetivas del agente, sino de una posición relacional objetiva, esto es, a la luz de la confrontación de la conducta de quien fue investigado con un estándar objetivo de corrección que utiliza el modelo de conducta, conocido desde antaño del buen *pater familias*, para cuya conformación debe tenerse presente las reglas propias de las funciones,

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 27414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp.17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

profesiones u oficios desarrollados. Esto es, a manera de ejemplo, es dable sostener que el buen profesional de la medicina diligencia correctamente las historias clínicas y que todo conductor conoce y acata las normas de tránsito.

La anterior tesis ha sido aplicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos en los que personas que han sido privadas de la libertad por orden judicial y posteriormente absueltas, dieron lugar de manera clara e injustificada al hecho dañoso y asimismo a la configuración de la causal de exoneración, en virtud de la culpa de la víctima⁴⁰, el que no solo se circunscribe a la conducta que dio origen a la investigación penal –señalada en párrafos anteriores-, sino también a otras actuaciones de la víctima que dieron lugar a la imposición de la medida, tal y como sería que aquella en el proceso penal asumió una conducta dolosa o gravemente culposa que no permitió el avance de la investigación, *verbi gratia*, cuando el perjudicado da varias declaraciones, contradictorias entre sí ante la autoridad judicial, que conllevan a esta a mantener la medida de privación, o que sin estar privado de la libertad, la víctima no compareció al proceso lo que conllevó a que se dictara en su contra medida de aseguramiento a fin de garantizar la continuidad de la investigación penal⁴¹.

Ahora bien, en el *sub lite*, respecto a la investigación seguida en contra del señor Mario Ernesto Vacca Gámez, la Sala encuentra lo siguiente:

1. La investigación en contra del señor Vacca surgió luego de la celebración del contrato del 21 de diciembre de 1999 con la señora Claudia Niño Páez, a raíz de este contrato se originaron varias quejas que llevaron al grupo de control interno del departamento de Boyacá a indagar sobre el proceso de contratación que se había surtido y, que posteriormente llevaron a la Fiscalía también a investigar.

2. La Fiscalía advirtió una serie de irregularidades durante el trámite del proceso de contratación, tales como: i) que la cotización presentada fue por parte de la

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 2 de mayo de 2007; exp.15.463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 30 de marzo de 2011, exp. 19565, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 19889; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 29.541, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2009; C.P. Ramiro Saavedra Becerra; exp.17.188; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 11 de julio de 2013, exp. 27.463, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴¹ En sentencia del 26 de febrero de 2014, esta Corporación negó las pretensiones de una demanda por privación injusta de la libertad, al encontrar que la víctima, coadyuvada por un tercero, había faltado a la verdad, lo que permitió la prolongación de la medida preventiva de privación de la libertad en su contra. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de febrero de 2014, Exp. No. 29541. M.P. Enrique Gil Botero.

empresa Clarex, pero el contrato se hizo intuitu persona con la señora Claudia Niño, una de las representantes legales de la empresa Clarex, ii) que la señora Claudia Niño llevaba pocos días inscrita en la Cámara de Comercio y no tenía capacidad (capital de contratación) para aspirar a ello, iii) que el contrato se celebró casi que el mismo día en que debían entregarse los obsequios, iv) que la señora Niño reclamó el pago del contrato, días antes de que este se celebrara, v) que hubo sobrecostos en los juguetes, vi) que no se verificó la calidad de los mismos, vii) que quien pagó la póliza de publicación del contrato no fue la señora Niño sino un funcionario de la Secretaría de Hacienda del departamento, entre otros.

3. La Fiscalía al advertir las anteriores anomalías llamó en indagatoria al señor Vacca, persona a quien se le había delegado la facultad de contratar y quien suscribió el contrato en cuestión.

4. El señor Vacca en su indagatoria señaló que él hizo una revisión formal de los documentos y al encontrarlos en orden, y como quiera que la cotización presentada por la señora Niño tenía el visto bueno del Secretario de Hacienda, confió en la misma y procedió a celebrar el contrato.

