

ACCIÓN DE REPETICIÓN / CULPA GRAVE / INCOMPETENCIA POR ERROR INEXCUSABLE / DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA / CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / ERROR INEXCUSABLE / PROCEDIMIENTO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA / CONDUCTA GRAVEMENTE CULPOSA / DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO / ERROR GRAVE / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEFENSA DEL PATRIMONIO DEL ESTADO / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE / OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AGENTE DEL ESTADO

El material probatorio muestra que el comportamiento del demandado fue particularmente irregular, al adoptar la decisión según su libre criterio y alejada de los principios y de la finalidad pública y sin tener en cuenta el procedimiento de selección objetiva, que impide considerar factores o cualquier clase de motivación subjetiva. El demandado olvidó que debía efectuar la selección del contratista con fundamento en los criterios objetivos señalados en la ley y en el resultado de la comparación de las propuestas. [...] La Sala considera que [...] el demandado incurrió en un error inexcusable frente al desconocimiento total de las normas y principios Constitucionales y legales que regían el procedimiento de selección, y especialmente frente a la falta de estudio, sustento probatorio y motivación durante dicho procedimiento. [...] Concluye entonces la Sala que la conducta del demandado es gravemente culposa [...], porque no previó los efectos nocivos de su actuación, habiendo podido hacerlo, y porque su calidad de Director de una entidad pública hace que sus omisiones y errores se consideren graves, en los términos de los artículos 6 y 121 de la C. P., toda vez que permite deducir que cuenta con un alto nivel profesional, gran experiencia en el trámite de los asuntos a su cargo y, por ende, en el manejo de las normas que regulan la función pública y los procesos de selección objetiva. Lo anterior conduce igualmente a considerar que el demandado con su actuar gravemente culposos, violó los principios constitucionales que rigen la función pública, así como el derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Por lo tanto, al acceder a las pretensiones de la demanda, no solo se protege el patrimonio del Estado sino que, además, se vela por la protección de los derechos fundamentales. Con fundamento en todo lo anterior, la Sala considera configurada la responsabilidad personal de los agentes estatales en los términos del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que determina su obligación de indemnizar los perjuicios causados al Estado, con el pago de la condena que le fue impuesta y, por lo tanto, se confirmará la sentencia apelada.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 01 DE 1984 – ARTÍCULO 2 / DECRETO LEY 01 DE 1984 – ARTÍCULO 3 / DECRETO LEY 01 DE 1984 – ARTÍCULO 35 / DECRETO LEY 01 DE 1984 – ARTÍCULO 129 / DECRETO LEY 01 DE 1984 – ARTÍCULO 132 / DECRETO LEY 01 DE 1984 – ARTÍCULO 177 / LEY 84 DE 1873 – ARTÍCULO 63 / ACUERDO 6 DE 1985 – ARTÍCULO 236 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 29 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 83 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 90 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 121 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 209 / LEY 678 DE 2001 – ARTÍCULO 15 / DECRETO 1400 DE 1970 – ARTÍCULO 335

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la actuación que se califica como culpa grave, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2005, rad. 19376, C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Sobre procesos en los que fue condenado el IDU que dieron origen a esta acción de repetición, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2003, rad. 14107, C. P. Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, rad. 14462, C. P. Ricardo Hoyos Duque. Sobre la relación entre la seguridad jurídica y la buena fe, partir del principio de la confianza legítima, cita: Corte Constitucional, sentencia del 9 de agosto de 2001, C-836/01, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Sobre los principios de la función pública a la luz de las normas de contratación, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, rad. 24715, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sobre la aplicación de criterios objetivos para la selección del contratista, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de junio de 2004, rad. 15705, C. P. Ricardo Hoyos Duque. Sobre la obligación de evaluar las propuestas presentadas en los procesos de selección, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de marzo de 2004, rad. 13355, C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA DESIERTA LA LICITACIÓN / LEY 678 DE 2001 / EXPEDICIÓN DE LA LEY / INAPLICACIÓN DE LA NORMA / APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL / APLICACIÓN INMEDIATA DE LA NORMA DE ORDEN PÚBLICO

La Sala advierte que los hechos y actos debatidos en este proceso tuvieron lugar el día 8 de noviembre de 1993, fecha en que el Director del IDU de esa época, expidió el acto administrativo por el cual declaró desierta la licitación pública 05, esto es, antes de la expedición de la Ley 678 de 2001. Por lo tanto, dicha normativa no es aplicable en los aspectos sustanciales a este caso. No obstante lo anterior, en materia procesal, el asunto en estudio sí se puede analizar a la luz de dicha Ley, por tratarse de normas de orden público y, por ende, de aplicación inmediata.

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001 – ARTÍCULO 31

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el estudio de la culpa grave o dolo en la conducta del agente público conforme a las normas vigentes en la época de los hechos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 17482, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / AGENTE DEL ESTADO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / CAUSAS DEL DAÑO / DAÑO A TERCEROS / CONDENA CONTRA EL ESTADO / OBLIGACIÓN DE PAGAR SUMA DE DINERO / CONCILIACIÓN / TRANSACCIÓN / PAGO / VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / DOLO / CONDUCTA GRAVEMENTE CULPOSA / ELEMENTO OBJETIVO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NORMA VIGENTE / ACCIÓN DE REPETICIÓN

Ahora, para determinar cuáles son los asuntos procesales y sustanciales que gobiernan el caso, es necesario determinar los elementos de la acción de repetición, los cuales han sido explicados por la Sala en varias oportunidades: - La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero que generó la condena, o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra

forma de terminación de un conflicto; - La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública, o de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto; - El pago realizado por parte de la Administración; y - La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa. Los tres primeros son de carácter objetivo, frente a los cuales resultan aplicables las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, según se explicó. Por su parte, la conducta dolosa o gravemente culposa es un elemento subjetivo que se debe analizar a la luz de la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante del pago por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los elementos de la acción de repetición, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, rad. 18440, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, rad. 22099, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, rad. 22121, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de diciembre de 2006, rad. 22189, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, rad. 24310, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, rad. 26171, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, rad. 30327, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, rad. 35062, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, rad. 29475, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2008, rad. 24241, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

PRUEBA DEL PAGO / CONDENA JUDICIAL / CONCILIACIÓN / TRANSACCIÓN / PRUEBA DOCUMENTAL / RECONOCIMIENTO DEL PAGO DE LA OBLIGACIÓN / ORDEN DE PAGO / RECIBO OFICIAL DE PAGO / PAGO POR CONSIGNACIÓN / PAZ Y SALVO DEL PAGO DE LA CONDENA EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CARGA DE LA PRUEBA / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES / JUICIO EJECUTIVO / TERMINACIÓN DEL PROCESO EJECUTIVO POR PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN / PRUEBA DEL PAGO DE LA CONDENA EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial, o conciliación, o cualquier otra forma de terminación del conflicto, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario. El pago efectivo, en los términos del artículo 1.626 del Código Civil, “es la prestación de lo que se debe” y debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.757 ibídem. Conforme a lo anterior, no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago, sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación. En efecto, la ley procesal civil, al regular los juicios ejecutivos, prevé que las obligaciones de pago requieren de demostración documental que provengan del acreedor, circunstancia que en esos casos permite la terminación del proceso por pago. Tal exigencia resulta procedente en los juicios de repetición,

en consideración a que al ser su fundamento el reembolso de la suma de dinero pagada a un tercero, se parte de la base de la existencia previa de una deuda cierta ya satisfecha.

FUENTE FORMAL: LEY 84 DE 1873 – ARTÍCULO 1626 / LEY 84 DE 1873 – ARTÍCULO 1757 / DECRETO 1400 DE 1970 – ARTÍCULO 232

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la prueba documental de la obligación de pago que debe provenir del acreedor, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, rad. 25749, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

CULPA GRAVE / VALORACIÓN DE LA CULPA GRAVE / CONFIGURACIÓN DE LA CULPA / VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / CONCEPTO DE CULPA GRAVE / DOLO / ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO / FUNCIONES DEL SERVIDOR PÚBLICO / BUENA FE / MALA FE

[S]e evidencia que para el legislador no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma, y por ello consideró necesario graduarlas, dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo; en estas condiciones, la culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del operador jurídico, es decir que, cuando se consagra este tipo de culpa, el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave, quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia, cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría; es por eso que dice la norma, que esta clase de culpa en materias civiles, equivale al dolo [...]. [...] [P]ara determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo, contratos, bienes y familia.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 01 DE 1984 – ARTÍCULO 77 / DECRETO LEY 01 DE 1984 – ARTÍCULO 78 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 83 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 91

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la culpa grave y dolo como elementos de fondo de la acción de repetición, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1994, rad. 8483, C. P. Carlos Betancur Jaramillo; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1994, rad. 9618, C. P. Julio Cesar Uribe Acosta; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, rad. 23218, C. P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 22 de mayo de 2003, rad. 23532, C. P. Ricardo Hoyos Duque. Sobre la declaratoria de exequibilidad de los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, cita: Corte Constitucional, sentencia del 31 de enero de 2001, C-100/01, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez; Corte Constitucional, sentencia del 12 de abril de 2000, C-430/00, M. P. Antonio Barrera Carbonell. Sobre la calificación de la conducta del servidor para determinar la existencia de culpa grave o dolo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera,

sentencia del 31 de agosto de 1999, rad. 10865, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

CONFIGURACIÓN DEL DOLO / SUPERIOR JERÁRQUICO / ABUSO DE AUTORIDAD PÚBLICA / EXTRALIMITACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO / MUERTE DE SOLDADO / USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA / USO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL

La Sala ha concluido la existencia de conducta dolosa, entre otros, en los siguientes eventos: - Cuando el superior jerárquico, prevalido de tal condición, acosa a sus subalternos en una muestra de abuso de poder y de extralimitación en el ejercicio de sus funciones [...]. - Cuando un soldado asesinó a otro compañero con el intercambio de palabras y la riña previa [...]. - Cuando un agente de policía empleó un medio de fuerza, que si bien está autorizado por la Constitución Política y la Ley, en esa situación no era de aquellos con los que se pretende causar el menor daño a la integridad de la personas. La reacción desproporcionada del policía permitió inferir que su conducta fue dolosa, con fundamento en que conocía las normas y reglamentos que lo regían y aún así, utilizó su arma de dotación oficial contra una persona desarmada.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el dolo en el abuso de poder y la extralimitación en el ejercicio de las funciones, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2005, rad. 26977, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CULPA GRAVE / NEGLIGENCIA / CASO PALACIO DE JUSTICIA / ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO / NORMAS DE TRÁNSITO / PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CONDUCTA NEGLIGENTE DEL MÉDICO / FIDEICOMISO / FALLA DEL SERVICIO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CUSTODIA, VIGILANCIA Y CUIDADO / FALTAS DEL MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR

La Sala ha encontrado configurada la culpa grave, entre otros, en los siguientes eventos: - Cuando los Agentes del Estado incurrieron en negligencia e incumplimiento frente a las instrucciones de seguridad impartidas por las autoridades de la fuerza pública en relación con el control de ingreso de personas y vehículos al Palacio de Justicia en la época de la toma guerrillera. - Cuando un funcionario público no sólo desconoció flagrantemente una prohibición de tránsito, sino que dadas las circunstancias particulares que rodearon el caso no evitó el daño pudiendo hacerlo; - Cuando el médico tratante, quien frente a los signos y síntomas que presentaba el paciente, no lo dejó en observación durante el tiempo necesario para descartar alguna enfermedad grave, ni lo remitió oportunamente a otro hospital, de mejor nivel, donde habría podido recibir el tratamiento adecuado. - Cuando una entidad recibe una suma de dinero como producto de un fideicomiso y al momento de hacer la entrega del dinero a su propietario, el paquete en que se depositaba el dinero no contenía la suma que en él se indicaba, existiendo un faltante, situación que demuestra el incumplimiento de la obligación de custodia sobre dichos valores. - Cuando los Magistrados del Tribunal de Distrito Superior, a quienes se les exige conocimientos en derecho para ocupar dichos cargos, adoptaron la decisión de nombrar a otros jueces sin tener en cuenta las normas vigentes para ese momento y sin atender las peticiones del funcionario afectado con la decisión, conducta imprudente y descuidada que configura la culpa grave; declararon una insubsistencia desconociendo las normas legales que claramente regían la carrera judicial, incurriendo en un error inexcusable, toda vez que no previeron los efectos nocivos de su actuación, habiendo podido hacerlo, y porque su calidad de Magistrados hace que sus omisiones y errores se consideren

graves, en los términos de los artículos 6 y 121 de la C. P., que permiten deducir que cuentan con un alto nivel profesional, gran experiencia en el trámite de los asuntos a su cargo y, por ende, en el manejo de las normas que regulan el debido proceso y el derecho de defensa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 121

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la conducta del médico que se puede calificar como culpa grave, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 15655, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE / VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / DOLO / CONDUCTA GRAVEMENTE CULPOSA / FUNCIONES DEL SERVIDOR PÚBLICO / INCUMPLIMIENTO DEL DEBER FUNCIONAL / CULPA / RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / BUENA FE / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AGENTE DEL ESTADO / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En consideración a lo anterior, la Sala ha explicado que, en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas – actuación dolosa –, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confió en poder evitarlo –actuación culposa-. Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta. Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya estipulado expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 90

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la valoración de la conducta para establecer la responsabilidad personal de los agentes estatales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, rad. 23049, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

PROCESO DE LICITACIÓN / ELABORACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES / ADJUDICACIÓN DE

CONTRATO / DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA LICITACIÓN / PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / PROPUESTA MÁS CONVENIENTE / INCONVENIENCIA DE LAS PROPUESTAS / INTERÉS PÚBLICO / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Las reglas para el proceso licitatorio se encuentran en los artículos 233 y siguientes del Código Fiscal, y atañen, básicamente, a la elaboración y contenido de un pliego de condiciones – que en este caso se denominó Guía de Requisitos Básicos –, a los criterios que se deben tener en cuenta para la adjudicación y a las causales que autorizan declararlo desierto. [...] [U]na vez presentadas las propuestas, la Administración debe realizar el análisis comparativo de las mismas, mediante una evaluación en la que se verifiquen los factores objetivos contenidos en la ley. Con los resultados de la evaluación, la Administración tendrá todos los elementos necesarios para decidir cuál es la propuesta más favorable y adjudicar el contrato. [...] El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la aplicación de esta causal [de inconveniencia de las propuestas] para declarar desierto un procedimiento licitatorio, y ha explicado que cuando se invoque, deben fundamentarse clara y razonadamente los motivos de “inconveniencia”, los cuales, en todo caso, deben estar acordes con los hechos que la fundamentan, sin que haya lugar a una discrecionalidad total por parte de la autoridad contratante que adopta la decisión. En sentencia del 15 de mayo de 1992, se dijo que pueden existir circunstancias extraordinarias que obliguen a la Administración a no adjudicar un contrato, pero que, en todos los casos, esos motivos deben ser razonados y debidamente explicados [...]. [...] En dicha sentencia [del 7 de diciembre de 2004], la Sala también explicó que la noción de “propuesta más conveniente” es vaga, en tanto no está definida legalmente, y que, por tanto, permite la interpretación de la Administración que, si bien puede ser discrecional en la valoración, lo cierto es que en el fondo es una decisión reglada, en consideración a que, para determinar la “inconveniencia de las propuestas”, la Administración está obligada a tener en cuenta TODOS los factores objetivos señalados en la ley, y no aquellos que quiera evaluar a su antojo. [...] En esa oportunidad, la Sala también destacó que la Administración no puede adoptar decisiones arbitrarias o infundadas, y que siempre deben existir elementos de juicio suficientes para concluir que las razones de inconveniencia se presentaron y que la declaratoria de desierto de una licitación se ajusta a los fines del interés público y a los principios que orientan la función pública [...]. Como se observa de las anteriores providencias, la Sala ha considerado que la Administración debe sustentar razonada y objetivamente los motivos de “inconveniencia de las propuestas”, al momento de invocar dicha causal para declarar desierto una licitación y que, en todo caso, está en la obligación de verificar los hechos que determinan tal inconveniencia. Para tal efecto, es necesario un estudio serio y técnico, en el cual se comparen las propuestas atendiendo los factores objetivos y, en caso de duda en alguno de los criterios, la Administración debe indagar y comprobar los hechos con el fin de incluir o rechazar alguna de las ofertas presentadas, sin atender a parámetros subjetivos.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 6 DE 1985 – ARTÍCULO 233 / ACUERDO 6 DE 1985 – ARTÍCULO 236 / ACUERDO 6 DE 1985 – ARTÍCULO 265

