

ACCIÓN DE REPETICIÓN / LEY 678 DE 2001 / DOLO O CULPA GRAVE DE AGENTE DEL ESTADO – No se probó

Mediante una conciliación prejudicial celebrada el 29 de septiembre del 2003, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas – IPSE–, antes ICEL, acordó pagarle a la firma Saveden Industrias C.A., la suma de \$2.184'204.696, por los costos de mayor permanencia que debían ser compensados para reestablecer el equilibrio económico del contrato de obra pública No. 7472, pactado inicialmente por 240 días calendario, pero que tuvo que ser adicionado en 7 oportunidades, toda vez que las directivas de la hoy demandante no habían negociado ni legalizado las servidumbres necesarias para su ejecución. Por el detrimento patrimonial que sufrió, [...] el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas – IPSE– [...] formuló demanda en ejercicio de la acción de repetición. [...] [R]esulta oportuno destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, por lo que, en casos como el presente, es a la parte demandante a quien corresponde la carga de acreditar o por lo menos establecer con claridad y precisión cual fue la conducta específica de cada demandado para inferir su responsabilidad, y no simplemente llevarle al juez, como en el presente caso, todos los documentos relacionados con un contrato de licitación, para que sea el juez el que determine y estudie si *“los funcionarios podían [haberse] visto incurso en conducta dolosa o gravemente culposa”* como lo expresó en el corto escrito de apelación. [...] Así las cosas, se tiene que, si bien en el presente caso la demanda fue interpuesta oportunamente respecto de todos los demandados, lo cierto es que no se acreditó que estos hubiesen incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa.

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001

ACCIÓN DE REPETICIÓN – Presupuestos

[P]ara que una entidad pública pueda repetir en contra de un servidor público, ex servidor público o particular que ejerza función pública, deben concurrir los siguientes elementos: i) La existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente. ii) El pago de la indemnización por parte de la entidad pública; iii) La calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas; iv) La culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; y v) Que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

DOLO – Definición / CULPA GRAVE - Definición

[P]ara caracterizar los mencionados conceptos de dolo y culpa grave, la jurisprudencia ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil, de los cuales se extrae que el primero se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio, mientras que el segundo corresponde a un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación o, en otras palabras, si se cuenta con elementos que permitan calificar la conducta como falta de diligencia extrema, equivalente a la señalada intención.

CADUCIDAD – Cómputo de términos

[E]l término para intentar la acción, de acuerdo con la interpretación condicionada que realizó la Corte Constitucional de la norma que lo estableció -*No. 9 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo*-, empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago total de la condena, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previstos en el artículo 177 inciso 4° del Código Contencioso Administrativo. Dado lo anterior, se toma lo que ocurra primero en el tiempo, esto es, el pago de la suma a que se condenó, o por la cual se concilió, o el vencimiento de los 18 meses a que se refiere el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo sin que se haya realizado el pago de tal suma como el momento para que empiece a correr el término para ejercer la acción. La ley consagra, entonces, un término de dos años para intentar la acción de repetición, contados desde el día siguiente a la fecha en la que se efectuó por parte de la entidad pública el pago definitivo del monto total de la condena impuesta por el juez, disposición legal que se explica en el hecho de que el presupuesto central para impetrar esta acción es que ésta haya realizado ese pago, es decir, el instante en el que se materializa el daño irrogado a ella y sufrido directamente por el hecho de haber sido obligada a indemnizar por la acción u omisión con culpa grave o dolo del funcionario.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la forma de computar el término de caducidad de la acción de repetición, cita: Corte Constitucional, sentencia C-188 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, y Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00239-01(46348)

Actor: INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN Y PROMOCIÓN DE SOLUCIONES ENERGÉTICAS PARA LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS – IPSE-

Demandado: DANIEL JÁUREGUI BUENAVENTURA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el 29 de febrero de 2012, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Mediante una conciliación prejudicial celebrada el 29 de septiembre del 2003, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas – IPSE–, antes ICEL, acordó pagarle a la firma Saveden Industrias C.A., la suma de \$2.184'204.696, por los costos de mayor permanencia que debían ser compensados para reestablecer el equilibrio económico del contrato de obra pública No. 7472, pactado inicialmente por 240 días calendario, pero que tuvo que ser adicionado en 7 oportunidades, toda vez que las directivas de la hoy demandante no habían negociado ni legalizado las servidumbres necesarias para su ejecución.

Por el detrimento patrimonial que sufrió, el IPSE, en ejercicio de la acción de repetición, demandó a los señores Daniel Jáuregui Buenaventura y Richard May Jiménez, quienes, para la época de suscripción del contrato en cuestión, se desempeñaban, respectivamente, como Director General y Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas – IPSE –, al considerar que actuaron con culpa grave al no *“tener legalizadas las servidumbres necesarias e indispensables para garantizar el cumplimiento del objeto contractual pactado”*.

Por otra parte, también se demandó a los señores Mario Enrique González Barcace, José William Garzón Solís, Álvaro Jiménez Macías, Adriana Rojas Rodríguez, Fabio Enrique Franco Niño, Carlos Rangel Moreno, Manuel Peña Suárez y Miguel Ángel Pinto Barón, quienes desempeñaron los cargos de Director General, Jefe de la Oficina Jurídica o Subdirector de Planeación Energética, entre el 31 de diciembre de 1999 y julio del 2002, al considerar que, durante el desempeño de sus funciones en la entidad, no adoptaron las decisiones necesarias para evitar la prolongación del contrato y, por el contrario, avalaron las correspondientes adiciones y modificaciones del mismo.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 5 de diciembre de 2004 (folios 5 a 36, C. 1), el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no

Interconectadas – IPSE–, por conducto de apoderado judicial (folio 1, C. 1), formuló demanda en ejercicio de la acción de repetición contra los señores Daniel Jáuregui Buenaventura, Richard May Jiménez, Mario Enrique González Barcadel, José William Garzón Solís, Álvaro Jiménez Macías, Adriana Rojas Rodríguez, Fabio Enrique Franco Niño, Carlos Rangel Moreno, Manuel Peña Suárez y Miguel Ángel Pinto Barón, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por la suma que tuvo que pagarle a la firma Saveden Industrias C.A., como consecuencia de una conciliación prejudicial celebrada el 29 de septiembre del 2003, en la que se acordó cancelar la suma de \$2.184'204.696, por los costos de mayor permanencia que debían ser compensados para reestablecer el equilibrio económico del contrato de obra pública No. 7472.

La parte actora solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Se declare que los señores DANIEL JÁUREGUI BUENAVENTURA (...); y RICHARD MAY JIMÉNEZ (...), son responsables civilmente por culpa grave en su actuar como Director General y Jefe Oficina Jurídica, respectivamente, al suscribir y avalar la suscripción del contrato No. 7472 de 1999, sin tener legalizadas las servidumbres necesarias e indispensables para garantizar el cumplimiento del objeto contractual pactado.

2. Se declare que los señores Mario Enrique González Barcadel (...), en su carácter de Director General del IPSE, José William Garzón Solís (...), en su carácter de Director General del IPSE, Álvaro Jiménez Macías (...), en su carácter de Jefe Oficina Jurídica del IPSE, Adriana Rojas Rodríguez (...), en su carácter de Jefe Oficina Jurídica del IPSE, Fabio Enrique Franco Niño (...), en su carácter de Jefe Oficina Jurídica del IPSE, Carlos Rangel Moreno (...), en su carácter de Subdirector de Planeación Energética del IPSE, Manuel Peña Suárez (...), en su carácter de Subdirector de Planeación Energética del IPSE y Miguel Ángel Pinto Barón (...), en su carácter de Subdirector de Planeación Energética del IPSE, son responsables civilmente por culpa grave en su actuar en cada uno de los períodos correspondientes y a prorrata de su competencia, al no adoptar las decisiones necesarias para evitar la mayor permanencia en sitio, la cual se soportó en el hecho omisivo de la no legalización de las servidumbres necesarias para el desarrollo del objeto del contrato No. 7472 de 1999 y al avalar las correspondientes adiciones y modificaciones al mismo, generando con ellas desequilibrio económico a favor de la empresa contratista representada en la mayor permanencia en el sitio de las obras.

3. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a los señores Mario Enrique González Barcadel (...), José William Garzón Solís (...), Álvaro Jiménez Macías (...), Adriana Rojas Rodríguez (...), Fabio Enrique Franco Niño (...), Carlos Rangel Moreno (...), Manuel Peña Suárez (...) y Miguel Ángel Pinto Barón (...), a pagar a prorrata de su responsabilidad, la suma de \$2'184.204.696,00 correspondiente a los siguientes reconocimientos:

\$6.114.505 (valor diario por administración, acordado contractualmente) x 270 días (mayor permanencia en sitio) = \$1.650'916.350 x 1.134 (factor indexación peritaje) = \$1.872'139.140,9, que sería el valor de la mayor

permanencia, a lo cual se le suma el resultado aportado por el peritaje correspondiente al stand by (sic) y el reajuste de la mano de obra así:

\$1.872'139.140,9 + \$94'730.436 (stand by (sic) valor actualizado) + \$217'335.119 (reajuste mano de obra actualizado) = \$2.184'204.696,00.