5. El juez al momento de absolver al señor Vacca señaló que si bien pudo haber una diferencia de precios entre la cotización presentada por la señora Niño y las que con posterioridad realizaron los investigadores tanto del C.T.I como la propia administración departamental, la diferencia fácilmente se explicaba en el hecho de que los juguetes subían durante la época decembrina e inmediatamente bajaban luego del 24 de diciembre, así mismo, el juez señaló que si bien la señora Niño no tenía una gran experiencia y un gran capital, tratándose de algo como juguetes, era entendible que no se exigiera “millones” de capital.

De igual forma, el juzgado señaló que quien realmente tuvo una injerencia indebida en el contrato fue el secretario de hacienda, persona ésta que recaudó las cotizaciones y que el señor Vacca actuó de buena fe al confiar en el mismo.

Así mismo, el juzgado señaló que en virtud del principio de favorabilidad, le eran mejor aplicables al demandante los contenidos del Decreto 100 de 1980 y no los de la Ley 599 de 2000, ya que el primero exigía que el punible de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales requería que el señor Vacca hubiese obtenido un provecho ilícito, mientras que bajo la Ley 599 de 2000 solo se exigía la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Sobre el particular, la Sala encuentra que la investigación surgida en contra del señor Vacca obedeció a una serie de actuaciones que no alcanzaron a tener la connotación frente a la responsabilidad penal, lo cierto es que sí se presentaron ciertas irregularidades en el contrato suscrito por él –por delegación del Gobernador de Boyacá- que en su momento llevaron a pensar que aquel había cometido un ilícito, en especial, al haber una falta de planeación.

Ciertamente, como quedó señalado, el 17 de diciembre de 1999, la señora Niño ya tenía para sí que el contrato se había celebrado con ella (ver hecho 4.8), cuando ni siquiera se habían presentado las cotizaciones de ella y los demás “proponentes”, las que fueron entregadas el 20 de diciembre de 1999, siendo el contrato, efectivamente suscrito con ella al día siguiente.

Esa irregularidad en la forma como se surtió el proceso de selección, fue uno de los factores que hicieron que se adelantara la investigación penal y, aunque se demostró que no había cometido ningún delito, no lo es menos, que fue la actuación gravemente culposa de la víctima la que llevó a que fuese investigada, de ahí a que esta Corporación revocará⁴² la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, las negará.

En efecto, la Ley 80 de 1993 sin las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007, señala en su artículo segundo que los departamentos están sometidos en cuanto al régimen de contratación, a las disposiciones de dicha ley, mientras que en su artículo once indica que la competencia para celebrar contratos a nivel territorial recae en los gobernadores y, en el *sublite*, el gobernador de Boyacá delegó dicha facultad en el señor Mario Ernesto Vacca Gámez.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento de escogencia del contratista, en todos los casos (bien sea licitación, concurso, contratación directa⁴³), siempre debe existir de por medio la planeación⁴⁴ y la transparencia⁴⁵ a fin de exista una selección objetiva del contratista, cosa que no ocurrió en el presente caso.

⁴² Concretamente se revoca la decisión de primera instancia que niega las pretensiones de la demanda y confirma lo atinente al Ministerio del Interior y de Justicia.

⁴³ la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso.

⁴⁴ Esta Corporación, frente al principio de planeación, ha señalado que:

En primer lugar, independientemente a las conclusiones a las que haya llegado el juez penal, tratándose de los contratos estatales, estos deben ser celebrados con personas que tengan la capacidad de contratación para ejecutarlo.

La capacidad máxima de contratación (conocida como K), según lo ha dicho el Consejo de Estado⁴⁶, se dirige a garantizar que quienes aspiren a celebrar contratos con entes estatales, en realidad cuenten con el suficiente respaldo, experiencia, organización y solidez para emprender y ejecutar el contrato en cuestión; línea de pensamiento que comparte la doctrina autorizada, así:

*Es decir, que haciendo uso de la ciencia de la matemática, la experiencia, la capacidad financiera, operativa, entre otros, del interesado se convierte a pesos y estos a su vez se mudan a salarios mínimos legales mensuales. La cifra resultante es la calificación o el K de contratación que se traduce en la capacidad máxima de contratación. **Vale decir que hasta una cuantía igual a***

“Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa.

Y no podía ser de otra manera puesto que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios.

El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado”. Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del primero de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)

⁴⁵ El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de junio de 2003, M.P. María Elena Giraldo Gómez, expediente: 13.354, demandante: Compañía de Repuestos, Equipos y Maquinaria Ltda., demandado: municipio de Candelaria. También consultar la sentencia del 14 de marzo de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección A, demandante: Sociedad Ávila Ltda., demandante: departamento de La Guajira.

la del K se puede aspirar a celebrar contratos, de manera que las de cuantías superiores no podrán ser objeto de aspiración por parte del inscrito; para la ley el interesado en tal circunstancia no tiene la capacidad para acometer el contrato⁴⁷ (se destaca).

En ese sentido, se tiene que el contrato del 21 de diciembre de 1999 se celebró con una contratista que no tenía una mayor capacidad para ejecutarlo, puesto que, de la lectura de las resoluciones de medida de aseguramiento y acusación, e incluso de la misma sentencia absolutoria, se desprende que la señora Claudia Niño Páez contaba con un K de contratación de \$500.000, mientras que el contrato suscrito era superior a los \$20.000.000, esto es, de superior cuantía a la capacidad máxima de contratación de la citada contratista⁴⁸, quien además, como se desprende de la lectura de los proveídos señalados, no tenía mayor experiencia en el campo de los juguetes.

Lo anterior implica que la señora Niño –dada su capacidad- ni siquiera podía aspirar a la celebración del contrato, empero, sí fue seleccionada, vulnerándose con ello el principio de selección objetiva.

Precisamente, la falta de capacidad de contratación de la señora Niño fue uno de los factores que la Fiscalía tuvo en consideración, aspecto que alguna manera tuvo repercusión en el cumplimiento del contrato, pues al pedírsele el cambio de algunos juguetes y no entregarlos, se debió acudir a la póliza respectiva, situación que deja al descubierto la actuación gravemente culposa del señor Mario Ernesto Vacca Gámez, por cuanto en su papel de servidor público, con un mínimo de cuidado y de diligencia, le correspondía evaluar las consecuencias de sus decisiones⁴⁹.

En efecto, no es posible concebir un contrato en el cual el servidor público a cargo de la contratación no hubiere avaluado la conveniencia u oportunidad del mismo y, en el *sublite*, aun cuando no resultaba conveniente celebrar el contrato

⁴⁷ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A. Primera Edición. 2001, p. 139.

⁴⁸ Para el año de 1999, fecha en la que se suscribió el contrato cuestionado, el salario mínimo legal mensual vigente equivalía a \$236.450, de ahí que los negocios de \$20.000.000, en salarios mínimos equivalían a 85.

⁴⁹ “El servidor público o quien ejerce funciones administrativas debe necesariamente tener en cuenta y evaluar, antes de adoptar cualquier decisión, la conveniencia de la misma, en cuanto se trata de un pronunciamiento a través del cual se pretende poner en juego los intereses generales; le corresponde, por lo tanto, a quien ejerce la función administrativa valorar necesariamente la consecuencia de sus decisiones” (Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indevida de Contratos, análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 2000, p. 166). Lo anterior, también señalado en sentencia del 12 de junio de 2017. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. No. 42021

con la señora Niño Páez, en razón a su falta de capacidad (K de contratación) pues su cumplimiento se podía ver afectado, como ocurrió, el señor Mario Ernesto Vacca lo suscribió, conducta que para la Sala resulta reprochable desde el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así mismo, otro aspecto que la Sala encuentra sumamente reprochable, es que no hubo un mayor análisis de los precios de mercado, tal y como señalaba el Decreto 855 de 1994, vigente para la época de los hechos, que en su artículo tercero indicaba:

Artículo 3º. Para la celebración de los contratos a que se refieren los literales a) y d) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y para efectos del cumplimiento del deber de selección objetiva, se requerirá de la obtención previa de por lo menos dos (2) ofertas.

La solicitud de oferta podrá ser verbal o escrita y deberá contener la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, condiciones de pago, término para su presentación y demás aspectos que se estime den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende.

No obstante lo anterior, la solicitud de oferta deberá ser escrita cuando la complejidad del objeto a contratar así lo amerite. En todo caso, la oferta deberá ser escrita.

Cuando se trate de contratos cuya garantía no supere el diez por ciento (10%) de los montos señalados en el literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los mismos se celebrarán tomando en cuenta los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

Para la celebración de los contratos de menor cuantía cuyo valor sea igual o superior a cien salarios mínimos legales mensuales y al mismo tiempo superen el cincuenta por ciento (50%) de la menor cuantía de la respectiva entidad estatal, además de dar cumplimiento a lo establecido en este artículo deberá invitarse públicamente a presentar propuestas a través de un aviso colocado en un lugar visible de la misma entidad por un término no menor de dos días. No obstante la entidad podrá prescindir de la publicación de dicho aviso cuando la necesidad inminente del bien o servicio objeto del contrato no lo permita, de lo cual dejará constancia escrita.

El principio de planeación implicaba que debía analizarse la necesidad de dar los regalos, si ello satisfacía el interés público y las necesidades de la comunidad, así como hacer un estudio de mercado con miras a establecer en que momento debía haberse adquirido los juguetes que debían comprarse.

En el *sublite*, se observa que en menos de tres días se realizó la compra de los juguetes y no hubo un mayor análisis de mercado, aspecto este improvisado que llevó a que con posterioridad se discutiera que los juguetes variaron en su precio dada la época en que se adquirieron.

Ahora bien, el demandante señaló que la etapa previa del contrato estuvo a cargo del secretario de hacienda, sobre el particular, debe indicarse que la delegación de la contratación no estuvo a cargo de aquel, sino como el mismo señor Vacca lo señaló, la celebración del contrato estaba a su cargo y por ende, debía verificar los aspectos pertinentes al proceso de selección del contratista; en otras palabras, era el señor Vacca el cabeza de la contratación y el responsable de firmar el contrato que fue cuestionado, por lo que no podía excusarse, simplemente, con el dicho de que las cotizaciones las realizó el Secretario de Hacienda y hubo una revisión al contrato por parte de éste, como si su función se limitara a firmar los mismos sin objeción alguna.

En el *sublite*, no hubo un mayor análisis de mercado y esto llevó a la fiscalía a observar que además de vulnerarse los principios de selección objetiva, se había podido incurrir en un delito y, si bien es cierto la investigación culminó con sentencia absolutoria a favor del aquí actor, el hecho de que en el proceso penal se indicara que no hubo un delito, no significa que el señor Mario Ernesto Vacca Gámez no hubiese cometido irregularidades en materia de contratación.

Así las cosas, si bien la absolución devino porque no se acreditó el referido elemento subjetivo del tipo penal imputado, esto es, que se hubiere obtenido un provecho ilícito, tal situación no desdibuja las irregularidades que se presentaron en la contratación, que aunque en la sentencia penal se señaló que no alcanzaban a revestir el tipo penal, sí existieron, lo que da cuenta de que la actuación del señor Vacca Gámez, si bien no alcanzó a tener connotación frente a la responsabilidad penal, sí incidió en la investigación penal adelantada en su contra.

Dicho de otra manera, aun cuando aquí no se debate la responsabilidad penal ni se cuestiona la decisión de fondo proferida por la jurisdicción ordinaria, sí se advierte que las circunstancias en las que se presentaron los hechos que sirven de sustento a la demanda dan cuenta de varias situaciones que involucraron al procesado y mediaron para la imposición de la medida de aseguramiento que se tradujo en la restricción de su libertad.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera que la causa determinante del daño en el caso bajo estudio no fue la actuación de la Fiscalía al imponer medida de aseguramiento al aquí demandante, sino justamente las irregularidades anotadas en precedencia -que involucran al aquí actor-, quien, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, dio lugar a la investigación que se adelantó en su contra y a las decisiones proferidas por la Fiscalía, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia.

6. COSTAS PROCESALES

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del presente trámite, razón por la cual no se condenará en costas.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de octubre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Boyacá-Sala de Descongestión que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR que el Ministerio del Interior y de Justicia no se encuentra llamado a representar a la Nación por los hechos discutidos en este proceso, conforme lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: NIÉGUENSE las súplicas de la demanda

CUARTO: Sin condena en costas

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Subsección

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada (E)

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada (E)