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los procesos de selección del contratista que se rigen por lo establecido en el Código Fiscal, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de mayo de 1992, rad. 6307, C. P. Julio César Uribe Acosta; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, rad. 13683, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

REPETICIÓN / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL / OBJETO DEL CONTROL FISCAL / DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / TRANSPARENCIA FISCAL / RECURSOS PÚBLICOS / CUMPLIMIENTO DE LA FINALIDAD DEL ESTADO / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / AUTONOMÍA PRESUPUESTAL Y ADMINISTRATIVA DE LAS CONTRALORÍAS / FUNCIÓN FISCALIZADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA / JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL / RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE / DISMINUCIÓN DEL PATRIMONIO / DOLO / CONDUCTA GRAVEMENTE CULPOSA

La Sala considera necesario precisar el contenido y alcance de los procesos de repetición y de responsabilidad fiscal. El control fiscal en Colombia tiene por objeto la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la Administración en el cumplimiento de los fines del Estado. [...] Esa misma norma [artículo 267 de la Constitución] define a la Contraloría como una entidad técnica, con autonomía administrativa y presupuestal, cuya función es vigilar la gestión fiscal de la administración y la de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. La función fiscalizadora comporta la realización de juicios de responsabilidad fiscal [...]. [...] Cabe precisar que la responsabilidad fiscal es la institucional o anónima del Estado, que difiere sustancialmente de la responsabilidad personal de los agentes que ejercen dicho control, regulada en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución, que prevé la responsabilidad de los agentes del Estado por la disminución patrimonial que éste ha soportado cuando ha debido responder patrimonialmente frente a los administrados, por su actuar doloso o gravemente culposo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 102 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 – ARTÍCULO 267 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 1 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 4

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el objeto del control fiscal en Colombia, cita: Corte Constitucional, sentencia del 25 de agosto de 1999, C-623/99, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Sobre la diferencia entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad personal del agente que determina una condena contra el Estado, cita: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de abril de 2006, rad. 1716, C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL / CONDENA CONTRA EL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO POR AGENTE DEL ESTADO / GESTIÓN FISCAL / DOLO / CONDUCTA GRAVEMENTE CULPOSA / OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / PAGO DE LA OBLIGACIÓN / CONDENA JUDICIAL / CONCILIACIÓN / DAÑO A TERCEROS / NATURALEZA JURÍDICA DE PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL / OBJETO DE PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL / RESARCIMIENTO DEL DAÑO / DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DETRIMENTO DEL PATRIMONIO / OBLIGACIÓN DE PAGAR SUMA DE DINERO / CONDENA CONTRA EL ESTADO / CONCILIACIÓN / DAÑO A TERCEROS / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Ahora, ¿Es posible adelantar simultáneamente la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, cuando el Estado es condenado por daños imputables al agente, en desarrollo de la gestión fiscal, con ocasión de su conducta dolosa o

gravemente culposa? Los artículos 90 de la Constitución Política y 1° a 4° y 7° de la ley 678 de 2001, imponen el deber a las entidades públicas de ejercer la acción de repetición cuando la entidad pública ha pagado una suma de dinero impuesta en una condena judicial o en virtud de una conciliación u otra forma de terminación de conflicto, a consecuencia de los daños causados a un tercero por la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público. El proceso de responsabilidad fiscal por su parte, está consagrado en el artículo 268 Constitucional y es desarrollado por la ley 610 de 2002, disposiciones que señalan que tal proceso, de naturaleza administrativa, tiene por objeto obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejan o administran bienes, recursos o fondos públicos, cuando causan un daño al patrimonio público debido a la inadecuada gestión fiscal, con ocasión de su conducta dolosa o culposa. Si bien ambos procesos tienen elementos comunes, como la finalidad que persiguen, esto es, la protección del patrimonio público cuando ha sido vulnerado por la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos, entre otros, lo cierto es que al ser instrumentos procesales autónomos, presentan diversas características [...]. Teniendo en cuenta lo anterior, en los eventos en que se cause detrimento al patrimonio del Estado por el actuar doloso o culpable del agente en ejercicio irregular de la gestión fiscal, genera la obligación de entidad pública de pagar una suma de dinero proveniente de una condena judicial, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, a consecuencia del daño causado a un tercero por la conducta calificada, desplegada por dicho agente, no hay lugar a adelantar juicio de responsabilidad fiscal sino que se debe ejercer la acción de repetición. En conclusión no es jurídicamente viable tramitar en forma concurrente la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, en consideración a que, de acuerdo con la naturaleza de cada una de dichas figuras consagradas en Constitución Política, éstas son excluyentes. De acuerdo con la naturaleza de la acción de repetición, resulta irrelevante el origen de la obligación, esto es si fue mediante sentencia judicial, conciliación, transacción, etc., o si fue con ocasión o no de gestión fiscal, toda vez que el fundamento de la acción de repetición es el daño que se ha causado a un tercero con la conducta calificada de un agente estatal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 90 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 268 / LEY 678 DE 2001 – ARTÍCULO 1 / LEY 678 DE 2001 – ARTÍCULO 2 / LEY 678 DE 2001 – ARTÍCULO 3 / LEY 678 DE 2001 – ARTÍCULO 4 / LEY 678 DE 2001 – ARTÍCULO 7 / LEY 610 DE 2002

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la diferencia entre la acción de repetición y la responsabilidad fiscal, cita: Corte Constitucional, sentencia del 8 de agosto de 2002, C-619/02, M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil. Sobre la procedencia de la acción de repetición cuando un agente del Estado actuó con dolo o culpa grave, cita: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de julio de 2001, rad. 6620, C. P. Camilo Arciniegas Andrade.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Bogotá D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02608-02(30329)A

Actor: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU”

Demandado: LUIS FERNANDO DE GUZMÁN MORA

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN (APELACIÓN SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del 7 de diciembre de 2004, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sala de Descongestión, decidió:

“PRIMERO: Condénese al señor LUIS FERNANDO DE GUZMÁN MORA, a pagar la suma de SESENTA Y CIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$67’452.929), a favor del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Sin condena en costas”.

I. Antecedentes

1. Demanda

El 16 de diciembre de 2003, el Instituto de Desarrollo Urbano “IDU”¹ presentó demanda en ejercicio de la acción de repetición contra el señor Luis Fernando De Guzmán Mora, quien se desempeñó como Director de dicha entidad para la época de los hechos (fols. 2 a 10 c. 1).

1.1. Pretensiones

¹ El IDU fue creado mediante el Acuerdo 19 de 1972, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, a cargo de la ejecución de obras públicas de desarrollo urbanístico contempladas en el Plan General de Desarrollo y Planes Sectoriales, entre otras funciones.

- Que se declare responsable al demandado por su conducta gravemente culposa, al expedir el acto administrativo que declaró desierta una invitación a contratar, sin motivación alguna y en abuso de una potestad.
- Que se condene al demandado a rembolsar al IDU la suma de \$102'686.023, que deberá ser actualizada conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del C. C. A..
- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 334 y 339 del C. P. C., y 179 del C. C. A. (fols. 2 a 3 c. 1).

1.2. Hechos

- En septiembre de 1993, el IDU abrió la licitación pública 05, Grupos 1 y 2, para la construcción de la oreja y la rampa surorientales, intersección Avenida Boyacá – Avenida de las Américas, y los giros en U de la Avenida las Américas, sector Avenida 68 – Banderas.
- A la invitación acudieron en calidad de proponentes, los señores Augusto Moreno Murcia, Edgar Alfonso Parrado y Rafael Humberto Jiménez Urrego.
- Las propuestas que obtuvieron los mayores puntajes fueron las presentadas por los señores Augusto Moreno Murcia para el grupo 1, y Edgar Alfonso Parrado para el grupo 2 y, con fundamento en los anteriores resultados, el Comité Asesor recomendó al Director del IDU el orden de elegibilidad.
- El 15 de octubre de 1993, se llevó a cabo la audiencia de adjudicación, diligencia en la cual, el proponente que resultó no favorecido, señor Rafael Humberto Jiménez Urrego, alegó que los otros oferentes lo invitaron a que, entre todos, elevaran los precios de las propuestas y, ante esa denuncia, el Director del IDU suspendió la audiencia pública de adjudicación.
- El 8 de noviembre de 1993, el Director del IDU profirió el acto administrativo mediante el cual declaró desierta la licitación, con fundamento en la denuncia efectuada por el proponente vencido, según la cual, los otros participantes lo indujeron a elevar los precios “con el fin de repartirse el mayor valor sobre la misma”
- Los potenciales adjudicatarios, señores Augusto Moreno Murcia y Edgar Alfonso

Parrado presentaron, de forma independiente, demandas contra el IDU, con el objeto de obtener la nulidad del acto que declaró desierto la licitación, procesos que finalizaron en primera instancia con fallo denegatorio.

- Al desatar los recursos de apelación interpuestos contra dichas providencias, el Consejo de Estado las revocó y declaró la nulidad del acto demandado, dado que *“no era suficiente considerar que la denuncia presentada ponía en duda el procedimiento de la invitación, sino que era su deber para llegar a tal conclusión y poder tomar la determinación de declarar desierto el proceso licitatorio, que realizara previamente la verificación de las denuncias hechas y el examen exhaustivo de las propuestas, que le permitieran concluir que en efecto, los precios de las ofertas se encontraban en la situación denunciada; para determinar el concepto en el caso concreto, debió probar los hechos que tornaban la propuesta inconveniente”*.

- En cumplimiento de las condenas judiciales, el IDU pagó la suma de \$102'686.023 (fols. 3 a 5 c. 1).

1.3. Fundamentos de derecho

La parte demandante invocó como infringidos los artículos 90 de la Constitución Política, 135, 136, 170 y 175 del Decreto 01 de 1984, y 86 ibídem, modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. Explicó:

“(...) es lógico concluir que a todo funcionario o exfuncionario público o cualquier persona que ejerza funciones públicas se le exigirá en el cumplimiento de sus funciones el máximo de diligencia y cuidado, por cuanto su actuar puede comprometer la responsabilidad del Estado, la que descansa, descartados los principios individualistas y subjetivistas de la culpa grave y el dolo, en la falla o falta del servicio o de la administración o en la llamada anónima de los mismos.

(...).Al verificar, los fundamentos de la sentencia del Consejo de Estado que condenó a la entidad, se observa que en ella se sostiene que en la resolución acusada y motivo del litigio, el Señor Director incurrió en abuso de una potestad, que la entidad demandada incurrió en error al no agotar un procedimiento a fin de justificar de manera razonada y objetiva la decisión de declarar desierto el proceso licitatorio” (fols. 5 a 8 c. 1).

2. Trámite

2.1. El Tribunal Administrativo del Cundinamarca – Sección Tercera A, admitió la demanda por auto del 26 de febrero de 2004, que se notificó personalmente al señor Agente del Ministerio Público el día 1º de marzo siguiente, y al demandado el 5 de mayo de ese mismo año (fols. 13 a 14, 14 vto. y 22 c. 1).

2.2. Al contestar la demanda, el señor Luis Fernando De Guzmán Mora se opuso a las pretensiones. Definió la culpa como la falta de previsión frente a un resultado probable, sin intención de producirlo, y concluyó que su conducta no fue gravemente culposa, en tanto el acto por el cual declaró desierta la licitación pública no violó de forma inexcusable y manifiesta las normas de derecho sino que, por el contrario, se ciñó al procedimiento legal y fue debidamente motivado.

Adujo que, a pesar de que en el acto objeto de debate se omitió incluir el análisis y la comparación de los precios de las propuestas, ello no significa que no se hubiera realizado el respectivo examen de las mismas, puesto que, precisamente el resultado de dicho análisis, conllevó a deducir que éstas eran inconvenientes; que la falta de pericia de las personas que redactaron dicho acto administrativo, no conduce a concluir que el demandado violó la ley, máxime si se tiene en cuenta que no es abogado y, con fundamento en ello, expresó:

“No hubiera sido posible para el modelo ‘paradigmático’ de un administrador normal de los asuntos públicos, prever que la entidad bajo su dirección habría de ser condenada por la resolución que declaró desierta la invitación, cuando ni siquiera fue aceptable a posteriori tal resultado para el Tribunal de Cundinamarca que en primera instancia no accedió a la pretensión e los dos proponentes demandantes. No cabría aquí afirmar que ‘cualquiera’ lo hubiera previsto. Ni siquiera que un padre o un cuasi héroe lo hubieran podido prever”

Afirmó que la función discrecional que ejerció no fue negligente, dado que contempló el eventual perjuicio que se podría causar a la entidad en caso de adjudicar el contrato a sabiendas de la denuncia presentada por uno de los proponentes, acusación que consideró una condición objetiva que hacía inconveniente la adjudicación; que el acto por el cual declaró la caducidad de la licitación estuvo motivado más allá de la exigencia legal, y expresó que no podía entrar a sustentarlo en las “maniobras” de los proponentes, toda vez que esa motivación hubiera implicado un procedimiento en el que debía llamarse a una audiencia de descargos y a una etapa probatoria, razón por la cual, era necesario limitar el fundamento del acto simplemente a la denuncia de uno de los proponentes.

Finalmente, explicó las consideraciones técnicas que se tuvieron en cuenta para deducir la inconveniencia de las propuestas, así:

“Con el ánimo de aportar elementos de juicio sobre el ambiente que se vivía al momento de la expedición del acto administrativo, es preciso recordar que según el

ingeniero Jiménez, los ingenieros Moreno y Parrado, elevaron el valor de sus propuestas por encima del mercado para incrementar artificialmente la media aritmética y sacar de competencia al ingeniero Jiménez, colocándolo por debajo del límite mínimo de la desviación estándar. No estaba la propuesta del Ingeniero Jiménez por debajo del mercado, sino que las de Moreno y Parrado, tenían valor superior al del mercado a pesar de esta dentro de un promedio distorsionado hacia arriba por ellas mismas.

El proponente Jiménez, afirmó haber cotizado a precios SISE (precios unitarios adoptados oficialmente por las empresas de servicios públicos para órdenes de trabajo de menor cuantía) que tenían la reputación de ser altos comparados con los precios unitarios utilizados en contratos del IDU. Es decir que las propuestas excluidas del ingeniero Jiménez (\$205 millones para el grupo 1 y \$156 millones para el grupo 2) podrían presumirse relativamente altas por corresponder a precios SISE y sin embargo la propuesta recomendada para el grupo 1, la del ingeniero Augusto Moreno (\$239 millones) fue 16% más alta que la de Jiménez y la propuesta recomendada para el grupo 2, la del ingeniero Parrado (\$189 millones) fue un 20% más alta que la de Jiménez.

Adicionalmente, el ingeniero Jiménez denunció que el proponente Parrado, uno de los que pretendía la adjudicación, había presentado dos años antes propuesta por \$136 millones para las mismas obras del grupo 1 por las que en la invitación que nos ocupa presentó propuesta por \$245 millones, es decir que incrementó los precios en más de 80% en un período en que la inflación escasamente alcanzó el 25%.

Semejantes evidencias numéricas no podían pasar desapercibidas. En el sentir del Director del IDU hubiera sido negligente haber desestimado la situación objetiva creada a raíz del desarrollo de la audiencia y haberse lavado las manos adjudicando a precios inconvenientes, como si nada estuviera pasando, mientras se efectuaba una investigación sobre la conducta de los proponentes en que se confrontaría la palabra de un ingeniero contra la de dos ingenieros. (...).

Obviamente la conclusión es un sofisma. Los precios del proponente rechazado no eran demasiado bajos sino que los de los otros eran demasiado altos” (fols. 24 a 29 c. 1).