4. Que el monto de la condena que se profiera contra los aquí demandados, sea actualizado o indexado desde el momento en que el INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN Y PROMOCIÓN DE SOLUCIONES ENERGÉTICAS PARA LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS – IPSE- hizo el pago correspondiente y hasta cuando dicho demandado cumpla la sentencia que se profiera como consecuencia del presente proceso, conforme al Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (D.A.N.E.).

5. Se declare que las condenas líquidas de dinero contenidas en la sentencia devengaban intereses comerciales corrientes durante los primeros seis meses después de ejecutoriada la sentencia e intereses comerciales moratorios a partir de dicho período.

6. Que se condene en costas a los demandados.

Como fundamento fáctico de las pretensiones se expuso que, el 30 de diciembre de 1999, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas –IPSE– y la firma Saveden Industrias C.A. suscribieron el contrato No. 7472, cuyo objeto comprendía “*el suministro parcial de materiales, montaje, puesta en servicio y entrega en condiciones óptimas de operación de: 1) Una línea de transmisión a 115 kV de 289.5 km aproximadamente, entre las localidades de Puerto Caicedo y El Yarumo. 2) La línea a 34.5 kV de longitud aproximada de 30 km entre las localidades de El Yarumo y la Hormiga. 3) Alimentadores a 13.2 kV doble circuito de longitud aproximada 4 km entre la subestación de El Yarumo y el municipio de Orito. 4) La subestación de 115/34.5/13.2 kV de 12-15 MVA en la localidad de El Yarumo. 5) La subestación a 34.5kV/13.2 kV 5 MVA en la localidad de La Hormiga*”.

El plazo contractual se pactó inicialmente por 240 días calendario desde el inicio de la obra el 24 de febrero del 2000, término que se prorrogó así:

- a. El 19 de octubre del 2000 se realizó un contrato adicional en 60 días y \$404.056'455.000.
- b. El 29 de diciembre del 2000, se suscribió un otrosí al contrato, por el cual se modificó el anticipo a un 50% para tener en cuenta mayores costos administrativos del contratista por la suspensión del contrato entre el 10 de octubre del 2000 y el 4 de enero de 2001, por problemas de orden público.

- c. El 28 de febrero de 2001, se realizó el contrato adicional 7472 A, que amplió el plazo 60 días calendario, justificado por el interventor, para resolver las negociaciones de las servidumbres.
- d. El 22 de mayo de 2001, se realizó el contrato adicional 7472 B, que amplió el plazo 90 días calendario, justificado por el interventor, para el pago de las servidumbres.
- e. El 13 de junio de 2001, se realizó el contrato adicional 7472 C, que aumentó el valor del contrato original en \$879.149'582.000.
- f. El 23 de agosto de 2001, se realizó el contrato adicional 7472 D, que amplió el plazo 90 días calendario.
- g. El 21 de noviembre de 2001, se realizó el contrato adicional 7472 E, que amplió el plazo 30 días calendario, por problemas de legalización de las servidumbres y ajustes de cantidades finales de la obra.

La firma Saveden Industrias C.A. presentó a la Procuraduría Cuarta Delegada para Asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitud para celebración de conciliación extrajudicial con el fin de *“obtener la cancelación de la suma de \$3.640'027.459,19, adeudados por el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas [para las zonas no interconectadas] – IPSE-, por concepto del restablecimiento del equilibrio técnico, económico y financiero del contrato No. 7472 celebrado el 30 de diciembre de 1999, con sucesivas adiciones, entre los entes mencionados”*.

En la audiencia de conciliación celebrada el 23 de septiembre de 2003, se llegó al acuerdo de pagarle a la firma Saveden Industrias C.A., la suma de \$2.280'985.378,36, por concepto de indemnización total de perjuicios, por los *“períodos de extensión, por causas no atribuibles al constructor, que generaron costos de mayor permanencia que deben ser compensados a efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato”*.

La conciliación prejudicial fue aprobada el 12 de diciembre de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que, mediante Resolución No. 181 del 27 de mayo de 2004 se ordenó pagarle a la firma Saveden Industrias C.A. la suma acordada, a lo cual se dio cumplimiento el 17 de junio de esa misma anualidad.

2.- El trámite en primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante providencia del 7 de abril de 2005 (folios 39 a 40, C. 1).

El 20 de junio del mismo año, la demandante presentó sustitución de la demanda (folios 41 a 72, C. 1), la cual se aceptó mediante auto del 4 de agosto de 2005 (folio 74, C. 1), decisión que fue notificada en legal forma al Ministerio Público y a los señores Richard May Jiménez (folio 140, C. 1), José William Garzón Solís (folio 143, C. 1), Adriana Rojas Rodríguez (folio 139, C. 1), Fabio Enrique Franco Niño (folio 95, C. 1), Carlos Rangel Moreno (folio 141, C. 1), Manuel Peña Suárez (folio 142, C. 1) y Miguel Ángel Pinto Barón (folio 144, C. 1).

Al no lograr la notificación de los señores Daniel Jáuregui Buenaventura, Mario Enrique González Barcadel y Álvaro Jiménez Macías, mediante providencia del 21 de febrero de 2008 (folio 218, C. 1), se ordenó su emplazamiento y el 19 de junio de la misma anualidad (folios 225 a 226, C. 1), se les designó curadores *ad litem*¹.

El señor Fabio Enrique Franco Niño, quien ejerció el cargo de Jefe de Oficina Asesora del Instituto del 10 de agosto de 2001 hasta el 17 de marzo de 2002, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma.

En síntesis, señaló que el contratista fue negligente al no revisar los documentos precontractuales, en donde debió notar la falta de servidumbres, lo que podría causarle un desequilibrio económico, como en efecto ocurrió. Por otra parte, cuestionó también la labor del interventor del contrato, quien no aparecía relacionado como demandado en la presente acción, por lo que solicitó que se estudiara a fondo el asunto para determinar los verdaderos responsables del detrimento patrimonial alegado.

Respecto a su responsabilidad, expuso que no tuvo ninguna injerencia en la causa original del problema, que tampoco tomó decisiones sobre las alternativas que se presentaron con posterioridad a la suscripción del contrato, esto es las adiciones que se realizaron y, finalmente, expresó que no era su función avalar o desmentir las decisiones técnicas tomadas durante la ejecución del contrato, pues solo legalizó formalmente las minutas sustentadas por las áreas competentes, como lo establecía la normatividad. Al respecto señaló:

¹ El 6 de noviembre de 2008 (folio 248, C. 1) se designaron otros curadores para los señores Daniel Jáuregui Buenaventura y Álvaro Jiménez Macías. El 21 de enero de 2010 (folio 273, C. 1), se le designó, nuevamente, otro curador al señor Daniel Jáuregui Buenaventura.

[Mi] participación en función de asesoría desde la Oficina Jurídica, sólo se limitó a dos adiciones de plazo por 90 y 30 días con fechas agosto 23 y noviembre 21 de 2001, bajo las condiciones que implicaba la función de asesoría propias de la Oficina Jurídica, desde (sic) no tenía poder de impedir o imponer las decisiones, financieras y de ordenamiento de quienes tenían la facultad y la responsabilidad de tomarlas (folios 116 a 121, C. 1).

El señor Miguel Ángel Pinto Barón, por medio de apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma, para lo cual expresó que las decisiones definitivas que llevaban a legalizar las adiciones al contrato, en las cuales se fundó el detrimento patrimonial de la demandante, eran dadas por el interventor y conocidas y debatidas por el coordinador del proyecto, por lo que a él, como subdirector de planeamiento, sólo le correspondía solicitar la legalización a nivel interno. Al respecto manifestó que:

En el caso del contrato No. 7472 – 99 la interventoría fue ejercida por IEH GRUCON LTDA. firma con la cual el ICEL suscribió con tal fin el contrato No. 7501-99, entre cuyas funciones se encontraba la de enterarse de los problemas que se encontraran con las servidumbres en la fase de ejecución del proyecto, coordinado con el contratista e informando al ICEL (posteriormente IPSE) las soluciones más adecuadas de acuerdo a su incidencia legal, técnica y financiera. Dichas soluciones sugeridas por la Interventoría a la Entidad contratante, se coordinarían con la Gerencia del proyecto para las obras de la fase III del sistema eléctrico del bajo Putumayo quien a su vez solicitaba la formalización de los actos a través de la Subdirección de Planeamiento Energético, la cual, salvo la posibilidad de plantear algunas apreciaciones y ajustes no podía apartarse de la sugerencia que la Interventoría y la Gerencia considerasen la más acertada y viable, pues dicha función solo era responsabilidad de la interventoría para lo cual había sido precisamente contratada.

(...)

[L]a Subdirección de planeamiento energético podía participar y de hecho participaba en la búsqueda de soluciones, pero no intervenía en las responsabilidades de la Interventoría y la coordinación (gerencia del proyecto) al conocer en detalle de las causas, evaluarlas y viabilidad (sic) la alternativa de adicionar el contrato en valor y plazo, pues solo daba el V.B. como oficina coordinadora interna del IPSE, solicitando a la Oficina Jurídica la elaboración o legalización del contrato adicional a través de la minuta, siempre que ello fuera posible legalmente, lo que de antemano sabía la interventoría al evaluar el factor jurídico, pues los adicionales están previstos como figura viable y procedente en la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 13, 40 y concordantes (folios 179 a 186, C. 1).

El señor José William Garzón Solís, por medio de apoderada judicial, contestó la demanda, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y señaló que su conducta como Director General del IPSE fue ajustada a derecho, sin que se evidenciara que hubiese sido dolosa ni gravemente culposa cuando suscribió las prórrogas D y E, de agosto y noviembre de 2001, respectivamente, pues actuó

“bajo el convencimiento claro e invencible de que contaba con sus correspondientes soportes técnicos y jurídicos, y que las suscribía en aras de impulsar y dar cumplimiento a los fines del Estado y al objeto contractual pactado” (folios 191 a 202, C. 1).

El curador *ad litem* del señor Álvaro Jiménez Macías, quien ejerció el cargo de Jefe de Oficina Asesora del Instituto del 13 de enero al 14 de septiembre del 2000, se limitó a manifestar que no conocía los hechos que motivaban la demanda por lo que se atenía a lo que se demostrara en el proceso (folios 256 a 257, C. 1).

Por su parte, el curador *ad litem* del señor Daniel Jáuregui Buenaventura, quien prestó sus servicios al Instituto, nombrado como Director General, propuso la excepción de caducidad de la acción respecto de su representado, al considerar que el pago total de la suma acordada en conciliación se realizó el 17 de junio de 2004 y que a él, como curador, le notificaron la demanda el 2 de febrero de 2010, es decir, después de 5 años, 7 meses y 15 días, por lo que las pretensiones resultaban inoportunas (folios 278 a 282, C. 1)

El señor Carlos Rangel Moreno, quien ejerció el cargo de Subdirector General de la entidad demandante, entre el 16 de febrero y el 14 de septiembre del 2000, por medio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que no se encontraba vinculado a la entidad demandante para la fecha de suscripción del contrato, ni para los períodos en que se realizaron las adiciones, por lo que no tuvo injerencia alguna en las decisiones que motivaron la acción de la referencia (folios 290 a 297, C. 1).

Finalmente, el apoderado judicial de los señores Mario Enrique González Barcacer – Director General de la entidad entre el 22 de agosto del 2000 y el 3 de julio del 2001- y Adriana Rojas Rodríguez –Jefe de la Oficina Asesora del 20 de septiembre del 2000 al 9 de agosto de 2001-, señaló que sus representados no habían actuado con dolo ni culpa grave durante el ejercicio de sus funciones en la entidad demandante, pues *“era el IGAC el organismo que definía las condiciones de negociación con los propietarios de los predios a los que se pretendía imponer las servidumbres, no la dirección general ni la oficina asesora jurídica del IPSE; y (...) fue la situación de orden público la que no permitió el avance de su legalización, tal cual se previó en el contrato, situación cuyo control tampoco era*

del resorte funcional –no podía serlo- ni de la dirección general ni de la oficina asesora jurídica del IPSE” (folios 307 a 309, C. 1).

El Ministerio Público guardó silencio.

Por auto de 15 de julio de 2010 (folios 314 a 315, C. 1), se decretaron las pruebas y mediante proveído del 15 de septiembre de 2011 (folio 341, C. 1), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

La parte actora (folios 376 a 396, C. 1) reiteró los argumentos expuestos en el trámite del proceso, al igual que los señores Fabio Enrique Franco Niño (folios 342 a 344, C. 1), Carlos Rangel Moreno (folios 397 a 403, C. 1), Mario Enrique González Barcacer y Adriana Rojas Rodríguez (folios 405 a 405, C. 1).

Los demás demandados y el Ministerio Público guardaron silencio.

3.- La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia dictada el 29 de febrero de 2012, negó las pretensiones de la demanda.

Respecto de los señores Mario Enrique González Barcacer, Álvaro Jiménez Macías y Daniel Jáuregui Buenaventura, declaró de oficio la caducidad de la acción, al determinar que el pago de la suma acordada en la conciliación se había efectuado el 17 de junio de 2004 y que la notificación de los mencionados se había realizado hasta el 9 de julio de 2008, 18 de enero de 2009 y 2 de febrero de 2010, respectivamente, por lo que no se produjo la interrupción de la caducidad en cuanto a estos, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil².

² *La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.*

La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo, se surtirán para cada uno separadamente, salvo

Sobre los demás demandados, el Tribunal *a quo* manifestó que la entidad accionante no realizó ningún esfuerzo en establecer cuál fue la conducta gravemente culposa o dolosa en la que supuestamente habían incurrido para repetir en su contra, lo cual era indispensable para la prosperidad de las pretensiones, por lo que, ante la inaplicabilidad de las presunciones contenidas en la Ley 678 de 2001, lo consecuente era negar las pretensiones de la demanda.

Por otra parte, fijó como honorarios definitivos al señor Hugo Horta Triana, en calidad de curador *ad litem* del señor Mario Enrique González Barcace, la suma de \$2'000.000, la cual será sufragada por el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas –IPSE- (folios 409 a 418, C. 2).

4. El recurso de apelación

La parte actora apeló la decisión de primera instancia y solicitó su revocatoria, al considerar que, en el presente caso, contrario a lo expuesto por el Tribunal *a quo*, la fecha de la presentación de la demanda es la que se debe tener en cuenta para contar el término de la caducidad y, toda vez que el pago por el cual se pretende repetir, fue efectuado el 17 de junio de 2004 y la demanda se presentó el 15 de diciembre de 2004, esta fue interpuesta oportunamente respecto de todos los demandados, por lo que se debe estudiar de fondo la acción y determinar si las actuaciones de los funcionarios fueron dolosas o gravemente culposas (folios 425 a 426, C. 2).

Por otra parte, expresó que la acción de repetición se presentó al considerar que *“los funcionarios podían [haberse] visto incurso en conducta dolosa o gravemente culposa”*, sin hacer ninguna referencia a la conducta específica o a su titularidad.

5. El trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue concedido en auto del 29 de enero de 2013 (folio 429, C. 2) y admitido por esta Corporación el 15 de marzo del mismo año (folio 434, C. 2).

norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

Mediante auto de 24 de mayo de 2013 (folios 441 a 442, C. 2), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

En esta oportunidad, la parte actora se limitó a transcribir las pretensiones de la demanda (folios 444 a 446, C. 2), mientras que los señores Carlos Rangel Moreno (folios 452 a 454, C. 2), Mario Enrique González Barcadel y Adriana Rojas Rodríguez (folios 447 a 447, C. 2) reiteraron los argumentos expuestos en las respectivas respuestas a la demanda.

El señor Hugo Horta Triana, en su calidad de curador *ad litem* del señor Daniel Jáuregui Buenaventura, solicitó que se adicionara la decisión de primera instancia, en el sentido de reconocerle por honorarios una suma aproximada del 3% del total de las pretensiones, es decir, el equivalente a \$65'526.140,88 (folios 446 a 450, C. 2).

El Ministerio Público, en su concepto, solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia, porque, en su criterio, la parte actora no estableció cual era la conducta desplegada por los agentes estatales de las cuales se argumentaba que podía ser dolosa o gravemente culposa (folios 455 a 465, C. 2)

Los demás demandados guardaron silencio.

6. Cuestión previa

En sentencia del 29 de febrero de 2012 (folios 409 a 418, C. 2), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, además de negar las pretensiones de la demanda, en el ordinal tercero de la parte resolutive, fijó *“como honorarios definitivos al señor HUGO HORTA TRIANA, en calidad de curador ad litem del demandado MARIO ENRIQUE GONZÁLEZ BARCACEL, la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000,00) MCTE, la cual será sufragada por el INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN Y PROMOCIÓN DE SOLUCIONES ENERGÉTICAS PARA LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS – IPSE”*.

En dicha oportunidad el Tribunal *a quo* no se pronunció sobre los honorarios que le correspondía al abogado Hugo Horta Triana, en su calidad de curador *ad litem*

del señor Daniel Jáuregui Buenaventura, razón por la cual, mediante escrito presentado el 8 de octubre de 2012, el mencionado profesional del derecho apeló parcialmente la decisión proferida el 29 de febrero de 2012, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que se fijaran los honorarios a su favor por la representación del demandado mencionado, durante el trámite del proceso de la referencia (folios 420 a 421, C. 2).

Teniendo en cuenta lo anterior y que en el caso bajo estudio se trató de una omisión en que incurrió el Tribunal *a quo*, mas no una inconformidad respecto a lo reconocido en la sentencia proferida el 29 de febrero de 2012, mediante auto del 9 de noviembre de 2018 (folios 543 a 544, C. 2) se ordenó que, por Secretaría de la Sección, se remitieran al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las copias de las actuaciones del abogado Hugo Horta Triana como curador *ad litem* del señor Daniel Jáuregui Buenaventura (folios 273 a 282, C. 1), así como la solicitud del 8 de octubre de 2012 (folios 420 a 421, C. 2), para que el *a quo* se pronunciara al respecto y fijara los honorarios correspondientes.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 29 de febrero de 2012, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, habida cuenta de que, de conformidad con lo previsto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo³ y el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁴, los procesos de repetición se tramitarán ante el juez o Tribunal que haya conocido del proceso antecedente, con independencia de la cuantía y, en segunda instancia, ante su superior jerárquico.

2.- El ejercicio oportuno de la acción

En tratándose del ejercicio oportuno de la acción de repetición cabe precisar,

³ “Conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos (...)”

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 21 de abril de 2009, exp. 25000-23-26-000-2001-02061-01(IJ), M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

siguiendo la jurisprudencia de la Sala⁵, que el ordenamiento jurídico establece dos momentos en que comienza a contarse el término de dos años para impetrar la acción, a saber: i) a partir del día siguiente al pago efectivo de la condena impuesta en una sentencia y ii) desde el día siguiente del vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, consagró diferentes términos para intentar las acciones y sanciona su inobservancia con el fenómeno de la caducidad. Así, en el numeral 9° dispone, sobre el término para intentar la acción de repetición lo siguiente:

La de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad⁶.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-832 de 2001, declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “*contado a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad*”, bajo el presupuesto de que:

El término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previstos en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.

Como puede apreciarse, la Corte señaló que el término que tiene la entidad pública para cumplir oportunamente con la obligación de efectuar el pago respectivo se encuentra establecido en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, según el cual esta cuenta con 18 meses para hacerlo efectivo, y agrega que vencido este plazo comenzará a computarse el término para el ejercicio oportuno de la acción de repetición. Así lo sustentó:

Se tiene, pues, que uno de los requisitos de la acción de repetición es el pago de la condena que haya sufrido la Administración, y por consiguiente, resulta razonable que se haya fijado el momento en que se realiza ese acto jurídico como punto de partida para computar el término de caducidad.

Por otra parte, contrariamente a lo que afirma el demandante, la entidad no puede, a su arbitrio, determinar el momento definitivo del pago, ya que el

⁵ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de diciembre de 2006, Expediente 22.102, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ La Corte Constitucional la declaró exequible mediante Sentencia C-832 de 2.001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

cumplimiento de esa obligación se encuentra sujeto a estrictas normas presupuestales.

La propia Constitución señala el procedimiento que debe seguirse para presupuestar gastos. El artículo 346 superior, señala que no podrá incluirse partida en la ley de apropiaciones que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, a un gasto decretado conforme a una ley anterior, a uno propuesto por el Gobierno para atender al funcionamiento de las ramas del poder público, el servicio de la deuda o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Por su parte, en desarrollo del mandato constitucional, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo prevé, que en el evento de ser condenada la Nación, una entidad territorial o una descentralizada al pago de una suma de dinero, el agente del ministerio público frente a la respectiva entidad, debe dirigirse a los funcionarios competentes para que incluyan en sus presupuestos, partidas que permitan sufragar las condenas. En concordancia con lo anterior, será causal de mala conducta por parte de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos, pagar las apropiaciones para el cumplimiento de las condenas más lentamente que el resto.

Prevé también el citado artículo que dichas condenas serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho meses después de su ejecutoria, y devengarán intereses moratorios. La Corte, al examinar la constitucionalidad del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo afirmó que “[a] menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago - evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales- , los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho meses (18) que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria⁷ (...).

De lo anterior se infiere, que como en razón del principio de legalidad del gasto público (artículos 345 y 346 de la Constitución), el Estado no puede, a diferencia de los particulares, disponer inmediatamente de sus recursos para el cumplimiento de las condenas a su cargo, la ley razonablemente le ha otorgado un plazo de dieciocho meses para realizar los trámites para el pago de las mismas, so pena de sanciones disciplinarias a los funcionarios que no procedan de acuerdo con el trámite anteriormente explicado.

Por lo tanto, el Estado cuenta con un término preciso para efectuar el respectivo trámite presupuestal para efectos de cancelar el monto de la condena judicial por los perjuicios causados a los particulares.

En síntesis es viable afirmar, que el plazo con que cuenta la entidad para realizar el pago de las sentencias de condena en su contra, no es indeterminado, y por lo tanto, el funcionario presuntamente responsable, objeto de la acción de repetición, no tendrá que esperar años para poder ejercer su derecho de defensa⁸.

En conclusión, el término para intentar la acción, de acuerdo con la interpretación condicionada que realizó la Corte Constitucional de la norma que lo estableció - *No. 9 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo*-, empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago total de la condena, o, a

⁷ Sentencia C 188 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ Sentencia C – 832 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previstos en el artículo 177 inciso 4° del Código Contencioso Administrativo.

Dado lo anterior, se toma lo que ocurra primero en el tiempo, esto es, el pago de la suma a que se condenó, o por la cual se concilió, o el vencimiento de los 18 meses a que se refiere el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo sin que se haya realizado el pago de tal suma como el momento para que empiece a correr el término para ejercer la acción.

La ley consagra, entonces, un término de dos años para intentar la acción de repetición, contados desde el día siguiente a la fecha en la que se efectuó por parte de la entidad pública el pago definitivo del monto total de la condena impuesta por el juez, disposición legal que se explica en el hecho de que el presupuesto central para impetrar esta acción es que ésta haya realizado ese pago, es decir, el instante en el que se materializa el daño irrogado a ella y sufrido directamente por el hecho de haber sido obligada a indemnizar por la acción u omisión con culpa grave o dolo del funcionario.

En este orden de ideas, en el presente caso es necesario analizar, en principio, cuándo se produjo el pago total de la suma acordada en conciliación prejudicial, el cual, como se observó, no sólo tiene incidencia para acreditar uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de repetición⁹, sino que, a la vez, es un aspecto fundamental para verificar el presupuesto procesal del ejercicio oportuno de la acción.

En el caso concreto, la conciliación prejudicial en la que se acordó el pago de los perjuicios a la firma Saveden Industrias C.A., fue realizada el 29 de septiembre de 2003, como consta en la respectiva acta (folios 156 a 157, C. 1) y fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del 12 de diciembre de 2003 (folios 158 a 168, C. 1), decisión que quedó ejecutoriada el 16 de enero de

⁹ De acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan, artículos 77 y 78 del C.C.A. *“para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación; y c) Que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas”*. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Expediente 28.448, Actor: Lotería La Nueve Millonaria de La Nueva Colombia Ltda. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

2004 (folios 169, C. 1), por lo que el término de 18 meses para realizar el pago se vencía el 17 de julio de 2005.

Sin embargo, el pago de la indemnización se realizó el 17 de junio de 2004, esto es, antes de haberse vencido los 18 meses contados desde la ejecutoria del auto que aprobó el acuerdo conciliatorio, lo cual se demostró con el memorando de la Tesorera de la entidad (folio 174, C. pruebas 2), la copia del comprobante de egreso con firma de recibido del representante legal de la firma beneficiaria (folio 175, C. pruebas 2) y el acta de entrega del cheque No. 04192607 del Banco Popular por valor de \$2.280'985.378,36, también suscrito por el representante legal de la firma Saveden Industrias C.A. (folio 176, C. pruebas 2).

Así las cosas, toda vez que los dos años del término de caducidad empezaron a correr desde el día siguiente al de la fecha del pago, esto es, el 18 de junio de 2004 y, teniendo en cuenta que la demanda se interpuso el 5 de diciembre de ese mismo año (folios 5 a 36, C. 1), es evidente que la misma se presentó oportunamente respecto de todos los demandados, sin que sean aplicables las normas contenidas en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, contrario a lo expuesto por el *a quo* que en el primera instancia declaró la caducidad de la acción respecto a los señores Mario Enrique González Barcacer, Álvaro Jiménez Macías y Daniel Jáuregui Buenaventura.

3. La legitimación en la causa

El Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas – IPSE– se encuentra legitimado para actuar como demandante en el proceso de la referencia, por cuanto, de las pruebas obrantes en el expediente, se deduce que, por los costos de mayor permanencia que debían ser compensados para reestablecer el equilibrio económico del contrato de obra pública No. 7472, el 29 de septiembre del 2003 concilió el pago de \$2.184'204.696, a favor de la firma Saveden Industrias C.A.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, se verifica que el daño que se invoca en la demanda proviene de las decisiones adoptadas por las personas que ejercieron los cargos de Directores Generales, Jefes de la Oficina Jurídica o Subdirectores de Planeación Energética, para el período comprendido entre el 30 de diciembre de 1999 hasta julio del 2002.

En lo que atañe al proceso, se estudiará individualmente la legitimación en la causa por pasiva de cada uno de los demandados, teniendo en cuenta que el daño patrimonial que se alega en la demanda, es por la suscripción del contrato No. 7472, entre la hoy demandante y la firma Saveden Industrias C.A., y las modificaciones y adiciones que se hicieron al mismo durante toda su ejecución, esto es, desde el 24 de febrero del 2000 (acta de iniciación de obra – folios 46 y 47, C. pruebas 2-) hasta el 21 de diciembre de 2001 (acta de entrega y liquidación de obra – folios 90 a 91 y 94 a 108, C. pruebas 2), por lo que se tendrán en cuenta las personas vinculadas a la entidad demandante que intervinieron en cada acto así:

- En el contrato No. 7472 del 30 de diciembre de 1999, suscrito por los señores Daniel Jáuregui Buenaventura como Director General del ICEL (hoy IPSE) y el señor Richard May Jiménez de la Oficina Jurídica (folios 11 a 34, C pruebas 2).
- El 19 de octubre del 2000 se realizó un contrato adicional en 60 días y \$404.056'455.000, suscrito por los señores Mario Enrique González Barcadel como Director General del IPSE y Adriana Rojas Rodríguez como Jefe de la Oficina Jurídica (folios 51 a 56, C pruebas 2).
- El 29 de diciembre del 2000, se suscribió un otrosí al contrato, por el cual se modificó el anticipo a un 50% para tener en cuenta mayores costos administrativos del contratista por la suspensión del contrato entre el 10 de octubre del 2000 y el 4 de enero de 2001, por problemas de orden público, acto en el que intervinieron los señores Mario Enrique González Barcadel como Director General del IPSE y Adriana Rojas Rodríguez como Jefe de la Oficina Jurídica (folios 48 a 50, C pruebas 2).
- El 28 de febrero de 2001, se realizó un contrato adicional 7472 A, por medio del cual se amplió el plazo 60 días calendario, justificado por el interventor, para resolver las negociaciones de las servidumbres, suscrito por los señores Mario Enrique González Barcadel como Director General del IPSE y Adriana Rojas Rodríguez como Jefe de la Oficina Jurídica (folios 57 a 59, C pruebas 2).
- El 22 de mayo de 2001, se realizó un contrato adicional 7472 B, por medio del cual se amplió el plazo 90 días calendario, justificado por el interventor, para el

pago de las servidumbres, suscrito por los señores Mario Enrique González Barcadel como Director General del IPSE y Adriana Rojas Rodríguez como Jefe de la Oficina Jurídica (folios 60 a 62, C pruebas 2).

- El 13 de junio de 2001, se realizó un contrato adicional 7472 C, que aumentó el valor del contrato original en \$879.149'582.000, suscrito por los señores Mario Enrique González Barcadel como Director General del IPSE y Adriana Rojas Rodríguez como Jefe de la Oficina Jurídica (folios 63 a 67, C pruebas 2).
- El 23 de agosto de 2001, se realizó un contrato adicional 7472 D, por medio del cual se amplió el plazo 90 días calendario, suscrito por los señores José William Garzón Solís como Director General del IPSE y Fabio Enrique Franco como Jefe de la Oficina Jurídica (folios 82 a 84, C pruebas 2).
- Finalmente, el 21 de noviembre de 2001, se realizó un contrato adicional 7472 E, por medio del cual se amplió el plazo 30 días calendario, por problemas de legalización de las servidumbres y ajustes de cantidades finales de la obra, suscrito por los señores José William Garzón Solís como Director General del IPSE y Fabio Enrique Franco como Jefe de la Oficina Jurídica (folios 85 a 89, C pruebas 2).

De lo anterior, la Sala observa que los señores Daniel Jáuregui Buenaventura, Mario Enrique González Barcadel, José William Garzón Solís, Richard May Jiménez, Adriana Rojas Rodríguez y Fabio Enrique Franco Niño, en su condición de Directores Generales o Jefes de la Oficina Jurídica de la entidad demandante, para la época que ejercieron el cargo respectivo, suscribieron el contrato 7472 o las adiciones del mismo, por las que se aduce el daño patrimonial causado, por lo que se encuentran legitimados en la causa por pasiva para actuar en la presente acción.

Sin embargo, respecto de los señores Álvaro Jiménez Macías, Carlos Rangel Moreno, Manuel Peña Suárez y Miguel Ángel Pinto Barón se precisa que si bien, para el período comprendido entre el 30 de diciembre de 1999 a julio del 2002, estuvieron vinculados al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas – IPSE–, lo cierto es que, como se expuso, estos no participaron en las decisiones por las cuales se pretende repetir,

por lo que se declarara su falta de legitimación en la causa por pasiva para actuar en la presente acción.

4. La acción de repetición y los presupuestos para su interposición y prosperidad

La Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 90 la acción de repetición en estos términos:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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, aquél deberá repetir contra éste.

Así mismo, los artículos 77¹⁰ y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto - Ley 01 de 1984) establecieron la vía judicial como el camino para que la entidad pública que haya efectuado un reconocimiento indemnizatorio, derivado de una conciliación o de una condena en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiera ocasionado el daño y, además, que en el evento de la declaratoria de responsabilidad, la sentencia siempre dispondría que los perjuicios serían pagados por la entidad.

De conformidad con lo anterior, para que una entidad pública pueda repetir en contra de un servidor público, ex servidor público o particular que ejerza función pública, deben concurrir los siguientes elementos:

- i) La existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente.
- ii) El pago de la indemnización por parte de la entidad pública;
- iii) La calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas;

¹⁰ Este artículo señaló 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.”

- iv) La culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; y
- v) Que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

5. Caso concreto

En este orden de ideas, debe la Sala establecer, si efectivamente se encuentran acreditados estos requisitos o si por el contrario debe desestimarse la acción.

5.1. La existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente

Como ya se expuso en el acápite de antecedentes, mediante conciliación prejudicial celebrada el 29 de septiembre del 2003 (folios 156 a 157, C. pruebas 2), el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas – IPSE– acordó pagarle a la firma Saveden Industrias C.A., la suma de \$2.184'204.696, por los costos de mayor permanencia que debían ser compensados para reestablecer el equilibrio económico del contrato de obra pública No. 7472, pactado inicialmente por 240 días calendario, pero que tuvo que ser adicionado en 7 oportunidades, toda vez que las directivas de la hoy demandante no habían negociado ni legalizado las servidumbres necesarias para la ejecución total del contrato.

La conciliación prejudicial fue aprobada el 12 de diciembre de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 158 a 168, C. 1), por lo que, mediante Resolución No. 181 del 27 de mayo de 2004 (folios 170 a 173, C. pruebas 2) se ordenó pagarle a la firma Saveden Industrias C.A. la suma acordada, a lo cual se dio cumplimiento el 17 de junio de esa misma anualidad.

Así las cosas, se cumple con uno de los presupuestos de la acción de repetición, esto es, que el Estado se haya visto obligado a la reparación de un daño antijurídico por haberse dispuesto así en un acuerdo conciliatorio.

5.2. El pago de la indemnización por parte de la entidad pública

Para acreditar el pago de la suma que la entidad pretende le sea reembolsada, derivada de la conciliación prejudicial, se aportó copia del memorando de la Tesorera de la entidad (folio 174, C. pruebas 2), la copia del comprobante de

egreso con firma de recibido del representante legal de la firma beneficiaria (folio 175, C. pruebas 2) y el acta de entrega del cheque No. 04192607 del Banco Popular por valor de \$2.280'985.378,36, también suscrito por el representante legal de la firma Saveden Industrias C.A. (folio 176, C. pruebas 2).

5.3. La calidad de los demandados como agentes o ex agentes del Estado o particulares en ejercicio de funciones públicas

Este presupuesto también se encuentra acreditado en el proceso, comoquiera que obra en el plenario la certificación del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas – IPSE– (folios 177 a 186, C. pruebas 2), en la que se indicó que los señores Daniel Jáuregui Buenaventura, Mario Enrique González Barcadel, José William Garzón Solís, Richard May Jiménez, Adriana Rojas Rodríguez y Fabio Enrique Franco Niño, ejercieron sus funciones como Directores Generales o Jefes de la Oficina Jurídica entre el 31 de diciembre de 1999 y julio de 2002, período en el cual se suscribió el contrato de obra pública No. 7472 y sus respectivas modificaciones o adiciones.

Al respecto se informó que:

Doctor DANIEL JÁUREGUI BUENAVENTURA (...) prestó sus servicios al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas [para las Zonas no Interconectadas] – IPSE–, nombrado mediante Decreto 825 de mayo 8 de 1999 (...).

Doctor MARIO ENRIQUE GONZÁLEZ BARCACEL (...) prestó sus servicios al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas [para las Zonas no Interconectadas] – IPSE–, desde el 22 de agosto de 2000 hasta el 03 de julio de 2011, en el cargo de DIRECTOR GENERAL, Código 015 GRADO 22 de la Planta de Personal del Instituto (...).

Doctor JOSÉ WILLIAM GARZÓN SOLÍS (...) prestó sus servicios al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas [para las Zonas no Interconectadas] – IPSE–, desde el 16 de julio de 2001 hasta el 1 de octubre de 2002, en el cargo de DIRECTOR GENERAL (...).

Por otra parte los datos de los Jefes de la Oficina Jurídica se relacionan a continuación:

Doctor RICHARD MAY JIMÉNEZ (...) prestó sus servicios al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas [para las Zonas no Interconectadas] – IPSE–, desde el 05 de febrero de 1998 hasta el 6 de febrero del 2001, como Profesional Especializado Código 3010 Grado 18, fue encargado de las funciones de Jefe de la Oficina Jurídica a partir del 9 de agosto de 1999 hasta el 12 de enero de 2000 (...).

Doctora ADRIANA ROJAS RODRÍGUEZ (...) prestó sus servicios en la planta global del Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas [para las Zonas

no Interconectadas] – IPSE–, como Jefe de Oficina Asesora código 1045 Grado 14 desde el 20 de septiembre de 2000, al 09 de agosto de 2001 (...).

Que el señor FABIO ENRIQUE FRANCO NIÑO (...) prestó sus servicios al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas [para las Zonas no Interconectadas] – IPSE–, desde el 10 de agosto de 2001 hasta el 17 de marzo de 2002, como Jefe de Oficina Asesora código 1045 Grado 14 (...).

5.4. La culpa grave o el dolo en la conducta de los demandados

En las acciones de repetición o en los llamamientos en garantía con fines de repetición, la parte actora debe demostrar que el funcionario causante de la condena a una entidad pública debió haber actuado con culpa grave o dolo.

La Corte Constitucional en la sentencia C-778 del 2003 consideró:

La Corte considera oportuno resaltar que en el caso de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un acto administrativo, la declaración de nulidad de éste no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, puesto que con fundamento en lo establecido en el art. 90 de la Constitución siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave.

Para caracterizar los mencionados conceptos de dolo y culpa grave, la jurisprudencia¹¹ ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil¹², de los cuales se extrae que el primero se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio, mientras que el segundo corresponde a un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, o en otras palabras, si se cuenta con elementos que permitan

¹¹ En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente 17933; Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 27414; Subsección C, sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 32126B; Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2016, expediente 35033; Subsección A, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 39311.

¹² **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 a la 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 culpa 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.*

calificar la conducta como falta de diligencia extrema, equivalente a la señalada intención.

En el caso bajo estudio, la parte actora manifestó en la demanda, que:

Para determinar la responsabilidad de los ex funcionarios del IPSE al no legalizar previamente al inicio de la ejecución contractual las servidumbres y al no adoptarse la decisión de terminar el contrato si se evidenciaba que la no legalización de las mismas afectaba de tal manera la ejecución del mismo, omisiones que conllevaron a que en el año 2004 el IPSE tuviera que pagar a favor de la firma SAVEDEN INDUSTRIAS C.A., a título de indemnización integral la suma de \$2.280'985.378,36 a través del mecanismo de la conciliación pre-judicial (...) (folio 61, C. 1).

De igual forma, al establecer más específicamente la responsabilidad señaló que:

(...) efectivamente la actuación cumplida por los señores DANIEL JÁUREGUI BUENAVENTURA (...) y RICHARD MAY JIMÉNEZ (...) como Director General y Jefe Oficina Jurídica respectivamente, al suscribir y avalar la suscripción del contrato No. 7472 de 1999, sin tener legalizadas las servidumbres necesarias e indispensables para garantizar el cumplimiento del objeto contractual pactado, estuvo acompañada de la culpa grave por la "violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho" de que trata el no. 1 del artículo 6° de la Ley 678 de 2001.

(...)

En cuanto a las actuaciones realizadas por los señores Mario Enrique González Barcadel (...), José William Garzón Solís (...), Álvaro Jiménez Macías (...), Adriana Rojas Rodríguez (...), Fabio Enrique Franco Niño (...), Carlos Rangel Moreno (...), Manuel Peña Suárez (...) y Miguel Ángel Pinto Barón (...), al no adoptar las decisiones necesarias para evitar la mayor permanencia en sitio, la cual se soportó en el hecho omisivo de la no legalización de las servidumbres necesarias para el desarrollo del objeto del contrato No. 7472 de 1999 y al avalar las correspondientes adiciones y modificaciones al mismo, generando con ellas desequilibrio económico a favor de la empresa contratista representada en la mayor permanencia en sitio, las mismas se encuadran en la culpa grave definida en el artículo 63 del Código Civil (...) (folio 64, C. 1).

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala necesario analizar el contrato No 7472 de 1999 y cada adición del mismo, con el fin de determinar si las mismas se originaron en la falta de legalización de las servidumbres necesarias para el desarrollo del objeto del contrato original, lo cual, a consideración de la parte actora, desencadenó la mayor permanencia del contratista en la obra.

- El objeto del contrato No. 7472 del 30 de diciembre de 1999, comprendía "el suministro parcial de materiales, montaje, puesta en servicio y entrega en condiciones óptimas de operación de: 1) Una línea de transmisión a 115 kV de 289.5 km aproximadamente, entre las localidades de Puerto Caicedo y El Yarumo. 2) La línea a 34.5 kV de longitud aproximada de 30 km entre las localidades de El Yarumo y la Hormiga. 3) Alimentadores a 13.2 kV doble circuito de longitud

aproximada 4 km entre la subestación de El Yarumo y el municipio de Orito. 4) La subestación de 115/34.5/13.2 kV de 12-15 MVA en la localidad de El Yarumo. 5) La subestación a 34.5kV/13.2 kV 5 MVA en la localidad de La Hormiga”.

De conformidad con la cláusula vigésima octava, el contrato se debía ejecutar en el término de 240 días calendario, contados a partir de la fecha en que se suscribiera el acta de iniciación.

La cláusula décima quinta del contrato autorizaba las adiciones del mismo, para lo cual estableció que:

Si durante el desarrollo del objeto contractual surgieren imprevistos que hicieren indispensables la ejecución de obras complementarias adicionales no previstas en el presente contrato, el ICEL previo concepto favorable del interventor, podrá autorizar su realización y aprobar los precios unitarios correspondientes. Tal determinación es potestativa del ICEL y a él le corresponde calificar la necesidad imprescindible de ejecutar nuevos trabajos, debiendo elaborarse el análisis de los nuevos precios unitarios fundamentales en los precios básicos, rendimientos y costos que utilizó el CONTRATISTA en su propuesta y que rigieron para efectos de pactar el valor y precio del contrato (...).

Por su parte, la cláusula vigésima séptima, estableció el procedimiento en caso de imprevistos, emergencias, fuerza mayor o caso fortuito así:

a) Se entienden como imprevistos las condiciones especiales de trabajo sustancialmente distintas a las previstas en el presente contrato que se deben aplicar para la correcta ejecución del objeto contratado. Las circunstancias desconocidas de naturaleza especial que no hayan podido ser previstas con anterioridad a la suscripción del presente contrato, deberán ser comunicadas por el contratista al ICEL inmediatamente se presenten, a fin de que el Instituto decida sobre los cambios y modificaciones a que hubiere lugar; si el aviso no se produjere dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la ocurrencia de tales circunstancias, no habrá lugar a modificación alguna, (...) d) se considera como fuerza mayor o caso fortuito todos aquellos hechos y circunstancias imposibles de prever y ajenos a la voluntad del CONTRATISTA (...) (folios 11 a 34, C pruebas 2).

Precisa la Sala que, si bien en el contrato no se estableció ninguna actuación frente a las servidumbres, antes de su adjudicación, en las condiciones generales de licitación pública se estableció que el ICEL – ahora IPSE-, el contratista adjudicatario y la interventoría debían determinar cuáles eran las zonas que debían afectarse con servidumbres. Así lo expuso:

EL ICEL oportunamente negociará, los derechos de servidumbre a lo largo del eje de las líneas y los lotes para las subestaciones, por sí mismo o por intermedio de terceros. También obtendrá la autorización necesaria para

practicar el despeje necesario dentro de esta faja o zona en las condiciones y dentro de las normas consignadas en las especificaciones técnicas para construcción y montaje de líneas y subestaciones.

Una comisión integrada por el representante del ICEL, el contratista y la interventoría determinará oportunamente en concordancia con las especificaciones, cuáles son los daños absolutamente necesarios dentro de esta faja o zona, para la construcción de las obras, de acuerdo con lo estipulado en las Especificaciones técnicas.

Todos aquellos daños no indicados en el inventario correspondiente que levante dicha comisión, se considerarán causados por descuido, negligencia o improvisación del contratista y por tanto, serán a cargo de éste (folio 52, C. pruebas 3).

- El 19 de octubre del 2000 se realizó un contrato adicional, para completar el plan de electrificación de la zona, por lo cual se solicitó *“la contratación de las mayores cantidades de obra y obras adicionales necesarias para culminar las obras faltantes para la energización de los municipios de Orito y Valle de Guamuez dentro de la culminación de la Fase III del Plan de Energización del Putumayo”*. Se amplió el plazo en 60 días y se adicionó en valor de \$404.056'455.000 (folios 51 a 56, C pruebas 2).

- El 29 de diciembre del 2000, se suscribió un otrosí al contrato, por el cual se modificó el anticipo a un 50% para tener en cuenta mayores costos administrativos del contratista por la suspensión del contrato entre el 10 de octubre del 2000 y el 4 de enero de 2001, por problemas de orden público en los frentes de construcción, lo que obligó a la utilización de *“mayor cantidad de recurso humano y equipos de montaje”* (folios 48 a 50, C pruebas 2).

- El 28 de febrero de 2001, se realizó un contrato adicional 7472 A, por medio del cual se amplió el plazo 60 días calendario, para lo cual tuvo en consideración que:

1) Que el contrato estuvo suspendido por motivos de orden público entre el 22 de septiembre y el 2 de enero del 2001 reanudándose el 3 de enero de 2001. 2) Que al momento del reinicio existía un plazo para la ejecución de los trabajos de 83 días calendario. 3) Que existen aún inconvenientes para la normal ejecución de los trabajos, debido a los desplazamientos de las comunidades por la situación de orden público que persiste en la zona. 4) Que por lo anterior el contratista no ha podido acometer trabajos en la línea a 115 kv Puerto Caicedo – El Yarumo. 5) Que a la fecha solo restan 32 días calendario, los cuales no son suficientes para la construcción de los 30 km de la línea a 115kv, terminación de la línea 34.5 de La Hormiga y terminación de las subestaciones. 6) Que la firma IEH GRUCOM LTDA., que realiza la interventoría al contrato del asunto, en su comunicación del 20 de febrero de 2000, conceptúa que es necesario ampliar el plazo del contrato en 60 días calendario. 7) Que el contratista SAVEDEN INDUSTRIAS C.A. en comunicación del 20 de febrero de 2001, solicita ampliación del plazo en 60 días calendario para la ejecución total del proyecto: siempre y cuando se resuelvan las

servidumbres de la totalidad de la línea 115 kv (30km) copropietarios de la línea 345.5 de la línea Yarumo – La Hormiga, con propietarios de los alimentadores a 13.2 de Orito. 8) Que el coordinador del grupo de interventorías y seguimiento de proyectos, mediante memorando del 22 de febrero de 2001, considera que es procedente la ampliación del plazo para la ejecución de los trabajos y paralelamente el INSTITUTO adelantará la definición de la contratación de las obras adicionales y soluciona las negociaciones de servidumbres. 9) Que el Instituto en la actualidad está adelantando el proceso contractual con el doctor Guillermo Torres Zapata quien se encargará de la etapa final de la negociación, legalización y pago de servidumbres (...) (folios 57 a 59, C pruebas 2).

- El 22 de mayo de 2001, se realizó el contrato adicional 7472 B, por medio del cual se amplió el plazo 90 días calendario, justificado en que *“1) Existen aún inconvenientes para la normal ejecución de los trabajos, debido a los desplazamientos de las comunidades por la situación de orden público que persiste en la zona. 2) Que por lo anterior el Instituto ha tenido inconvenientes en la negociación de las servidumbres con los propietarios de los terrenos por donde se debe trazar la línea 115 kv Puerto Caicedo, El Yarumo. 3) Que a la fecha de la construcción de los 28 km de la línea 115 kv existe una ejecución del 50% de la línea 34.5kv, El Yarumo – La Hormiga y está pendiente de continuar su ejecución por autorización de obras adicionales y de las subestaciones su ejecución está en un 95%. 4) Que la firma TEH GRUCOM LTDA, que realiza la interventoría al contrato del asunto, en su comunicación del 15 de mayo del 2001 conceptúa que es necesario ampliar el contrato en 90 días calendario, para terminar las actividades faltantes, pruebas y la puesta en marcha y operación de la líneas y subestaciones, siempre y cuando se tengan ya resueltas las negociaciones de las servidumbres. 5) Que el Instituto en la actualidad, a través del profesional del derecho Guillermo Torres se viene encargando de la etapa final de la negociación, legalización y pago de servidumbres”* (folios 60 a 62, C pruebas 2).

- El 13 de junio de 2001, se realizó el contrato adicional 7472 C, que aumentó el valor del contrato original en \$879.149'582.000, al incorporar algunos ítems y mayores valores que no estaban presupuestados, justificados así:

Que la interventoría a través del documento 193.7.4/0571-200 calendarado el 31 de mayo y dirigido al Subdirector de Planificación Energética presenta la justificación para que los componentes de la denominada “prioridad 1” sean ejecutados dentro de una adición al contrato número 7472 describiendo los mayores costos para cada componente del sistema en construcción que se presenta a continuación: 1) Subestación Puerto Caicedo: El componente de la subestación de Puerto Caicedo no estaba incluido dentro de los términos contractuales, sin embargo dentro de las necesidades identificadas por el contratista y el interventor se estableció que se requerirá la adecuación de la conexión y la salida a 115kv desde esa subestación cuyo monto estimado es de \$24.5 millones. 2) Subestación El Yarumo: En la subestación El Yarumo se generó un valor adicional de \$210.4 millones por

concepto de mayores cantidades de ítems contractuales, los cuales (...) se originaron debido a que la topografía del terreno de localización de la subestación no estaba adecuadamente definida en los diseños y a que tuvieron que realizar cambios que generaron mayores movimientos de tierra, mayor longitud de cerramiento y cantidades adicionales en el caso de las estructuras de drenaje; igualmente sucedió en el cableado cuyas cantidades no estaban plenamente definidas al momento de la iniciación de las obras (...) 3) Alimentador a 13.2 KV El Yarumo – Orito: Con el balance de mayores y menores cantidades por ejecutar en el alimentador a Orito se presenta un mayor valor por \$17.6 millones (...). 4) Línea a 34.5 kv entre El Yarumo y La Hormiga: Dentro del balance de mayores y menores cantidades de obra de ítems contractuales se genera un mayor valor por \$11.9 millones (...). 5) Subestación la Hormiga: Dentro de las actividades contractuales fue necesario incrementar la cantidad de los seccionadores 15 kv tripolar y de un poste de concreto de 12 m, con lo cual se genera el requerimiento de un valor adicional por \$23.9 millones (...) (folios 63 a 67, C pruebas 2).

- El 23 de agosto de 2001, se realizó el contrato adicional 7472 D, por medio del cual se amplió el plazo 90 días calendario, soportado en lo siguiente:

a) Que la empresa IEH GRUCON LTDA, quien ejerce la interventoría externa al contrato 7472, mediante comunicación No. 203.7.4/755-01 calendada el 13 de agosto de 2001 considera aceptable la solicitud de ampliación de plazo propuesta por el contratista SAVEDEN INDUSTRIAS C.A. teniendo en cuenta los siguientes aspectos: 1) Que el IPSE culminó con las actividades de inventario y avalúos de derechos de servidumbre e indemnizaciones por mejoras y estructuras correspondientes al corredor de la línea 115 kv Puerto Caicedo - El Yarumo, el día 29 de julio de 2001; se notificaron a los propietarios los valores liquidados por tales conceptos y en la actualidad a partir del 13 de agosto de 2001 se adelanta el trámite de pago de los precitados conceptos. 2) Respecto a los alimentadores de las líneas 34.5kv El Yarumo – La Hormiga y a 13.2kv El Yarumo – Orito, por concepto de servidumbres, a la fecha se encuentran legalizadas y el pago de las mismas se encuentra en trámite. 3) Que los propietarios de los predios se oponen a la ejecución del tendido de conductores hasta tanto el IPSE haga efectivos los pagos correspondientes. b) Que del plazo solicitado se estima que los primeros treinta (30) días corresponden al trámite de pago de las servidumbres y los sesenta (60) días restantes a la terminación de las obras. (Folios 82 a 84, C pruebas 2).

- Finalmente, el 21 de noviembre de 2001, se realizó un contrato adicional 7472 E, por medio del cual se amplió el plazo 30 días calendario, ya que existían “trabajos pendientes de ejecución debido a los problemas originados por la falta de pago y legalización de servidumbres” (folios 85 a 89, C pruebas 2).

De lo anteriormente expuesto, se observa que el plazo inicial previsto en el contrato de obra pública No. 7472 era de 240 días calendario, los cuales, según el acta de inicio, se contabilizarían del 24 de febrero de 2000 al 21 de octubre de la misma anualidad (folios 46 a 47, C. pruebas 2).

Durante la ejecución del contrato, dicho plazo fue suspendido por problemas de orden público en la zona.

Al respecto, precisa la Sala que si bien en el otrosí del contrato del 29 de diciembre del 2000, se expresó que la suspensión del contrato fue entre el 10 de octubre del 2000 al 4 de enero del 2001, en el auto que aprobó la conciliación prejudicial, proferido el 12 de diciembre de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 158 a 168, C. pruebas 2), se manifestó que *“en razón a los bloqueos guerrilleros de las vías que impedían el desplazamiento de personal y de los vehículos, el contratista se vio forzado a suspender las obras desde el día 24 de septiembre”* y que el 21 de diciembre del 2000 se reiniciaron las labores del contrato.

En la conciliación prejudicial, fundamento de la demanda de la referencia, se acordó no tener en cuenta el período de dicha suspensión, por lo que se proseguirá con el estudio de las adiciones que no tienen origen en los problemas de orden público en la zona, y, toda vez que el contrato adicional 7472 A del 28 de febrero de 2001 amplió el plazo 60 días calendario en consideración a lo anterior, no hay lugar a pronunciarse sobre ese punto.

Se precisa que si bien al expediente no se aportó el escrito de solicitud de conciliación prejudicial presentado por la firma Saveden Ltda., lo cierto es que, con fundamento en la misma, en el acta No. 023 del Comité de Conciliación del IPSE, (folios 149 a 155, C. pruebas 2), se manifestó que la suma deprecada resultaba de un peritaje que había realizado la universidad de Los Andes (folios 120 a 138, C. pruebas 2), con el fin de determinar los costos de mayor permanencia de la firma contratista, pero que el perito incluyó, erróneamente, los días de suspensión por orden público, a pesar de que solo debía analizar los días de mayor permanencia originada por el problema de legalización de servidumbres.

Por otra parte, se observa que, durante la suspensión en mención, el 19 de octubre de 2000, se suscribió una primera adición del contrato original en 60 días, por razones diferentes a la falta de legalización de las servidumbres necesarias para el desarrollo del objeto del contrato original, razón por la cual, en congruencia con las pretensiones de la demanda, tampoco se estudiara la conducta de los demandados al suscribir dicha adición.

De igual forma, respecto del contrato 7472 C, precisa la Sala que su objeto fue adicionar el valor del contrato en \$879.149'582.000, al incorporar algunos ítems y mayores valores que no estaban presupuestados, situación que no incluyó ninguna prórroga del término de la obra, por lo que, al no ser una de las razones de mayor permanencia en la obra por parte del contratista, lo que eventualmente generó el desequilibrio económico, se omitirá el estudio de la conducta de los demandados respecto de esta adición.

Ahora, si bien las adiciones al contrato 7472 B, D y E, prorrogaron el plazo de ejecución del contrato por un total de 210 días, por temas relacionados con la negociación, legalización y pago de las servidumbres, se precisa que, por un lado, los inconvenientes presentados con las servidumbres no fueron la única causa de los atrasos de la obra y, en consecuencia, no fueron el factor determinante de la mayor permanencia del contratista en la obra, toda vez que existieron problemas de orden público, atrasos por falta de información de las partes, y modificaciones y adiciones a las líneas y subestaciones que no estaban estipuladas en el contrato inicial.

Por otra parte, de los documentos aportados al expediente no se evidencia, ni se infiere la conducta dolosa o gravemente culposa que se atribuye a los demandados, por las razones que se pasa a explicar:

En primer lugar, si bien la parte actora reprocha el no haber tramitado la legalización de las servidumbres antes de la iniciación de la ejecución de las obras, lo cierto es que de los documentos presentados con la demanda no se establece ni se infiere que estas debían ser tramitadas antes de suscribir el contrato. Por el contrario, de conformidad con el informe general de la licitación para el contrato relacionado (folios 24 a 65, C. pruebas 3), se observa que las servidumbres debían negociarse cuando estuviera conformada la comisión (IPSE, antes ICEL, el contratista y el interventor).

En segundo término, como quedó establecido en la adición B del contrato, *“debido a los desplazamientos de las comunidades por la situación de orden público”* que persistía en la zona, el IPSE *“tuvo inconvenientes en la negociación de las servidumbres con los propietarios de los terrenos por donde se debe trazar la línea 115 kv Puerto Caicedo, El Yarumo”*, razón por la cual no se le puede atribuir una conducta dolosa o gravemente culposa a los demandados, por asuntos de

orden público que retrasaron la obra, lo que, eventualmente, consistió en la mayor duración de la misma.

El 16 de mayo de 2001 (folios 872 a 873, C. pruebas 5), en la minuta de la reunión de la firma Saveden con la interventora, se señaló que se presentaba un *“atraso de 94 días, en las pruebas finales debido a la falta de electrolito para la puesta en servicio del banco de baterías”*.

El 31 de mayo de 2001 (folios 833 a 837, C. pruebas 5), al evaluar los costos adicionales de la obra, la interventora señaló que había *“componentes y subestaciones que no estaban incluidos dentro de los términos contractuales del contrato No 7472 por lo que, al ver la necesidad de su adecuación de la conexión y la salida a 115 kV desde esta subestación se debía adicionar el valor del contrato y el plazo”*.

De igual forma, de conformidad con el informe de la interventora del 19 de abril del 2000, en los primeros meses la obra sufrió atrasos causados por la falta de información y la falta de permisos ambientales por los alimentadores y subestaciones eléctricas (folios 306 a 310, C. pruebas 4).

En el mismo sentido, en el informe semanal de interventoría correspondiente al período del 22 al 31 de julio de 2001 (folios 1392 a 1393, C. pruebas 7), se estableció que *“en la línea 132 kV se realizó ampliación del corredor de servidumbres para tendido de conductor y cable de guardas”*, situación que no estaba estipulada en el contrato inicial.

Así mismo, en informe del 1° de agosto del 2001, la interventora expuso que:

El proyecto presentó inicialmente problemas de información debido a que no había claridad con los diseños ni se encontraron los documentos soporte del mismo. Este hecho ha sido una de las principales causas de los atrasos, aunado a los frecuentes problemas de orden público en la zona (folios 1300 a 1323, C. pruebas 7).

Por otra parte, si bien al proceso se anexaron los documentos que certificaban las funciones de los hoy demandados, lo cierto es que de los mismos no se observa que ninguno de ellos tuviera la obligación jurídica o el deber legal de garantizar que se cumplieran todos los términos del contrato, y mucho menos tenían que garantizar que la obra no sufriera contingencias que forzaran su prolongación. De

igual forma no informan cuáles eran las funciones concretas o específicas que tenía cada uno de los servidores demandados, en materia de legalización de servidumbres para la contratación de las redes y del cableado eléctrico.

En observancia de cada causal que dio lugar a las adiciones B, D y E del contrato 7472, se advierte que ninguna de estas provino de la negligencia, inobservancia, arbitrariedad o ningún otro vicio en la conducta de los demandados, sino que todo lo contrario, se procuró que, por medio de un abogado externo, se llevaran a cabo las negociaciones de las servidumbres con los propietarios de los terrenos, las cuales fueron debidamente legalizadas, garantizando así la ejecución completa de la obra.

Puntualiza la Sala que cuando fueron proferidas las adiciones D y E, ya se encontraba en vigencia la Ley 678 de 2001 y, sin embargo, de la conducta de los demandados tampoco se puede establecer la configuración de dolo o culpa grave, de conformidad con las presunciones contenidas en los artículo 5 y 6 de la mencionada norma¹³.

Ahora, precisa la Sala que obran también en el expediente los informes de interventoría de la obra del 19 de abril de 2001 (folios 874 a 875, C. pruebas 6),

¹³ Art . 5 **DOLO**. *La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*

Art. 6. **CULPA GRAVE**. *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.*

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
- 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.*

del 13 de mayo de 2001 (folios 890 a 891, C. pruebas 6) y del 31 de mayo de 2001 (folios 833 a 837, C. pruebas 5), en los que se informa que *“el abogado Guillermo Torres contratado por el IPSE para la negociación de las servidumbres no ha hecho presencia para desempeñar su labor y con esto se presenta un atraso de acuerdo con su compromiso”*. Por lo que, en principio, la culpa del atraso en las obras sería del mencionado abogado, contratado por la entidad hoy accionante específicamente para atender los asuntos de las servidumbres, y a quien no se le demandó en la presente acción. Sin embargo, de conformidad con el informe del mes de agosto del 2001, el abogado ya se había reunido con los propietarios y estaba negociando y legalizando las respectivas servidumbres.

Así las cosas, en el presente caso no se evidencia que *i)* los asuntos relacionados con la negociación, legalización y pago de las servidumbres hubiesen sido los únicos causantes de la mayor permanencia del contratista en la obra; y *ii)* que la conducta de los hoy demandados hubiese sido dolosa o gravemente culposa, de la cual se derivara su responsabilidad y el deber de resarcir a la entidad accionante el presunto detrimento patrimonial.

Finalmente, resulta oportuno destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, por lo que, en casos como el presente, es a la parte demandante a quien corresponde la carga de acreditar o por lo menos establecer con claridad y precisión cual fue la conducta específica de cada demandado para inferir su responsabilidad, y no simplemente llevarle al juez, como en el presente caso, todos los documentos relacionados con un contrato de licitación, para que sea el juez el que determine y estudie si *“los funcionarios **podían [haberse]** visto incursos en conducta dolosa o gravemente culposa”* como lo expresó en el corto escrito de apelación.

Conforme con lo anterior, señala la Sala que, en la acción de la referencia no resultan pertinentes, conducentes ni útiles, las pruebas que se señalarán a continuación:

- Resolución 001808, por medio de la cual se ordena la apertura de una licitación pública (folios 96 a 98, C. pruebas 3).
- Actas de la audiencia pública de adjudicación de la licitación pública y la continuación de la misma (folios 1 a 10, C. pruebas 2).

- Resolución 002431, por medio de la cual se adjudicó la licitación.
- Los contratos de interventoría 7501 (folios 75 a 81, C. pruebas 4), 7540 (folios 86 a 93, C. pruebas 4), 7567 (folios 98 a 103, C. pruebas 4), 7567 (folios 104 a 105, C. pruebas 4), 0667-2001 (folios 106 a 107, C. pruebas 4), 7567 B (folios 106 a 107, C. pruebas 4), 168-0-2001 (folios 108 a 117, C. pruebas 4) adicionales al contrato de consultoría con la OEI a folios 250 a 254 del C. pruebas 2
- Periódico La República del 11 de mayo de 2008 (folio 218, C. pruebas 2).
- Documentos de la propuesta de la interventoría (folios 119 a 305, C. pruebas 4).
- El manual de funciones de los funcionarios de la hoy demandante (folios 1455 a 1500 C. pruebas 7).

Así las cosas, se tiene que, si bien en el presente caso la demanda fue interpuesta oportunamente respecto de todos los demandados, lo cierto es que no se acreditó que estos hubiesen incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa, razón por la cual se impone revocar la decisión objeto de apelación, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la presente providencia.

6.- Condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esta es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 29 de febrero de 2012, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción respecto de los señores Mario Enrique González Barcacer, Álvaro Jiménez Macías y Daniel Jáuregui Buenaventura y se negaron

las pretensiones en contra de los demás demandados. Como consecuencia, se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de los señores los señores Álvaro Jiménez Macías, Carlos Rangel Moreno, Manuel Peña Suárez y Miguel Ángel Pinto Barón, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría de la Sección **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA