

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Noción. Definición. Concepto / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Regulación normativa / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Procedencia

El artículo 90 de la Constitución Política, que contiene el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que le sean imputables en virtud de las actuaciones u omisiones de sus funcionarios, establece que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”. El artículo 77 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, ya establecía para la época de los hechos, que sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas o a las privadas que cumplan funciones públicas, “(...) los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones”; posteriormente, el artículo 86 del mismo código –modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998- que consagra la acción de reparación directa a favor de quien haya sufrido un daño por los hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupaciones provenientes de cualquier autoridad estatal, determinó que “Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o exservidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo (...)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 86 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 31

DAÑO ANTIJURIDICO OCASIONADO POR SERVIDOR PUBLICO - Conducta dolosa o gravemente culposa / SERVIDOR PUBLICO - Posibilidad para que las entidades estatales le reclamen patrimonialmente cuando con su actuar comprometa la responsabilidad del Estado / RECLAMACION POR PARTE DE LA ENTIDAD - Acción de repetición y llamamiento en garantía con fines de repetición / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Regulación normativa / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Procedencia

La Constitución y la ley autorizan a las entidades estatales para reclamar a su vez, patrimonialmente, al funcionario que en su calidad de tal y con su conducta dolosa o gravemente culposa, haya ocasionado el daño antijurídico que comprometió la responsabilidad estatal. Para hacer efectiva tal reclamación, la entidad puede optar por uno de dos caminos: i) presentar una demanda de repetición en contra del servidor o ex servidor una vez terminado el proceso en el que fue condenada a indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante, o ii) formular el llamamiento en garantía dentro del mismo proceso contencioso administrativo en el que ella es demandada, para que una vez se juzgue su responsabilidad y si hay lugar a ello, se estudie la del funcionario o ex funcionario frente a la administración y si hay lugar a que le reconozca todo o parte del pago que la entidad haya efectuado en virtud de la condena judicial proferida en su contra. Es decir que al lado de la acción de repetición con que cuentan las entidades estatales, se halla también la posibilidad para ellas de efectuar, dentro de los procesos contencioso administrativos adelantados en su contra, el llamamiento en garantía a sus funcionarios o exfuncionarios, por cuya conducta dolosa o gravemente culposa la entidad se vea abocada a indemnizar perjuicios a terceros, con el fin de que

dentro del mismo proceso, una vez dilucidada la responsabilidad patrimonial estatal, se analice la conducta del servidor público, para determinar si surge a su cargo el deber de reembolsar total o parcialmente el monto de la indemnización pagada por la administración. Al respecto, el artículo 217 del C.C.A, establece que en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada, entre otras cosas, podrá realizar el llamamiento en garantía. Como se observa en las anteriores normas, ellas hacen referencia a la facultad de la entidad demandada para formular el llamamiento en garantía a su servidor o ex servidor, lo cual guarda consonancia con la definición legal que de esta figura hace el artículo 57 del C.P.C.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 217 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 57

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Noción. Definición. Concepto

Se trata entonces, de eventos en los cuales existe una relación de garantía previa entre el demandado-llamante y el llamado en garantía, proveniente de un contrato o de una disposición legal que la establece y en virtud de la cual el primero está facultado para exigirle al segundo el pago de una indemnización o el reembolso de una condena impuesta a aquel; y que le permite, por lo tanto, hacerlo comparecer al proceso en el cual el llamante ha sido demandado, para que en el mismo se juzgue la pertinencia de su reclamación frente al llamado en garantía. En los procesos contencioso administrativos, como ya se vio, las entidades estatales están autorizadas constitucional y legalmente para reclamar de sus servidores y ex servidores el reembolso total o parcial –según el caso- de lo que hubieren tenido que pagar a título de indemnización de perjuicios, ocasionados por una actuación dolosa o gravemente culposa de dicho servidor, lo que las autoriza, así mismo, para hacerlos comparecer, mediante el llamamiento en garantía, al proceso en el que se juzga la responsabilidad patrimonial de la entidad.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Procesos contencioso administrativos / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Existencia de dos relaciones procesales que deben ser resultas por el Juez

En los procesos contencioso administrativos en los que se ha formulado un llamamiento en garantía, surgen dos relaciones procesales perfectamente diferenciadas que deben ser resueltas por el juez: i) el litigio que se traba entre demandante y entidad demandada, derivado de las pretensiones que el primero aduce frente a la segunda y que apuntan a obtener una condena en su contra y ii) la relación que surge entre demandado y llamado en garantía, en la cual aquel asume la posición de demandante frente a éste, de quien reclama un reconocimiento económico con fundamento en una relación de garantía de origen legal o contractual. El juez debe resolver en primer término el litigio principal, en el que se decide sobre las pretensiones de la demanda que dio origen al proceso, pues si concluye que existe la responsabilidad de la entidad demandada frente al demandante y la procedencia de su condena, deberá efectuar a continuación, el análisis de la relación entre aquel y el llamado en garantía, para establecer si éste se halla obligado a responder frente al demandado por todo o parte de lo que haya tenido que pagar en virtud de la condena en su contra. Contrario sensu, si del estudio de la primera relación procesal concluye el juez que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto las deniega, el llamamiento en garantía carecería de causa.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Legitimación para formularlo / LEGITIMACION PARA FORMULAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Entidad estatal y el Ministerio Público. Regulación normativa y jurisprudencial

Si bien es cierto la entidad estatal es quien en principio está legitimada para formular el llamamiento en garantía, por ser la acreedora legal o contractual de la obligación del llamado a responder, en caso de recaer una condena sobre ella, el Ministerio Público también lo está. El artículo 35 de la Ley 446 de 1998 -que modificó el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo-, establece las atribuciones del Ministerio Público en los procesos adelantados en la jurisdicción contencioso administrativa y entre las mismas, le otorga expresamente la de solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública (numeral 1º), por lo cual no cabe duda alguna de la facultad que en este sentido ostenta dicha parte procesal. Sin embargo, para la época en que se formuló el llamamiento en garantía en el presente proceso por parte del procurador judicial, junio de 1993, la anterior norma no existía y el artículo original del C.C.A era de otro tenor y no contemplaba en forma expresa dicha facultad en cabeza del Ministerio Público. A pesar de esta circunstancia, la jurisprudencia de la Sala consideró que, en virtud de las funciones atribuidas por la Constitución y la ley a esta entidad, como parte dentro de los procesos judiciales, le correspondía, cuando lo considera procedente, formular tales llamamientos

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 127 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 35

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Presupuestos para su procedencia / SERVIDOR PUBLICO - Debe comprobarse que su actuación fue dolosa o gravemente culposa y que ésta fue la causa de la condena en contra de la entidad estatal

Para la prosperidad del llamamiento en garantía que formulen las entidades estatales en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, debe comprobarse en el plenario que la actuación de éstos fue dolosa o gravemente culposa y así mismo, que fue la causa de la condena proferida en contra de la entidad. La definición de la responsabilidad del funcionario o ex funcionario de la administración en la acción de repetición y en el llamamiento en garantía, implica la comprobación de que ha actuado con dolo o con culpa grave y que fue su actuación el origen del daño antijurídico por el cual se dedujo la responsabilidad patrimonial de la entidad estatal y ésta fue condenada a indemnizar los perjuicios ocasionados.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar Corte Constitucional, sentencia C-430 de 2000

ACCION DE REPETICION Y LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Actuación del funcionario o ex funcionario / ACTUACION DEL FUNCIONARIO O EX FUNCIONARIO - Parámetros legales para su estudio. Aspectos sustanciales y procesales. Regulación normativa Ley 678 de 2001 / ACTUACION DEL FUNCIONARIO O EX FUNCIONARIO - Corresponde al Estado la carga de probar que su agente obró con culpa grave o dolo

En relación con los parámetros legales con los cuales debe examinarse la actuación del funcionario o ex funcionario, se observa que los aspectos sustanciales y procesales tanto de la acción de repetición como del llamamiento en garantía con fines de repetición, fueron regulados expresamente por la Ley 678 de 2001, en la cual se determinaron los conceptos de dolo y culpa grave como calificativos de la conducta de los servidores o ex servidores de la administración que permiten deducir su responsabilidad personal, así como los aspectos procesales de dichas acción y llamamiento. No obstante, esta ley es posterior a las actuaciones que dieron lugar a la formulación del llamamiento en garantía en el *sub-lite*, razón por la cual no procede su aplicación con miras a determinar la responsabilidad del señor Luis Felipe Conde Lasso frente a la entidad condenada en la primera instancia y en consecuencia debe acudir a las normas que se hallaban vigentes para la época de la comisión de la conducta que se juzga

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencia de 7 de abril de 2011, exp. 19801

RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS AGENTES DEL ESTADO - Culpa grave y dolo / CULPA GRAVE - Noción. Definición

Los artículos 90 de la Constitución Política y 77 del C. C. A., al consagrar la responsabilidad personal de los agentes del Estado, se refirieron a la culpa grave y al dolo como características de su conducta que daban lugar a la deducción de la referida responsabilidad, pero no definieron qué debía entenderse por una y otro, para estos efectos. El artículo 63 del Código Civil, define la culpa grave como aquella 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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional sentencia C-285 de 2002 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2006, exp. 23049

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Actuar del funcionario con culpa grave o dolo / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Para su procedencia deben existir medios de prueba que demuestren que el funcionario actuó con culpa grave o dolo / IMPROCEDENCIA DE LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Inexistencia de medios de prueba que demuestren que el funcionario actuó con culpa grave o dolo

La Sala considera, contrario a lo afirmado por el a-quo, que no obran en el plenario medios de prueba que permitan afirmar que Luis Felipe Conde Lasso obró con dolo o culpa grave. (...) no encuentra la Sala cuál fue la actuación negligente e imprudente en la que pudo haber incurrido el llamado en garantía en el presente proceso, o cuáles las normas legales que de manera abierta desconoció y vulneró, teniendo en cuenta que para la adquisición del bien objeto del contrato celebrado, ya se habían adelantado por la entidad dos procesos licitatorios que hubo que declarar desiertos y que esta circunstancia permitía proceder a la contratación directa, según el régimen de contratación aplicable en

este caso, hecho que fue conocido y decidido por la junta directiva, autoridad que fue quien decidió, finalmente, no dar cumplimiento ni ejecución al contrato suscrito con los demandantes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C, veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 41001-23-31-000-1992-07003-01(20460)

Actor: RAMIRO POLANIA FERNANDEZ Y OTROS

Demandado: INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA

Referencia: APELACION SENTENCIA ACCION CONTRACTUAL

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el llamado en garantía en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión Sección Tercera Sala de Decisión sede Bogotá el 8 de febrero de 2001, por la cual accedió a las pretensiones de la demanda, la cual será modificada (f. 246 a 268, c. ppl).

SÍNTESIS DEL CASO

La Industria Licorera del Huila celebró con los demandantes un contrato de compraventa con instalación de unas bandas transportadoras, pero se abstuvo de ejecutarlo por considerar que estaba viciado de nulidad, al carecer el gerente que lo suscribió, de autorización de la junta directiva. El Tribunal declaró el incumplimiento del contrato, condenó a la entidad demandada a indemnizar los perjuicios y al llamado en garantía a reembolsarle a ésta el 50% de dicha condena. No obstante, al resolver el recurso de apelación interpuesto por este último, se concluyó que no existe prueba en el plenario en relación con el dolo o la culpa grave que permita proferir una condena en su contra.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 18 de noviembre de 1992, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, los señores Ramiro Polanía Fernández

y Blanca Inés Bernal Quintero presentaron ante el Tribunal Administrativo del Huila demanda en contra de la Industria Licorera del Huila cuyas pretensiones fueron (f. 113 a 127 y 146 , c. 1):

PRIMERA: Que se declare que la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA, incumplió las obligaciones a su cargo, derivadas de la Resolución No. 146 de febrero 27 de 1991, proferida por el Gerente de la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA, por la cual se adjudicó el contrato para la compraventa, instalación y montaje de un sistema de transportadores para el manejo de cajas con envase vacío, cajas vacías y cajas con producto terminado y con transportadores Table Top para el manejo de envase de las salas de envasado de Doble Anís 750 cc. y 375 cc. y líneas de envasado de cremas, y del contrato celebrado con el mismo objeto por la misma entidad con los señores RAMIRO POLANÍA FERNÁNDEZ y BLANCA INÉS BERNAL QUINTERO, el día 28 de febrero de 1991.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA a pagar a los señores RAMIRO POLANÍA FERNÁNDEZ y BLANCA INÉS BERNAL QUINTERO o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios derivados del incumplimiento, que ascienden en la actualidad y en dinero de poder adquisitivo de la fecha en que se introduce este escrito, a una suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$ 20.000.000.00) Moneda Legal (...).

2. La parte actora dio cuenta de la existencia de la resolución n.º 146 del 27 de febrero de 1991, por medio de la cual el gerente de la Industria Licorera del Huila, señor Luis Felipe Conde Lasso, adjudicó a los demandantes Ramiro Polanía Fernández y Blanca Inés Bernal Quintero –propietarios del establecimiento de comercio denominado Almacén y Taller Cheviauto, el contrato para la instalación y montaje de un sistema de transportadores para el manejo de cajas y envases en la licorera. El contrato fue suscrito por las partes el 28 de febrero de 1991, por valor de \$ 46 774 314,40 y los contratistas cumplieron con todos los requisitos para su legalización, pero la Contraloría Departamental no lo refrendó por considerar que no había sido aprobado por la junta directiva de la Industria Licorera del Huila, junta que en reunión del 3 de abril de 1991, autorizó a la gerencia para solicitar la nulidad del contrato por falta de capacidad legal del gerente para firmarlo, de lo cual fue informado el contratista, a quien se le manifestó que el contrato no se hallaba perfeccionado. Hasta la fecha de la demanda, no se había entregado el anticipo acordado ni se había demandado la nulidad del contrato por parte de la entidad.

II. Actuación procesal

3. El Tribunal Administrativo del Huila **admitió** la demanda por auto del 1º de junio de 1993, el cual fue notificado personalmente al gerente de la Industria Licorera del Huila y al representante del Ministerio Público (f. 142, 143 y 147, c. 1).

4. El Procurador 34 Judicial Administrativo presentó memorial en el cual, “(...) con el fin de que responda solidariamente con la parte demandada si prospera la demanda, o satisfaga en todo o en parte los perjuicios a la entidad demandada conforme a lo que se llegue a disponer en la sentencia (...)”, formuló llamamiento en garantía respecto de Luis Felipe Conde Lasso, quien en su calidad de gerente

y representante legal de la Industria Licorera del Huila profirió la resolución n.º 146 del 27 de febrero de 1991 y suscribió con los demandantes el contrato de compraventa, instalación y montaje de un sistema de transportadores careciendo, al parecer, de facultades para elaborar dicho contrato. Sostuvo que las normas legales invocadas en el escrito de llamamiento –artículos 90 y 277 numerales 7 y 10 de la Constitución Política, 75, 77, 78 y 217 del CCA, 294 del Decreto-Ley 222 de 1983 y 55, 56 y 57 del C.P.C.- establecen la obligación del llamado de responderle a la entidad demandada por los daños y perjuicios que se causen a terceros por culpa grave o dolo suyos en el ejercicio de sus funciones (f. 144 a 146, c. 1).