2.3. La etapa probatoria se abrió por auto del 1º de julio de 2004 y, al vencimiento de dicho período se ordenó el traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus escritos finales, mediante providencia del 16 de septiembre de 2004 (fol. 32 a 33 y 70 c. 1). La parte actora reiteró los argumentos esgrimidos con anterioridad, y el demandado señaló que no basta aportar las sentencias condenatorias para probar la culpa grave del demandado (fols. 71 a 74 y 75 a 84 c. 1).

3. Sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó al demandado, con fundamento en que expidió la resolución 425 de 1993, por la cual declaró desierta la licitación, con desconocimiento de los preceptos vigentes, con sustento solo en lo dispuesto en el Código Fiscal de Distrito que, si bien se encontraba vigente,

ameritaba una amplia motivación y fundamentación razonable, tal como lo exige el artículo 36 del C. C. A.

Criticó la omisión del demandado, al no adelantar una investigación y esperar los resultados de la misma y calificó su proceder de gravemente culposos, al declarar desierta la licitación sin material probatorio que permitiera confirmar la veracidad de la denuncia formulada por uno de los proponentes. Limitó la motivación del acto en una supuesta inconveniencia de la adjudicación, sin referir los hechos que evidenciaban alguna irregularidad, en abierta violación del debido proceso y con vulneración de los derechos de quienes presentaron sus propuestas con la intención de obtener la adjudicación del contrato.

Al tasar los perjuicios, el Tribunal solamente encontró probada la erogación que efectuó el IDU, en virtud de la sentencia judicial proferida dentro del proceso adelantado por el señor Augusto Moreno Murcia, por la suma de \$63'241.074. En relación con las demás pretensiones económicas, afirmó que la entidad demandante no probó haber realizado pago alguno a favor del señor Edgar Alfonso Parrados Granados, por concepto de la condena impuesta dentro del juicio de controversias contractuales adelantado por éste último en su contra. Explicó:

“Ahora bien, en relación con la suma a cuyo pago fue condenado el IDU, a favor del señor EDGAR ALFONSO PARRADO GRANADOS, en sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, llama la atención de la Sala que, que (sic) no obra dentro del expediente copia de orden de pago o de reporte de giro alguno a su favor, teniendo encuenta que las copias aportadas por la entidad, en relación con el pago, tienen como beneficiarios a los señores Augusto Moreno Murcia y ALFONSO BELTRÁN GARCÍA, sin que exista vínculo alguno entre ésta último y el caso en examen y en consecuencia, se tiene que no existe evidencia alguna de que efectivamente se hubiese cancelado la suma de \$39'444.949, ordenada a favor del señor EDGAR ALFONSO PARRADO GRANADOS, en sentencia del 29 de mayo de 2003, proferida por el H. Consejo de Estado” (fols. 97 a 109 c. ppal).

4. Recurso de apelación

Ambas partes lo interpusieron en los siguientes términos:

4.1. EL IDU alegó que sí se demostró la prueba del pago efectuado por \$39'444.949 a favor del señor Edgar Alfonso Parrado, en cumplimiento de la sentencia condenatoria proferida dentro del proceso contractual adelantado por éste último, pues desde la presentación de la demanda aportó, en copias

auténticas, la providencia judicial y las respectivas órdenes de pago. Agregó que, que como si lo anterior fuera insuficiente, el Tribunal solicitó al IDU, de oficio, aportar las certificaciones que demostraran el pago efectivo, documentos que efectivamente fueron allegados (fols. 111 a 112 c. ppal).

4.2. EL DEMANDADO solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Destacó que la única prueba que aportó la parte demandante para deducir su responsabilidad personal, son las sentencias condenatorias proferidas por el Consejo de Estado dentro del proceso de controversias contractuales, que solamente demuestran que existió una obligación a cargo del IDU, de pagar una suma de dinero a favor de dos de los proponentes que participaron en la licitación que se declaró desierta; que esos documentos no son suficientes para afirmar que su conducta fue gravemente culposa, puesto que en ese juicio solamente se debatió la responsabilidad del Estado, sin que se hubiera vinculado al demandado en ese proceso, razón por la cual, en esta oportunidad, la condena en su contra no puede fundamentarse únicamente en esa prueba. En síntesis, dijo que no basta probar el daño patrimonial de la entidad, sino que ésta debe acreditar la culpa grave del demandado, puesto que, no siempre que se condena al Estado a pagar una suma de dinero resulta procedente iniciar la acción de repetición contra uno de sus agentes. Al respecto, agregó:

*“(...) la entidad pública está legitimada para ejercer la acción de repetición, sin embargo, para que ésta prospere (presupuestos de la acción) y se pueda imputar responsabilidad patrimonial al servidor o ex servidor público es necesario que la entidad pruebe que la actuación del funcionario fue dolosa o gravemente culposa y que por causa de dicha conducta el Estado se vio en la obligación de indemnizar el daño causado. Es decir, que **no basta con la condena impuesta a la administración**, como al parecer lo entendió el a quo, sino que dentro del proceso originado por la acción de repetición se debe probar la culpa grave o el dolo, o que la actuación que se acusa esté inmersa en alguno de los casos en los que la ley presume dichas conductas”.*

Explicó que la decisión de declarar desierta la licitación, fue el resultado de una extrema precaución para evitar perjudicar los intereses de la entidad y señaló que no desconoció el artículo 36 del C. C. A., como se afirma en la sentencia de primera instancia, toda vez que expidió el acto en uso de las facultades discrecionales otorgadas por la Ley y estuvo debidamente motivado; que se deben tener en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de las providencias de primera instancia, proferidas dentro del proceso contractual, en las que se negó la nulidad del acto que declaró desierta la licitación, dado que en ellas, se advierte que existen diversas interpretaciones respecto de la legalidad,

circunstancia que conlleva a deducir que la conducta del demandado no fue gravemente culposa. Explicó:

“No se pretende, con lo anteriormente expuesto, discutir la decisión del Consejo de Estado proferida en segunda instancia, sencillamente se quiere resaltar que la decisión adoptada por el demandado fue avalada por un Juez de la República lo que en últimas permite demostrar que así la decisión de declarar desierta la licitación haya sido errada, no fue debido a una violación manifiesta de las normas, ni a un abuso de potestad, ni mucho menos a una actuación totalmente negligente o descuidada. El demandado creyó en su momento, que ésta era la decisión más conveniente para proteger los intereses de la entidad estatal y por lo tanto del Estado, que es lo que precisamente pretende el artículo 36 del C. C. A., al consagrar la discrecionalidad de los funcionarios públicos, que sólo se verán limitados por los fines de la norma y el interés público”.

Informó que la Contraloría de Bogotá inició un proceso de responsabilidad fiscal en su contra, en consideración a que la Auditoría Fiscal encontró un detrimento patrimonial de \$64'962.878,89, cifra que correspondió al pago efectuado a favor del señor Augusto Moreno Murcia en virtud de la condena judicial impuesta por el Consejo de Estado; que dicho proceso concluyó con orden de archivo, dado que no se demostró la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado. La Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, entidad que revisó el caso en virtud de la consulta, confirmó dicha decisión y añadió en la providencia, que su conducta encontró sustento en las serias dudas que surgieron sobre la idoneidad de los proponentes durante el proceso licitatorio (fols. 121 a 135 c. ppal).

5. Trámite en segunda instancia

5.1. El recurso se admitió por auto del 22 de agosto de 2005, y mediante providencia del 16 de marzo de 2006, se ordenó el traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus escritos finales (fols. 166 y 180 c. ppal). El IDU y el demandado reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fols. 181 a 185 y 187 a 197 c. ppal).

El Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó adicionar la sentencia de primera instancia, con el fin de condenar al demandado por la suma de dinero restante, dado que el pago con ocasión del segundo proceso contractual, también se encuentra probado. Señaló además, que la conducta gravemente culposa del demandado se puede deducir, por cuanto tomó la decisión de declarar desierta la licitación, sin contar con los resultados de la

investigación que debía adelantar y sin tener pruebas sobre la veracidad de la denuncia efectuada por uno de los proponentes, aduciendo simplemente en el acto administrativo razones de inconveniencia, sin hacer referencia a los hechos que evidenciaban tales irregularidades (fols. 198 a 211 c. ppal).

5.2. El 14 de agosto de 2008, la Consejera de Estado Dra. Myriam Guerrero de Escobar puso en conocimiento de la Sala el impedimento para conocer del proceso por estar incurso en la situación contemplada en el numeral 2 del artículo 150 del C. P. C., el cual fue aceptado por la Sala por auto del 3 de diciembre de 2008 (fols. 226 y 254 c. ppal).

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sección Tercera del Consejo de Estado procede a proferir sentencia, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES:

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de diciembre de 2004, con fundamento en lo previsto en los artículos 129 y 132, numeral 10 del C. C. A.² y, para fallar en esta oportunidad por la prelación de fallo acordada por la Sala, en sesión del 5 de mayo de 2005.

1. Normativa aplicable

La Sala advierte que los hechos y actos debatidos en este proceso tuvieron lugar el día 8 de noviembre de 1993, fecha en que el Director del IDU de esa época, expidió el acto administrativo por el cual declaró desierta la licitación pública 05, esto es, antes de la expedición de la Ley 678 de 2001³. Por lo tanto, dicha normativa no es aplicable en los aspectos sustanciales a este caso.

No obstante lo anterior, en materia procesal, el asunto en estudio sí se puede analizar a la luz de dicha Ley, por tratarse de normas de orden público y, por ende, de aplicación inmediata. Así lo ha explicado la Sala:

² La pretensión de la demanda es por \$102'686.023, cifra superior a la exigida por la Ley para que el proceso tenga vocación de doble instancia (\$36'950.000).

³ El artículo 31 de la Ley 678 de 2001, señala la vigencia de dicha ley a partir del momento de su publicación en el Diario Oficial, que se surtió el 4 de agosto de 2001.

“En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar conforme a las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Es decir, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos no iniciados mediante la respectiva acción judicial con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001; y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua.

Colígese de lo anterior que la Ley 678 de 2001, se aplica en lo sustancial, excepto en lo que resulte más favorable al enjuiciado, para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001⁴, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, el estudio de responsabilidad del agente público se deben analizar conforme a la normativa anterior; y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998.

En consecuencia, por versar el subjudice sobre hechos que se remontan al 12 de enero de 1992, la normativa sustancial bajo la cual se examinará corresponde a la vigente para aquella época y a la luz de los conceptos expuestos a propósito de las mismas en esta providencia⁵.

Ahora, para determinar cuáles son los asuntos procesales y sustanciales que gobiernan el caso, es necesario determinar los elementos de la acción de repetición, los cuales han sido explicados por la Sala⁶ en varias oportunidades:

- La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero que generó la condena, o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;

⁴ Según Diario Oficial No. 44.509 de 4 de agosto de 2001.

⁵ Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp: 17.482. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006. Exp: 18.440; 27 de noviembre de 2006. Exp: 22.099; 27 de noviembre de 2006. Exp: 22.121; 6 de diciembre de 2006. Exp: 22.189; 27 de noviembre de 2006. Exp: 24.310; 27 de noviembre de 2006. Exp: 26.171; 6 de diciembre de 2006; 8 de noviembre de 2007. Exp: 30.327; 13 de agosto de 2008. Exp: 35.062; 15 de octubre de 2008. Exp: 29.475; 3 de diciembre de 2008. Exp: 20.127; 3 de diciembre de 2008. Exp: 24.241; 29 de enero de 2009. Exp: 35.702, entre muchas otras.

- La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública, o de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- El pago realizado por parte de la Administración; y
- La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

Los tres primeros son de carácter objetivo, frente a los cuales resultan aplicables las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, según se explicó. Por su parte, la conducta dolosa o gravemente culposa es un elemento subjetivo que se debe analizar a la luz de la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante del pago por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición.

2. Análisis de los elementos de la acción de repetición

2.1.- Calidad del agente y de su conducta determinante de la condena

La actuación u omisión de los agentes del Estado es materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado.

2.2.- Condena judicial u obligación de pagar una suma de dinero

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto.

2.3.- Pago

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial, o conciliación, o cualquier otra forma de

terminación del conflicto, a través de prueba que generalmente⁷ es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado **y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.**

El pago efectivo, en los términos del artículo 1.626 del Código Civil, “es la prestación de lo que se debe” y **debe probarlo quien lo alega**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.757 ibídem. Conforme a lo anterior, no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago, sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación.

En efecto, la ley procesal civil, al regular los juicios ejecutivos, prevé que las obligaciones de pago requieren de demostración **documental que provengan del acreedor**, circunstancia que en esos casos permite la terminación del proceso por pago. Tal exigencia resulta procedente en los juicios de repetición, en consideración a que al ser su fundamento el reembolso de la suma de dinero pagada a un tercero, se parte de la base de la existencia previa de una deuda cierta ya satisfecha⁸.

2.4.- La conducta calificada de dolosa o gravemente culposa

La Sala ha explicado en varias oportunidades⁹ que, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos, como son las disposiciones del Código Civil las cuales, además de definir los calificativos de dolo y de culpa grave¹⁰, clasifican las especies de culpa que existen, entre ellas la grave:

⁷ El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil dispone que en los eventos en que se trate de probar el pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito será apreciado como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias especiales en que tuvo lugar el mismo, haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión, situación que no es común debido a la prudencia y diligencia de todas las personas que acostumbran utilizar en sus relaciones jurídicas.

⁸ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera: 27 de noviembre de 2006. Exp: Expediente: 22.099. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra; 8 de marzo de 2007. Exp: 25.749. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁹ Sentencia del 30 de agosto de 2007. Exp: 29.223. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰ “Respecto de este tipo de culpa, los hermanos Mazeaud señalan, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. ‘Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido’. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha ‘obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...’ (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110)” Apartes de la sentencia del 10 de noviembre de 2005. Exp. 19.376. Consejero Ponente: Dr. Alirio Eduardo Hernández Enríquez.

“ARTÍCULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone al diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpas se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (Resaltado por fuera del texto original).

Conforme a las anteriores definiciones, se evidencia que para el legislador no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma, y por ello consideró necesario graduarlas, dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo; en estas condiciones, la culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del operador jurídico, es decir que, cuando se consagra este tipo de culpa, el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave, quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia, cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría; es por eso que dice la norma, que esta clase de culpa en materias civiles, equivale al dolo; la culpa grave o negligencia grave es descrita por la jurisprudencia alemana como “...una conducta que infringe, en una medida desacostumbradamente desproporcionada, a la diligencia requerida; sería pasar inadvertido ‘lo que en un caso dado, a cualquiera, debe ser evidente’...”; es decir, que esa “...negligencia grave sería ‘la vulneración de un deber especialmente grave y también subjetivamente inexcusable sin más, que excede considerablemente la medida acostumbrada en la negligencia’”¹¹.

Con fundamento en la norma en mención, la jurisprudencia del Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de

¹¹ MEDICUS, Dieter; Tratado de las Relaciones Obligatorias, Edic. española de Angel Martínez Sarrión. VI. I. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona. 1ª ed., 1995; pg. 152.

la acción de repetición¹² y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77¹³ y 78¹⁴ del C. C. A.. Así, dijo¹⁵ que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política¹⁶ y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo, contratos, bienes y familia.

La Sala ha concluido la existencia de conducta dolosa, entre otros, en los siguientes eventos:

- Cuando el superior jerárquico, prevalido de tal condición, acosa a sus subalternos en una muestra de abuso de poder y de extralimitación en el ejercicio de sus funciones, pues *“desconoce abiertamente los deberes que su condición de agente estatal le impuso; más aún, lejos de ser una conducta desprevenida y aislada, fue intencional, querida y permanente, ya que sometió a la señora ... a un trato degradante, discriminatorio y humillante, y ni siquiera vaciló en hacer públicas sus intenciones”*¹⁷.

- Cuando un soldado asesinó a otro compañero con el intercambio de palabras y la riña previa *“que constituyó el detonante del hecho funesto, las conductas tan dicientes del victimario, parte integrante del iter criminis, en fase preparatoria, como haber hecho amague de terminar la pelea para inmediatamente retornar armado y en actitud de persecución silenciosa y soez contra la víctima”*¹⁸.

