

SOBRECOSTOS EN CONTRATACION ESTATAL - Moralidad administrativa / VULNERACION DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA POR SOBRECOSTOS EN CONTRATACION ESTATAL - Inexistencia de Criterios jurisprudenciales consolidados. Se selecciona para revisión eventual

Con respecto a la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, si bien han existido diversos pronunciamientos de esta Corporación en los que se ha intentado desarrollar su alcance y contenido, no existe un precedente claro y contundente sobre la vulneración de estos derechos cuando se fundamenta en hechos como los descritos en la acción popular de la referencia. En efecto, en la sentencia del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, CP. Delio Gómez Leyva, la Corporación consideró que los sobrecostos en que se incurre en la contratación estatal implica un acto de inmoralidad administrativa, asociado con el impecable manejo de los bienes y dineros del Estado. Luego, en la sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 2003-01195, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, la Corporación, con ocasión de una acción popular por presunta vulneración del derecho a la moralidad administrativa y el patrimonio público, consideró que la expresión sobrecostos, en materia contractual, debía entenderse como aquellos “mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal”, y que para efectos de la Ley 472 de 1998, tenía relación “con el valor del contrato celebrado, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, que en cumplimiento del deber legal impuesto, han debido ser analizados y estudiados por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación”. Por último, en la sentencia del 18 de junio de 2008, expediente 2003-00618, CP. Ruth Stella Correa Palacio, también de manera somera se enunció el tema de los sobrecostos derivados de la contratación, para los efectos de la regulación del incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa. (...) De acuerdo con lo anterior, la Sala evidencia la necesidad de fijar una posición clara y consolidada frente a la doctrina judicial de esta Corporación sobre la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa derivada de los sobrecostos en que se incurre en la ejecución de los contratos estatales. Es evidente para la Sala que la posición que ha sido asumida hasta el momento frente al tema de sobrecostos no es clara, y puede dar lugar a un sinnúmero de interpretaciones ante los vacíos que se puedan presentar en las diferentes situaciones, como la que es objeto de estudio en esta oportunidad.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Sobre los sobrecostos, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Rad. 2003-01195, MP. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 18 de junio de 2008, Rad. 2003-00618, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE FALLO - Mientras se resuelve la solicitud de la revisión eventual

Finalmente, la Sala estima necesario suspender la ejecución del fallo del Tribunal Administrativo del Meta hasta tanto se resuelva la solicitud de revisión eventual interpuesta por el departamento del Meta contra la sentencia del 9 de diciembre de 2009. La revisión de las sentencias dictadas en procesos de acción popular es un mecanismo de reciente creación que le va a dar la oportunidad al Consejo de Estado de fijar su alcance, hasta el punto de definir si la revisión puede llegar hasta anular la sentencia que se revisa, por haber quebrantado los derechos de las partes e inclusive, los mismos derechos colectivos que se pretenden proteger.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., Veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 50001-23-31-000-2004-10709-01(AP)REV

Actor: HERNANDO JIMENEZ ROMERO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL META

La Sala resuelve si procede el mecanismo de revisión eventual de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 9 de diciembre de 2009, que, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocó la sentencia del 20 de octubre de 2008, proferida por el Juzgado 2º Administrativo del Circuito de Villavicencio, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El señor Hernando Jiménez Romero, en ejercicio de la acción popular, demandó al Departamento del Meta, para obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al de goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Según el actor popular, el Departamento del Meta vulneró los derechos colectivos mencionados, porque incurrió en sobrecostos en la construcción de un puente vehicular sobre el Río Humea, inspección de Puerto Porfía, municipio de Puerto López - Meta.¹

¹ Las pretensiones formuladas en la demanda fueron las siguientes:

“PRIMERA: Que sea declarada responsable la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL META por la afectación a los derechos colectivos de los literales b y d de la ley 472 de 1998 por el hecho de no haber construido el puente vehicular sobre el río Humea, inspección de puerto porfía (sic), municipio de Puerto Lopez (sic)-Meta y por no haber devuelto los dineros entregados por concepto de valorización.

SEGUNDA. Como consecuencia de la pretensión que antecede, sírvase obligar a la Gobernación del Meta para que en un termino (sic) judicial perentorio construya el puente vehicular sobre el río Humea, inspección de puerto porfía (sic), municipio de Puerto Lopez (sic)-Meta o en su defecto, ordenar a la Gobernación del

2. Mediante sentencia del 20 de octubre de 2008, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Villavicencio negó las pretensiones de la demanda, porque la Contraloría del Departamento, con ocasión de la investigación que adelantó sobre los hechos objeto de la acción popular, concluyó que no se evidenció detrimento patrimonial alguno.

En relación con el derecho colectivo al goce del espacio público, el a quo concluyó que no se vulneró el derecho colectivo, porque el puente nunca se construyó en el sitio inicialmente designado para el efecto, pero el Departamento demostró que había adelantando la construcción de otro puente, 800 metros aguas debajo de donde inicialmente se había programado.

Por último, consideró que la acción popular no era el medio más idóneo para obtener la devolución de la contribución por valorización que recaudó el Departamento para la construcción del puente. Adujo que los contribuyentes contaban con otros mecanismos judiciales para el efecto.

3. Mediante sentencia del 9 de diciembre de 2009, el Tribunal Administrativo del Meta revocó la providencia impugnada.

El Tribunal afirmó que el actor popular demostró que el Departamento del Meta incurrió en sobrecostos en la construcción de la obra, que ascendían a la suma de \$ 11.524'378.372, y que, por ese sobrecosto, el Departamento vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

Precisó que la investigación que adelantó la Contraloría Departamental no excluía la posibilidad de ejercer la acción popular para conjurar, oportunamente, aquellos hechos u omisiones que podrían afectar los derechos colectivos de la comunidad.

Meta la devolución del total de los dineros recaudados por concepto de Valorización para la construcción del aludido puente.

TERCERA. En el caso de darse un PACTO DE CUMPLIMIENTO muy respetuosamente solicito señor Juez que la auditoria (sic) estatuida en el artículo 27 de la ley 472 de 1998 le sea otorgada al suscrito.

CUARTA: Que se decrete el incentivo de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la ley 472 de 1998.

QUINTA: Que sea condenada la demandada al pago del incentivo fijado en el articulo (sic) 1005 del Código Civil.

SEXTA: Condenar a la Gobernación del Meta por las costas y agencias en derecho.”

Dijo que la acción popular era una acción principal y que procedía independientemente de la existencia o inexistencia de otras acciones.

Respecto de la pretensión de devolución de la contribución por valorización y sobre la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización de los bienes de uso público, confirmó los argumentos del a quo.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó al Departamento del Meta reintegrar la suma de \$ 11.524'378.372 y construir el puente vehicular sobre el Río Humea. Así mismo, fijó a favor del actor popular, a título de incentivo, el 15% del valor que llegare a recuperar la entidad pública.

4. Mediante escrito del 19 de enero de 2010, el Departamento del Meta solicitó al Tribunal la eventual revisión de la sentencia. El expediente fue recibido en esta Corporación el 25 de febrero de 2010.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a resolver la solicitud de revisión de la sentencia del 9 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, previas las siguientes consideraciones:

1. Competencia

De conformidad con el Acuerdo N° 0117 del 12 de octubre de 2010, por medio del cual se adiciona un párrafo al artículo 13 del Acuerdo N° 58 de 1999 corresponde a las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolver sobre las solicitudes de revisión eventual.

2. Marco Legal del Mecanismo de Revisión Eventual.

El artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, que adicionó con el artículo 36 A la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone:

ARTICULO 11. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996, el artículo 36A, que formará parte del Capítulo Relativo a la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual tendrá el siguiente texto:

“Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

(...)

La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella. (...).”

De conformidad con la norma citada, los siguientes son los requisitos que se deben cumplir para que la Sala acceda a la revisión eventual:

1. Debe mediar petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.
2. La petición se debe interponer dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la que se ponga fin al proceso.
3. La revisión eventual debe recaer sobre la sentencia del Tribunal Administrativo con la que terminó el proceso, o la providencia con la que finalizó o se archivó el mismo.
4. El propósito de la revisión es la unificación de la jurisprudencia.

En cuanto al último requisito, en auto de julio 14 de 2009², la Sala enunció, a título ilustrativo, los eventos generales en los cuales está llamada a operar la tarea unificadora.

En el auto citado se precisó lo siguiente:

“Aunque no de manera exclusiva ni exhaustiva, a título ilustrativo, es posible identificar los siguientes eventos generales en los cuales está llamada a operar, a plenitud, la tarea unificadora de la jurisprudencia:

- *Cuando uno o varios de los temas contenidos en la providencia respectiva hubiere merecido tratamiento diverso por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera que resulte indispensable fijar una posición unificadora;*
- *Cuando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, por su indeterminación, por la ausencia de claridad de las disposiciones normativas en las que se funda o por un vacío en la legislación, sean susceptibles de confusión o involucren disposiciones respecto de las cuales quepan diferentes formas de aplicación o interpretación;*
- *Cuando sobre uno o varios de los temas de la providencia no hubiere una posición consolidada por parte de la jurisprudencia de esta Corporación;*
- *Cuando uno o varios de los temas de la providencia no hubiere sido objeto de desarrollos jurisprudenciales, por parte de Consejo de Estado.”*

Además, precisó que le corresponde al interesado *“demostrar que la solicitud de seleccionar la providencia definitiva respectiva cumple con ese propósito”* y, para el efecto, debe exponer en la solicitud *“una explicación concisa acerca de las razones en las cuales se fundamenta la petición.”*

Caso concreto

Verificado si, en el caso concreto, se cumplen los presupuestos señalados, la Sala advierte que la parte demandada presentó la solicitud el 19 de enero de 2010. Esto indica que fue presentada por quien está legitimado y dentro de los ocho días siguientes a la notificación, si se tiene en cuenta que ésta se surtió el 14 de enero de 2010.³

² Expediente (AG) 200012331000200700244 01

³ La sentencia fue notificada mediante edicto fijado el 12 de enero de 2010 y desfijado el 14 de enero de 2010. (Folio 62 cuaderno 2)

Adicionalmente, la solicitud de revisión eventual recae sobre la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 9 de diciembre de 2009.

En dicha solicitud, el demandado afirmó que el tema objeto de discusión es de gran trascendencia *“(...) no sólo para el Departamento del Meta, si no (sic) para el país en general, en razón que se ampara el derecho colectivo a la Moralidad Pública por sobre costo en una obra cercana a 11.000 millones de pesos m/cte. y se ordena pagar un incentivo al actor del 15%.”*

Igualmente, dijo que el dictamen pericial sobre el cual se fundamentó la decisión del Tribunal adolece de un error grave, al confundir dos contratos estatales realizados por el Departamento del Meta cuyo objeto era la construcción del puente vehicular sobre el Río Humea, pero con condiciones técnicas y de diseño diferentes.

Agregó que no es suficiente para que se configure la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, la desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos para el ejercicio de la función pública, sino que además es necesario que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad.

Por último, añadió que el Tribunal Administrativo del Meta tiene posiciones encontradas respecto de dicho tema, y para el efecto transcribió algunos apartes de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2009, en el expediente 2006-00035, que, según considera, contradice la proferida en el caso in examine.

Al respecto, la Sala considera que se satisfacen los presupuestos normativos y doctrinales para seleccionar para revisión el fallo cuestionado, toda vez que el tema, en relación con los hechos que fueron analizados en la sentencia del Tribunal, no ha sido objeto de desarrollo por la doctrina judicial de esta Corporación.

Con respecto a la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, si bien han existido diversos pronunciamientos de esta Corporación en los que se ha intentado desarrollar su alcance y contenido, no existe un precedente claro y contundente sobre la vulneración de estos derechos cuando se fundamenta en hechos como los descritos en la acción popular de la referencia.

En efecto, en la sentencia del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, CP. Delio Gómez Leyva, la Corporación consideró que los sobrecostos en que se incurre en la contratación estatal implica un acto de inmoralidad administrativa, asociado con el impecable manejo de los bienes y dineros del Estado.

Luego, en la sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 2003-01195, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, la Corporación, con ocasión de una acción popular por presunta vulneración del derecho a la moralidad administrativa y el patrimonio público, consideró que la expresión sobrecostos, en materia contractual, debía entenderse como aquellos *“mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal”*, y que para efectos de la Ley 472 de 1998, tenía relación *“con el valor del contrato celebrado, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, que en cumplimiento del deber legal impuesto, han debido ser analizados y estudiados por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación”*.⁴

Por último, en la sentencia del 18 de junio de 2008, expediente 2003-00618, CP. Ruth Stella Correa Palacio, también de manera somera se enunció el tema de los sobrecostos derivados de la contratación, para los efectos de la regulación del incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa. Al efecto se dijo:

“ (...)

En efecto, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 de 1998 -al regular el incentivo económico en acciones populares sobre moralidad administrativa- dispuso: “Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.”

De acuerdo con lo anterior, la Sala evidencia la necesidad de fijar una posición clara y consolidada frente a la doctrina judicial de esta Corporación sobre la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa derivada de los sobrecostos en que se incurre en la ejecución de los contratos estatales.

⁴ En similar sentido se abordó el tema en la sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente AP-612, CP. María Elena Giraldo Gómez.

Es evidente para la Sala que la posición que ha sido asumida hasta el momento frente al tema de sobrecostos no es clara, y puede dar lugar a un sinnúmero de interpretaciones ante los vacíos que se puedan presentar en las diferentes situaciones, como la que es objeto de estudio en esta oportunidad.

Finalmente, la Sala estima necesario suspender la ejecución del fallo del Tribunal Administrativo del Meta hasta tanto se resuelva la solicitud de revisión eventual interpuesta por el departamento del Meta contra la sentencia del 9 de diciembre de 2009. La revisión de las sentencias dictadas en procesos de acción popular es un mecanismo de reciente creación que le va a dar la oportunidad al Consejo de Estado de fijar su alcance, hasta el punto de definir si la revisión puede llegar hasta anular la sentencia que se revisa, por haber quebrantado los derechos de las partes e inclusive, los mismos derechos colectivos que se pretenden proteger.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

PRIMERO: SELECCIONAR PARA REVISION la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2009 por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro de la acción popular promovida por el señor Hernando Jiménez Romero contra el Departamento del Meta, que revocó el fallo del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Villavicencio, proferido el 20 de octubre de 2008, por medio del cual se negaron a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SUSPENDESE la ejecución de la sentencia del 9 de diciembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en el sentido de que no podrá, con base en ella, hacerse pago alguno con cargo al erario, hasta tanto se resuelva la revisión prevista en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al despacho para lo pertinente.

Cópiese, notifíquese y Cúmplase.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