5. La entidad demandada **contestó la demanda** aceptando unos hechos y ateniéndose a lo que resulte probado respecto de los demás y se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que al ser ilegal el contrato –que tampoco se perfeccionó en debida forma- por haber sido celebrado por el gerente de la entidad sin contar con autorización de la junta directiva para ello, no podía la Industria Licorera del Huila darle cumplimiento, por ser un contrato absolutamente nulo, lo que torna improcedentes las pretensiones de la demanda y conduce a su declaratoria oficiosa por el tribunal (f. 151, c. 1).

6. Por auto del 19 de enero de 1994, se accedió al llamamiento en garantía formulado por el procurador judicial y fue citado al proceso el señor Luis Felipe Conde Lasso, quien a través de apoderado le dio contestación y se opuso al mismo. Sostuvo que no es cierto que hubiera celebrado el contrato sin contar con autorización para ello, porque la junta directiva de la entidad sí lo facultó expresamente y actuó en todo con apego a la ley, sin incurrir en conducta dolosa o gravemente culposa que justifique el llamamiento en garantía (f. 156, 158 y 160, c. 1).

7. Por medio de auto del 7 de abril de 1999 se corrió **traslado para alegar de conclusión** (f. 205, c. 1), oportunidad en la cual la parte demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda (f.217).

8. El procurador judicial presentó concepto en el cual consideró que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, ya que la adjudicación y celebración del contrato se hizo desconociendo las normas del régimen de contratación del departamento y sus entidades descentralizadas - Decreto 418 de 1983, modificado por las ordenanzas 036 de 1985 y 032 de 1988-, ya que dada la naturaleza de la entidad y la clase de contrato a celebrar, requería de autorización previa de la junta directiva para su adjudicación y suscripción, la cual no fue expedida, como se puede constatar con el análisis conjunto de las actas 001, 002 y 004 del 5 de febrero, 30 de abril y 29 de mayo de 1991 de la junta directiva de la entidad, de lo cual se deduce que el gerente obró sin competencia; además, sostuvo que el contrato no cumplió con requisitos de trámite coetáneos a la celebración y perfeccionamiento de los mismos, como el de la revisión por parte de la oficina jurídica de la entidad y la refrendación de la Contraloría Departamental y que el artículo 23 del Decreto 418 establecía que la ejecución del contrato por el contratista no podía iniciarse con anterioridad a la fecha en que empezaba a contabilizarse la vigencia del mismo, que lo sería a partir de la fecha de su legalización, por lo que *“No se entiende entonces cómo, si la adjudicación y el contrato sub-lites han sido realizados por funcionario incompetente, y la vigencia de los mismos no pudo iniciarse válidamente por cuanto los requisitos para su legalización no se cumplieron a cabalidad, pretendan los demandantes reclamar judicialmente el pago de ‘perjuicios’ a su favor derivados de dicha actuación irregular. Si la ‘adjudicación’ y el ‘contrato’ sub-*

judices no nacieron realmente a la vida jurídica por la ausencia de varios de los requisitos previos consagrados para ello por el Estatuto Contractual regional, mal puede pretenderse ahora derivar beneficios para algunos de los contratantes, percibiendo el monto de los presuntos perjuicios que actos inexistentes supuestamente han generado". No obstante, consideró que de encontrarse responsable a la entidad frente al demandante, los efectos de la sentencia debían hacerse extensivos al llamado en garantía, gerente de la entidad demandada para la época de los hechos, pues no demostró, como le correspondía, que actuó con la diligencia y cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios (art. 63 del C.C.), es decir "(...) que su actuación en tales hechos se halla ausente de culpa grave" (f. 206, c. 1).

9. El **Tribunal Administrativo** de Descongestión Sección Tercera Sala de Decisión sede Bogotá en **sentencia** del 8 de febrero de 2001, decidió:

PRIMERO: Declarar que la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA incumplió el contrato celebrado el 28 de febrero de 1991, con RAMIRO POLANÍA FERNÁNDEZ Y BLANCA INÉS BERNAL QUINTERO, en su condición de propietarios del ALMACÉN Y TALLER CHEVIAUTO.

SEGUNDO: Condenar a la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA a pagar a los actores, la suma de VEINTICUATRO MILLONES SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$24'072.997,00), por concepto de indemnización, a título de lucro cesante, según las consideraciones que anteceden.

TERCERO: Condenar al Doctor LUIS FELIPE CONDE LASSO, quien se constituyó en sujeto procesal, después de haber sido llamado en garantía, en su calidad de representante legal de la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA, para la época de la celebración del contrato, a pagar el 50% del monto indicado en el numeral anterior, esto es, DOCE MILLONES TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$12'036.498) a favor de la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el 78 del CCA.

CUARTO: Dar cumplimiento a la presente providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del CCA.

QUINTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

10. El Tribunal decidió en la forma expuesta, por cuanto consideró que el defecto que presentaba el contrato, consistente en la ausencia de autorización de la junta directiva al gerente para su adjudicación y celebración no eran imputables al contratista, quien suscribió el contrato de buena fe pues obraba certificación del secretario de la junta directiva en el sentido de que la misma había facultado al gerente para las actuaciones adelantadas y cumplió con todos los requisitos de legalización que le correspondían, lo que hacía procedente la indemnización de perjuicios a su favor, consistentes en la utilidad dejada de percibir por la no ejecución del contrato. Dispuso finalmente, como única referencia al llamamiento en garantía, que *"La mitad de la anterior condena recaerá sobre el representante legal de la Licorera del Huila, para la época a que se contraen los hechos generadores de la presente controversia, por hallar que su actuar estuvo asistido de culpa grave, al celebrar el contrato, sin estar previamente autorizado por la*

Junta Directiva de la entidad, con el agravante de que estuvo presente en las sesiones donde se discutió el tema” (f. 246 a 268, c. ppl).

11. Inconforme con lo decidido por el Tribunal Administrativo *a-quo*, el llamado en garantía Luis Felipe Conde Lasso, interpuso **recurso de apelación**,¹ en el cual solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en subsidio de esta petición, absolverlo a él de toda responsabilidad.

11.1. Sostuvo el apelante, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, la acción de repetición o el llamamiento en garantía sólo podían ser formulados por la entidad demandada, no por la parte actora o por el Ministerio Público.

11.2. Manifestó que el fallo de primera instancia incurrió en una aplicación errada de la normatividad invocada en contra del llamado en garantía y en una apreciación equivocada de las pruebas, pues se desconoce la existencia del acta de junta directiva de la Industria Licorera del Huila n.º 013 del 8 de octubre de 1990 y con fundamento en esta omisión, se determinó la condena del señor Conde Lasso, al concluir que había incurrido en culpa grave al celebrar un contrato para el cual no contaba con la necesaria autorización de la junta directiva de la entidad, cuando lo cierto es que *“(…) dentro del proceso no aparece una vez, sino tres veces el documento público auténtico, además anexo, en donde consta que el Doctor CONDE LASSO siendo Gerente de la Industria Licorera del Huila, celebró el contrato objeto de discusión en la presente litis, debidamente autorizado por la Junta Directiva de dicha entidad”*. Por otra parte, no se le podía imputar culpa grave al llamado en garantía por haber participado en las reuniones en las que se discutió el procedimiento jurídico a seguir para la celebración del contrato, pues de dichas discusiones surgía, precisamente, la posibilidad y el entendimiento de actuar de una u otra forma; además, el señor Conde Lasso prefirió seguir los trámites licitatorios a pesar de que el asesor jurídico manifestó que no era necesario y se podía hacer por contratación directa y obró según instrucciones de la junta directiva y bajo su expresa autorización. Finalmente, solicitó tener en cuenta las apreciaciones del procurador judicial sobre la existencia o inexistencia del contrato, pues de ello podría derivarse así mismo la inexistencia de la responsabilidad imputada al llamado en garantía (f. 270, 271 y 288, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

12. El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el llamado en garantía en contra de la sentencia de primera instancia, toda vez que el valor de la pretensión mayor ascendió a la suma de \$ 20 000 000 y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda -18 de noviembre de 1992- para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$ 6 860 000.

II. Hechos probados

¹ El recurso de apelación interpuesto por la parte actora fue declarado desierto mediante auto del 8 de agosto de 2001 (f. 287, c. ppl).

13. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario², se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis:

13.1. Mediante resolución n.º 146 del 27 de febrero de 1991, el gerente de la Industria Licorera del Huila, Luis Felipe Conde Lasso, adjudicó a “la propuesta presentada por ALMACEN Y TALLER CHEVIAUTO” el contrato para el suministro, instalación y montaje de un sistema de transportadores para el manejo de cajas con envase vacío, cajas vacías y cajas con productos terminados, y transportadores table top para manejo de envase de las salas de envasado de doble anís de 750 cc y 375 cc y línea de envasado de cremas. En las consideraciones de dicho acto administrativo se informa que fue abierta la licitación privada n.º 003 de 1990 con este objeto, la cual tuvo que ser declarada desierta; que se abrió nuevamente y se declaró desierta por segunda vez. Que desde hacía aproximadamente dos años se había tratado de adquirir los elementos objeto de esta licitación, sin que a la fecha se hubiera logrado y se hacía necesario proceder de inmediato a la realización de este proyecto, para atender la programación de producción y ventas establecidas por la empresa. Que en reunión de la junta directiva de la Licorera realizada el 5 de febrero de 1991, según consta en acta 001 de esta fecha, se autorizó al gerente de la entidad para cotizar los ítems con las respectivas cantidades de obra que constan en la licitación 003 y para proceder a contratar con la firma que presentara la mejor oferta. Que se invitó a cotizar a 3 firmas, obteniendo ofertas de Servin Ltda., Emiingeniera Ltda. y Almacén y Taller Cheviauto (fotocopia autenticada de documento público, f. 4, c. 1).

13.2. El 28 de febrero de 1991, la Industria Licorera del Huila celebró con los señores Ramiro Polanía Fernández y Blanca Inés Bernal Quintero³ un contrato “*de compraventa, instalación y montaje de un sistema de transportadores en la Industria Licorera del Huila*” por valor de \$ 47 774 314,40 y un plazo de entrega de 3 meses, contados a partir de la refrendación del contrato por la Contraloría del departamento (fotocopia autenticada de documento público, f. 136 a 140, c. 1).

² De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración.

³ Propietarios del establecimiento de comercio “*Almacén y Taller Cheviauto*”, según el certificado de registro mercantil respectivo, expedido por la Cámara de Comercio de Neiva el 14 de marzo de 1991 (f. 14, c. 1).

13.3. El contratista cumplió con los requisitos de legalización del contrato, según consta en oficio dirigido por el señor Ramiro Polanía Fernández al gerente de la entidad contratante, con el cual le remite los siguientes documentos: original y dos copias del contrato, certificado de reserva presupuestal, la propuesta, el certificado de cámara de comercio, fotocopia de la libreta militar y la cédula, la garantía de cumplimiento, constancia de la junta directiva, paz y salvo departamental, copia de la resolución de adjudicación, recibo del timbre nacional, estampillas de electrificación rural, recibo de publicación en la gaceta departamental y certificado de planeación departamental (fotocopia de documento privado con sello de recibido de la Industria Licorera del Huila el 7 de marzo de 1991, f. 13, c. 1).

13.4. La ejecución del contrato no se llevó a cabo, según se desprende de los siguientes medios de prueba:

13.4.1. Oficio remitido por el contratista al gerente de la Industria Licorera del Huila el 22 de abril de 1991, en el cual le solicita información sobre lo ocurrido con el contrato celebrado por las partes para la instalación y montaje de bandas transportadoras, el cual fue entregado a esa gerencia desde el 7 de marzo con toda la documentación exigida y a la fecha no se le había comunicado nada sobre el mismo, produciéndole perjuicios por cuanto ya había adquirido parte de los materiales y los costos de los mismos así como de la mano de obra se iban a incrementar (documento privado original, con sello de recibido por la Industria Licorera del Huila del 25 de abril de 1991, f. 19, c. 1).

13.4.2. Respuesta dada por el gerente de la Industria Licorera del Huila a la anterior solicitud del contratista, en la cual le reitera que como ha se lo había informado verbalmente, *“(...) la Junta Directiva de la Industria Licorera, no había facultado al Gerente del momento para elaborar dicho contrato lo que genera una nulidad absoluta por falta de competencia. Además dicho contrato no fue legalizado en forma oportuna ni posterior por ustedes, por cuanto las pólizas, publicaciones y demás anexos no corresponden a la de los contratantes, lo que motivó que el señor Contralor Departamental no aprobara dicho contrato”* (documento público auténtico, f. 20, c. 1).

13.5. El gerente de la Industria Licorera del Huila tenía autorización para adjudicar y celebrar el contrato cuyo objeto sería la *compraventa, instalación y montaje de*

un sistema de transportadores” para la entidad, según se desprende de los siguientes medios de prueba:

13.5.1. Constancia expedida por el secretario de la junta directiva de la Industria Licorera del Huila el 28 de febrero de 1991, en la cual se lee:

Que en reunión de Junta Directiva celebrada el día cinco (5) de febrero de 1991, según consta en Acta No. 001 de la misma fecha, fue declarada desierta la Licitación No. 002 y 003 de 1990, por segunda vez.

Basados en esta circunstancia, la Honorable Junta Directiva, autorizó al señor Gerente para solicitar cotización, de acuerdo a los ÍTEM y cantidades de obras de cada una de las anteriores Licitaciones y contratar con la firma que presente la mejor oferta” (fotocopia autenticada de documento público, f. 11, c. 1).

13.5.2. Fotocopia autenticada del acta n.º 13 del 8 de octubre de 1990 de la junta directiva de la Industria Licorera del Huila, en la cual consta que el gerente de la empresa presentó informe dentro del cual manifestó que “(...) *ha venido preparando con el cuerpo técnico de la Industria Licorera un paquete de inversiones prioritarias que en equipos se deben gestionar en este último periodo del año para adecuar la factoría hacia futuras expectativas de mercados; solicita de los miembros de Junta Directiva autorización para llevar a cabo este proceso que por demás considera de suma urgencia (...)*”. A continuación la junta analiza las condiciones y el estado de ejecución en que se halla un contrato de exportación de licor a los Estados Unidos, si se han llenado todos los requisitos para ello y las posibilidades de cumplimiento del mismo en el tiempo necesario y entre los planteamientos que se hicieron, la jefe de producción manifestó que “(...) *Con la actual capacidad instalada en destilería y unas pequeñas reparaciones podemos responder por el contrato durante los primeros años (...), lo que sí es importante es la adquisición de cinco tanques de acero inoxidable de 200 litros, complementar la línea de envasado con un sistema de transportadores que haga más funcional la alimentación de la línea y el almacenamiento del producto terminado (...); todo depende de que la junta tome la decisión de autorizar a la gerencia para llevar adelante este proceso mediante el procedimiento de compra directa (...)*” y constan, además, en esta acta, las siguientes intervenciones y decisiones (fotocopia autenticada de documento público, f. 1 a 11, c. 2):

El doctor Alfonso Castro López sostiene: realmente la planta de envasado está sub-utilizada, sus equipos son bastante nuevos, lo que

se debe es hacer una serie de complementaciones, como por ejemplo el sistema de transportadores, los tanques para preparación de licor y la planta eléctrica; en conjunto estas implementaciones pueden valer unos \$ 120.000.000 y para la Licorera estas inversiones no serían difíciles por cuanto dispone de los recursos necesarios. Interviene el Dr. Luis Felipe Conde Lasso y manifiesta, lo que solicito es que la Honorable Junta me autorice para llevar a cabo la adquisición del equipo que hemos considerado prioritario. Interrumpe el Dr. Leonardo Unda y manifiesta, en un momento dado no se requiere de licitación, por el mismo respaldo legal que nos da el Decreto 1221 en su artículo 56; por cuanto, si no hay contrato de obra pública, que aquí pienso que no lo hay, sería contratación directa, por lo tanto pienso que se debe autorizar al señor Gerente para que haga las adquisiciones necesarias. Interviene el Dr. Alfonso Castro López y manifiesta: la industria licorera debe (...) finalmente autorizar la contratación directa según lo expuesto por el Dr. Leonardo, desde luego apoyándonos en un concepto jurídico de su parte que bien puede adicionarse al acta de la presente sesión (...). El señor Presidente de la junta considerando la suficiente ilustración sobre el tema, pone en consideración de la Honorable Junta Directiva el informe de la gerencia al igual que las solicitudes expuestas por el señor Gerente, siendo aprobadas por unanimidad.

13.5.3. En reunión de junta directiva del 5 de febrero de 1991, el gerente de la Industria Licorera del Huila informó que en diciembre del año anterior se abrió la licitación para las bandas transportadoras para la línea de envasado, pero se declaró desierta porque los proponentes no llenaban los requisitos exigidos por la junta; que se volvió a abrir el 8 de enero de 1991 y sucedió lo mismo, por lo que se le solicitó declararla desierta y así se hizo; informó que en estos casos, puede procederse a la contratación directa, según el Código Fiscal y pidió autorización para escoger a alguno de los proponentes o para pedir otras ofertas. *“El Dr. Mazorra dice que entonces se abra otra licitación, pero se le responde que no se puede, dice el gerente que se le autorice para obtener otras propuestas para contratar directamente, el Dr. Jairo Trujillo dice que no se haga así, sino bajo sobre cerrado o sellado y bajo normas claras de acuerdo al trámite del artículo 59 del Código Fiscal. El Dr. Hernán Andrade interviene diciendo que ya a esto se le dio debate y que se está optando por el sistema de contrato de obra pública pero quiere dejar una anotación de que en sí es una compra-venta (...)”* (acta de junta directiva n.º 001, fotocopia auténtica de documento público, f. 153, c. 2)⁴.

⁴ En reunión del 30 de abril de 1991, los miembros de la junta directiva discutieron el contenido del acta 001 y concluyeron que en la reunión correspondiente, del 5 de febrero anterior, no se había autorizado al gerente de entonces para celebrar el contrato objeto de la presente litis y que el tema tratado fue en relación con el régimen de contratación de la entidad y cuál sería el procedimiento a seguir para la adquisición que se requería. Se informó que el contralor departamental no iba a refrendar tal contrato y se planteó la posibilidad de demandar su nulidad. Esta conclusión fue reiterada en reunión del 29 de

13.6. La jefe de la división técnica presentó concepto ante la junta directiva, con posterioridad a la celebración del contrato con los señores Polanía y Bernal, en el sentido de que el contrato no se ajustaba a las necesidades de la empresa y que además, era más costoso que otras ofertas presentadas, por lo cual uno de los miembros consideró que “(...) *lo más viable era aprobar la acción de nulidad de los mismos*” (acta 002 del 30 de abril de 1991, fotocopia autenticada de documento público, f. 162, c. 2).

III. El problema jurídico

14. Teniendo en cuenta los hechos probados y las razones de inconformidad del apelante con el fallo de primera instancia⁵, deberá la Sala establecer si en el presente caso el señor Luis Felipe Conde Lasso actuó con culpa grave cuando fungía como gerente de la entidad, al adjudicar y suscribir, en representación de la Industria Licorera del Huila, el contrato de compraventa, instalación y montaje de un sistema de transportadores con los señores Ramiro Polanía Fernández y Blanca Inés Bernal Quintero, en su calidad de propietarios del establecimiento de comercio denominado “Almacén y Taller Cheviauto”, tal y como lo dedujo el *a-quo*, o si su conducta no puede ser objeto de tal calificación y por lo tanto se debe absolver al llamado en garantía, como lo sostiene el recurso de apelación.

IV. Análisis de la Sala

15. El Tribunal Administrativo del Huila declaró el incumplimiento contractual de la Industria Licorera del Huila y la condenó a pagar una indemnización de perjuicios a favor de los demandantes, decisión frente a la cual las partes se conformaron, por cuanto de un lado, la entidad demandada no interpuso recurso de apelación y de otro, la parte actora, a pesar de haberlo interpuesto oportunamente, no lo sustentó dentro del término otorgado para ello y por lo tanto fue declarado desierto, lo cual impide que en esta instancia se pueda analizar o tomar decisión

mayo de 1991, acta n.º 04, en la cual se criticó la gran confusión y falta de claridad que presentaban las actas de la junta y se volvió a cuestionar si era claro o no en ellas que al gerente anterior no se lo había autorizado para celebrar el contrato; se cuestionó al secretario de la junta por haber expedido una certificación en el sentido de que se había dado la autorización y él respondió que lo hizo con fundamento en el acta 013 del 8 de octubre de 1990 y manifestó que “(...) *en esa Acta aparece que la Junta por unanimidad faculta al Gerente para que se sirviera contratar y adjudicar esos contratos, desafortunadamente cuando se redactó el Acta yo hice referencia al Artículo tal como decía en el Acta No. 001, el error nació, es que he debido hacer referencia que en el Acta No. 013 sí estaba facultado como reza está firmado por el Gobernador como Presidente y el señor Javier Trujillo Téllez como Secretario de la junta de esa época, entonces lo que debí hacer fue eso (...)*” (f. 156 y 167, c. 2).

⁵ En el presente caso, sólo apeló el llamado en garantía, toda vez que tal y como se registró anteriormente, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora fue declarado desierto por no haber sido sustentado en tiempo. De otro lado, no resulta procedente el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que la sentencia, proferida el 8 de febrero de 2001, fue por una suma inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para esa fecha, monto requerido por el artículo 184 del C.C.A, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, para que las sentencias de primera instancia deban ser consultadas con el superior cuando no sean apeladas.

alguna sobre la responsabilidad contractual deducida en la sentencia de primera instancia y conduce a que el asunto a resolver se contraiga, como ya se anunció, al estudio de los argumentos expuestos por el llamado en garantía en su recurso de apelación, en virtud del cual conoce el Consejo de Estado del presente asunto, para que sea revocada la condena que en su contra se fulminó en el fallo objeto del recurso.

El llamamiento en garantía

16. El artículo 90 de la Constitución Política, que contiene el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que le sean imputables en virtud de las actuaciones u omisiones de sus funcionarios, establece que *“en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”*.

17. El artículo 77 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, ya establecía para la época de los hechos, que sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas o a las privadas que cumplan funciones públicas, *“(…) los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones”*; posteriormente, el artículo 86 del mismo código –modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998- que consagra la acción de reparación directa a favor de quien haya sufrido un daño por los hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupaciones provenientes de cualquier autoridad estatal, determinó que *“Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o exservidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo (...)”*.⁶

18. De acuerdo con lo anterior, la Constitución y la ley autorizan a las entidades estatales para reclamar a su vez, patrimonialmente, al funcionario que en su calidad de tal y con su conducta dolosa o gravemente culposa, haya ocasionado el daño antijurídico que comprometió la responsabilidad estatal. Para hacer efectiva tal reclamación, la entidad puede optar por uno de dos caminos: i) presentar una demanda de repetición en contra del servidor o ex servidor una vez terminado el proceso en el que fue condenada a indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante, o ii) formular el llamamiento en garantía dentro del mismo proceso contencioso administrativo en el que ella es demandada, para que una vez se juzgue su responsabilidad y si hay lugar a ello, se estudie la del funcionario o ex funcionario frente a la administración y si hay lugar a que le reconozca todo o

⁶ Actualmente, rige la Ley 678 de 2001, *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*. El artículo 19 de esta ley, establece: **“LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.** *Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario. // PARÁGRAFO.* *La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor”*.

parte del pago que la entidad haya efectuado en virtud de la condena judicial proferida en su contra.

19. Es decir que al lado de la acción de repetición con que cuentan las entidades estatales, se halla también la posibilidad para ellas de efectuar, dentro de los procesos contencioso administrativos adelantados en su contra, el llamamiento en garantía a sus funcionarios o exfuncionarios, por cuya conducta dolosa o gravemente culposa la entidad se vea abocada a indemnizar perjuicios a terceros, con el fin de que dentro del mismo proceso, una vez dilucidada la responsabilidad patrimonial estatal, se analice la conducta del servidor público, para determinar si surge a su cargo el deber de reembolsar total o parcialmente el monto de la indemnización pagada por la administración. Al respecto, el artículo 217 del C.C.A, establece que en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada, entre otras cosas, podrá realizar el llamamiento en garantía.

20. Como se observa en las anteriores normas, ellas hacen referencia a la facultad de la entidad demandada para formular el llamamiento en garantía a su servidor o ex servidor, lo cual guarda consonancia con la definición legal que de esta figura hace el artículo 57 del C.P.C., de conformidad con el cual *“Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación (...)”*.

21. Se trata entonces, de eventos en los cuales existe una relación de garantía previa entre el demandado-llamante y el llamado en garantía, proveniente de un contrato o de una disposición legal que la establece y en virtud de la cual el primero está facultado para exigirle al segundo el pago de una indemnización o el reembolso de una condena impuesta a aquel; y que le permite, por lo tanto, hacerlo comparecer al proceso en el cual el llamante ha sido demandado, para que en el mismo se juzgue la pertinencia de su reclamación frente al llamado en garantía. En los procesos contencioso administrativos, como ya se vio, las entidades estatales están autorizadas constitucional y legalmente para reclamar de sus servidores y ex servidores el reembolso total o parcial –según el caso- de lo que hubieren tenido que pagar a título de indemnización de perjuicios, ocasionados por una actuación dolosa o gravemente culposa de dicho servidor, lo que las autoriza, así mismo, para hacerlos comparecer, mediante el llamamiento en garantía, al proceso en el que se juzga la responsabilidad patrimonial de la entidad.

22. En los procesos contencioso administrativos en los que se ha formulado un llamamiento en garantía, surgen dos relaciones procesales perfectamente diferenciadas que deben ser resueltas por el juez: i) el litigio que se traba entre demandante y entidad demandada, derivado de las pretensiones que el primero aduce frente a la segunda y que apuntan a obtener una condena en su contra y ii) la relación que surge entre demandado y llamado en garantía, en la cual aquel asume la posición de demandante frente a éste, de quien reclama un reconocimiento económico con fundamento en una relación de garantía de origen legal o contractual.

23. El juez debe resolver en primer término el litigio principal, en el que se decide sobre las pretensiones de la demanda que dio origen al proceso, pues si concluye que existe la responsabilidad de la entidad demandada frente al demandante y la procedencia de su condena, deberá efectuar a continuación, el análisis de la

relación entre aquel y el llamado en garantía, para establecer si éste se halla obligado a responder frente al demandado por todo o parte de lo que haya tenido que pagar en virtud de la condena en su contra. *Contrario sensu*, si del estudio de la primera relación procesal concluye el juez que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad y por lo tanto las deniega, el llamamiento en garantía carecería de causa.

24. Si bien es cierto la entidad estatal es quien en principio está legitimada para formular el llamamiento en garantía, por ser la acreedora legal o contractual de la obligación del llamado a responder, en caso de recaer una condena sobre ella, el Ministerio Público también lo está. El artículo 35 de la Ley 446 de 1998 -que modificó el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo-, establece las atribuciones del Ministerio Público en los procesos adelantados en la jurisdicción contencioso administrativa y entre las mismas, le otorga expresamente la de solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública (numeral 1º), por lo cual no cabe duda alguna de la facultad que en este sentido ostenta dicha parte procesal.

25. Sin embargo, para la época en que se formuló el llamamiento en garantía en el presente proceso por parte del procurador judicial, junio de 1993 (f. 144, c. 1), la anterior norma no existía y el artículo original del C.C.A era de otro tenor⁷ y no contemplaba en forma expresa dicha facultad en cabeza del Ministerio Público. A pesar de esta circunstancia, la jurisprudencia de la Sala consideró que, en virtud de las funciones atribuidas por la Constitución y la ley a esta entidad, como parte dentro de los procesos judiciales, le correspondía, cuando lo considera procedente, formular tales llamamientos. Dijo la Sala:

(...) el artículo 277 de la misma Carta Constitucional atribuye al Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre otras, las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes; defender los intereses de la sociedad; intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Tercero. El Ministerio Público como parte imparcial en los procesos en que según la ley ha de intervenir, velará por el estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales, fuere quien fuere la parte interesada que resulte favorecida con su intervención. Dicho de otra manera, en cada caso, tal funcionario optará por abogar en favor de la parte demandante o de la parte demandada, pero en todo caso conforme a la legalidad.

⁷ El artículo en cuestión, disponía: **“Art. 127.- Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 19. Atribuciones del Ministerio Público.** El Ministerio Público es parte en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante el Consejo de Estado y los tribunales administrativos e intervendrá en ellos en interés del orden jurídico. Por consiguiente, se le notificarán personalmente todas las providencias. // Además tendrá las siguientes atribuciones específicas: // 1ª) Defender los intereses de la Nación, sin perjuicio de las facultades de sus representantes, mediante la presentación de las correspondientes demandas; // 2ª) Pedir que se declare la nulidad de los actos administrativos; // 3ª) Pedir que se declare la nulidad absoluta de los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad; 4ª) Conceptuar en los procesos e incidentes que la ley determine”.

Por ello, no resulta exótico que el delegado de la Procuraduría General de la Nación, en determinado proceso, tomando en consideración las funciones que ésta debe cumplir, como quedó visto a voces del artículo 277 de la Carta Política, opte por abogar por la defensa de los intereses del ente público demandado, en condiciones y términos previstos por la última parte de la preceptiva contenida en el artículo 90 de la referida Carta Política, todo con miras a repetir del funcionario público que hubiere dado lugar a la condena por su proceder doloso o gravemente culposo. Se entiende que el Ministerio Público así procederá por razones de unidad y economía procesales, para defender intereses económicos del ente público respectivo. Así, con esta interpretación integral o sistemática de las disposiciones legales o constitucionales atrás referidas, los señores agentes delegados de la Procuraduría, que intervienen en los procesos Contencioso Administrativos, sí están legitimados para hacer llamamiento en garantía en condiciones y términos previstos por los artículos 217 del C. C. A., 57 y 58 del C. de P.C.⁸

26. Es claro entonces, según lo anterior, que el Ministerio Público sí estaba facultado para formular en el *sub-lite* el llamamiento en garantía en contra del señor Luis Felipe Conde Lasso.

La culpa grave

27. Para la prosperidad del llamamiento en garantía que formulen las entidades estatales en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, debe comprobarse en el plenario que la actuación de éstos fue dolosa o gravemente culposa y así mismo, que fue la causa de la condena proferida en contra de la entidad.

28. La definición de la responsabilidad del funcionario o ex funcionario de la administración en la acción de repetición y en el llamamiento en garantía, implica la comprobación de que ha actuado con dolo o con culpa grave y que fue su actuación el origen del daño antijurídico por el cual se dedujo la responsabilidad patrimonial de la entidad estatal y ésta fue condenada a indemnizar los perjuicios ocasionados. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional, al distinguir entre la responsabilidad personal del agente y la responsabilidad patrimonial del Estado:

Es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes.

En el primer caso, como se ha visto, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 11 de febrero de 1993, expediente 8034, C.P. Daniel Suárez Hernández, reiterado en auto del 27 de febrero de 1997, expediente 12679, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

*En consecuencia si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables*⁹.

29. En relación con los parámetros legales con los cuales debe examinarse la actuación del funcionario o ex funcionario, se observa que los aspectos sustanciales y procesales tanto de la acción de repetición como del llamamiento en garantía con fines de repetición, fueron regulados expresamente por la Ley 678 de 2001, en la cual se determinaron los conceptos de dolo y culpa grave como calificativos de la conducta de los servidores o ex servidores de la administración que permiten deducir su responsabilidad personal, así como los aspectos procesales de dichas acción y llamamiento¹⁰.

30. No obstante, esta ley es posterior a las actuaciones que dieron lugar a la formulación del llamamiento en garantía en el *sub-lite*, razón por la cual no procede su aplicación con miras a determinar la responsabilidad del señor Luis Felipe Conde Lasso frente a la entidad condenada en la primera instancia y en consecuencia debe acudir a las normas que se hallaban vigentes para la época de la comisión de la conducta que se juzga; como lo ha dicho la Sección en ocasiones similares, *“(...) el régimen aplicable para el estudio de la conducta del servidor público llamado en garantía, no es aquel que fue expedido con posterioridad a los mismos, sino el vigente al momento de su acaecimiento, esto es el previsto en el artículo 90 de la Constitución Política y en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, los cuales exigían al Estado la carga de probar que su agente obró con culpa grave o dolo”*¹¹.

31. Se observa que los artículos 90 de la Constitución Política y 77 del C. C. A., al consagrar la responsabilidad personal de los agentes del Estado, se refirieron a la culpa grave y al dolo como características de su conducta que daban lugar a la deducción de la referida responsabilidad, pero no definieron qué debía entenderse por una y otro, para estos efectos.

32. El artículo 63 del Código Civil, define la culpa grave como aquella que consiste

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-430-00, M. P. Antonio Barrera Carbonell. En este pronunciamiento, la Corte declaró la exequibilidad de varios apartes demandados del artículo 78 del Código Contencioso Administrativo indicando que si bien ese artículo autoriza que la demanda pueda promoverse contra la entidad comprometida en el daño, o contra ésta y el funcionario, esa norma *“(...) debe ser entendida bajo la idea de que sólo después de que se declare la responsabilidad y se condene a la entidad pública, es cuando ésta puede repetir contra el funcionario”*.

¹⁰ Esta ley en su artículo 6º establece cuándo se entiende que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa: cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. Y establece que se presume que la conducta es gravemente culposa, cuando hay i) violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, ii) carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable, iii) omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable y iv) violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 7 de abril de 2011, expediente 19801, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios: "(...) sobre la aplicación de dichos conceptos a la conducta personal del funcionario o ex funcionario que es objeto de análisis en esta clase de procesos, manifestó la Sala, que '...el juez administrativo al momento de apreciar la conducta del funcionario público para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, no debe limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que de estos conceptos trae el Código Civil referidos al modelo del buen padre de familia para establecerla por comparación con la conducta que en abstracto habría de esperarse del 'buen servidor público', sino que deberá referirla también a los preceptos constitucionales que delimitan esa responsabilidad (artículos 6 y 91 de la C.P.)'¹², y deberá además, para efectos del análisis de la culpa del funcionario, tener en cuenta las funciones que le han sido señaladas en los reglamentos o manuales de funciones¹³. Por su parte, la Corte Constitucional ha sido reiterativa, al afirmar que '...la acción de repetición se orienta a la protección del patrimonio del Estado y de allí que éste se halle legitimado para perseguir una indemnización por parte de aquellos agentes estatales **que se han distanciado gravemente de sus deberes funcionales** y que han generado una condena reparatoria'¹⁴ (negrillas fuera de texto)¹⁵. Sostuvo así mismo, sobre la calificación de la culpa grave del agente:

(...) la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó¹⁶; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en

¹² [15] "El artículo 6 de la Constitución Política establece la responsabilidad de los servidores públicos no sólo por infringir la Constitución y las leyes, como los particulares, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; por su parte, el artículo 91, estipula que no está exento de responsabilidad el agente que ejecuta un mandato superior, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona".

¹³ [16] "Expediente 9894, ya citado".

¹⁴ [17] "Sentencia C-285 del 23 de abril de 2002".

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, expediente 23049, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶ [13] La cual coincide en términos generales con el significado que a la palabra suele dársele; así el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Espasa, Tomo 4, 2001, Pág 482), trae la siguiente definición: Culpa: "F. Imputación a alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta". 3. Der: Omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal."

que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible.

Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico.

...

De la norma que antecede [art. 63 del Código Civil], se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo.

Respecto de la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, 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; era preciso no comprender *quod omnes intelligunt* para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño". 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*)¹⁷ y agregan que "...reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente..." (*Mazeaud y Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen II, pág 384.*)¹⁸.

33. En el caso concreto, se observa que el llamamiento en garantía que se formuló en contra del señor Luis Felipe Conde Lasso, fue sustentado en el hecho de haber sido éste quien en su condición de gerente de la Licorera del Huila profirió la Resolución n.º 146 de 1991, mediante la cual se adjudicó el contrato, que también suscribió, con los señores Ramiro Polanía Fernández y Blanca Inés Bernal Quintero, para la compraventa, instalación y montaje de un sistema de transportadores en la Industria Licorera del Huila, "(...) según la demanda, careciendo al parecer (...) de facultades para elaborar dicho contrato (...)" (f. 145, c. 1), pero sin que en el escrito del llamamiento en garantía se hubiera explicado

17 [14] Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. La jurisprudencia de la Sección antes de la expedición de la Ley 678 de 2001 se apoyó en esta doctrina para precisar el alcance de la culpa grave.

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 2007, expediente 27.006, reiterada en sentencia de la Subsección B del 7 de abril de 2011, expediente 19801, ambas de la C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

por qué se considera que el funcionario obró con dolo o culpa grave, pues ningún sustento se efectuó al respecto ni se plantearon las razones por las cuales su conducta podría considerarse incurso en alguna de estas calificaciones.

34. Teniendo en cuenta los hechos debidamente acreditados en el *sub-lite*, la Sala considera, contrario a lo afirmado por el *a-quo*, que no obran en el plenario medios de prueba que permitan afirmar que Luis Felipe Conde Lasso obró con dolo o culpa grave.

35. En efecto, se observa que para la época de los hechos, según las actas de junta directiva analizadas, la Industria Licorera del Huila había adquirido un compromiso de exportación de licor a los Estados Unidos por el cual aún no sabía si iba a poder responder y para cuyo cumplimiento requería emprender una serie de acciones, entre las cuales se hallaba la mejora de sus instalaciones de producción.

36. En forma clara y concreta, el 8 de octubre de 1990, según consta en el acta de junta directiva n.º 13 de esa fecha, cuando se estaba discutiendo lo atinente a las inversiones prioritarias en equipos que se debían realizar en la empresa, el gerente de la licorera le pidió expresamente a este órgano de dirección, autorización para la adquisición, entre otros, de las bandas transportadoras y uno de los miembros de la junta manifestó así mismo, que para ello no se requeriría de licitación pública, por no tratarse de un contrato de obra. Y al final de la discusión del punto, el presidente de la junta puso a consideración de sus miembros el informe del gerente así como las autorizaciones pedidas, constando en tal acta que fueron “(...) aprobadas por unanimidad”.

37. Para la Sala es claro, entonces, que la junta directiva de la entidad demandada sí autorizó, en principio, al gerente, para la adquisición de los equipos prioritarios que se requerían y a los que se hizo alusión en la respectiva reunión, entre los cuales se hallaba el que fue objeto del contrato adjudicado y suscrito con los demandantes en el presente proceso.

38. Ahora bien, analizando el acta n.º 001 del 5 de febrero de 1991, respecto de la cual, posteriormente, los miembros de la junta manifestaron que no contenía autorización alguna al gerente para contratar, se observa que efectivamente, allí no se dijo autorizarlo, lo que resulta lógico, puesto que tal permiso ya había sido impartido en pasada ocasión; en la reunión recogida en el acta 001, lo que sí consta es que uno de los miembros sugirió que la adquisición se hiciera mediante el mecanismo de solicitud de cotizaciones, en sobre cerrado, sin que se hubiera dicho algo más al respecto.

39. Consta así mismo, como se verificó en el capítulo de los hechos probados, que el secretario de la junta directiva de la entidad expidió una certificación en la que expresamente manifiesta que este órgano de dirección autorizó al gerente para contratar.

40. Por otra parte, la lectura de las actas de junta allegadas al plenario y relacionadas en los hechos probados, también deja percibir que, en realidad, lo que sucedió es que luego de suscrito el contrato la entidad no estuvo satisfecha con lo que ofrecían los contratistas y con el precio propuesto y que consideraron inconvenientes los términos del negocio jurídico, por lo que se planteó la inexistencia de autorización al gerente para contratar en dichos términos y la posible nulidad del contrato por esta razón, de modo que a juicio de la junta, esta circunstancia la relevaba del deber de dar cumplimiento a dicho negocio jurídico.

41. Tales actas, además, presentan tal grado de confusión respecto de lo que fue tratado en las reuniones y especialmente en lo que toca con las decisiones allí tomadas, que los mismos miembros de la junta se quejaron de ello y dedicaron largas horas –a juzgar por la extensión de las actas- a criticar la forma como el secretario de la junta plasmaba lo discutido y decidido y a releer los proyectos de acta, ordenar que se oyeran nuevamente las grabaciones para efectuar los cotejos necesarios y las correcciones a que hubiere lugar, etc.; los miembros de la junta se referían a lo que habían manifestado en las pasadas ocasiones, qué habían querido decir, si se había autorizado o no al gerente, si estaban todos de acuerdo en que en verdad ello no había sucedido, y por lo tanto había que corregir el acta 001, porque en ella el secretario había plasmado que no era clara la posición de los miembros de la junta sobre la existencia o inexistencia de tal autorización. Y que si todos estaban ya de acuerdo en que no se había impartido la misma, no podía quedar registrado en actas que hubiera existido duda o confusión alguna al respecto.

42. En fin, que en ese grado de confusión y contradicciones al interior del máximo órgano directivo de la Industria Licorera del Huila, no puede afirmarse que el gerente hubiera obrado con dolo o culpa grave, al adelantar un proceso de selección de contratista y al haber adjudicado y celebrado un contrato para la adquisición de una banda transportadora que se consideró dentro de los equipos cuya adquisición era prioritaria, teniendo en cuenta que así lo planteó ante la junta directiva y que ésta, en principio, impartió la autorización para efectuar tal compra, lo que implicaba así mismo, la autorización para celebrar el correspondiente contrato.

43. En tales condiciones, no encuentra la Sala cuál fue la actuación negligente e imprudente en la que pudo haber incurrido el llamado en garantía en el presente proceso, o cuáles las normas legales que de manera abierta desconoció y vulneró, teniendo en cuenta que para la adquisición del bien objeto del contrato celebrado, ya se habían adelantado por la entidad dos procesos licitatorios que hubo que declarar desiertos y que esta circunstancia permitía proceder a la contratación directa, según el régimen de contratación aplicable en este caso¹⁹, hecho que fue conocido y decidido por la junta directiva, autoridad que fue quien decidió, finalmente, no dar cumplimiento ni ejecución al contrato suscrito con los demandantes.

Conclusión

44. Las anteriores consideraciones, permiten a la Sala concluir que en el presente caso no se probó que la conducta del llamado en garantía hubiera sido dolosa o gravemente culposa y que tal conducta hubiera sido la causa de una disminución patrimonial de la entidad demandada en el *sub-lite* por concepto de la condena

¹⁹ El artículo 40 del Decreto 418 del 17 de junio de 1983, por medio del cual la Gobernación del Huila estableció el régimen de contratación para el gobierno departamental y sus entidades descentralizadas, estableció (fotocopia autenticada de documento público, f. 52, c. 1): “*DE CUÁNDO SE PUEDE PRESCINDIR DE LA LICITACIÓN O CONCURSO DE MÉRITOS. Podrá prescindirse de la licitación o concurso de méritos en los siguientes casos: // (...) Cuando por segunda vez la licitación o concurso se hubiere declarado desierto por causas no imputables a la entidad contratante. En este caso, no podrá celebrarse contrato por suma superior a la fijada en la propuesta de menor valor presentada en cualquiera de las dos licitaciones adicionada con el incremento porcentual del índice total de precios al consumidor que fije el DANE, para el tiempo transcurrido*”.

proferida en la sentencia de primera instancia, que le permita repetir en contra de su ex funcionario. En consecuencia, el fallo apelado será modificado en este extremo, para revocar la condena en contra de Luis Felipe Conde Lasso.

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

FALLA

REVÓCASE el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión, Sección Tercera, Sala de Decisión, sede Bogotá, el 8 de febrero de de 2001, la cual, por lo tanto, quedará así:

PRIMERO: Declarar que la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA incumplió el contrato celebrado el 28 de febrero de 1991, con RAMIRO POLANÍA FERNÁNDEZ Y BLANCA INÉS BERNAL QUINTERO, en su condición de propietarios del ALMACÉN Y TALLER CHEVIAUTO.

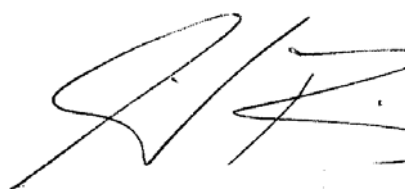
SEGUNDO: Condenar a la INDUSTRIA LICORERA DEL HUILA a pagar a los actores, la suma de VEINTICUATRO MILLONES SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$24'072.997,00), por concepto de indemnización, a título de lucro cesante, según las consideraciones que anteceden.

TERCERO: Absolver al llamado en garantía.

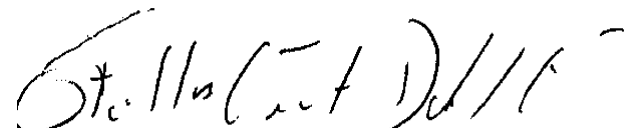
CUARTO: Dar cumplimiento a la presente providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del CCA.


QUINTO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente


STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO


RUTH STELLA CORREA PALACIO