¹² Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994; Exp: 8483. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; 21 de octubre de 1994. Exp: 9.618. Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta; 12 de abril de 2002. Exp: 13.922. Consejero Ponente: Dr. German Rodríguez Villamizar; 5 de diciembre de 2005. Exp: 23.218. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; y el auto de 22 de mayo de 2003. Exp. 23.532. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹³ Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001. Magistrada Ponente: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹⁴ Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵ Sentencia del 31 de agosto de 1999. Exp. 10.865. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ El artículo 83 Constitucional reza: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*.

¹⁷ Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Exp. 26977 Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez.

¹⁸ Sentencia del 5 de diciembre de 2005. Exp. 23.218. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

- Cuando un agente de policía empleó un medio de fuerza, que si bien está autorizado por la Constitución Política y la Ley, en esa situación no era de aquellos con los que se pretende causar el menor daño a la integridad de la personas. La reacción desproporcionada del policía permitió inferir que su conducta fue dolosa, con fundamento en que conocía las normas y reglamentos que lo regían y aún así, utilizó su arma de dotación oficial contra una persona desarmada¹⁹.

La Sala ha encontrado configurada la culpa grave, entre otros, en los siguientes eventos:

- Cuando los Agentes del Estado incurrieron en negligencia e incumplimiento frente a las instrucciones de seguridad impartidas por las autoridades de la fuerza pública en relación con el control de ingreso de personas y vehículos al Palacio de Justicia en la época de la toma guerrillera²⁰.

- Cuando un funcionario público no sólo desconoció flagrantemente una prohibición de tránsito, sino que dadas las circunstancias particulares que rodearon el caso no evitó el daño pudiendo hacerlo²¹;

- Cuando el médico tratante, quien frente a los signos y síntomas que presentaba el paciente, no lo dejó en observación durante el tiempo necesario para descartar alguna enfermedad grave, ni lo remitió oportunamente a otro hospital, de mejor nivel, donde habría podido recibir el tratamiento adecuado²².

- Cuando una entidad recibe una suma de dinero como producto de un fideicomiso y al momento de hacer la entrega del dinero a su propietario, el paquete en que se depositaba el dinero no contenía la suma que en él se indicaba, existiendo un faltante, situación que demuestra el incumplimiento de la obligación de custodia sobre dichos valores²³.

- Cuando los Magistrados del Tribunal de Distrito Superior, a quienes se les exige conocimientos en derecho para ocupar dichos cargos, adoptaron la decisión de nombrar a otros jueces sin tener en cuenta las normas vigentes para ese momento y sin atender las peticiones del funcionario afectado con la decisión, conducta

¹⁹ Sentencia del 6 de diciembre de 2006. Exp: 22.189. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁰ Sentencia del 19 de diciembre de 1995. Exp. 10.773. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

²¹ Sentencia del 31 de agosto de 1999. Exp. 10865. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

²² Sentencia del 27 de abril de 2006. Exp.15.655. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

²³ Sentencia del 25 de julio de 1994. Exp. 8483. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

imprudente y descuidada que configura la culpa grave; declararon una insubsistencia desconociendo las normas legales que claramente regían la carrera judicial, incurriendo en un error inexcusable, toda vez que no previeron los efectos nocivos de su actuación, habiendo podido hacerlo, y porque su calidad de Magistrados hace que sus omisiones y errores se consideren graves, en los términos de los artículos 6 y 121 de la C. P., que permiten deducir que cuentan con un alto nivel profesional, gran experiencia en el trámite de los asuntos a su cargo y, por ende, en el manejo de las normas que regulan el debido proceso y el derecho de defensa²⁴.

En consideración a lo anterior, la Sala²⁵ ha explicado que, en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas – actuación dolosa –, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confió en poder evitarlo –actuación culposa–.

Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya estipulado expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la

²⁴ Sentencia del 27 de noviembre de 2006. Exp: 18.440. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁵ Sentencia del 27 de noviembre de 2006. Exp: 23.049. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

3. Los elementos de la responsabilidad personal del agente en el caso concreto

3.1. Calidad de agentes del Estado y conducta

La parte actora demostró la calidad de Director del IDU del señor Luis Fernando de Guzmán Mora y su participación en la expedición del acto administrativo que declaró desierta la invitación pública 05 de 1993 (fols. 139 a 142 c. 3).

3.2. Existencia de condena judicial a cargo de la entidad pública

La parte demandante demostró la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de las sentencias condenatorias judiciales, proferidas dentro de los procesos de controversias contractuales iniciados por los señores **Augusto Moreno Murcia (Exp: 14.107)** y **Edgar Alfonso Parrado Granados (Exp: 14.462)**, al aportar los siguientes documentos en estado de valoración:

- Sentencia de primera instancia del 15 de mayo de 1997, proferida dentro del **proceso 14.107 (Augusto Moreno Murcia VS. IDU)**²⁶ (fols. 42 a 56 c. 2).

- Sentencias de segunda instancia, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de febrero de 2003 (**Proceso 14.107. Augusto Moreno Murcia VS. IDU**), y el 29 de mayo de 2003²⁷ (**Proceso 14.462. Edgar Alfonso Parrado**

²⁶ Con salvamento de voto de los Magistrados María Elena Giraldo Gómez y Benjamín Herrera Barbosa, quienes consideraron que el acto administrativo demandado infringió el artículo 83 de la Constitución Política. Explicaron: “(...) la mera declaración pública de hechos, no se presume de buena fe como equiparable a la verdad; está sujeta a la corroboración. Las denuncias públicas administrativas o judiciales etc..., son simple manifestaciones sujetas a un procedimiento investigativo, sujeto a la contradicción, y para que después de surtida ésta haya una decisión que determine la verificación o no, de lo afirmado ante el Estado. El dolo, como fue el denunciado por el oferente acusador, es cualificación de conducta que no se presume por regla general, y por lo tanto debe probarse (art. 1516 del C. C.). (...). Las ofertas no son convenientes o inconvenientes según el proponente, sino por el contenido material de ellas. El IDU se apartó del principio de legalidad al que debía someterse. De aceptarse semejante procedimiento, muy seguramente podría bastar que cualquiera hiciese denuncias públicas en contra de algún oferente, y por esas declaraciones, no averiguadas se hallaría fácilmente una causal, de hecho, para declarar desierta una licitación, y de ese modo y por añadidura, la administración podría contratar directamente. Por otro lado, y finalmente, es extraño que la entidad pública no haya probado que las declaraciones de atribución dolosa a un oferente, no la hubiese dado a conocer a la autoridad penal” (fols. 67 a 77 c. 3).

²⁷ En la parte resolutive de esta providencia, el Consejo de Estado dispuso: “(...) 1. Estése a lo resuelto en la sentencia proferida por esta sección el 20 de febrero de 2003 (rad. No. 14.107) en cuanto declaró la nulidad de la resolución número 425 del 8 d noviembre de 1993, mediante la cual el director del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, declaró desierta la invitación No. 5 grupos 1 y 2 de 1993. (...)”. En la parte motiva de la misma sentencia, la Sala señaló: “Declarada la nulidad del acto administrativo que también se impugna en el

Granados VS. IDU), por las cuales revocó los fallos de primera instancia, declaró la nulidad del acto demandado y condenó al IDU a indemnizar a los señores Augusto Moreno Murcia en cuantía de \$63'241.074,21 y Edgar Alfonso Parrado Granados la suma de \$39'444.949 (fols. 15 a 40 y 59 a 81 c. 2).

3.3. Pago de la condena por parte de la entidad pública

Teniendo en cuenta que la apelación del IDU tiene por objeto modificar la sentencia de primera instancia, para que se aumente la condena impuesta en \$39'444.949, correspondientes a la suma que debió pagar a favor del señor Edgar Alfonso Parrado en virtud de la sentencia judicial proferida dentro del juicio de controversias contractuales, la Sala entrará a verificar la prueba del pago efectivo de dichas condenas.

En este caso, el material probatorio muestra lo siguiente:

- El IDU expidió las órdenes de pago que se relacionan a continuación, ambas emanadas de la Dirección Técnica de Tesorería y Recaudo y de la Dirección Financiera de la entidad, con los respectivos reportes de los giros realizados por transferencia electrónica, documentos en los que no obra constancia de recibido por parte de los beneficiarios:

Orden	Fecha	Valor	Beneficiario	Cta.	Bco.	Concepto	Fol.
2200	17/06/03	\$63'241.074	Augusto Moreno Murcia	160-75002-2	Popular	"Sentencia por Condena judicial a favor del Augusto Moreno Murcia"	92
3041	05/08/03	\$39'444.949	Alfonso Beltrán García ²⁸	010-5500195978	Colmena	"Sentencia de condena proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – <u>Proceso 14.107</u> de mayo de 2003"	94

- El 17 de julio de 2003, fecha en que se expidió la orden de pago a favor del señor Augusto Moreno Murcia, éste solicitó al IDU la liquidación de los respectivos intereses sobre la suma reconocida en la orden de pago 2200. En dicha solicitud, el señor Moreno Murcia reconoció recibir el pago de \$63'241.074, así:

presente proceso y cuyos efectos se hacen extensivos al demandante, en razón de la cosa juzgada erga omnes de esa sentencia (art. 175 c. c. a), la sala se remitirá a las consideraciones que allí se hicieron y resolverá las pretensiones indemnizatorias que el demandante en particular reclama".

²⁸ El señor Beltrán García actuó como apoderado judicial del señor **Augusto Moreno Murcia** dentro del proceso contractual adelantado contra el IDU, en el que se pretendió la nulidad de la Resolución 425 del 8 de noviembre de 1993, por la cual se declaró desierta la licitación 005, tal como se advierte del poder conferido a dicho profesional del derecho (documento aportado en copia auténtica, fol. 58 c. 2)

“Con fecha Junio 17 del presente año, mediante transferencia electrónica (orden de pago referenciada), recibí de ese Instituto, la cantidad de \$63’241.074 moneda corriente, como pago a mi favor de la sentencia condenatoria del 20 de Febrero de 2003 proferida contra ese Instituto por el Honorable Consejo de Estado.”

Como el mencionado fallo en su numeral 3º (Pág. 26) ordena el pago de intereses moratorios a partir de su ejecutoria, de manera comedida solicito a usted se sirva ordenar a quien corresponda, la liquidación y pago de los intereses moratorios causados en este proceso, pues transcurrieron 3 meses desde cuando la sentencia quedó ejecutoriada hasta el día de su pago efectivo” Resaltado por fuera del texto original (fol. 44 c. 3).

- Mediante la Resolución 9552 del 21 de octubre de 2003, el IDU reconoció a favor del señor Augusto Moreno Murcia la suma de \$1’727.804,68, por concepto de intereses moratorios sobre el monto total de la condena impuesta por el Consejo de Estado, desde el 21 de marzo de 2003 – fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia – hasta el 17 de junio de 2003 – fecha en que se efectuó el pago – (fols. 41 a 43 c. 3).

Revisado el material probatorio, se advierte que el IDU solamente acreditó el pago de \$63’241.074, tal como se advierte del Oficio del 17 de julio de 2003, por el cual el señor Augusto Moreno Murcia reconoció el recibo a entera satisfacción de esa suma de dinero.

Aunque dentro del expediente obra la orden de pago 3041 del 5 de agosto de 2003, en la que el IDU afirmó pagar \$39’444.949 a favor del señor Alfonso Beltrán García en virtud de la sentencia condenatoria proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso 14.107, documento que el demandante pretende se tenga como prueba del pago realizado a favor del señor Edgar Alfonso Parrado Granados, quien actuó como parte actora dentro del proceso contractual 14.462, lo cierto es que para la Sala, el IDU no acreditó el pago que alega, pues de tal documento se advierte lo siguiente:

- La orden de pago por \$39’444.949 se expidió a favor del señor **Alfonso Beltrán García**, quien actuó como apoderado judicial del proponente Augusto Moreno Murcia, tal como se observa del poder otorgado para adelantar el proceso contractual (fol. 58 c. 2), sin que el IDU hubiera probado que ese mismo profesional del derecho también actuó como apoderado judicial del señor Edgar Alfonso Parrado Granados dentro del juicio de controversias contractuales adelantado por éste último.

- En la orden de pago 3041 claramente se observa que se reconoció la suma de \$39'444.949, en virtud del cumplimiento de la sentencia condenatoria proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente **14.107**, cuando dicho proceso corresponde al adelantado por el señor **Augusto Moreno Murcia**, mientras que el que inició el señor **Edgar Alfonso Parrado Granados** se identificó con el número **14.462**.
- En dicha orden de pago no aparece la respectiva constancia de recibo a entera satisfacción por parte del beneficiario, es decir, no está suscrito ni por el abogado Alfonso Beltrán García, ni por los señores Augusto Moreno Murcia o Edgar Alfonso Parrado Granados.

En consideración a lo anterior, la orden de pago 3041 del 5 de agosto de 2003 presenta varias inconsistencias que impiden tener claridad sobre la obligación que se pretende reconocer y, también resulta insuficiente por cuanto no da certeza sobre el cumplimiento efectivo de la obligación a cargo del IDU, puesto que no aparece la constancia del recibo de dicha suma de dinero por parte del beneficiario.

Por consiguiente, no es de recibo el argumento esgrimido por el IDU en el recurso de apelación para modificar la sentencia recurrida y aumentar la condena impuesta en primera instancia, en tanto, como se vio, no acreditó el pago a favor del señor Edgar Alfonso Parrado Granados.

3.4. Calificativo de dolosa o gravemente culposa

A diferencia de lo que afirmó el señor Luis Fernando de Guzmán Mora en la contestación de la demanda, la Sala advierte que el material probatorio no solo está compuesto por las sentencias condenatorias proferidas dentro del proceso de controversias contractuales. En efecto, de las pruebas legalmente allegadas al expediente, la Sala encontró acreditados los siguientes hechos:

- El 13 de octubre de 1972, el Concejo Distrital de Bogotá expidió el Acuerdo 19 de 1972, mediante el cual creó al IDU, como un establecimiento público. En materia de contratación, la Junta Directiva del Instituto está a cargo de dictar la

reglamentación administrativa sobre el procedimiento que se debe adelantar en los procesos licitatorios y en la celebración de los contratos, y el Director de la entidad tiene, entre otras, la función de “dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar todos los contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones del Instituto, conforme a los acuerdos del Concejo y demás disposiciones legales estatutarias y a las resoluciones de la Junta Directiva”. En materia fiscal, el Contralor Distrital debe ejercer las funciones de vigilancia y control sobre el manejo de los fondos y bienes del Instituto (fols. 1 a 4 c. 2).

- Mediante el Acta No. 8 del 1º de octubre de 1993, el IDU dio apertura de propuestas para la invitación pública 05, Grupos 1 y 2, para la construcción de la oreja y de la rampa sur orientales de la Avenida Boyacá por la Avenida de las Américas, y de giros en U en el sector de la Avenida de las Américas – Avenida 68 – Banderas, invitación en la que participaron los señores Rafael Humberto Jiménez Urrego, Augusto Moreno Murcia y Edgar Alfonso Parrado Granados, quienes presentaron sus ofertas, así:

Orden	Proponente	Grupo	Valor propuesta	Plazo
1	Rafael Humberto Jiménez Urrego	1	\$204'999.497,34	4 meses
		2	\$136'425.825,64	4 meses
2	Augusto Moreno Murcia	1	\$239'100.355,00	4 meses
		2	\$190'890.053,00	4 meses
3	Edgar Alfonso Parrado Granados	1	\$245'014.643,54	4 meses
		2	\$189'338.079,14	4 meses

(fol. 126 c. 3).

- El 13 de octubre de 1993, el Comité Asesor para la adjudicación de contratos del IDU, evaluó las propuestas presentadas por los señores Rafael Humberto Jiménez Urrego, Augusto Moreno Murcia y Edgar Alfonso Parrado Granados para la invitación pública 05, Grupos 1 y 2, con los siguientes resultados:

“La Subdirectora Legal presentó la evaluación legal, conceptuando que los proponentes cumplen con la totalidad de los requisitos exigidos en la guía básica.

Seguidamente el Subdirector de Construcciones presentó el análisis técnico con base en el cual se rechazó la oferta de RAFAEL HUMBERTO JIMÉNEZ URREGO por cuanto al aplicar la desviación estándar quedó por debajo del límite mínimo de ésta.

RECOMENDACIÓN: Con base en lo anterior cumplen con todos los requisitos las siguientes firmas y por lo tanto el orden de elegibilidad recomendado por el Comité es el siguiente:

GRUPO 1

<u>Proponente</u>	<u>Valor propuesta</u>	<u>Plazo meses</u>
1. AUGUSTO MORENO MURCIA	\$239'100.355,00	4
2. EDGAR A. PARRADO GRANADOS	\$245'014.645,54	4

GRUPO 2

<u>Proponente</u>	<u>Valor propuesta</u>	<u>Plazo meses</u>
1. EDGAR A. PARRADO GRANADOS	\$189'338.079,14	4
2. AUGUSTO MORENO MURCIA	\$190'890.053,00	4"

(fols. 182 a 185 c. 3). Resaltado por fuera del texto original.

- El 15 de octubre de 1993, se realizó la audiencia pública de adjudicación de la invitación pública 05, Grupos 1 y 2, a la que asistieron los señores Luis Fernando De Guzmán Mora en su calidad de Director Ejecutivo del IDU, el Secretario General, el Secretario de Control Interno, el Subdirector de Construcciones y la Subdirectora Legal de la entidad, así como los 3 únicos proponentes, señores Rafael Humberto Jiménez Urrego, Augusto Moreno Murcia y Edgar Alfonso Parrado Granados.

En dicha audiencia, el Director Ejecutivo aludió a la emergencia vial decretada, así como a la Resolución por la cual se estableció el procedimiento para la invitación de los oferentes, y los mecanismos internos adoptados para la calificación y adjudicación de los contratos. Recalcó además la responsabilidad que implica la adjudicación y afirmó que es menester garantizar la claridad y transparencia en la calificación de las propuestas y en la adjudicación de los contratos, y explicó que **el sistema de calificación comprende el análisis legal y el técnico – económico**, que se desarrolló de la siguiente forma:

“Las propuestas se clasificaron de menor a mayor según los valores de las mismas.

No se tuvo descalificación por errores aritméticos y una vez aplicada la media aritmética se encontró que todas las firmas clasificaban por encontrarse dentro de los márgenes establecidos de más o menos el 20% de la media aritmética obtenida.

Seguidamente se entra a establecer una nueva media aritmética y a calcularse la desviación estándar del valor de las propuestas hábiles, estableciéndose un nuevo rango de aceptabilidad entre la media aritmética más la desviación estándar y la media aritmética menos la desviación estándar encontrándose que se descarta la propuesta No. 1 por estar por fuera del límite mínimo al aplicar la desviación estándar”. Resaltado por fuera del texto original.

Con fundamento en los parámetros descritos, el Comité sugirió al Director del IDU, que para la adjudicación del contrato del Grupo 1, solo deben tenerse en cuenta las ofertas presentadas por los señores Augusto Moreno Murcia y Edgar Alfonso

Parrado, y recomendó al Director del IDU adjudicar el contrato al señor Moreno Murcia.

Para el Grupo 2, el Comité estudió las propuestas presentadas por los mismos 3 oferentes bajo el sistema anteriormente descrito, e igualmente encontró que aquella elaborada por el señor Rafael Humberto Jiménez Urrego debía ser descalificada “por hallarse por fuera del límite mínimo al aplicar la desviación estándar” y recomendó adjudicar el contrato a la oferta del señor Edgar Alfonso Parrado.

Al concluir los anteriores análisis, relativos a la calificación de las propuestas y orden de elegibilidad, el Director Ejecutivo dio la oportunidad a los proponentes para formular las observaciones que tuvieran, momento en el cual participó el señor Rafael Jiménez Urrego, oferente que resultó vencido en el procedimiento conforme a los resultados de la evaluación de las propuestas, quien expresó:

“El Señor Rafael Jiménez Urrego, manifiesta que lleva 20 años contratando con diferentes Entidades del Gobierno y es la primera vez que le pasa un caso muy curioso, y es en esta Licitación precisamente.

En la semana en que se iba a realizar la Licitación estuvo fuera de la ciudad y su regreso a la oficina encontró una serie de llamadas de los doctores Edgar Parrado y Augusto Moreno, quienes le citaron a la oficina del Doctor Moreno para el día Jueves, reunión a la cual asiste en compañía del Ingeniero Guillermo Montenegro. Los citados ingenieros le propusieron que ya que el IDU toda la vida les había dado palo a los contratistas, ahora tenían que darle palo a la Entidad, que se iba a hacer una rifa para que dos hicieran ese trabajo a unos precios muy altos y al otro se le daba un porcentaje.

Les manifesté mi sorpresa y expresé que no estaba de acuerdo porque ya era muy tarde y que al día siguiente se cerraba la licitación, que lo mejor era cotizar legalmente y que la ganara el mejor.

El señor Jiménez manifiesta que cotizó con los precios del SISE, con la Resolución de Junio y a eso le puso el A.I.U. que estimó conveniente.

Supone que ellos elevaron los precios con el ánimo de sacarlo de la curva y con todo respeto expresa que es una verdad que pide se deje consignada en esta Acta y que el IDU tome la determinación que estime conveniente.

Le extraña que el señor Augusto Moreno quince días después se presente a una Licitación donde se supone que es más costosa porque hay un transporte de acarreo de material de canteras, con unos precios inferiores a los que se cotiza aquí. Le gustaría que el IDU lo revisara.

El Ingeniero Montenegro toma la palabra y afirma que el señor Edgar Parrado licitó en otra oportunidad, así como el señor Jiménez esta misma obra, siendo favorecido el señor Parrado, licitación que más tarde fue declarada desierta. Para esta licitación el señor Parrado se presentó con un precio de \$136'000.000 y el señor Jiménez con \$144'000.000, le extraña que una propuesta de \$136'000.000 de hace dos años ahora se presente con \$245'000.000 lo cual significa un alza de casi el doble”. Resaltado por fuera del texto original.

Con fundamento en la anterior denuncia, el Director Ejecutivo del IDU suspendió la audiencia pública de adjudicación, pues consideró que no era posible adoptar una decisión sin las pruebas que la sustenten, y sin darle la oportunidad a los afectados con la denuncia para que presenten sus descargos:

“El señor Director considera que **la acusación que se acaba de conocer debe estudiarse y merece todo el respeto. Sin embargo, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UNA CONDENA PUES AÚN NO EXISTEN LAS PRUEBAS, NI SE HA OÍDO A LA OTRA PARTE.**

La audiencia pública de adjudicación no es el escenario para adelantar una discusión o juicio, pero es evidente que ante una acusación tan seria existe la posibilidad de que PREVIO ANÁLISIS, el Director se aparte de la recomendación del Comité Asesor. En consecuencia, suspende para este efecto la audiencia y la reanudará en la próxima oportunidad tal como está previsto en la Resolución 253 de la Dirección Ejecutiva” Resaltado por fuera del texto original (fols. 114 a 124 c. 3).

- El 22 de octubre de 1993, los proponentes Augusto Moreno Murcia y Edgar Parrado Granados, radicaron ante el IDU una comunicación a través de la cual pretendieron desvirtuar la denuncia efectuada en la audiencia pública de adjudicación por parte del otro oferente, señor Rafael Jiménez Urrego. Explicaron que los precios de sus ofertas encontraron sustento en la lista de precios del SISE - segundo semestre de 1993, contenidos en la Resolución 008 del 5 de octubre de ese mismo año, y con fundamento en esa información compararon las ofertas, obteniendo los siguientes resultados que, en su criterio, demuestran la temeridad de las afirmaciones efectuadas por el proponente vencido:

PRECIOS SISE GRUPO 1

Total costo directo de la obra	\$189'069.882
Costo indirecto (25% AIU + 5% impuesto de guerra)	\$56'720.965
Total Grupo 1 Precios SISE	\$245'790.847

COMPARACIÓN OFERTAS CON PRECIOS SISE GRUPO 1

Precios SISE	Rafael Jiménez	Augusto Moreno	Edgar Parrado
\$245'790.847	\$204'999.497	\$239'100.355	\$245'014.645

DIFERENCIA

0	-16,5	-2,7	-0,3
---	-------	------	------

PRECIOS SISE GRUPO 2

Total costo directo de la obra	\$148'291.520
Costo indirecto (25% AIU + 5% impuesto de guerra)	\$44'487.456
Total Grupo 1 Precios SISE	\$192'778.976

COMPARACIÓN OFERTAS CON PRECIOS SISE GRUPO 2

Precios SISE	Rafael Jiménez	Augusto Moreno	Edgar Parrado
\$192'778.976	\$156'425.825	\$190'890.053	\$189'338.079
DIFERENCIA			
0	-19,0	-1,0	-1,8

Con fundamento en los resultados de la comparación de las ofertas presentadas con los precios fijados por el SISE para el segundo semestre de 1993, los proponentes Moreno Murcia y Parrado Granados concluyeron que era falsa la afirmación del oferente Jiménez, según la cual, presentó su propuesta con base en los precios SISE como lo manifestó públicamente en la audiencia de adjudicación, pues al comparar los precios de las ofertas, la presentada por el denunciante refleja un error del 18%.

Alegaron igualmente que no es cierta la afirmación del denunciante, referente al aumento de los precios de las propuestas por ellos presentadas, dado que coinciden con los precios fijados por el SISE, tal como lo muestran los porcentajes de desviación.

Finalmente, solicitaron al Director del IDU mantener la decisión de adjudicar los contratos y agregaron:

“(…) no se puede admitir que por unas falsas imputaciones se vayan a descalificar ofertas que han sido técnicamente elaboradas y que por ende cumplen con todos y cada uno de los requisitos del pliego.

Los datos contenidos aquí constituyen solo una parte del total de las demostraciones en contra de la infamia montada para perjudicar nuestro buen nombre, por lo cual, nos permitimos reiterar nuestra solicitud de Audiencia, cursada a su despacho el día 19 de octubre, con el fin de completar nuestra argumentación”. (fols. 135 a 137 c. 3).

- Por medio de la Resolución 425 del 8 de noviembre de 1993, contra la cual no

procedía recurso alguno, según lo dispuesto en el artículo segundo del mismo acto administrativo, el Director Ejecutivo del IDU declaró desierta la invitación 05, Grupos 1 y 2 de 1993, con sustento en que la denuncia presentada por uno de los proponentes creó una situación objetiva que hacía inconveniente la adjudicación, puesto que continuar con el trámite de la invitación pondría en duda el proceso y atentaría contra el principio de transparencia que rige las actuaciones contractuales del IDU. Informó además que se iniciaron las investigaciones tendientes a esclarecer la veracidad de la denuncia y que puso en conocimiento de las autoridades competentes los hechos presentados para la respectiva averiguación. Concluyó:

*“(…) por todo lo anterior, el Director del Instituto, **con base en lo preceptuado por el artículo 265 del Acuerdo No. 6 de 1985, Código Fiscal**, considera procedente declarar desierta la invitación No. 5 grupos 1 y 2 de 1993 (...), en aplicación de lo preceptuado en el literal 5 del artículo citado”* (fols. 139 a 142 c. 3). Resaltado por fuera del texto original.

- El 17 de junio de 2004, el Director Técnico – Sector Infraestructura y Transporte informó sobre el hallazgo fiscal que resultó de la evaluación de los procesos judiciales adelantados contra el IDU, entre ellos, el que inició el señor Augusto Moreno Murcia, con el objeto de obtener la declaratoria de nulidad de la resolución 425 del 8 de noviembre de 1993, por la cual se declaró desierta la invitación pública 005, juicio que finalizó con sentencia condenatoria en cuantía de \$63'241.074,21, y dentro del cual se reconocieron además intereses moratorios por \$1'727.804,68. Dentro del informe del hallazgo fiscal, el Director Técnico encontró que se vulneraron los artículos 25 de la Ley 80 de 1993 y 6 de la Ley 610 de 2000, siendo presuntamente responsable del detrimento económico de la entidad el señor Luis Fernando de Guzmán Mora. Informó igualmente que la entidad ya había iniciado la correspondiente acción de repetición en contra del funcionario y concluyó el Director Técnico que *“se confirma el hallazgo fiscal al considerar que el declarar desierta la licitación, existió en su momento abuso de la potestad por el Representante Legal de la entidad, demostrándose la ilegalidad del acto y como consecuencia la reparación del perjuicio, origen del detrimento al patrimonio”* (fols. 7 a 12 c. 3).

- El 31 de agosto de 2004, el Subdirector del proceso de responsabilidad fiscal de la Contraloría de Bogotá abrió el proceso de responsabilidad fiscal No. 50100-126/04 contra el señor Luis Fernando De Guzmán, con fundamento en el hallazgo

fiscal del Director Técnico – Sector Infraestructura y Transporte (fols. 175 a 179 c. 3).

- Mediante el Auto 78 del 26 de mayo de 2005, el Subdirector del proceso de responsabilidad fiscal No. 50100-126/04 ordenó el archivo de las actuaciones. A pesar de que encontró probado el detrimento de los intereses patrimoniales del IDU con ocasión del pago efectuado en virtud de la condena impuesta por el Consejo de Estado por la suma de \$64'962.878,89, a favor del señor Augusto Moreno Murcia, consideró que dicho detrimento no fue consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa por parte del Director del IDU de esa época.

Por el contrario, resaltó que el señor De Guzmán hubiera incurrido en alguna de esas conductas en caso de haber adjudicado los contratos, vulnerando los principios de transparencia y moralidad pública, puesto que la denuncia formulada por uno de los proponentes generó una duda razonable sobre la idoneidad de las ofertas; que el pago efectuado fue producto de la actividad de la Administración, en la que sobresalió la buena fe del Director del IDU, quien con la decisión que adoptó no quiso actuar contrario a derecho.

Señaló que no existió unanimidad en torno al caso, dado que el Consejo de Estado no compartió las decisiones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ni del IDU y, al respecto, agregó:

*“(...) sin lugar a dudas nos encontramos frente a una **interpretación jurídica divergente**, que según la posición Institucional de la Contraloría General de la República, contemplada en el oficio 80112-0070 A, del 15 de enero de 2001; ocurre cuando se presenta conflicto de vacíos. Pues, ‘...en estos supuestos puede presentarse divergencia de interpretaciones sobre una consecuencia distinta. Por lo tanto es posible que si se juzga la actuación de la administración desde una interpretación a la que se acogió, parecerá que habrá causado un daño patrimonial al Estado. En estos casos que podríamos denominar como << casos difíciles >> deben ser cuidadosamente estudiados y ampliamente sustentados por los funcionarios encargados de establecer la responsabilidad fiscal. **Creemos que el criterio para decidirlos es el siguiente: ¿es plausible la interpretación jurídica que realizó la administración? Si la interpretación que realizó la administración es plausible, la actuación debe entenderse como lícita y por lo tanto no puede decirse que exista daño. Contrario sensu, si la interpretación no es plausible se habrá causado un daño**”.* Resaltado por fuera del texto original.

Con fundamento en lo anterior, el Subdirector de Responsabilidad Fiscal expresó que el Director del IDU actuó de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente para época de expedición del acto administrativo anulado, sin que se evidencie

mala fe, culpa grave o dolo, sino que, sencillamente, interpretó la Ley de forma diferente, sin que dicha actuación sea reproachable desde el punto de vista fiscal; que el investigado buscó evitar que los hechos denunciados trascendieran a la ejecución del contrato, sin que el Distrito o el eventual contratista resultaren afectados, finalidad que no constituye un hecho generador de detrimento patrimonial sino que, por el contrario, encaja dentro de una conducta diligente. Concluyó:

“De lo anterior se deduce que la actuación del Exdirector del IDU y ejecución del negocio aquí cuestionado fue lícita, diligente, cuidadosa y consecuente con sus funciones; en tal virtud no puede decirse que de su actuación se derive daño, por lo que la consecuencia lógica es el archivo de las diligencias a su favor decisión que cobijará al Exdirector del IDU, en razón a que como ya se manifestó no están determinados los elementos de la responsabilidad fiscal contenidos en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 esto es una conducta dolosa o gravemente culposa, un daño y un nexo causal entre la conducta y el daño, en el actuar de cada uno de ellos” (fols. 201 a 214 c. 3).

- El 23 de junio de 2005, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva confirmó la anterior decisión (fols. 238 a 248 c. 3).
- El 13 de enero de 2006, se inició nuevamente juicio fiscal contra el señor Luis Fernando de Guzmán, en el que se declaró su responsabilidad.
- El 22 de junio siguiente, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá revocó dicha decisión, con fundamento en la existencia del proceso adelantado en acción de repetición y, en todo caso, consideró que la conducta del señor de Guzmán no fue dolosa ni gravemente culposa (fols. 215 a 223 c. ppal).

4. Análisis

El demandado alegó en el recurso de apelación, que el IDU pretende demostrar su responsabilidad personal con las sentencias condenatorias proferidas por el Consejo de Estado dentro del proceso de controversias contractuales, que solamente demuestran que existió la obligación de pagar una suma de dinero por parte de la entidad.

Respecto de su conducta, el demandado señaló que, al expedir el acto administrativo anulado, su intención consistió en evitar un perjuicio a la entidad

con una eventual adjudicación e insistió en que el asunto que se debate tenía diversas interpretaciones respecto a la legalidad del acto, circunstancia que conlleva a deducir que su conducta no fue gravemente culposa.

Agregó finalmente, que la Contraloría de Bogotá ya había estudiado el asunto a través del juicio de responsabilidad fiscal adelantado en su contra, en el que se concluyó que su conducta no era gravemente culposa ni dolosa.

Como se observa, el sustento de la apelación interpuesta por el demandado comprende dos aspectos, como son, de una parte, la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa por falta de pruebas y porque su actuar se ajustó a las normas vigentes para la época de expedición del acto administrativo anulado; y de otra, la incidencia, en este juicio, de la decisión adoptada por la Contraloría de Bogotá dentro del proceso de responsabilidad fiscal, en el que se concluyó que su conducta no fue dolosa ni gravemente culposa.

4.1. Régimen jurídico de la invitación pública y conducta del demandado

4.1.1. El procedimiento precontractual consagrado en el Código Fiscal contenido en el Acuerdo 05 de 1985

Las reglas para el proceso licitatorio se encuentran en los artículos 233 y siguientes del Código Fiscal²⁹, y atañen, básicamente, a la elaboración y contenido de un pliego de condiciones – que en este caso se denominó Guía de Requisitos Básicos –, a los criterios que se deben tener en cuenta para la adjudicación y a las causales que autorizan declararlo desierto.

En cuanto a los criterios para la adjudicación, el artículo 236 señala:

“La adjudicación deberá hacerse *previos los estudios del caso y hecho el análisis comparativo, al licitador cuya oferta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones.*”

²⁹ Para la época en que se realizó la invitación pública, **los procesos de selección** del IDU se regían por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 6 del 26 de febrero de 1985, contentivo del Código Fiscal de Bogotá, en consideración a que el Decreto Ley 222 de 1983 solo resultaba aplicable a los contratos celebrados por la Nación o por las entidades descentralizadas del orden nacional, mientras que los procedimientos efectuados en materia contractual, por parte de los Municipios, el Distrito y demás entidades descentralizadas que no pertenecían al orden nacional, se gobernaban por las normas especiales, que en este caso, estaban contenidas en el Código Fiscal. En otras palabras, la etapa de selección del contratista de las entidades públicas descentralizadas del orden territorial se rige únicamente por las disposiciones contenidas en el Código Fiscal. Sobre el tema pueden consultarse las sentencias del 15 de mayo de 1992. Exp: 6307. Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta; 7 de diciembre de 2004. Exp: 13.683. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

EN LA EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS DEBERÁN TENERSE EN CUENTA ENTRE OTROS LOS SIGUIENTES FACTORES: PRECIO, PLAZO, CALIDAD, SERIEDAD Y CUMPLIMIENTO EN CONTRATOS ANTERIORES, SOLVENCIA ECONÓMICA, CAPACIDAD TÉCNICA, EXPERIENCIA, ORGANIZACIÓN Y EQUIPO DE LOS OFERENTES.

En igualdad de condiciones, debe preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores calidades y condiciones globalmente consideradas; y, en igualdad de condiciones, calidades y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios.

PARÁGRAFO: Se tendrán en cuenta así mismo, la protección al trabajo y a la industria nacionales”.

Como se advierte de la anterior disposición, una vez presentadas las propuestas, la Administración debe realizar el análisis comparativo de las mismas, mediante una evaluación en la que se verifiquen los factores **objetivos** contenidos en la ley. Con los resultados de la evaluación, la Administración tendrá todos los elementos necesarios para decidir cuál es la propuesta más favorable y adjudicar el contrato.

El Código Fiscal previó los casos **taxativos** en los cuales no era posible la adjudicación, y resultaba imperioso que la autoridad competente declarara desierta la licitación:

“ARTÍCULO 265. DE CUANDO SE DECLARA DESIERTA LA LICITACIÓN O CONCURSO DE MERITOS. La junta respectiva declarará desierta la licitación o el concurso de méritos:

- 1. Cuando no se presente el número mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.*
- 2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos sustanciales para la licitación.*
- 3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación.*
- 4. Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas y antes del cierre de la licitación o concurso.*
- 5. Cuando a su juicio las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante.**
- 6. Cuando se descubran acuerdos o maniobras perjudiciales para la Administración por parte de los proponentes.**

En todos los casos previstos en los numerales anteriores, la declaratoria deberá hacerse mediante resolución motivada”. Resaltado por fuera del texto original.

4.1.2. La causal de “inconveniencia de las propuestas” para declarar desierto el proceso licitatorio.

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la aplicación de esta causal para declarar desierto un procedimiento licitatorio, y ha explicado que cuando se invoque, deben fundamentarse clara y razonadamente los motivos de “inconveniencia”, los cuales, en todo caso, deben estar acordes con los hechos que la fundamentan, sin que haya lugar a una discrecionalidad total por parte de la autoridad contratante que adopta la decisión.

En sentencia del 15 de mayo de 1992, se dijo que pueden existir circunstancias extraordinarias que obliguen a la Administración a no adjudicar un contrato, pero que, en todos los casos, esos motivos deben ser razonados y debidamente explicados:

“(...). En el fondo de toda esta problemática está inserta la filosofía moral que enseña que también la administración está obligada a mantener la palabra, salvo que circunstancias extraordinarias justifiquen el incumplimiento. Ella, por lo mismo, no pueden manejar la contratación administrativa con INFORMALIDAD, pues cuando abre una licitación SUSCITA INTENCIONALMENTE CONFIANZA. Por ello enseña Bassenge que es necesario justificar la confianza que en la práctica se ha producido. Esta es una exigencia moral y un principio del derecho justo. No se puede invitar a las personas naturales o jurídicas, a participar en la licitación, bajo el entendido de que al final del proceso estén obligadas sin mas ni mas, a renunciar a sus derechos, o a someter su libertad a restricciones desproporcionadas”³⁰. Subrayado por fuera del texto original.

En providencia del 7 de diciembre de 2004³¹, la Sala se pronunció específicamente sobre la causal estudiada, consagrada en el Código Fiscal de Bogotá. En esa oportunidad, se anuló el acto que declaró desierta la licitación, por cuanto no se configuraron los motivos de inconveniencia invocada; se resaltó que, a pesar de que la autoridad a cargo de la dirección del proceso licitatorio se reunió en varias oportunidades con sus asesores y con el Comité de Evaluación de las ofertas, nunca tuvo en cuenta los resultados de la comparación de las propuestas, que en últimas arrojaron todos los elementos de juicio para una selección objetiva, y concluyó que la decisión contrarió la Constitución, la Ley y los principios orientadores de la función pública. Se explicó:

“(...) ES EVIDENTE, ENTONCES, QUE NO SE HIZO UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS OFERTAS, TENIENDO EN CUENTA LOS DIFERENTES FACTORES PREVISTOS TANTO EN EL CÓDIGO FISCAL COMO EN LOS PLIEGOS (FACTORES LEGALES, TÉCNICOS Y ECONÓMICOS), Y MUCHO MENOS SE HIZO UN ANÁLISIS SOBRE SU CONVENIENCIA.

³⁰ Sentencia del 15 de mayo de 1992. Exp: 6307. Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

³¹ Sentencia del 7 de diciembre de 2004. Exp: 13.683. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

(...). Adicionalmente, si bien se alega que hubo ‘equivocaciones’ por parte del **comité evaluador**, lo que está demostrado es que, **después de una larga e infructuosa discusión**, la junta directiva constató que **el concepto entregado por el mismo**, en el cual se descalificaba a la firma I.C. Prefabricados, **resultaba correcto y ajustado a los términos de los pliegos de condiciones**.

(...) **Ha quedado demostrado, en efecto, que la junta sólo analizó la propuesta de la firma I.C. Prefabricados, y no estudió las condiciones técnicas, jurídicas, ni económicas de las demás ofertas presentadas.** (...). Para adoptar su decisión de no adjudicar las licitaciones, la junta jamás hizo una consideración en tal sentido;

(...) Ha quedado claro, en efecto, que la facultad contenida en el citado literal sólo podía ser entendida en concordancia con la norma que regulaba los casos en que podía declararse desierto el proceso de selección (artículo 265 del código fiscal y numerales 2.19.0 a 2.19.2. de los pliegos de condiciones), de manera que la discrecionalidad estaba limitada a la aplicación de los criterios allí establecidos y respecto de ciertas causales, como la referida a la inconveniencia de todas las propuestas presentadas. **PERO SI TALES PROPUESTAS NO FUERON SIQUERA ANALIZADAS, MUCHO MENOS PODÍA HABERSE ESTABLECIDO SU INCONVENIENCIA. Así, resulta evidente que la decisión de no adjudicar no estuvo ajustada, en absoluto, a los fines de la disposición respectiva y, por lo mismo, resultó totalmente desproporcionada y claramente injustificada, en relación con los hechos que efectivamente se presentaron.** (...).’

En dicha sentencia, la Sala también explicó que la noción de “*propuesta más conveniente*” es vaga, en tanto no está definida legalmente, y que, por tanto, permite la interpretación de la Administración que, si bien puede ser discrecional en la valoración, lo cierto es que en el fondo es una decisión reglada, en consideración a que, para determinar la “*inconveniencia de las propuestas*”, la Administración está obligada a tener en cuenta TODOS los factores objetivos señalados en la ley, y no aquellos que quiera evaluar a su antojo. Se dijo:

“(...) como lo señaló esta Corporación en sentencia del 20 de junio de 1983³² (...):

‘Por eso mismo se ha dicho que juegan en toda selección, además de ciertos factores reales (los que ordinariamente califica previamente el comité asesor) vbgr. la concordancia o no entre la propuesta y el pliego de condiciones en torno al precio y al plazo, otros no menos importantes que se relacionan con la persona del proponente: su experiencia profesional y su seriedad, sus antecedentes en la ejecución de contratos similares, su capacidad operativa, su buen nombre profesional y comercial, la idoneidad de sus colaboradores, socios o partícipes, el hecho de no haber sufrido sanciones anteriores como la de caducidad, etc.

(...) El estudio aunado de los distintos factores le permitirá al adjudicante emitir un juicio sobre ‘la propuesta más conveniente’. Esta es una noción jurídica de las conocidas en la doctrina como vaga, ya que carece de definición legal, y que permite a la administración que la aplica su interpretación; interpretación que aunque deja entrever cierto grado de discrecionalidad en la valoración (de antemano y formalmente no se sabe cuál es la propuesta más conveniente), es reglada en el fondo porque TENDRÁ QUE APOYARSE EN TODOS LOS FACTORES O CRITERIOS SEÑALADOS EN EL ORDENAMIENTO Y NO EN LOS QUE QUIERA CAPRICHOSAMENTE EVALUAR’. (Se subraya).

(...) la discrecionalidad no puede ser entendida, ni por asomo, como sinónimo de arbitrariedad, y que su ejercicio podrá ser siempre objeto de control judicial, que deberá realizarse teniendo en cuenta los aspectos aludidos en la norma citada, esto es, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que otorga la facultad y la proporcionalidad de aquélla respecto de los hechos en que se funda.

³² Radicación 3335.

(...). En esta oportunidad, se considera pertinente citar la opinión del profesor español Miguel Sánchez Morón, quien, sobre el contenido del concepto de discrecionalidad, ha expresado lo siguiente:

*'Queda claro que, desde los albores de este siglo que termina (o con mayor retraso en ciertos países), la discrecionalidad administrativa ha dejado de considerarse como un ámbito material confiado a la libre disposición de la Administración, injusticiable por esencia. Éste es el elemento de ruptura decisivo con la teoría del derecho público del pasado siglo. Pero queda igualmente claro que la discrecionalidad administrativa tiene su función y su justificación propia en el Estado de derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad y a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la Administración y que no son reductibles a un proceso lógico de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. El ejercicio de la discrecionalidad, así entendida, está sometido a unos límites jurídicos generales, aparte de los específicos que deriven de la norma que regula cada tipo de actuación discrecional, pues no puede dar lugar a arbitrariedades, abusos o injusticias...'*³³ (Se subraya).

En esa oportunidad, la Sala también destacó que la Administración no puede adoptar decisiones arbitrarias o infundadas, y que siempre deben existir elementos de juicio suficientes para concluir que las razones de inconveniencia se presentaron y que la declaratoria de desierto de una licitación se ajusta a los fines del interés público y a los principios que orientan la función pública:

"es claro que la Administración no puede adoptar decisiones irrazonadas o fundadas en el solo capricho de la autoridad respectiva. Aquéllas deben atender siempre al objetivo de servir a los intereses generales, y su sustento debe resultar coherente con la garantía de los principios citados. Por esta razón, el Código Contencioso Administrativo prevé, en su artículo 36, que, aun tratándose de decisiones discrecionales, éstas deben ser adecuadas a los fines de la norma que las autoriza y proporcionales a los hechos que les sirven de causa.

(...)Si bien, entonces, no puede desconocerse que el procedimiento de adjudicación de una licitación, como muchos otros, no es totalmente reglado, en el ejercicio de las facultades discrecionales que dentro del mismo le competen, **la Administración debe someterse a ciertas reglas previamente trazadas y, sobre todo, velar, al adoptar sus decisiones, por el cumplimiento de los fines propios de la función que le corresponde, conforme a la Constitución y la ley.**

Como se observa de las anteriores providencias, la Sala ha considerado que la Administración debe sustentar razonada y objetivamente los motivos de *"inconveniencia de las propuestas"*, al momento de invocar dicha causal para declarar desierto una licitación y que, en todo caso, está en la obligación de verificar los hechos que determinan tal inconveniencia.

Para tal efecto, es necesario un estudio serio y técnico, en el cual se comparen las propuestas atendiendo los factores objetivos y, en caso de duda en alguno de los criterios, la Administración debe indagar y comprobar los hechos con el fin de incluir o rechazar alguna de las ofertas presentadas, sin atender a parámetros subjetivos.

³³ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 91, 92.

4.1.3. La culpa grave del demandado en el caso concreto

Para la Sala no es de recibo el argumento del demandado, consistente en la falta de material probatorio para estudiar la conducta desplegada por éste. Como se advirtió en el capítulo 3.4. de esta providencia, en el expediente obran pruebas documentales en estado de valoración, de las cuales se puede deducir la conducta gravemente culposa del demandado. En efecto:

A la licitación convocada por el IDU acudieron los señores Rafael Humberto Jiménez Urrego, Augusto Moreno Murcia y Edgar Alfonso Parrado Granados, quienes presentaron sus ofertas para cada uno de los grupos, las cuales fueron evaluadas el 13 de octubre de 1993, por parte del Comité Asesor para la adjudicación de contratos del IDU, que tuvo en cuenta los criterios objetivos señalados en el artículo 236 del Código Fiscal de Bogotá, tales como precio, plazo, calidad, seriedad, etc.

De conformidad con dicha norma, cuando las propuestas estén en igualdad de condiciones, deberá preferirse aquella que ofrezca el mejor precio. En este caso, según el análisis legal del Comité Asesor, las tres ofertas cumplían con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones – Guía Básica –, circunstancia que permitía el análisis técnico – económico de todas ellas.

Al efectuar dicho estudio, el Comité Asesor aplicó la media aritmética y encontró ajustadas todas las propuestas dentro del 20% del resultado obtenido. Luego, el Comité estableció una nueva media aritmética y la desviación estándar de las ofertas, y con base en ello, determinó un nuevo rango, que descartó la propuesta presentada por el señor Rafael Humberto Jiménez, en consideración a que al “aplicar la desviación estándar quedó por debajo del límite mínimo de ésta”.

Es decir, al aplicar la media aritmética y contrastarla con la desviación estándar de las propuestas, para determinar la curva de los precios ofrecidos, la propuesta que se rechazó se encontró considerablemente por debajo del promedio que arrojó dicho estudio, razón por la cual, el Comité sugirió el orden de elegibilidad para los dos grupos, únicamente teniendo en cuenta las propuestas de los señores Augusto Moreno Murcia y Edgar Alfonso Parrado Granados.

Una vez obtenidos los resultados de la evaluación de las propuestas, el 15 de octubre de 1993 se realizó la audiencia pública de adjudicación, en la que el Director del IDU resaltó la importancia del principio de transparencia en la selección de las propuestas e informó los resultados obtenidos por el Comité Asesor, luego de la evaluación legal y técnico – económica de cada una de las ofertas.

En la oportunidad para que los proponentes realizaran observaciones, el señor Rafael Jiménez Urrego, participante cuya oferta se descartó durante el proceso de evaluación, afirmó que **antes de la apertura del proceso licitatorio**, los otros dos oferentes le propusieron hacer una rifa para que dos de los participantes presentaran sus ofertas con los precios considerablemente elevados con el objeto de que se eligiera aquella que tuviera los menores precios, y que se repartirían un porcentaje para que todos salieran ganando. Dijo además que rechazó dicha proposición y destacó que la propuesta por él presentada se ajustó a los precios establecidos en el SISE.

Con fundamento en esa denuncia, el Director del IDU suspendió la audiencia porque no era posible adoptar una decisión sin pruebas que sustentaran tal afirmación, y sin darle la oportunidad a los afectados con la denuncia para que presentaran sus descargos, y concluyó que existía la posibilidad de no tener en cuenta la recomendación del Comité Asesor, PREVIO ANÁLISIS (fols. 114 a 124 c. 3).

La Sala no se explica por qué el Director del IDU no le exigió al señor Jiménez constancia de la denuncia de tales hechos, si los conocía con anterioridad. Se cuestiona igualmente el hecho de que demandado no le pidiera explicaciones al señor Jiménez, sobre las razones que lo llevaron a realizar tales afirmaciones en la audiencia pública de adjudicación, luego de conocer los resultados de la evaluación de las propuestas, cuando sabía de los mismos desde antes de que presentaran las propuestas.

No obstante lo anterior, el demandado no adelantó ninguna averiguación, ni efectuó el análisis comparativo de las propuestas durante el tiempo comprendido entre la audiencia de adjudicación y la expedición del acto administrativo. Se observa además que, durante ese lapso, los proponentes denunciados rechazaron categóricamente la denuncia del señor Jiménez, con fundamento en la

comparación de las tres propuestas presentadas y los precios establecidos en el SISE³⁴, ejercicio del cual se advierte claramente que los precios por ellos ofrecidos se enmarcaban dentro del rango permitido, mientras que los propuestos por el señor Jiménez se encontraban por debajo del marco establecido. Así se observa de dicha comparación:

COMPARACIÓN OFERTAS CON PRECIOS SISE GRUPO 1

Precios SISE	Rafael Jiménez	Augusto Moreno	Edgar Parrado
<u>\$245'790.847</u>	\$204'999.497	\$239'100.355	\$245'014.645

COMPARACIÓN OFERTAS CON PRECIOS SISE GRUPO 2

Precios SISE	Rafael Jiménez	Augusto Moreno	Edgar Parrado
<u>\$192'778.976</u>	\$156'425.825	\$190'890.053	\$189'338.079

A pesar de las afirmaciones de los proponentes afectados, que estaban debidamente sustentadas, el Director del IDU, sin adelantar investigación alguna, sin reunirse con el Comité Asesor y sin ni siquiera revisar las ofertas para compararlas con los precios SISE, expidió la Resolución 425 del 8 de noviembre de 1993, por la cual declaró desierto el proceso licitatorio.

Recuérdese que el Director del IDU está a cargo de dictar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la entidad, entre ellos, los expedidos durante la actividad precontractual, que deben estar sujetos a los pliegos de condiciones (Acuerdo 19 de 1972). En este caso, los pliegos de condiciones, denominados Guía Básica, señalaban los factores objetivos que debía tener en cuenta el Comité Asesor del IDU para la selección de las propuestas y que igualmente debían ser considerados por el Director de IDU para la adjudicación.

³⁴ El Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos (SISE) fue creado mediante el Acuerdo No. 15 de 1.968, como una entidad autónoma descentralizada, con patrimonio propio y personería jurídica. En cumplimiento del objeto social derivado de este Acuerdo, se destaca el de prestar a las dependencias del Distrito Especial de Bogotá, a sus empresas públicas descentralizadas, a las entidades públicas en general y eventualmente a los particulares, los servicios técnicos de sistematización, procesamiento, programación de información, trámites administrativos y fiscales y formulación de cuentas que tiendan a racionalizar el trabajo y aumentar la eficacia en la prestación del servicio oficial. Mediante el Decreto No. 410 de 19 de abril de 1.974, la Alcaldía Mayor modificó el Acuerdo 15 de 1.968 y cambió la naturaleza jurídica del SISE, al convertirlo en una Empresa Industrial y Comercial del Distrito Especial de Bogotá, vinculada a la Alcaldía Mayor y dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

El Director del IDU adujo que la “inconveniencia de las propuestas” se deducía de la “situación objetiva” que se presentó con ocasión de la denuncia formulada por uno de los participantes, que ponía en duda el procedimiento licitatorio y atentaba contra el principio de transparencia.

Para la Sala resulta extraña la conducta del demandado, por cuanto se contradice con lo que había manifestado en la audiencia pública de adjudicación, en la que expresó su preocupación por los hechos denunciados y expresó que resultaba imposible adoptar una decisión sin las pruebas que sustentaran tal afirmación, sin darle la oportunidad a los afectados de ser oídos y sin efectuar los análisis previos correspondientes.

La omisión del Director del IDU, consistente en no efectuar un procedimiento previo para verificar la verdad real de los hechos, tal como lo había manifestado en la audiencia pública de adjudicación, muestra que el Agente del Estado actuó contra su propio acto, en trasgresión al principio constitucional de la buena fe³⁵, que protege la confianza que los particulares han depositado al deber de coherencia en el actuar del funcionario, quien tiene la carga de respetar y someterse a una situación creada anteriormente por su propia conducta.

Sobre el tema, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación (...)”³⁶.

Cabe igualmente destacar el siguiente texto doctrinal:

³⁵ Otro principio de categórica importancia que debe regir todas las actuaciones judiciales y administrativas, es el de buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, en los siguientes términos: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Desde el aspecto activo, la buena fe atañe al deber de proceder con lealtad de las relaciones jurídicas; desde el punto de vista pasivo, se refiere al derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma, es decir, acorde con la buena fe, que se presume, al ser una regla general de comportamiento. La mala fe, por su parte, requiere de comprobación, por regla general, pues excepcionalmente se presume en los eventos de error en materia derecho, situación en la que no se admite prueba en contrario (inc. final. art. 768 Código Civil).

³⁶ Sentencia C-836 que dictó la Corte Constitucional el 9 de agosto de 2001. Exp: D-3374. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

“La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad. He aquí por donde la regla según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas”³⁷

La Sala advierte que la conducta del demandado no solamente vulneró el principio de buena fe, sino que trasgredió además otros principios³⁸ que rigen la función pública³⁹, puesto que no tuvo en cuenta el derecho fundamental al debido proceso que gobierna las actuaciones administrativas, pues hizo caso omiso de las afirmaciones de los proponentes denunciados que encontraron sustento en pruebas que hicieron llegar al Director oportunamente, ni investigó si la denuncia correspondía a la realidad, y mucho menos comparó los precios de las propuestas con aquellos contenidos en la relación de precios del SISE, desvalorando el trabajo efectuado por el Comité Asesor que se encargó de evaluar las propuestas desde el punto de vista legal y técnico – económico.

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que la selección del Comité Asesor se ajustó a los parámetros objetivos, mientras que la denuncia formulada por el señor Jiménez no se sometió siquiera a una prueba de comparación lógica durante la Audiencia ni posteriormente, ni a la contradicción de los afectados y, a pesar de ello, el Director del IDU se apartó sin justificación alguna de los resultados del Comité Asesor para dar total credibilidad a la denuncia.

Al demandado también le era exigible proteger el derecho al debido proceso⁴⁰,

³⁷ DÍEZ - PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *“La Doctrina de los Propios Actos”*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1963. Pág. 143.

³⁸ Las decisiones de la Administración tienen como finalidad alcanzar los fines del Estado, y se adoptan con arreglo a los principios que rigen las actuaciones previas a la manifestación de voluntad. Tales principios son la sustancia de las instancias que el Estado Social de Derecho ha fijado para la adopción de la decisión, y aportan los elementos de juicio necesarios para resolver cuestiones en toda esa etapa previa. A ellos deben acudir, tanto la Administración como los particulares en cada una de esas instancias, pues operan como controles o limitantes al ejercicio del poder público. La Constitución Política de 1991, los señala así: **“ARTÍCULO 209. PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”**. Por su parte, el Código Contencioso Administrativo también señala los principios que orientan la actuación administrativa, que según el artículo 2 de esa codificación, tiene por objeto el cumplimiento de los fines estatales. Así, en el artículo 3, dispone que todas las actuaciones administrativas deben adelantarse con sustento en los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

³⁹ Sobre los principios de la función pública a la luz de las normas de contratación contenidas en la Ley 80 de 1993, puede consultarse la sentencia del 3 de diciembre de 2007. Expedientes Acumulados:24.715-25.206-25.409-24.524-27.834-25.410-26.105-28.244-31.447. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰ El artículo 29 de la Constitución Política consagra el principio al debido proceso que es además un derecho fundamental, aplicable a toda actuación judicial y administrativa. Es el vértice del derecho procesal y en consecuencia del derecho procesal administrativo, que procura, a través de la realización del derecho

cuyo desconocimiento vulneró un deber especialmente grave de forma inexcusable, arbitraria y desproporcional. En efecto, en su calidad de Director del proceso licitatorio, a cargo de seleccionar de forma objetiva la oferta más favorable, el demandado catalogó las propuestas de “inconvenientes”, de forma arbitraria, sin respaldo jurídico, probatorio o técnico alguno; dio pleno valor a la denuncia de hechos presuntamente acaecidos con anterioridad a la presentación de las ofertas, que solamente se hizo el día de la audiencia de adjudicación, luego de que se dieron a conocer los resultados de las evaluaciones, circunstancia que ofrece serias dudas sobre su veracidad.

Esos mismos argumentos también son aplicables para afirmar que el Director del IDU también vulneró los principios de celeridad⁴¹, pues no consideró los argumentos y las pruebas de los denunciados; de eficacia⁴², en tanto, con su conducta, impidió la selección objetiva; de imparcialidad⁴³, toda vez que no garantizó los derechos de los proponentes denunciados, como era su deber en su calidad de funcionario público, sino que dio toda credibilidad a la denuncia formulada sin sustento probatorio alguno.

material, la obtención de decisiones justas: “**ARTÍCULO 29. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...). Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Del contenido de la anterior disposición, se observa que los elementos del derecho al debido proceso son: (i) ser oído antes de la decisión - derecho de audiencia –; (ii) participación efectiva en el proceso; (iii) ofrecer y producir pruebas; (iv) obtener decisiones fundadas o motivadas y notificaciones oportunas; (v) que la decisión sea adoptada por la autoridad competente; (vi) acceso a la información; (vii) derecho de contradicción; (viii) asesoría legal; (ix) medios de impugnación; (x) vía gubernativa y judicial. Al respecto, es importante destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que éste derecho no tiene excepciones, pues es aplicable a toda actuación judicial y administrativa, especialmente en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción, con el fin de brindar seguridad jurídica.

El Código Contencioso Administrativo también consagra el derecho al debido proceso, tal como se advierte del contenido del inciso primero del artículo 35: “**ARTÍCULO 35. ADOPCIÓN DE DECISIONES.** Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada a menos en forma sumaria si afecta a particulares. (...)”. El debido proceso en las actuaciones administrativas, constituye una carga garantista para la Administración, que debe buscar evitar el rompimiento del equilibrio entre derecho material – derecho positivo y derechos particulares - derechos de interés general.

⁴¹ El artículo 3 del C. C. A. lo define, así: “(...) En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados (...)”

⁴² El C. C. A., lo define, así: “En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. (...)”.

⁴³ En virtud del principio de imparcialidad, “las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.” El principio de imparcialidad debe interpretarse en armonía con el artículo 13 de la Constitución Política, que consagra el derecho a la igualdad ante la ley y las autoridades, en tanto prohíbe los tratos discriminatorios y constituye el principal elemento garantístico del estado de derecho (igualdad). Implica el respeto del orden y del turno y evitar el subjetivismo que conlleve a desviaciones de poder.

La Sala no se explica cómo el Director del IDU le dio credibilidad a la denuncia formulada sin pruebas que respaldaran tal afirmación, y tampoco entiende que de ese hecho el demandado hubiera deducido la inconveniencia de TODAS las propuestas, sin revisar si quiera los precios.

El principio de transparencia⁴⁴ que predicó garantizar el demandado en la audiencia pública de adjudicación, también fue trasgredido con su actuar, puesto que no tuvo en cuenta ningún criterio objetivo para catalogar de inconvenientes las propuestas.

El demandado estaba obligado Constitucional y legalmente a tener en cuenta los criterios objetivos para la selección de alguna de las propuestas, debía oír a todos los interesados y tenía que fundamentar la decisión en una evaluación técnica.

Al respecto, cabe destacar las referencias jurisprudenciales españolas, contenidas en la doctrina:

“Las Sentencias de 30 de mayo y 13 de junio de 2000 precisan, en fin, con acierto que la expresión legal <<proposición más ventajosa>>, no reconoce a la Administración un verdadero poder discrecional, sino que formula un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación remite a una única solución justa, cuyo hallazgo por la Administración obliga a ésta a aducir <<buenas razones>>, esto es, <<argumentos justificatorios>> que incluyan <<valoraciones relativas a los extremos que deben ser atendidos según el pliego de condiciones>> y no a cualesquiera otros.

(...). Esta doctrina ha sido también ratificada por la Sentencia de 31 de octubre de 1994 antes citada, que anuló el acuerdo que declaró desierto un concurso al que se había presentado una oferta de servicios técnicos de la Administración no dudaron en calificar de conveniente, amén de plenamente ajustada al pliego de condiciones, <<al no poderse tener en cuenta los supuestos motivos de discrecionalidad aducidos>> para justificar tal decisión <<ni vislumbrar alternativa alguna extrajurídica>> que pudiera aconsejarla. <<La declaración de un concurso como desierto – dice la Sentencia de 21 de julio de 2000 – será válida cuando incluya las concretas razones de interés general que la aconsejen y, además, estas razones sean coherentes con esas pautas que representan los criterios de adjudicación del pliego de condiciones>>.

(...). La adjudicación habrá de recaer en el mejor postor, a menos que exista infracción del ordenamiento jurídico, o el órgano de contratación <<presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias>>. En este último caso se ha de estar a los criterios objetivos establecidos reglamentariamente y se ha de oír a todos los interesados, así como recabar el asesoramiento técnico correspondiente, y en su caso, el informe de la Junta consultiva de Contratación Administrativa. A la vista de todo ello el órgano de

⁴⁴ Este principio está consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política y está íntimamente ligado al principio de publicidad, en tanto implica decisiones públicas y abiertas, salvo expreso mandato constitucional o legal; claridad, sin tela de duda; y el rechazo de decisiones por fuera de la publicidad que generen efectos suspensivos.

contratación decidirá definitivamente sobre la existencia o no de temeridad y adjudicará el contrato a la mejor oferta que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración (art. 83)”⁴⁵

El material probatorio muestra que el comportamiento del demandado fue particularmente irregular, al adoptar la decisión según su libre criterio y alejada de los principios y de la finalidad pública y sin tener en cuenta el procedimiento de selección objetiva, que impide considerar factores o cualquier clase de motivación subjetiva⁴⁶.

El demandado olvidó que debía efectuar la selección del contratista con fundamento en los criterios objetivos⁴⁷ señalados en la ley y en el resultado de la comparación de las propuestas. Si bien el Director del IDU tenía la posibilidad de apartarse de las sugerencias de elegibilidad del Comité Asesor que efectuó la evaluación de las propuestas, lo cierto es que no podía desconocer los parámetros de selección objetiva, de tal forma que, si consideraba que las propuestas eran “inconvenientes”, estaba en la obligación de evaluar previa y directamente o por otros medios⁴⁸, las ofertas presentadas, en aplicación de los procedimientos y criterios consagrados en la Ley, con el fin de verificar la real verdad, establecer cuál era la mejor propuesta y adjudicarla.

Basta revisar los argumentos del Consejo de Estado para anular el acto que declaró desierta la licitación. Encontró que los proponentes favorecidos y contra quienes se dirigió la denuncia, habían calculado el valor de sus ofertas con base en la lista de precios unitarios del SISE del segundo semestre de 1993, mientras que el denunciante no elaboró su propuesta con fundamento en dichos precios como lo había anunciado públicamente en la audiencia, circunstancia de la cual la Sección Tercera concluyó que se debió adjudicar y no declarar desierta la licitación (fols. 15 a 40 y 59 a 81 c. 2).

Cabe deducir que el Director del IDU, estaba obligado legalmente a seleccionar objetivamente una de las propuestas, de forma razonada y fundada, con el fin de servir el interés general⁴⁹.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Décimo Tercera Edición. Civitas Ediciones, 2006. Págs. 722-723.

⁴⁶ “El servidor público debe entonces mantenerse al margen de todas las consideraciones subjetivas para garantizar la selección correcta” BENAVIDES, José Luis. “El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado”. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. Págs. 287-288..

⁴⁷ Sobre el tema puede consultarse la sentencia del 24 de junio de 2004. Exp: 15.705. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁸ Sentencia del 11 de marzo de 2004. Exp: 13.355. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

⁴⁹ Frente a la discrecionalidad de la Administración, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández

En síntesis, la conducta del demandado se considera gravemente culposa, porque incurrió en los siguientes errores inexcusables:

- Actuó en contra de sus propios actos, pues de una parte, afirmó garantizar los principios que rigen la función administrativa en la audiencia pública de contratación, en la que además aseguró iniciar las respectivas investigaciones con el fin de verificar la veracidad de la denuncia formulada por uno de los proponentes, pero de otra parte, consideró que las propuestas eran inconvenientes, sin una motivación razonable y proporcionada a los hechos presentados, sin sustento probatorio alguno, sin comparar las ofertas, sin consultar el caso a su Comité Asesor, y sin adelantar ninguna investigación sobre la denuncia.
- Desconoció los principios que rigen la función pública, y frente a los cuales debía atenerse no solamente para dirigir el proceso licitatorio, sino también para seleccionar la propuesta más favorable a la entidad.
- Olvidó motivar claramente el acto administrativo que expidió, sin explicar las razones de “inconveniencia” de las propuestas, conducta totalmente arbitraria.
- Violó el debido proceso, al no atender las razones expuestas por los oferentes denunciados, ni valorar las pruebas por ellos aportadas para desvirtuar la acusación efectuada por el proponente cuya propuesta se desechó en la etapa de evaluación.

La Sala considera que las anteriores razones son suficientes para deducir que el demandado incurrió en un error inexcusable frente al desconocimiento total de las normas y principios Constitucionales y legales que regían el procedimiento de selección, y especialmente frente a la falta de estudio, sustento probatorio y motivación durante dicho procedimiento.

El material probatorio muestra que el demandado no atendió las peticiones de los

advierten que ni si quiera en los eventos en que se permiten los actos discrecionales, las facultades de la Administración son omnímodas, dado que deben estar presididas por la idea del buen servicio al interés general *“por lo que queda a salvo la facultad del juzgador de examinar después si la decisión adoptada por la Administración se ha producido con arreglo a los fines para los que la Ley concedió la libertad de elegir, dado que discrecionalidad no es arbitrariedad”* (Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Décimo Tercera Edición. Civitas Ediciones, 2006. Pág. 721.

proponentes denunciados ni verificó la veracidad de la denuncia, conducta imprudente y descuidada que configura en este caso la culpa grave.

Para la Sala no son de recibo los argumentos del demandado, quien afirmó, con sustento en las providencias expedidas en los procesos de responsabilidad fiscal, que existen diferentes interpretaciones en torno al caso, dado que está plenamente acreditado en este proceso que incurrió en un error inexcusable de conducta que configura la culpa grave, sin que dicha actuación sea “plausible” o justificada.

Las razones de su defensa tendrían lugar si hubiera adelantado un procedimiento previo para verificar los hechos de la denuncia y los resultados de la misma lo hubieran conducido a concluir la inconveniencia de las propuestas con sustento en factores objetivos. En ese evento, sería posible que las conclusiones de la investigación conllevaran a diferentes interpretaciones respecto de la conveniencia o no de las propuestas, pero este no es el caso, pues, como se dijo, el demandado omitió efectuar las averiguaciones a las que estaba obligado.

Concluye entonces la Sala que la conducta del demandado es gravemente culposa “al no manejar los negocios con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”, porque no previó los efectos nocivos de su actuación, **habiendo podido hacerlo**, y porque su calidad de Director de una entidad pública hace que sus omisiones y errores se consideren graves, en los términos de los artículos 6 y 121 de la C. P., toda vez que permite deducir que cuenta con un alto nivel profesional, gran experiencia en el trámite de los asuntos a su cargo y, por ende, en el manejo de las normas que regulan la función pública y los procesos de selección objetiva.

Lo anterior conduce igualmente a considerar que el demandado con su actuar gravemente culposos, **violó los principios constitucionales que rigen la función pública, así como el derecho fundamental del debido proceso** consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Por lo tanto, al acceder a las pretensiones de la demanda, no solo se protege el patrimonio del Estado sino que, además, se vela por la protección de los derechos fundamentales.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala considera configurada la responsabilidad personal de los agentes estatales en los términos del artículo 90

Cabe precisar, que no se condenará al demandado a la restitución del 100% de la condena que pagó la entidad pública demandante, en consideración a que el IDU debe asumir una parte del daño causado con ocasión del servicio, que le es imputable, dado que, a pesar de que actúe a través de sus agentes, el servicio se predica del funcionamiento propio de la entidad y, por ello, debe asumir el 10% de dicha condena.

5. Perjuicio

Para la liquidación, se descontará de la suma efectivamente pagada (\$63'241.074) el 10% que debe asumir la entidad pública demandante (\$6'324.107,4). El 90% restante (**\$56'916.966,6**), será indexado desde la fecha del pago hasta la fecha de ésta providencia, en consideración a los efectos nocivos que el transcurso del tiempo produce respecto del poder adquisitivo de la moneda colombiana.

Bases

Índice inicial: 143,46 (fecha del pago)

⁵⁰ Último reporte conocido de la página web del DANE, publicada en la siguiente dirección: www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/IPC_Indices_agosto06.xls, consultada en virtud del artículo 191 del C. P. C., según el cual, todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios.

$$\text{Actualización de Capital} = \$56'916.966,6 \times \frac{191,63}{143,46}$$

$$\text{Actualización de Capital} = \$76'028.149,37$$

En aplicación del artículo 15 de la Ley 678 de 2001, se dispondrá el plazo de seis (6) meses que se contará desde la ejecutoria de esta providencia, para que los demandados procedan al pago de la condena impuesta.

Esta sentencia deberá cumplirse en los términos del artículo 335 del C. P. C., en consideración a que se trata de una condena impuesta **a favor de la Nación**, y por tanto, no resulta aplicable el artículo 177 del C. C. A., relativo a la ejecución en **contra** entidades de derecho público.

7. Consideración final: Incidencia del proceso de responsabilidad fiscal.

La Sala considera necesario precisar el contenido y alcance de los procesos de repetición y de responsabilidad fiscal.

El control fiscal en Colombia tiene por objeto la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la Administración en el cumplimiento de los fines del Estado⁵¹.

En los términos del artículo 267 de la Constitución Política de 1991⁵² el control fiscal *“es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.”*

Respecto de la manera de realizar el control fiscal, el mismo artículo dispone:

“Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo

⁵¹ Así lo precisó la Corte Constitucional en Sentencia C-623 de 1999.

⁵² En la Constitución anterior, el artículo 59, incorporado por el acto legislativo número 1 de 1968, artículo 7, regulaba la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, sin aludir a los particulares como sujetos pasivos de dicho control.

concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos en la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”

Esa misma norma define a la Contraloría como una entidad técnica, con autonomía administrativa y presupuestal, cuya función⁵³ es vigilar la gestión fiscal de la administración y la de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación.⁵⁴

La función fiscalizadora comporta la realización de juicios de responsabilidad fiscal⁵⁵ con el objeto de *“determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”* (artículo 1, ley 610 de 2000).

La responsabilidad fiscal⁵⁶ está definida legalmente como aquella que tiene por objeto *“el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, por la conducta dolosa o culposa de quienes realizan la gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que comprende el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”* (art. 4, ley 610 de 2000).

Cabe precisar que la responsabilidad fiscal es la institucional o anónima del Estado, que difiere sustancialmente de la responsabilidad personal de los agentes

⁵³ La función fiscalizadora, incluye un control financiero y un control de gestión; el primero comprende el examen de los estados financieros *“comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas constitucionales y legales y las relacionadas con los principios y reglas que rigen la contabilidad.”* En tanto que en el control de gestión “se analiza la eficiencia y la eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, lo cual se lleva a cabo mediante la evaluación de los procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño, y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad”. Apartes de la sentencia C-623 de 1999.

De acuerdo con el marco constitucional referido, el control fiscal no se ejerce a partir de un simple análisis numérico legal del gasto público, pues comprende también la vigilancia de toda la gestión fiscal de los órganos del Estado y de los sujetos particulares que manejan dineros o bienes públicos.

⁵⁴ Se entienden por éstos, además de lo preceptuado en el artículo 102 de la Constitución, los dineros del presupuesto nacional y las contribuciones en especie, sin que queden comprendidos los patrimonios de los entes territoriales sino en aquellos casos especialmente previstos por la ley.

⁵⁵ Regulados inicialmente por la ley 42 de 1993 y hoy por la ley 610 de 2000

⁵⁶ La Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han pronunciado sobre las diferencias existentes entre esta responsabilidad y la responsabilidad personal del agente que con su conducta dolosa o gravemente culposa determina una condena judicial contra el Estado. Así el concepto 1716 proferido el 6 de abril de 2006, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló: “El legislador instituyó la primera como el instrumento procesal especial para obtener la reparación del detrimento patrimonial causado al Estado por la condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto, originada en la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o exservidor público o de un particular en desarrollo de funciones públicas, aún realizada en ejercicio de gestión fiscal y que causen daños antijurídicos a un tercero; por ende, resulta improcedente por esta misma causa intentar deducir responsabilidad fiscal en aplicación de los mandatos de la ley 610 de 2000...”

que ejercen dicho control, regulada en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución, que prevé la responsabilidad de los agentes del Estado por la disminución patrimonial que éste ha soportado cuando ha debido responder patrimonialmente frente a los administrados, por su actuar doloso o gravemente culposo.

Ahora, ¿Es posible adelantar simultáneamente la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, cuando el Estado es condenado por daños imputables al agente, en desarrollo de la gestión fiscal, con ocasión de su conducta dolosa o gravemente culposa?

Los artículos 90 de la Constitución Política y 1° a 4° y 7° de la ley 678 de 2001, imponen el deber a las entidades públicas de ejercer la acción de repetición cuando la entidad pública ha pagado una suma de dinero impuesta en una condena judicial o en virtud de una conciliación u otra forma de terminación de conflicto, a consecuencia de los daños causados a un tercer por la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público.

El proceso de responsabilidad fiscal por su parte, está consagrado en el artículo 268 Constitucional y es desarrollado por la ley 610 de 2002, disposiciones que señalan que tal proceso, de naturaleza administrativa, tiene por objeto obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejan o administran bienes, recursos o fondos públicos, cuando causan un daño al patrimonio público debido a la inadecuada gestión fiscal, con ocasión de su conducta dolosa o culposa.

Si bien ambos procesos tienen elementos comunes, como la finalidad que persiguen, esto es, la protección del patrimonio público cuando ha sido vulnerado por la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos, entre otros, lo cierto es que al ser instrumentos procesales autónomos, presentan diversas⁵⁷ características:

Asunto	ACCION DE REPETICIÓN	RESPONSABILIDAD FISCAL
Naturaleza	Judicial	Administrativa
Causa	Daño antijurídico ocasionado a un tercero, imputable a un agente estatal a título de dolo	Daño directo al patrimonio del Estado por el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de

⁵⁷ Sobre las diferencias entre éstos instrumentos jurídicos puede consultarse la sentencia C-619 que dictó la Corte Constitucional el 8 de agosto de 2002. Exp: D-3873. Actor: Carlos Mario Isaza Serrano. Magistrados Ponentes: Drs. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

	o culpa grave, que impone a la administración la obligación de obtener de éste el reembolso de lo pagado a la víctima (art. 90 C. P.)	ésta, causado por servidores públicos y personas de derecho privado que manejen bienes y fondos públicos (art. 268 C. P.).
Competencia	Jurisdicción contencioso administrativa	Contralorías

Teniendo en cuenta lo anterior, en los eventos en que se cause detrimento al patrimonio del Estado por el actuar doloso o culpable del agente en ejercicio irregular de la gestión fiscal, genera la obligación de entidad pública de pagar una suma de dinero proveniente de una condena judicial, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, a consecuencia del daño causado a un tercero por la conducta calificada, desplegada por dicho agente, **no hay lugar a adelantar juicio de responsabilidad fiscal sino que se debe ejercer la acción de repetición**⁵⁸.

En conclusión no es jurídicamente viable tramitar en forma concurrente la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal, en consideración a que, de acuerdo con la naturaleza de cada una de dichas figuras consagradas en Constitución Política, éstas son excluyentes⁵⁹.

De acuerdo con la naturaleza de la acción de repetición, resulta irrelevante el origen de la obligación, esto es si fue mediante sentencia judicial, conciliación, transacción, etc., o si fue con ocasión o no de gestión fiscal, toda vez que el fundamento de la acción de repetición es el daño que se ha causado a un tercero con la conducta calificada de un agente estatal.

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

F A L L A:

MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sala de Descongestión, el 7 de diciembre de 2004, la cual quedará así:

⁵⁸ Así se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado: “Si un servidor público, con un acto suyo, doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría”. Sentencia del 26 de julio de 2001. Exp: 6620

⁵⁹ Sobre el tema puede consultarse el concepto que rindió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ocasión de la acción de repetición y proceso de responsabilidad fiscal el el 6 de abril de 2006. Exp: 1716. Actor: Ministro del Interior y de Justicia. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad personal del señor Luis Fernando De Guzmán Mora, quien con su conducta gravemente culposa causó la condena del Estado a la reparación patrimonial del daño causado.

SEGUNDO: A consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al señor Luis Fernando De Guzmán Mora **A PAGAR A FAVOR DEL IDU** la suma de SETENTA Y SEIS MILLONES VEINTIOCHO MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS (\$76'028.149,37).

TERCERO: CONCEDER al señor Luis Fernando De Guzmán Mora el término de seis (6) meses para el cumplimiento del pago.

CUARTO: NEGAR las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: Esta sentencia debe cumplirse en los términos del artículo 335 del C. P. C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
PRESIDENTE

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO