

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Núm. único de radicación: 25000234100020170016401¹

Demandante: José David Martínez Parada

Demandada: Contraloría General de la Republica

Temas: Responsabilidad fiscal del administrador del contrato de obra. Elementos de la responsabilidad fiscal.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. El señor José David Martínez Parada, en adelante la parte demandante, presentó demanda contra la Nación- Contraloría General de la Republica, en adelante la parte demandada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011², para que se declare

¹ Demanda presentada el 7 de febrero de 2017, según obra a folio 1, en vigencia de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² “[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]”

la nulidad de los autos núm. 007 de 18 de marzo de 2016³, 003 de 4 de mayo de 2016⁴, 00781 de 11 de julio de 2016⁵ y 00798 de 12 de julio de 2016⁶, expedidas por la

Pretensiones

2. La parte demandante formuló las siguientes pretensiones⁷:

"[...] 1.- Que se declare la nulidad del Fallo No.007 del 18 de marzo de 2016, proferido por la Gerencia Departamental de Santander de la Contraloría General de la República, que al señor José David Martínez declaró fiscal y solidariamente responsable, en cuantía de mil setecientos trece millones ochocientos treinta y ocho mil novecientos cuarenta y tres pesos con ochenta y cuatro centavos, moneda corriente (\$1.713.838.943,84 mda/cte.).

2.- Que se declare la nulidad del Auto No. 00781 de 11 de julio de 2016, expedido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, de la Contraloría General de la República, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el Fallo No. 007 de 18 de marzo de 2016, confirmándolo en todas sus partes.

3.- Que se declare la nulidad del Auto No. 00798 del 12 de julio de 2016 expedido por la Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, "por medio del cual se modifica el auto No. 00781 del 11 de Julio del 2016"-

4.- Que, como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación - Contraloría General de la República restituir al señor José David Martínez las sumas de dinero o erogaciones que hayan sido canceladas a la fecha en que se profiera el fallo, como consecuencia de los actos administrativos demandados.

5.- Que así mismo, se condene a la Nación - Contraloría General de la República a cancelar la parte demandante las sumas y conceptos que a continuación se discriminan:

5.1 Perjuicios Materiales, en la modalidad de Daño Emergente:

• Para el señor JOSÉ DAVID MARTÍNEZ, la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) por concepto de los honorarios profesionales pagados al profesional del derecho Elder Oretga, quien asumió la defensa de mi prohijado en el marco del proceso de responsabilidad fiscal adelantado en su contra.

5.2 Perjuicios Inmateriales, en la modalidad de Daño Moral:

Para el señor JOSÉ DAVID MARTÍNEZ, la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 s.m.1.m.v.) por concepto del dolor, sufrimiento y angustia que le provocaron las decisiones de responsabilidad fiscal cuya legalidad se cuestiona. En particular, la zozobra derivada de una condena solidaria impuesta a una persona natural, por una suma de dinero semejante, representa sin dudas una amenaza de ruina económica en todo sentido, más si se considera el hecho de que la condena fiscal derivó en una inhabilidad sobreviniente, que le impedía el ejercicio de empleo público alguno, que condujo a su desvinculación de Ecopetrol S.A. y que le impedía, además de percibir

³ "[...] Por el cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal No. SAE 2013-00632_1882 [...]"

⁴ "[...] Por el cual se resuelven recursos contra el fallo con responsabilidad fiscal No. 007 de 18 de marzo de 2016 [...]"

⁵ "[...] Por el cual se resuelven los recursos de apelación y el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. No. SAE 2013-00632_1882 [...]"

⁶ "[...] Por medio del cual se modifica el auto No.- 00781 del 11 de julio de 2016 por el cual se resolvieron los recursos de apelación y el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. SAE 2013-00632_1882 [...]"

⁷ Cfr. folio 4 del cuaderno núm. 1 del expediente.

ingresos para sufragar la sanción impuesta y aún procurar su propio sustento y el de su grupo familiar.

6.-Que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas, conforme lo dispone el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.-Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y las agencias en derecho [...]"

Presupuestos fácticos

3. La parte demandante expuso, en síntesis, los siguientes hechos para fundamentar sus pretensiones:
4. ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO URBAPETROL suscribieron el contrato de obra núm. 5205474 el 7 de abril de 2009 cuyo objeto fue la *“Ejecución de las obras de construcción, montaje y puesta en operación del nuevo cuarto de control central y su red de fibra óptica de conexión a las unidades de proceso y edificaciones involucradas en el proyecto control operacional consolidado de la Gerencia Refinería de Barrancabermeja”*.
5. El ingeniero Jorge Salgado, funcionario de ECOPETROL S.A., envió dos memorandos con números de radicado 2896 y 2897 el 28 de abril de 2009, en los que solicitó a los Coordinadores de los Talleres de Válvulas y al Departamento de Paradas de Plantas, informar la fecha exacta para la entrega de las áreas donde se llevaría a cabo la construcción del cuarto de control central.
6. El Departamento de Mantenimiento dio respuesta a la solicitud anterior el 8 de mayo de 2009 y confirmó las acciones necesarias para lograr el traslado temporal de todas las dependencias ubicadas en las áreas dispuestas para ejecutar la obra, estableciendo el siguiente cronograma: (i) junio 23 de 2009: Traslados de Grupo III y Central de Herramientas; (ii) julio 17 de 2009: Traslado de Talleres de Tuberías, Válvulas y Oficios Civiles.
7. El acta de inicio del contrato de obra el 26 de mayo de 2009 fue suscrito por el Ingeniero Óscar Tapias Uribe, en representación del CONSORCIO DE URBAPETROL, el Ingeniero Fabio Enrique Beltrán, gestor del contrato, y el ingeniero José David Martínez Parada, como administrador designado por ECOPETROL S.A.
8. ECOPETROL S.A. realizó paulatinamente las entregas de las áreas requeridas por el contratista, tal y como se informa en el acta de entrega de áreas generales, suscrita el 17 de noviembre de 2009.
9. ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO URBAPETROL S.A. suscribieron el acta de negociación el 7 de octubre de 2010 en la que se le reconoció al contratista la suma de \$1.297.287.143, por compensación económica, con fundamento en la demora en la entrega de las instalaciones y \$87.451.285, por modificación de pólizas.
10. ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO URBAPETROL S.A., suscribieron un otro sí el 11 de octubre de 2010 con el objeto de ampliar el plazo de ejecución del contrato núm. 5205474, por un término de 147 días, contados entre el 19 de octubre de 2010 y el 14 de marzo de 2011.

11. El CONSORCIO URBAPETROL S.A. presentó el 28 de noviembre de 2010 ante ECOPETROL S.A., cuenta de cobro por un valor total de \$1.384.738.428.

12. La Contraloría General de la República por medio de auto núm. 007 de 18 de marzo de 2016, resolvió fallar con responsabilidad fiscal en contra de la parte demandante, con fundamento en que en su calidad de administrador del contrato suscribió el acta de inicio del contrato núm. 5205474 el 26 de mayo de 2009 teniendo conocimiento de que no se contaba con la disponibilidad de las áreas a intervenir para la construcción del Edificio de Control Central (ECC), entrega que se realizó de forma escalonada y finalizó en de noviembre de 2009, lo que generó un mayor valor a pagar al contratista.

13. La parte demandada mediante auto núm. 003 de 4 de mayo de 2016⁸, confirmó el fallo con responsabilidad fiscal contra la parte demandante.

14. El Director de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República por medio del auto núm. 00781 de 11 de julio de 2016⁹, resolvió el recurso de apelación, en el sentido de confirmar el fallo de 18 de marzo de 2016.

15. El Director de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República a través de la Resolución núm. 00798 de 12 de julio de 2016¹⁰, dispuso corregir el cuadro informativo obrante en la página 1 de la parte considerativa del auto núm. 00781 de 11

⁸ “[...] Por el cual se resuelven recursos contra el fallo con responsabilidad fiscal No. 007 de 18 de marzo de 2016[...].”

⁹ “[...] Por el cual se resuelven los recursos de apelación y el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. No. SAE 2013-00632_1882 [...]”

¹⁰ “[...] Por medio del cual se modifica el auto No.- 00781 del 11 de julio de 2016 por el cual se resolvieron los recursos de apelación y el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. SAE 2013-00632_1882 [...]”.

de julio de 2016¹¹ en el sentido de que la entidad afectada es ECOPETROL y no el Departamento de Santander como se indicó.

Normas violadas y concepto de violación¹²

16. La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes normas:

- Artículos 29 y 90 de la Constitución Política.
- Artículos 1, 4, 5, 7 y 53 de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000¹³.
- Artículos 101, 118 y 119 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011¹⁴.

Concepto de violación

17. La parte demandante formuló los siguientes cargos y explicó su concepto de violación, así:

Primer cargo: Infracción de las normas en que debería fundarse

18. La parte demandante fundamentó este cargo de nulidad, con base en los siguientes argumentos:

19. Adujo que los actos administrativos acusados contravienen lo previsto en los artículos 4 y 53 de la Ley 610 y 90 de la Constitución Política, por cuanto no se logró acreditar la culpa grave en la gestión fiscal de la parte demandante.

20. Manifestó que la Corte Constitucional en la sentencia C-619 de 2002 declaró la inexecutable de la expresión “leve” en los artículos 4 y 53 de la Ley 610, en consecuencia, el régimen de responsabilidad fiscal experimentó una transformación en lo relativo a su régimen de imputación subjetiva, de modo que solo puede predicarse a partir de la culpa grave o el dolo, nunca de la culpa leve.

21. Señaló que no corresponde con la realidad procesal sostener, como lo hace la parte demandada, que la parte demandante había actuado con culpa grave por la suscripción del acta de inicio y la falta de gestión en la toma de correctivos necesarios

¹¹ “[...] Por el cual se resuelven los recursos de apelación y el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. No. SAE 2013-00632_1882 [...]”

¹² Cfr. folios 21 a 36 del cuaderno núm. 1 del expediente.

¹³ “[...] Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías [...]”

¹⁴ “[...] Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública [...]”.

que evitaran la firma de este documento que formalizó el inicio de ejecución de las obras por parte del Consorcio de Urbapetrol en las instalaciones de la Refinería de Barrancabermeja, bajo los parámetros establecidos en el contrato de obra N° 5205474, celebrado entre ECOPETROL S.A., y el CONSORCIO DE URBAPETROL.

22. Indicó que la firma de la parte demandante en el acta de inicio estaba respaldada por los compromisos adquiridos con anterioridad por ECOPETROL S.A., que establecían las fechas de entrega de las áreas dispuestas para la construcción del Edificio de Control Central, términos que se dieron a conocer al contratista de obra, previo a la suscripción del documento.

23. Precisó que el Departamento de Mantenimiento informó el 8 de mayo de 2009 la fecha exacta dispuesta para desalojar las áreas requeridas por el contratista, conforme al siguiente cronograma: i) Junio 23 de 2009: Grupo III y Central de herramientas y, ii) Julio 17 de 2009: Talleres de tuberías, válvulas y oficios civiles.

24. Afirmó que conforme al compromiso adquirido por el Departamento de Mantenimiento y debido a que el contrato establecía un período de 30 días para la logística de instalación del contratista, se recibió la instrucción de firmar el acta de inicio y tramitarla el 26 de mayo de 2009. En efecto, en el Programa Maestro de Trabajo se evidencia que el contratista planeaba iniciar los trabajos para la instalación de la Red de Fibra Óptica a partir del 26 de junio de 2009.

25. Concluyó que la parte demandante no actuó con desinterés o temeridad al firmar el acta de inicio del contrato suscrito con el CONSORCIO DE URBAPETROL, toda vez que para la suscripción del documento estaba dispuesto no sólo el 94,15% de la totalidad de las áreas para la ejecución de las obras, sino también se tenía conocimiento de las obligaciones adquiridas por el Departamento de Mantenimiento, para la entrega de los terrenos que correspondían al porcentaje restante. Estos compromisos no podían ser asegurados o gestionados por la parte demandante, puesto que se encontraban por fuera de la esfera de sus funciones como administrador del contrato.

Segundo cargo: La sola acción de firmar el acta de inicio no puede ser tenida como un hecho que genere responsabilidad fiscal imputable al demandante

26. Los fundamentos jurídicos de este cargo, son los siguientes:

27. Señaló que en el plan de ejecución del proyecto se dispuso iniciar el contrato de obra para el 12 de diciembre de 2008, sin embargo, para esa fecha no fue posible suscribir acta de inicio, por cuanto se identificaron retrasos en el traslado de talleres y reubicación del personal que se encontraban laborando en las áreas donde se disponía construir el edificio de control central. Esto significa, que desde el mes de diciembre de 2008 ECOPETROL S.A., tenía conocimiento del riesgo que ostentaba la ejecución del proyecto, por la falta de disponibilidad de los terrenos para la construcción de la edificación.

28. Manifestó que los Directivos de ECOPETROL S.A. tomaron la decisión de suscribir el acta de inicio en el mes de mayo de 2009, decisión fundada en los riesgos patrimoniales a los que estaba expuesta la entidad ante los atrasos en la iniciación de la obra.

29. Adujo que para la fecha de los hechos no era viable adoptar la decisión de posponer la suscripción del acta de inicio hasta que se tuvieran libres la totalidad de las áreas a intervenir, por cuanto esta situación conllevaría a una afectación técnica, administrativa y patrimonial en los demás contratos que estaban en ejecución y, que dependían en su mayoría de los avances en las actividades de construcción del edificio de control central y de la red de fibra óptica. En efecto, el contratista inició con la ejecución de la obra, una vez firmada el acta de inicio, y su avance paulatinamente no requería la totalidad de las áreas a intervenir, como erróneamente se sostuvo en uno de los argumentos expuestos por la Contraloría.

Tercer cargo: La responsabilidad fiscal a título de culpa grave, imputada a la parte demandante, no fue debidamente motivada conforme al artículo 118 de la Ley 1474

30. Manifestó que el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, prevé la regla de que el grado de culpabilidad necesario para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el de dolo o el de culpa grave. Para determinarlos, la norma trae una presunción de dolo y cinco presunciones de culpa grave. Es así como de las situaciones citadas por la norma, no se encuentra contemplada la suscripción de documentos como el acta de inicio de un contrato de obra, lo que significa que la decisión tornada por la parte demandada no fue debidamente motivada.

Cuarto cargo: El señor José David Martínez Parada no actuó como Gestor Fiscal

31. Adujo que el gestor fiscal del contrato suscrito entre ECOPETROL S.A., y el CONSORCIO URBAPETROL, era el Gerente de la Refinería de Barrancabermeja, quien en el proceso precontractual y contractual direccionó, aprobó y ordenó la realización de la construcción del edificio de control central, que agrupaba todos los cuartos de control de las diferentes plantas en una sola área, con el objetivo de unificar las operaciones, optimizar recursos, mejorar las comunicaciones e incrementar la productividad de la Refinería de Barrancabermeja.

32. Indicó que en el fallo proferido por la parte demandada, se realizó un reproche equivocado al imputar responsabilidad fiscal a la parte demandante por una conducta que no es derivada de una gestión fiscal, que pueda ser reprendida por el ente de control, es decir, la suscripción de un acta de inicio no es una conducta indicativa de gestión fiscal y no puede producir por sí sola detrimento al patrimonio público.

33. Precisó que el numeral 7.1. del Manual para la Administración y Gestión de Contratos de Ecopetrol S.A. establece las funciones de la parte demandante como administrador del contrato, en las cuales no se establece la suscripción del acta de inicio de la ejecución de los contratos suscritos por la entidad, función designada al gestor en el numeral 7.2.1.

34. Manifestó que la parte demandada desconoció no sólo el principio del debido proceso, sino también el principio de legalidad y favorabilidad, por cuanto no debió proferir un fallo con responsabilidad fiscal aplicando la figura de la solidaridad acogida por el artículo 119 de la Ley 1474, cuando los hechos reprochados al investigado fueron acaecidos en el año 2009, fecha donde por disposiciones legales, el ente de control debía individualizar y valorar las obligaciones patrimoniales a partir de la conducta del agente.

Cuarto cargo: Ausencia de nexo causal entre la supuesta conducta gravosa del

demandante y el hipotético daño fiscal

35. Adujo que la existencia del nexo de causalidad en la responsabilidad fiscal dependen del grado de confirmación probatoria del hecho del nexo causal, es decir, que lógicamente sea más probable su ocurrencia, por la eficacia probatoria para su demostración, por el peso que tiene como evidencia las pruebas que buscan llevar al convencimiento razonable sobre su certeza, a fin de que pueda considerárselo como verdadero. Siendo ello así, no cabe duda de que no existe relación consecuencial alguna, entre el supuesto daño -la compensación económica entregada al CONSORCIO URBAPETROL por la demora en la entrega de las instalaciones- y la conducta gravemente culposa endilgada al aquí demandante - firmar el acta de inicio de ejecución de la obra y no gestionar los correctivos necesarios para evitar la suscripción de este documento.

36. Precisó que es evidente que la causa eficiente que produjo el daño fiscal, fue el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el Departamento de Mantenimiento con respecto a la entrega de las áreas para la construcción del Edificio Central y no, como lo expone la parte demandada, la suscripción del acta de inicio de la obra.

Contestación de la demanda

37. La parte demandada¹⁵ contestó la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas, así:

Respecto a la inexistencia de culpa grave

38. Manifestó que según el Manual para la Administración y Gestión de los contratos de ECOPETROL S.A., versión 3.0 de 17 de octubre de 2008, la parte demandante en su calidad de administrador del contrato núm. 5205474, y en función de las responsabilidades que el cargo le imponía, y la disposición de toda la información inherente al contrato, no le eran ajenos los riesgos que se presentarían en su ejecución; dado el conocimiento no solo de los antecedentes del proyecto sino del retraso del inicio del contrato de reubicación de talleres, y de las múltiples paradas de planta de la refinería que se daban anualmente bien fueras programadas o no, como se acreditó en el proceso.

39. Señaló que la parte demandante conocía lo incorporado en la cláusula 27 de los estudios previos referente a la imposibilidad de dar inicio a la ejecución del contrato hasta tanto no se contara con la totalidad de los terrenos a disposición del contratista; sin embargo, a sabiendas de todo lo anterior y solo con base en lo informado por el área de mantenimiento, previó que para el mes de junio de 2009 podía contar con la totalidad de los terrenos, hecho que no sucedió y que dio paso a que el contratista trasladara su

maquinaria y personal al lugar de trabajo, pero que no haya podido ejecutar las obras a plenitud sino hasta noviembre de 2009, sin que en dicho lapso hubiese recomendado la suspensión parcial o total del contrato, facultades que ostentaba de conformidad con el manual.

40. Indicó que el administrador siempre tuvo conocimiento de que en el funcionamiento normal de la refinería había épocas de paradas de planta programadas y no programadas, las cuales no se previeron para determinar el tiempo de ejecución del contrato, ni como vicisitud para la ejecución del mismo.

41. Precisó que el peritaje practicado en el curso del Proceso de Responsabilidad Fiscal se colige que pese a que al momento de la suscripción del acta de inicio del

¹⁵ Folio 136 a 142 del cuaderno núm. 1 del expediente.

contrato se contaba con la disponibilidad del 94% de los terrenos para el desarrollo de uno de los componentes del contrato como lo era la instalación de la Red de Fibra Óptica (RFO), no se contaba, ni se iba a contar con el terreno para la construcción del Edificio de Control Central (ECC).

42. Concluyó que el administrador del contrato debió abstenerse de suscribir el acta de inicio dado el contenido de la cláusula 27 del contrato, o al menos prever una entrega de los demás terrenos de modo programado, concordando con el contratista un PDT (Plan Detallado de Trabajo) sin costos adicionales no previstos en el contrato.

Respecto a la inexistencia del daño patrimonial

43. Adujo que el daño patrimonial está probado por el reconocimiento de mayores cantidades de obra a favor del contratista quien tuvo que prolongar la disposición de personal y de equipos durante lapsos no previstos de ejecución del contrato. Es decir, aun conociendo de la existencia de la imposibilidad de contar con todos los terrenos sobre los cuales se iba a ejecutar el contrato el contratante debió o bien modificar la cláusula 27 del contrato o pactar un modo de retribución que no afectara con sobrecostos el contrato de obra, o más aún adoptar la determinación de suspender parcial o totalmente la ejecución del contrato hasta tanto se dispusiera de la totalidad de los terrenos.

44. Manifestó que con el visto bueno de la gestoría del contrato se suscribió acta de negociación núm. 1 de 7 de octubre de 2010, donde se concluyó que ECOPETROL S.A. reconocería al contratista Consorcio Urbapetrol, a título de reconocimiento económico, por mayores costos en que el contratista incurrió, como consecuencia de las improductividades sufridas por la entrega tardía de las áreas destinadas a la construcción del Edificio de Control Central, la suma de \$1.297.287.143, suma que obedece al daño

patrimonial.

Respecto a la inexistencia de gestión fiscal

45. Sostuvo que se realizó la entrega de las áreas en forma escalonada, que inició en el mes de junio y completándose la entrega del 100% de la totalidad de las mismas, el 20 de noviembre de 2009, de acuerdo con la comunicación dirigida por la interventoría a Urbapetrol (Folio 569).

46. Adujo que hace parte de las funciones del demandante: “Todas las actuaciones del administrador se deben encaminar a proteger los intereses de ECOPETROL y a lograr el mejor desarrollo del contrato, ajustándolo al marco legal y contractual”, mismo, según el manual el administrador (numerales 6.1 y 6.2.1.), de modo que se le recriminó el no adoptar medidas a fin de evitar la dilación de la ejecución del contrato y el reconocimiento de sobrecostos, facultades que ostentaba.

Respecto a la aplicación indebida del artículo 119 de la Ley 1474, por inexistencia de solidaridad e inexistencia de nexo causal la inexistencia de gestión fiscal

47. Sostuvo que en vigencia de la Ley 1474 de 2011, la solidaridad se aplica en el ámbito de la responsabilidad fiscal para los eventos en los cuales en la causación de un daño al patrimonio del Estado, en los términos del artículo 6 de la Ley 610, concurrían varios presuntos responsables, quienes con sus acciones u omisiones ya sean de manera dolosa o culposa contribuían de forma determinante en la causa del daño, lo que acaeció en el presente asunto. La aplicación de la solidaridad en tales términos se justifica desde el artículo 2344 del Código Civil.

48. Manifestó que la solidaridad depende de la concurrencia en la causa del daño patrimonial al Estado, de las conductas calificadas como culpa grave. Señaló que en el presente caso dada la calidad del administrador del contrato suscrito y la aprobación del acta de inicio de modo previo a lo previsto en las cláusulas contractuales que posteriormente generaron el reconocimiento de sumas por los tiempos improductivos del contratista.

49. Concluyó que el hecho de dar inicio al contrato de modo anticipado aun previendo el incumplimiento del contratante en la entrega de los terrenos y la falta de adopción de medidas para evitar el reconocimiento de sobrecostos no pactados en el contrato fueron determinantes en la producción del daño, por lo que también se probó el nexo causal ante la conducta omisiva.

Decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Casanare en la audiencia inicial¹⁶

50. El Tribunal Administrativo de Casanare, llevó a cabo la audiencia inicial el 22 de mayo de 2019, en donde se surtieron las siguientes actuaciones.

51. Declaró saneado el proceso.

¹⁶ Cfr. folios 234 a 235 del cuaderno núm. 1A del expediente

52. Resolvió que no fueron propuestas excepciones para ser decididas en la audiencia inicial.

53. Fijó el objeto del litigio, de acuerdo con la demanda.

54. Declaró precluida la posibilidad de conciliación, atendiendo a la naturaleza de la acción no hubo lugar a invitar a las partes a conciliar sus diferencias.

55. Resolvió sobre el decreto y práctica de pruebas.

56. Corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

Sentencia apelada¹⁷

57. El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante sentencia proferida el 23 de julio de 2021, resolvió lo siguiente:

“[...] PRIMERO. NIÉGANSE las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor José David Martínez Parada contra la Contraloría General de la República.

SEGUNDO.- CONDÉNASE en costas al señor José David Martínez Parada; por Secretaría, liquidense las mismas de conformidad con el Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 188 del C.P.A.C.A.

TERCERO. Por Secretaría, efectúese la liquidación de los gastos del proceso y devuélvanse los remanentes si a ello hay lugar, ordenándose el pago de los mismos a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Dirección de Fondos Especiales

CUARTO. En firme esta providencia archívese el expediente y devuélvanse los anexos sin necesidad de desglose [...]”.

Respecto el cargo de infracción de los artículos 4 y 53 de la Ley 610 y 90 de la Constitución Política

58. El *a quo* consideró que de conformidad con lo previsto en el artículo 63 del Código Civil, la culpa grave consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios y el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

¹⁷ Cfr. Folios 216 a 221 del cuaderno núm. 1 del expediente.

59. Manifestó que en el Acta de Reunión Contractual núm. 1 de 4 de junio de 2009 se señaló que “*Se mantiene como fecha de entrega por parte de ECOPETROL de las áreas el próximo 25 de junio de 2009*”; de la cual se advierte que si bien la parte demandante no participó en la misma, ello no lo exime de responsabilidad, por cuanto al ser administrador del contrato debía tener conocimiento de dicha fecha, más aun si se tiene en cuenta que el gestor del contrato le rinde informes a este, con el fin de que conozca sobre el avance y demás aspectos relevantes del desarrollo del contrato, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.2.1.3 del Manual para la Administración y Gestión de Contratos de Ecopetrol S.A., versión 3.

60. Expuso que la parte demandante tuvo la oportunidad de conocer los compromisos de las fechas de entrega de ECOPETROL S.A. de manera previa a la suscripción del acta (comunicación de 8 de mayo de 2009), si se tiene en cuenta que fue designado como administrador del contrato N° 5205474, mediante memorando de 23 de abril de 2009, suscrito por el Director de Abastecimiento de Bienes y Servicios (E) de Ecopetrol S.A.

61. Adujo que la parte demandante (administrador contractual) debía cumplir con lo establecido en dicho contrato, como se dispuso en la cláusula vigésima denominada administración y gestión de contratos, en la que se establece que Ecopetrol S.A. mantendrá durante toda la vigencia del contrato, el personal que adelantara las funciones de administración y gestión de contratos (o interventoría) que sea necesario para asegurar el desarrollo, la ejecución y el cumplimiento de las responsabilidades, compromisos y obligaciones pactadas.

62. Señaló que la parte demandante debía cumplir con lo previsto en los documentos del proceso de selección (DPS), específicamente el Anexo 3 denominado “alcance de los trabajos”, que dispone que el acta de inicio se suscribirá cuando se disponga efectivamente del área donde se trabajará.

63. Sostuvo que la parte demandante suscribió el acta de inicio el 26 de mayo de 2009, contraviniendo lo previsto en los Documentos del Proceso de Selección (DPS), al firmarla sin contar con la disponibilidad efectiva de las áreas dispuestas para la construcción del Edificio Control Central (ECC), y además, al actuar de manera negligente al no adoptar las acciones para contrarrestar las situaciones que afectaron el desarrollo satisfactorio del contrato, era merecedor de la declaratoria de responsabilidad fiscal.

64. Afirmó que en el expediente obran varias pruebas¹⁸ que demuestran la entrega parcial de las áreas dispuestas para la construcción del Edificio Control Central (ECC), lo que conllevó a que Ecopetrol S.A. le hiciera un reconocimiento económico al Consorcio URBAPETROL, por tales inconvenientes, como consecuencia de las distintas reclamaciones presentadas.

65. Precisó que del informe pericial rendido el 14 de enero de 2013 por el Ingeniero Electricista Albey Alfonso Reyes Silva, se desprende que: i) suscribieron el acta de inicio el 26 de mayo de 2009, aun cuando las áreas de ejecución de los trabajos no se habían dispuesto efectivamente, toda vez que estas empezaron a entregarse el 27 de julio de 2009 y se terminaron de entregar el 23 de noviembre del mismo año y, ii) las razones esgrimidas por Ecopetrol S.A. para suscribir el acta de inicio en la fecha en que se hizo era porque se trataba de un proyecto tipo oportunidad de negocio, es decir, que genera beneficios económicos apreciables para la organización, lo que fue invalidado, dado que el contrato que debía finalizar el 18 de octubre de 2010, para septiembre de 2012 no se había terminado y, además, este había sufrido varias reprogramaciones, algunas de ellas con fundamento en la demora en la entrega de las áreas; en consecuencia, con la firma del acta de inicio no se podía cumplir con las expectativas de generar beneficios económicos anticipadamente como lo aseguraba Ecopetrol S.A., más aun cuando tuvo que hacer un reconocimiento económico al Consorcio URBAPETROL.

66. Argumentó que al administrador del contrato una vez designado como tal, se le hace entrega de los Documentos Proceso de Selección, es decir, que el demandante tuvo conocimiento de lo dispuesto en el anexo 3 denominado “alcance de los trabajos” de los documentos del proceso de selección (DPS), específicamente en el numeral 7 referente al plazo de ejecución, en el que se indicaba claramente que el acta de inicio se suscribiría cuando se dispusiera efectivamente del área donde se trabajaría.

67. Indicó que el administrador del contrato tiene el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia y todas sus actuaciones se deben encaminar a proteger los intereses de Ecopetrol S.A. y a lograr el mejor desarrollo del contrato, ajustándose al marco legal y contractual, lo que se echa de menos en el presente asunto, al suscribir el acta de inicio del contrato desconociendo los documentos proceso de selección que hacen parte del mismo contrato N° 5205474.

68. Sostuvo que el demandante omitió ejercer en debida forma las funciones que le competen, como la de lograr el mejor desarrollo y ejecución del contrato; asegurar que

¹⁸ Oficios de 23 y 29 de octubre de 2009 y Acta de Entrega de 17 de noviembre de 2009 suscritas por el Director de Interventoría dirigidos al consorcio URBAPETROL. Y el Acta de Negociación núm. 1 de 7 de octubre de 2010.

se realice una adecuada gestión de riesgos y adoptarse las acciones para contrarrestar las situaciones que puedan afectar el desarrollo satisfactorio del contrato; recomendar al funcionario autorizado la celebración de contratos adicionales, otras modificaciones u

otros actos (cesión total o parcial, reconocimientos económicos en aplicación de la teoría de la imprevisión, terminación anticipada del contrato, etc.) que fuere necesario o conveniente durante la ejecución del contrato; Autorizar la suspensión parcial o total del contrato; y analizar los informes emitidos por el equipo de gestión del contrato, a fin de acordar con el contratista o recomendar al funcionario autorizado, las acciones necesarias (visitas, inspecciones, reuniones, recursos adicionales) para el buen desarrollo del contrato.

Respecto a que la responsabilidad fiscal a título de culpa grave no fue debidamente motivada conforme al artículo 118 de la Ley 1474

69. Manifestó que las presunciones establecidas en el artículo 118 de la Ley 1474, no resultan aplicables al caso que se analiza en la presente causa, y por tal razón es que no hace parte de las mismas la conducta en la que incurrió la parte demandante.

70. Preciso que se analizó por la parte demandada el grado de la culpabilidad, como culpa grave, en los términos del inciso primero del artículo 118 de la Ley 1474, según se observa del contenido del fallo de responsabilidad fiscal.

Respecto a que la parte demandante no actuó como gestor fiscal y la sola acción de firmar el acta de inicio no puede ser tenida como un hecho que genere su responsabilidad fiscal

71. Manifestó que el hecho de firmar el acta de inicio del contrato si genera responsabilidad fiscal, dado que fue con la suscripción de la misma que la parte demandante desconoció lo establecido desde un principio, en cuanto al plazo de ejecución, en los documentos de proceso de selección, los cuales hacen parte del contrato núm. 5205474; en ese sentido, era de su conocimiento que no se contaba con la disponibilidad de las áreas a entregar al Consorcio URBAPETROL y ello generó el mayor reconocimiento económico al contratista por tiempos improductivos.

72. Adujo que la parte demandante incurrió en una conducta omisiva y negligente en el cumplimiento de las obligaciones que tenía a su cargo, al no adoptar las acciones pertinentes para contrarrestar las situaciones que afectaron el desarrollo satisfactorio del contrato.

73. Señaló que el perito Ingeniero Electricista dispuso en su dictamen pericial que las razones esgrimidas por Ecopetrol S.A. para suscribir el acta de inicio en la fecha en que se hizo con respecto a que se trataba de un proyecto tipo oportunidad de negocio, no eran válidas, por cuanto el contrato que debía finalizar el 18 de octubre de 2010, para septiembre de 2012 no se había terminado y, además, este había sufrido varias reprogramaciones, algunas de ellas con fundamento en la demora en la entrega de las

áreas; en consecuencia, con la firma del acta de inicio no se podía cumplir con las expectativas de generar beneficios económicos anticipadamente como lo aseguraba Ecopetrol S.A., más aun cuando tuvo que hacer un reconocimiento económico al Consorcio URBAPETROL.

74. Indicó que si bien la función de suscribir el acta de inicio del contrato le corresponde al gestor administrador del contrato, de conformidad con el numeral 7.2.1.2 del Manual para la Administración y Gestión de Contratos de Ecopetrol S.A., versión 3, lo cierto es que el administrador del contrato fue quien la suscribió junto con el gestor del contrato Ecopetrol S.A., y el representante legal (s) del Consorcio URBAPETROL, lo que lo hace responsable fiscal.

75. Precisó que la responsabilidad fiscal de la parte demandante, está relacionada no solo con el hecho de suscribir el acta de inicio, incumpliendo con dispuesto en los Documentos de Proceso de Selección, sino también, por incumplir con las obligaciones señaladas en dicho manual, al no adoptar las acciones pertinentes para contrarrestar las situaciones (traslado de las áreas para la construcción del ECC) que afectaron el desarrollo satisfactorio del contrato. Es decir, no cumplió con su deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia y sus actuaciones no se encaminaron a proteger los intereses de Ecopetrol S.A. y a lograr el mejor desarrollo del contrato, ajustando al marco legal y contractual.

76. Sostuvo que la parte demandante no cumplió con sus funciones de: i) lograr el mejor desarrollo y ejecución del contrato; ii) asegurar que se realice una adecuada gestión de riesgos y adoptarse las acciones para contrarrestar las situaciones que puedan afectar el desarrollo satisfactorio del contrato; recomendar al funcionario autorizado la celebración de contratos adicionales, otras modificaciones u otros actos (cesión total o parcial, reconocimientos económicos en aplicación de la teoría de la imprevisión, terminación anticipada del contrato, etc.) que fuere necesario o conveniente durante la ejecución del contrato; iii) autorizar la suspensión parcial o total del contrato; iv) analizar los informes emitidos por el equipo de gestión del contrato, a fin de acordar con el contratista o recomendar al funcionario autorizado, las acciones necesarias (visitas, inspecciones, reuniones, recursos adicionales) para el buen desarrollo del contrato.

77. Expuso que no solamente quien tenga encomendada la función de gestor fiscal directo sobre los bienes y recursos públicos será quien esté llamado a responder fiscalmente, de este modo, podrá declararse como responsable fiscal, a quien de alguna manera determinante y bajo una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal, haya contribuido a la materialización del daño al patrimonio público.

Sobre la solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal

78. Adujo que la responsabilidad solidaria ha tenido plena aplicación en el campo de la responsabilidad fiscal, aún antes de la entrada en vigencia del artículo 119 de la Ley 1474, figura que encuentra su soporte en Ley 222 de 1995, que señalaba la forma de responsabilidad solidaria con respecto a los administradores de las sociedades. De la misma manera, el artículo 2344 del Código Civil prescribe que “*si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355*”.

Respecto la ausencia de nexo causal entre la supuesta conducta gravosa de la parte demandante y el hipotético daño fiscal

79. Manifestó que se acreditó el nexo causal entre la conducta gravosa y el daño fiscal, puesto que la parte demandante suscribió el acta de inicio del contrato sin contar con la disponibilidad total de las áreas para la construcción del proyecto; y su conducta fue negligente en el cumplimiento de las funciones que le correspondían como administrador del contrato para lograr un desarrollo satisfactorio del mismo, previstas en el Manual para la Administración y Gestión de Contratos de Ecopetrol S.A., versión 3, lo que conllevó a que se tuviera que reconocer al Consorcio URBAPETROL (contratista) un valor de \$1.384.738.428, por concepto de tiempos improductivos, ocasionándose de esta manera el daño patrimonial al Estado.

Recurso de Apelación¹⁹

¹⁹ Folios 910 a 915 del cuaderno núm. 2 del expediente

80. La parte demandante interpuso y sustentó oportunamente, recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia; reiterando los argumentos expuestos en el escrito de demanda y en sus alegatos de conclusión, y añade los siguientes argumentos:

De la no acreditación de la culpa grave de la parte demandante

81. Adujo que el operador judicial de primera instancia no tuvo en cuenta las pruebas allegadas al expediente que demuestran que la parte demandante suscribió el acta de inicio en atención a los compromisos adquiridos con anterioridad por ECOPETROL S.A., mediante la que se establecieron las fechas de entrega de las áreas dispuestas para la construcción del Edificio de Control Central, términos que se dieron a conocer al contratista de obra previo a la suscripción del acta de inicio.

82. Manifestó que el *a quo* dentro de sus análisis al acervo probatorio omitió el memorando de 28 de abril de 2009 del Ingeniero Jorge Salgado a través del que remitió los memorandos con radicación 2896 y 2897, en los que informó a los Coordinadores de los Talleres de Válvulas y del Departamento de Paradas de Planta que la fecha tentativa para el traslado temporal de los talleres era el día 5 de junio de 2009. De igual forma, las respuestas emitidas por el Departamento de Mantenimiento de la Gerencia de la Refinería de Barrancabermeja, permiten evidenciar el trámite que se le dio a la información brindada, en donde se mencionan las reuniones previas de los días 4 y 5 de mayo de 2009, confirmando las acciones y obligaciones que tenían para lograr el traslado temporal de los talleres de tubería, válvulas, oficios civiles, central de herramientas y Grupo III.

83. Señaló que el *a quo* omitió realizar un análisis juicioso a las facultades con las que contaba la parte demandante, puesto que la entrega de las áreas al contratista no dependía del Equipo del Proyecto COC sino de la Refinería de Barrancabermeja. En ese sentido, la parte demandante de conformidad con la instrucción dada por la gerencia se vio en la obligación de iniciar las obras y no era el encargado de la entrega de las áreas pendientes al contratista.

84. Sostuvo que de los documentos que reposan en el expediente judicial es posible observar que, en sesión de abril y mayo de 2009, el Equipo del Proyecto COC recibió de esa gerencia la instrucción verbal de no dilatar el inicio de las obras del Edificio, dado que ello significaría desplazar la fecha de entrada de los beneficios del proyecto.

85. Indicó que de manera explícita la Gerencia de la Refinería de Barrancabermeja solicitó al Equipo del Proyecto COC concertar con los custodios de las áreas

(Departamento de Mantenimiento) las fechas de entrega de estas, de ahí que, la suscripción del acta de inicio del contrato núm. 5205474, se dio en cumplimiento a las instrucciones del gerente de la Refinería de Barrancabermeja y la concertación sobre la fecha de entrega con los custodios de las áreas. En consecuencia, así se hizo, la entrega de las áreas donde se construiría el Edificio de Control Central fueron acordadas, como ya se mencionó, entre el Equipo del Proyecto COC y el jefe del Departamento de Mantenimiento, custodio de estas áreas.

86. Precisó que para la fecha en que se inició el proyecto, el 94.15% de la totalidad del área estaba a disposición para iniciar la ejecución de la obra, sin embargo, el 5.85% restante correspondía al terreno en donde se llevaría a cabo la construcción de la obra del Edificio Central, terrenos que serían entregados por el Departamento de Mantenimiento, en las fechas por ellos establecidas.

La firma del acta de inicio del contrato de obra no puede considerarse como la causa del presumido detrimento y mucho menos derivar de ello el título de

imputación de culpa grave

87. Adujo que la sola acción de firmar el acta de inicio no puede ser tenida como hecho generador de responsabilidad fiscal y menos a título de culpa grave, por cuanto para calificar la conducta de esta forma deben valorarse todas las circunstancias que rodearon la aludida suscripción del documento, además de las razones que motivaron a ECOPETROL S.A. para autorizar en inicio de las obras el 26 de junio de 2009.

88. Manifestó que ECOPETROL S.A tenía conocimiento del riesgo que ostentaba la ejecución del proyecto desde diciembre de 2008, por la falta de disponibilidad de los terrenos para la construcción de la edificación, en consecuencia, los directivos de la empresa tomaron la decisión de suscribir el acta de inicio en el mes de mayo de 2009, decisión basada en los riesgos patrimoniales a los que estaba expuesta la entidad ante los atrasos en la iniciación de la obra.

89. Precisó que es notorio el hecho de que la decisión de iniciar la ejecución del contrato fue tomada por los directivos de ECOPETROL S.A. y posteriormente, adoptada por la parte demandante en obediencia a los estudios, directrices y compromisos adquiridos con anterioridad. Bajo este argumento, no puede el ente fiscal pretender que la parte demandante en su condición de administrador del contrato no adoptara las decisiones de los directivos de la empresa, y desatendiera las razones económicas y financieras subyacentes.

90. Indicó que para el 26 de mayo de 2009, no era viable adoptar la decisión de posponer la suscripción del acta inicial hasta que las áreas a intervenir estuvieran libres, puesto que ECOPETROL S.A. y sus directivas ya contaban con un análisis y habían establecido que lo conveniente para la compañía era que el contratista empezara con los trabajos lo más pronto posible, dado que este no requería la totalidad de las áreas a intervenir.

91. Expuso que no existen razones claras, suficientes o expresas que motiven la imputación de la Contraloría General de la República para considerar que la conducta de la parte demandante se cometió a título de culpa grave, dado que no es suficiente presumir el grado de culpabilidad, bajo el entendido que, según los artículos 97 y 114 de la Ley 1474, corresponde determinar con la mayor precisión posible, la existencia del daño, su cuantía y el análisis subjetivo de culpabilidad del presunto responsable fiscal.

92. Concluyó que la parte demandada basó su imputación en que el hecho generador del daño se concretó con la firma del acta inicial, situación que se ha desvirtuado a lo largo de este proceso, por cuanto a la parte demandante máxime podría reprochársele el haber obedecido los parámetros e instrucciones de los directivos de ECOPETROL.S.A., que, como se evidenció, conocían perfectamente los riesgos de la realización de este proyecto. No obstante, decidieron iniciar la obra toda vez que según

su criterio sería más perjudicial postergar el inicio de esta, por lo tanto, los actos administrativos reprochados se profirieron mediando falsa motivación y, en consecuencia, deben ser declarados nulos.

La responsabilidad fiscal a título de culpa grave no fue debidamente motivada conforme al artículo 118 de la ley 1474

93. Adujo que la decisión de suscribir el acta de inicio de obras obedeció a que lo más eficiente era comenzar las obras, dado que se podía entregar el 94,15 % de las áreas de intervención y, que retrasar la ejecución del proyecto podría generar impactos económicos en relación costo-beneficio de este. A pesar del dictamen pericial de 2013, la aplicación de la ley en el tiempo debe estar centrada en los meses de mayo y junio de 2009, y tener en cuenta que los análisis de ese momento arrojaban que lo más eficiente y beneficioso para la empresa era empezar el proyecto teniendo la certeza que se podía entregar un 94.15% de los terrenos que el contratista requería.

94. Manifestó que en el presente asunto no se presume la culpa grave del gestor fiscal en los términos del artículo 118 de la Ley 1474, dado que la norma no establece la suscripción del acta de inicio de contrato de obra y menos condicionados al hecho de contar con el 100% de los terrenos a intervenir como presunción respecto de la ocurrencia de conductas con culpa grave.

95. Señaló que del material probatorio del proceso sancionatorio administrativo no se desprende con total certeza el elemento de la culpabilidad, lo que permite concluir que la actuación de la parte demandante no constituye responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

96. Concluyó que la parte demandante no actuó con desinterés o temeridad al firmar el acta de inicio del contrato, en ese sentido, para la suscripción del documento estaba dispuesto no solo el 94,15% del área requerida por el contratista, terreno que permitía adelantar importantes obras y existían compromisos adquiridos por el Departamento de Mantenimiento para la entrega de los terrenos que correspondían al porcentaje restante, que estaban por fuera de la esfera de sus funciones como administrador del contrato, es decir, no estaba en su poder imponer el cumplimiento de estos.

La parte demandante no actuó como como gestor fiscal y dicha designación estaba en cabeza del gerente de la refinería de Barrancabermeja.

97. Señaló que el gestor fiscal del contrato suscrito entre ECOPETROL S.A y el CONSORCIO URBA PETROL, era el gerente de la refinería de Barrancabermeja, quien, en el proceso precontractual, desde un principio, direccionó, aprobó y ordenó la construcción del Edificio de Control Central, que agrupaba todos los cuartos de control

de las diferentes plantas en una sola área, con el objetivo de unificar las operaciones, optimizar recursos, mejorar las comunicaciones e incrementar la productividad de la Refinería.

98. Adujo que el gerente de la refinería de Barrancabermeja en aras de obtener resultados favorables durante la ejecución de la obra y de optimizar los recursos públicos, aun conociendo vicisitudes respecto de los terrenos para ejecutar la obra, asumió el riesgo y autorizó la iniciación de la construcción.

99. Indicó que la suscripción del acta no es una conducta que se relacione de forma alguna con el ejercicio de la gestión fiscal, puesto que con ella no estaba disponiendo de recursos públicos, dado que dentro de sus facultades no se encontraba ninguna relacionada con tal poder decisorio.

La parte demandada aplicó indebidamente la figura de la solidaridad contraviniendo así el debido proceso y, además, no logró probar la relación de causalidad entre la supuesta conducta y el presumido daño fiscal por el que sancionó.

100. Manifestó que se infringió el debido proceso al considerar es que le es aplicable la figura de la solidaridad en la responsabilidad fiscal, lo que es abiertamente improcedente para el caso concreto. Lo anterior, sin importar si se hace con fundamento en los artículos 112 y 113 del Decreto núm. 111 de 1996 ("*Estatuto Orgánico del Presupuesto*") o en los artículos 1571 y 2344 del Código Civil; o, por el contrario, si se hace con fundamento en el artículo 119 de la Ley 1474 ("*Estatuto Anticorrupción*").

101. Precisó que la solidaridad en la responsabilidad fiscal, por fuera de los eventos taxativamente señalados en la ley, carece de toda justificación, y en el presente asunto, no es aplicable el del Estatuto Orgánico del Presupuesto, dado que establece la solidaridad en la responsabilidad fiscal para ciertos eventos presupuestales (que aquí no se configuran) en los que los funcionarios, los ordenadores del gasto y los pagadores, como tampoco es aplicable el artículo 119 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011, dado que los hechos ocurrieron en el año 2009, es decir, antes de su entrada en vigencia.

102. Afirmó que aceptar la postura que aquí adopta el *a quo* implica alejarse de lo preceptuado por el artículo 1582 del Código Civil que como se soportó líneas atrás, establece que las obligaciones, por el solo hecho de ser solidarias, no son indivisibles, y que, entonces, debe determinarse en qué medida contribuyó uno u otro a la causación del daño. Lo anterior, para que, en caso de tener que pagar uno de ellos la obligación solidaria, pueda repetir en contra de los demás por aquello en que haya excedido su propia participación causal en la generación del perjuicio.

Improcedencia de la condena en costas

103. Afirmó que el *a quo* omitió realizar un análisis y determinación acerca de los gastos y/ o expensas que se estarían cubriendo con el eventual pago que la parte demandante tuviere que hacer, dado que, este concepto solo es procedente en la medida en que existan pruebas dentro del expediente acerca de su existencia, de su utilidad y que además correspondieran a actuaciones autorizadas por la ley previamente, por consiguiente, consideramos que no se encuentran debidamente acreditadas las costas dentro del proceso.

104. Sostuvo que en el presente proceso no se advierte ninguna actuación procesal que pueda calificarse como temeraria, irrazonable, infundada, desleal o dilatoria, por lo que, no es procedente a nuestro entender la condena en costas.

Actuación en segunda instancia

105. El Despacho sustanciador, mediante providencia de 25 de marzo de 2022²⁰ admitió el recurso de apelación indicado *supra*, y comoquiera que no fue necesario decretar pruebas en segunda instancia se ingresó el proceso al Despacho para dictar sentencia en los términos del numeral 5.º del artículo 247 de la Ley 1437.

Concepto del Ministerio Público

106. El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad procesal.

Declaración de impedimento del Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés

107. El Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, mediante escrito presentado el 25 de enero de 2023, declaró su impedimento en los siguientes términos:

“[...] me permito manifestarle a la Sala que me considero incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 3º del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA, cuyo tenor es el siguiente:

«[...] 3. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurren al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado. [...]».

La configuración de la causal de que trata el precepto en cita, se sustenta en el hecho consistente en que el señor Héctor Jairo Osorio Madiedo, hermano de mi cónyuge, se encuentra vinculado a la Contraloría General de la República desde el 12 de septiembre de 2016 y actualmente se desempeña como Asesor II del citado ente de control.

Significa lo anterior que me une con el doctor Osorio Madiedo un vínculo de afinidad en segundo grado de acuerdo con el artículo 47 del Código Civil, quien desempeña un cargo del nivel asesor en la Contraloría General de la República, organismo que funge como parte demandada en el presente proceso judicial [...]”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

²⁰ Cfr. folio 4 del cuaderno de apelación de sentencia.

108. La Sala procederá al estudio de: i) la competencia de la Sala; ii) los actos administrativos acusados; iii) los problemas jurídicos; iv) el marco normativo de la responsabilidad fiscal; v) el marco normativo del debido proceso administrativo; vi) el marco normativo del régimen probatorio en los procesos de responsabilidad fiscal; vii) marco normativo de la condena en cosas y, viii) el análisis del caso concreto.

Competencia de la Sala

109. Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo²¹, sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia, aplicable en los términos del artículo 308²² de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011²³, sobre el régimen de transición y vigencia; y el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

110. Visto el artículo 328 del Código General del Proceso²⁴, norma aplicable al presentecaso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 el Acuerdo núm. PSAA15-10392 de 1 de octubre de 2015²⁵, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala procederá a examinar las argumentaciones expuestas por la parte demandante en el recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A y se limitará a conocer de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae dicho recurso, puesto que los mismos, en el caso de apelante único, definen el marco de la decisión que habrá de adoptarse en la segunda instancia.

111. La Sala no observa en el presente proceso la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, por lo que se procede a decidir el caso *sub lite*.

Actos administrativos acusados

²¹ “[...] Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]”

²²[...] **ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA.** El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”

²³ “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

²⁴ “[...] **ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...] El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella [...]”.

²⁵ “[...] **ARTÍCULO 1º.-** Entrada en vigencia del Código General del Proceso. El Código General del Proceso entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país el día 1º de enero del año 2016, íntegramente [...]”.

112. Los actos administrativos acusados²⁶ son los siguientes:

113. El auto núm. 007 de 18 de marzo de 2016²⁷, expedido por la Gerencia Departamental Colegiada de Santander de la Contraloría General de la República que declaró fiscalmente responsable, entre otros, al señor José David Martínez Parada, que en su parte resolutive señaló:

*“[...] **ARTÍCULO PRIMERO:** Incorpórese al presente proceso de Responsabilidad Fiscal el documento denominado PLAN DE EJECUCIÓN DEL PROYECTO "CONTROL OPERACIONAL CONSOLIDADO COC con el valor probatorio indicado en la parte considerativa del Fallo con responsabilidad fiscal.*

***ARTICULO SEGUNDO:** No tramitar por improcedente el recurso interpuesto el 17 de marzo de 2016 por el apoderado de Colpatria conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***ARTICULO TERCERO. FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL** con ocasión de los hechos del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2013. 00632_1882 de manera solidaria y en cuantía de MIL SETECIENTOS TRECE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS MCTE (\$ 1.713.838.943,84) en contra de:*

HERNAN DARIO NARANJO ESPINAL, identificado con C.C.No. 2.775.841.

*JOSE DAVID MARTINEZ PARADA identificado con C.C.No. 13.889.484
SALGADO MELENDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES SA.
Nit.860032057-7.*

DESSAU CEI S A S, Nit.860001074-1 hoy PARSONS BRINCKERHOFF COLOMBIA S.A.

identificado con NIT 860001074-1

PRINCO LTDA. Nit. 830038910-3

***ARTÍCULO CUARTO:** FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL con ocasión de los hechos del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2013- 00632 1882 de manera solidaria con las personas señaladas en el artículo segundo y en cuantía de \$127.304.904 en contra de:*

FRANCISCO TRESPALACIOS VERGARA identificado con C.C.No.71.592.140

***ARTÍCULO QUINTO:** Téngase como terceros civilmente a COLPATRIA S.A LIBERTY SEGUROS S.A y por tanto incorpórese al presente fallo las Pólizas que se relacionan a continuación:*

COLPATRIA S.A. identificada con Nit. 860.002-184-6 y con ocasión de las Pólizas de Manejo Global Entidades Oficiales: i) No.25 con una vigencia de 01-04-08 a 01-04-09 con un amparo que cubre Fallos con Responsabilidad Fiscal, menos un deducible del 10%; expedida el 26-09-2006; li) No.27 que reemplaza la anterior póliza, con una vigencia de 01-04-09 a 01-04-10; certificado de renovación No.03 del 12-08-11 al 01-05-12, por un valor de \$ 694.662.750,00 conforme la TRM del 18 de marzo de 2016 -\$3087.39 pesos- (descontado el deducible).

²⁶ Se procede a transcribir los apartes más relevantes, sin perjuicio de las citas que se hagan al analizar cada uno de los cargos.

²⁷ “[...] Por el cual se profiere fallo con responsabilidad fiscal No. SAE 2013-00632_1882 [...]”

LIBERTY SEGUROS S.A identificada con NIT: 860.039.98S-0, y con ocasión de la póliza No 1457759 tomada por el CONSORCIO SMA-CEI-PRINCO PRINCO para garantizar cumplimiento del contrato desde el 15/04/2009 hasta 15/08/2013, por un valor de \$455,572,490 por cumplimiento del contrato y \$455.572.490 por calidad del servicio, para un total de \$911.144.980 [...]”.

114. La parte demanda mediante auto núm. 003 de 4 de mayo de 2016, por medio del cual se resuelve recurso de reposición, se concede apelación y se rechaza de plano un incidente de nulidad presentados contra el acto administrativo inicial, confirmó el fallo con responsabilidad fiscal contra la parte demandante:

*[...] **ARTICULO QUINTO. NO REPONER** el fallo con responsabilidad fiscal proferido [...]*”.

115. El auto núm. 00781 de 11 de julio de 2016²⁸, expedido por el Director de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, en su parte resolutive señaló:

*[...] **ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** el Artículo Tercero del Auto No. 007 del 18 de marzo de 2016, proferido por la Gerencia Departamental Colegiada de Santander, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2013- 00632_1882, radicado en este Despacho con el No. de Expediente SAE2013-00632, que fallo con responsabilidad fiscal [...]*

SEGUNDO: CONFIRMAR el Artículo Quinto del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 007 del 18 de marzo de 2016, proferido por la Gerencia Departamental Colegiada de Santander, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No.2013-00632 1882, radicado en este Despacho con el No. De Expediente SAE2013-00632, en el sentido de declarar como terceros civilmente responsables a las siguientes compañías aseguradoras [...]

TERCERO: NO PRONUNCIARSE sobre el Artículo Octavo del Auto No. 003 del 4 de mayo de 2016 que falló sin responsabilidad fiscal a favor del Sr. FRANCISCO TRESPALACIOS VERGARA, identificado con C.C.71.952.140, Líder del Proyecto, conforme se estipula sobre el Grado de Consulta en el inciso final del artículo 18 de la Ley 610 de 200, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las solicitudes de nulidad interpuestas por el Dr. John Fredy Silva Tenorio, apoderado de LIBERTY SEGUROS S.A., y por el Dr. Jairo Enrique Rosero Ortiz, Apoderado de PARSON BRINCKERTHOFF COLOMBIA S.A.S, SALGADO MELENDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. y PRIMCO LTDA., conforme lo señalado en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: NEGAR las solicitudes de pruebas incoadas por el Dr. Jairo Enrique Rosero Ortiz, apoderado de PARSON BRINCKERTHOFF COLOMBIA S.A.S. SALGADO MELENDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A. Y PRIMCO LTDA., al tenor de lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DEVOLVER el expediente a la Secretaría Común de la Gerencia Departamental Colegiada de Santander, que notificará por estado esta providencia, de conformidad con lo establecido en el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011.

SÉPTIMO: Por Secretaría Común, líbrense los oficios correspondientes para el correcto trámite de esta providencia.

²⁸ “[...] Por el cual se resuelven los recursos de apelación y el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. No. SAE 2013-00632_1882 [...]”

OCTAVO: Contra la presente providencia no procede recurso alguno [...]²⁹.

116. La Resolución núm. 00798 de 12 de julio de 2016, “[...] Por medio del cual se modifica el auto No.- 00781 del 11 de julio de 2016 por el cual se resolvieron los recursos

de apelación y el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. SAE 2013-00632_1882 [...]", expedida por el Director de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, la cual, en su parte resolutive señaló:

"[...] ARTICULO PRIMERO: CORREGIR el cuadro informativo obrante en la página número 1 de la parte considerativa del Auto N° 00781 del 11 de julio de 2016 en el sentido de que la entidad afectada es ECOPETROL - Sociedad de Economía Mixta, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

ARTICULO SEGUNDO: Mantener en todas las demás partes el citado Auto No. 00781 del 11 de julio de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

ARTICULO TERCERO: Notificar por Estado, según lo establecido en el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011

ARTICULO CUARTO: Contra esta providencia no procede recurso alguno. [...]³⁰."

El problema jurídico

117. Corresponde a la Sala, con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, determinar:

118. Si se configuraron los elementos de la responsabilidad fiscal para declarar responsable a la parte demandante en su calidad de administrador del contrato núm. 5205474.

119. Si los actos acusados están viciados por falsa motivación.

120. Si es procedente o no declarar la nulidad de los actos administrativos demandados. En consecuencia, si se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia.

121. Los problemas jurídicos planteados se desarrollarán infra, de la siguiente manera:

²⁹ Cfr. folio 59 del cuaderno núm. 1 del expediente.

³⁰ Cfr. folio 119 del cuaderno núm. 1 del expediente.

Marco normativo de las atribuciones ejecutadas por la Nación –Contraloría General de la República en los procesos de responsabilidad fiscal

122. Visto el numeral 5.º del artículo 268 de la Constitución Política, el Contralor General de la República tiene como atribución "[...] *establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma [...]*". La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control

financiero, de gestión y de resultados.

123. De la norma transcrita se colige que el Contralor General de la República, entre otros aspectos, establece la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, la cual, incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados.

Marco normativo del proceso de responsabilidad fiscal

124. Visto el artículo 1.º de la Ley 610, al definir el proceso de responsabilidad fiscal, establece:

“[...] Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado [...]”.

125. Del mismo modo, visto el artículo 3.º de la Ley 610 definió el alcance de la gestión fiscal como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas que manejen o administren recursos o fondos públicos y cuyo objeto, conforme el artículo 4.º *ibídem*, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público³¹ como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizaron la gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. A su vez, el párrafo 1.º del citado artículo determinó que *“[...] la responsabilidad fiscal es autónoma e*

³¹ Entendido como el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público [...]³¹.

independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad [...]”, correspondiéndole a cada uno consecuencias diferentes.

126. Para el establecimiento de la responsabilidad fiscal la autoridad competente debe tener en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

127. Ahora bien, la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se configura sin perjuicio de otra clase de responsabilidad.

128. Visto el artículo 5.º *eiusdem*, los elementos de la responsabilidad fiscal son los siguientes:

129. Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

130. Un daño patrimonial al Estado, entendido como la lesión del patrimonio público por el menoscabo, la disminución, el perjuicio, el detrimento, la pérdida o el deterioro de bienes o recursos públicos y de intereses patrimoniales públicos, generada por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna que, en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías³².

131. Del contenido de las normas citadas *supra*, en la responsabilidad fiscal confluyen tres elementos: i) **elemento objetivo**, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) **elemento subjetivo**, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa y iii) **elemento de relación de causalidad**, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.

132. En suma, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa.

³² Artículo 6.º de la Ley 610

Marco normativo del debido proceso administrativo

133. Visto el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso “[...] *se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas [...]*”. Asimismo, “[...] *[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...]*”.

134. El Decreto 1 de 2 de enero de 1984³³ y la Ley 1437 regulan, de acuerdo con el régimen de transición y vigencia, los procedimientos administrativos: entendidos como el conjunto de normas a los que la autoridad acude para surtir un trámite que sirve para formar la voluntad de la administración y que culmina con un acto administrativo o una

decisión que tiene efectos respecto de una situación jurídica, general, impersonal o abstracta; o individualizada, según el destinatario de la manifestación de la voluntad.

135. Las normas citadas constituyen el marco general para el trámite de los procedimientos administrativos a los que es aplicable esa normativa, salvo el evento en que el trámite se encuentre regido por una norma especial, caso en el cual la administración tiene la obligación de aplicar ese procedimiento, por disposición expresa de los artículos 1.º del Decreto 1 de 1984 y de la Ley 1437.

Marco normativo del régimen probatorio en los procesos de responsabilidad fiscal

136. Visto el Título II, Capítulo I de la Ley 610, sobre pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, en especial los artículos 22 a 32, en las cuales se prevé lo siguiente:

137. El principio de necesidad de la prueba en materia de responsabilidad fiscal conforme al cual, los actos administrativos que contienen los fallos de responsabilidad fiscal deben fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas al proceso, sobre el daño patrimonial y la responsabilidad del investigado³⁴. “[...] *El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitadas o*

³³ “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”

allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación [...]”³⁵.

138. El daño patrimonial y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquier medio de prueba³⁶ y las pruebas deberán apreciarse, en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional³⁷.

139. El investigado podrá controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal³⁸.

140. El investigado podrá controvertir las pruebas, vencido el término de traslado del auto de imputación de responsabilidad fiscal de que trata el artículo 50 de la Ley 610, y podrá presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas, así como solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer.

141. El artículo 51 de la Ley 610 regula el decreto y práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, según el cual, una vez vencido el término de traslado del auto

de imputación, la Nación –Contraloría General de la República debe ordenar la práctica de las pruebas solicitadas o decretar de oficio las que considere pertinentes y conducentes.

142. Ahora bien, la parte interesada podrá interponer los recursos de reposición y apelación contra el auto que rechaza la solicitud de pruebas.

143. Visto el artículo 30 de la Ley 610, las pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecten los derechos fundamentales del investigado, se tendrán como inexistentes, es decir, no podrán ser valoradas por la autoridad para determinar la responsabilidad fiscal.

144. Visto el artículo 31 de la Ley 610, en la práctica de visitas especiales, el funcionario investigador procederá a examinar y reconocer los documentos, hechos y demás circunstancias relacionadas con el objeto de la diligencia y simultáneamente irá extendiendo la correspondiente acta, en la cual anotará pormenorizadamente los documentos, hechos o circunstancias examinados y las manifestaciones que bajo la gravedad del juramento hagan sobre ellos las personas que intervengan en la diligencia.

³⁵ Artículo 24

³⁶ Artículo 25

³⁷ Artículo 26

145. Cuando lo estime necesario, el investigador podrá tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y solicitar documentos autenticados, según los casos, para incorporarlos al informativo.

146. Visto el artículo 117 de la Ley 1474, los órganos de vigilancia y control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización. Así mismo, podrán requerir a entidades públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto. Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso. El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la complejidad de este.

Marco normativo y jurisprudencial de la condena en costas.

147. La institución de la condena en costas es una figura de derecho procesal que busca sancionar a la parte que resulta vencida en un proceso, incidente o recurso, teniendo ésta que efectuar erogaciones económicas a cargo de la parte vencedora, correspondientes a las expensas y las agencias en derecho.

148. La Sección Primera de la Corporación³⁹ definió el concepto de costas en los siguientes términos:

“[...] Es preciso recordar que las costas constituyen la erogación económica que debe efectuar la parte vencida en un proceso judicial, y están conformadas tanto por las expensas como por las agencias en derecho. Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintas al pago de apoderado, esto es, los impuestos de timbre, los honorarios de los auxiliares de la justicia, y en general todos los gastos surgidos en el curso de aquel. Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora que pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho [...]”(Se destaca)

149. La Corte Constitucional⁴⁰ indicó que: *“[...] Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.** De esta manera, las costas no se originan ni tienen*

³⁹ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 18 de febrero de 2016; C.P. María Elizabeth García González; número único de radicación 17001233100020120032102[...]”.

⁴⁰ “[...] Corte Constitucional; sentencia C-157 de 2013; M.P. Mauricio González Cuervo [...]”.

el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra [...]”. (Negrilla fuera de texto).

150. En relación a la condena en costas, es pertinente señalar que, aunque el origen de éstas obedece a un principio de responsabilidad patrimonial que tienen las partes⁴¹, los apoderados y los poderdantes⁴² cuando con sus actuaciones procesales incurren en mala fe o temeridad⁴³, también es cierto que éstas actualmente constituyen causales o reglas que expresamente refiere la Ley para su declaratoria, liquidación y ejecución.

151. En ese sentido, el criterio para la imposición de costas inicialmente estaba dado por observancia de la conducta asumida por las partes⁴⁴, no obstante, con la entrada en vigencia del artículo 188 de la Ley 1437, se dispuso que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas conforme con lo previsto en el estatuto procesal civil⁴⁵, salvo en los procesos en que se ventile un interés público:

“[...] ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

152. Visto el artículo 361 del Código General del Proceso, sobre la composición de las costas, dispone: *“[...] Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. Las*

⁴¹ En el entendido que en los aspectos no regulados en el C.P.A.C.A. se sigue el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, se tiene que el artículo 80 respecto de la responsabilidad patrimonial de las partes, literalmente señala: “Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales

temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente. A la misma responsabilidad y consiguiente condena están sujetos los terceros intervinientes en el proceso o incidente. Siendo varios los litigantes responsables de los perjuicios, se les condenará en proporción a su interés en el proceso o incidente.”

⁴² En el entendido que en los aspectos no regulados en el C.P.A.C.A. se sigue el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, se tiene que el artículo 81 al respecto expresamente señala: “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE APODERADOS Y PODERDANTES. Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior, la de pagar las costas del proceso, incidente o recurso y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe. Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda con el fin de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional.”

⁴³ Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. 2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes. 3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. 4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas. 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso. 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

⁴⁴ Artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

⁴⁵ Modificado por la Ley 794 de 2003, señala en el artículo 42: Los numerales 1 y 2 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil quedarán así: 1.) Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73. 2.) La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación.

costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes [...].”

153. Visto el artículo 365 del Código General del Proceso, sobre la condena en costas, señala que este tipo de condena procede contra la parte a la cual se le resuelve de manera desfavorable el recurso de apelación y solo habrá lugar a las mismas cuando en el expediente aparezca comprobado que se causaron:

[...] ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción [...]”. (Negrillas fuera de texto).

154. Ahora bien, la Sala advierte que el criterio subjetivo que hacía referencia al examen que debía realizar el juez para determinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente o se opuso a él y resultó vencido, dejó de existir cuando en vigencia del Código General del Proceso se adoptó el criterio objetivo el cual simplemente indica que las costas en los casos señalados en los artículos anteriores, son a cargo de la parte vencida.

155. En suma, con la entrada en vigencia de la Ley 1437, la Sala considera que existe un criterio objetivo en lo que corresponde a la imposición de las costas, dado que el condenar en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable la sentencia, no tiene en cuenta la conducta asumida por la parte vencida.

Análisis del caso concreto

156. La Sala abordará el análisis del caso concreto sobre los siguientes aspectos: i) la declaración de impedimento del Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés; ii) los elementos de la responsabilidad fiscal; iii) las causales de nulidad de los actos acusados señalado en el recurso de apelación iv) las conclusiones; y, v) la condena en costas.

Declaración de impedimento del Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés

157. De conformidad con lo indicado en el numeral 107 *supra*, y atendiendo a que el Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés fundamentó su declaración de impedimento en el vínculo de parentesco por afinidad en segundo grado que tiene con el hermano de su cónyuge, el doctor Héctor Jairo Osorio Madiedo, quien desempeña el cargo de Asesor II en la Contraloría General de la República.

158. Vistos los artículos 130 y 131 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011⁴⁶, sobre las causales y el trámite de los impedimentos de los consejeros de Estado, magistrados y jueces de la República, que disponen lo siguiente:

[...] Artículo 130 Causales. Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables en los casos señalados En el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos: [...]

3. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil,

tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurren al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado [...]

[...] Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas: [...]

⁴⁶ “[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]”.

3. Cuando en un Magistrado concorra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará y sólo cuando se afecte el quórum decisorio se ordenará sorteo de conjuez [...]

159. Visto el artículo 47 del Código Civil⁴⁷, que dispone lo siguiente:

[...] Artículo 47: Afinidad Legítima: Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; **en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer [...]** (Destacado fuera de texto).

160. Los impedimentos y las recusaciones establecidas en la ley son mecanismos jurídicos que buscan garantizar que las decisiones adoptadas por los administradores judiciales estén enmarcadas dentro de los principios de imparcialidad, independencia y transparencia.

161. La Sección Primera de esta Corporación ha considerado respecto a la causal de impedimento prevista en el numeral 3 del artículo 130 de la Ley 1437, lo siguiente⁴⁸:

*[...] La causal invocada por el magistrado es la contemplada en el numeral 3º del art 130 del CPACA, que requiere de la concurrencia de dos (2) elementos **objetivos**: 1) Un elemento referido a que el **magistrado** sea cónyuge, compañero permanente, o que tenga parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil que podemos denominar genéricamente **parentesco**. Y 2) Otro atinente a que el o los referidos parientes sean **servidores públicos** de una entidad pública que concorra al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado.*

*Esta causal, se repite, es absolutamente **objetiva** y en ella no cabe margen a la interpretación. En efecto, de la confrontación de las manifestaciones con los elementos que conforman la causal, resultará indefectiblemente si se estamos o no ante la causal de impedimento [...]*

162. La Sala considera fundado el impedimento del Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, por cuanto cumple con los supuestos establecidos en el numeral 3 del artículo 130 de la Ley 1437 citado *supra*, comoquiera que es pariente en segundo grado de afinidad de Héctor Jairo Osorio Madieto, quien se desempeña en un cargo del nivel asesor en la Contraloría General de la República, parte demandada en el proceso de la referencia; por lo que se aceptará la declaración de impedimento, en los términos del artículo 131 de la Ley 1437.

⁴⁷ Ley 84 de 26 de mayo de 1873.

Acervo y análisis probatorio

163. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio para, posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

164. La Sala procederá a apreciar y valorar todas las pruebas solicitadas, decretadas y recaudadas, en primera instancia, de conformidad con las reglas de la sana crítica y en los términos del artículo 176 de la Ley 1564, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con los problemas jurídicos planteados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

165. En el expediente obra como prueba, entre otras, el expediente administrativo de responsabilidad fiscal.

166. La Sala procede a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por la parte demandante en el recurso de apelación, de acuerdo con los problemas jurídicos indicados *supra*.

Análisis de los elementos de la responsabilidad fiscal

167. La Sala determinará si la parte demandante actuó en este caso como gestor fiscal y si había lugar a imputarle responsabilidad fiscal a título de culpa grave.

Hecho generador

168. En el caso *sub examine*, la parte demandada declaró responsable fiscal a la parte demandante con fundamento en que en su calidad de administrador del contrato de obra núm. 5205474 de 7 de abril de 2009 suscrito entre ECOPETROL S.A y el consorcio URBAPETROL para la ejecución de las obras de construcción, montaje y puesta en operación del nuevo cuarto de control central y su red de fibra óptica en la refinería de Barrancabermeja, incurrió en culpa grave al suscribir el acta de inicio del contrato a sabiendas que los terrenos donde se iban a ejecutar las obras no estaban disponibles, lo que generó retrasos y sobrecostos (detrimento patrimonial) por la mora en la entrega de los predios que finalizó en el mes de noviembre de 2009.

169. En otras palabras, la parte demandante en su calidad de administrador del contrato suscribió el acta de inicio del contrato núm. 5205474 el 26 de mayo de 2009 teniendo conocimiento de que no se contaba con la disponibilidad de las áreas a intervenir para la construcción del Edificio de Control Central (ECC), entrega que se realizó de forma escalonada y finalizó en noviembre de 2009 lo que generó un mayor valor a pagar al contratista, así:

"[...] se presentaron debilidades en la planeación de la ejecución del proyecto de construcción del Edificio de Control Central –ECC- en la Gerencia Complejo de Barrancabermeja, por cuanto ECOPETROL S.A no reubicó los talleres (Central de Herramientas) que se encontraba en el lugar de construcción del edificio afectando el cronograma propuesto y generando un mayor valor a pagar al contratista [...]"

JOSE DAVID MARTINEZ PARADA, designado Administrador del Contrato, No.5205474 el 23 de abril de 2009, le asistía el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia, entre ellas las de colaborar con el contratista y el interventor para el desarrollo normal del contrato

En su defensa, señala que la suscripción del acta de inicio, no era función del administrador del contrato, toda vez que en los manuales para la gestión y administración de contratos de ECOPETROL S.A, ECP-GEA-M-03, versión 2.0 aprobado el 23 de Noviembre de 2.006 que fue reemplazado por la versión ECP-DAB-M03 versión 3.0, aprobado el 17 de Octubre del año 2.008, no se estipuló como función del administrador del contrato la suscripción del acta de inicio, tal obligación le correspondía a la gestoría, previamente revisados y constatados los requisitos contractuales establecidos para ello.

Respecto a la necesidad de suscribir el Acta de inicio del precitado contrato, aun previéndose la demora en la entrega de las áreas donde se desarrollaría el proyecto COC, señala que antes de asumir el cargo ya se había identificado el riesgo para el proyecto de la entrega de las áreas.

En lo que atañe a la entrega del Plan Detallado de Trabajo a cargo de Urbapetrol, señala el Ingeniero José David Martínez Parada que una vez suscrito el contrato, se le otorgó al contratista un plazo de 30 días para la etapa de planeación de las obras, debiendo entregar en este término el PDT para aprobación de la Gestoría, permitiéndosele únicamente realizar actividades locativas y de construcción de campamentos, porque la ejecución de las obras, estaba supeditada a la aprobación del PDT, con el cual se aseguraba la secuencia lógica de construcción de las diferentes rutas de la red de fibra óptica y del edificio de control central." visto a folios 1140-1147

Entonces, conforme al acervo probatorio y teniendo en cuenta sus argumentos, se observa que el encausado fiscal contraviniendo los DPS y el clausulado del contrato No.5205474, suscribe el acta de inicio conociendo que no se contaba con la disponibilidad de las áreas a entregar al contratista; por lo tanto si para el traslado oportuno de los varios talleres antes referidas, como funcionario se presentaron las contingencias de Ecopetrol designado para la Administración del contrato, debió postergar la firma del Acta que daba inicio a la ejecución de las obras, ante la materialización de los riesgos que fueron previstos desde la etapa de planeación para el traslado de los diferentes talleres, pero su conducta omisiva y negligente en cumplimiento de las obligaciones que tenía a su cargo, al no adoptar las acciones para contrarrestar las situaciones que terminaron afectando el inicio y desarrollo satisfactorio del contrato, conllevando a que se causara el daño patrimonial al Estado que no ocupa y en consecuencia es llamado a responder por sus actos, a título de CULPA GRAVE, en cuantía de 1.713.838.943,84, valor del daño indexado

El despacho llama la atención que el encartado pretende fincar su no responsabilidad, en que no era función para la época de los hechos firmar el acta de inicio, más sin embargo

se tiene que efectivamente la firma, a sabiendas del contenido del clausulado del contrato, que establecía que el acta de inicio solamente se firmaría cuando estuvieran efectivamente disponibles los sitios donde se construiría el edificio, aunado a que dentro de sus funciones se encuentra " Todas las actuaciones del Administrador se deben encaminar a proteger los intereses de ECOPETROL y a lograr el mejor desarrollo del contrato, ajustándose al marco legal y contractual.", por consiguiente está probada la culpa grave, ya que pese a ser representante de la entidad, permitió y consintió que se iniciara el contrato sin que se tuvieran los sitios, lo que conllevó a que Ecopetrol pagara más de mil trescientos millones, por tiempos improductivos de persona, pues está probado que los sitios solamente estuvieron disponibles en su totalidad hasta el mes de noviembre de 2009, luego se ha

incurrido en un actuar inexcusable y que conllevó a que se pagaran erogaciones que en principio la entidad presupuesto no cancelar, pues del clausulado del contrato se establece que el contratista sabía que el inicio del contrato estaba supeditado a la disponibilidad de las áreas a intervenir [...]

2. EI DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

170. La parte demandada determinó que causó un daño patrimonial al Estado, por cuanto se pagó una mayor suma de dinero al contratista ante el retraso en la entrega del área destinada para la construcción del edificio de control central, existiendo un mal manejo de los recursos, así:

“[...] Ahora, respecto a la cuantificación del daño fiscal, se tiene que es el resultado del análisis de las pruebas obrantes al plenario, sobre las que se fundamenta el despacho para establecer su cuantía así: \$1.297.287.143, Reconocimiento Económico por la modificación del cronograma de entrega de áreas destinadas a la construcción del ECC; \$87.451.285.00, por modificación de las pólizas. Ver Anexo de C-principal6 del folio 1013 (f1.86-91). Para un total de \$1.384.738.428.00., sin indexar; en este punto es necesario traer a colación las recomendaciones que presenta la Gestoría del contrato a cargo del Consorcio SMA CE PRINCO encargada de verificar uno a uno los soporte allegados por el contratista sobre los cuales hace la reclamación de pago por los mayores costos en que incurrió por improductividad, ante la modificación de la entrega de áreas destinadas a la construcción del ECC, visto a folios 98-130, del anexo carpeta testigo documental del folio 1013 vto.[...]”.

3. NEXO CAUSAL

“[...] JOSE DAVID MARTINEZ PARADA identificado con C.C.No.13.889.484 en calidad de Administrador del Contrato, fue próximo y determinante en la causación del daño, pues procedió a suscribir el acta de inicio del contrato 5205474, sin contar con las áreas destinadas para la construcción del Edificio de Control Central, lo que condujo al reconocimiento económico al contratista por valor de 1.384.738.428, por concepto de tiempos improductivos. Es clara la existencia del nexo causal entre el daño y la conducta, pues la suscripción del acta de inicio sin contar con la entrega de las áreas sobre las cuales se debía construir el Edificio de Control Central, avala la construcción de las obras, lo cual fue imposible para el contratista, toda vez, que no tenía las áreas disponibles [...]”

171. Por su parte, el a quo encontró que se acreditaron los elementos de la responsabilidad fiscal por las siguientes razones:

“[...] el señor JOSÉ DAVID MARTÍNEZ PARADA, en su condición de Administrador del Contrato al servicio de Ecopetrol, estaba encargado de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas relacionadas con asuntos laborales, jurídicos, financieros, de seguridad, ambientales y de especificaciones técnicas, entre otras, del

contrato N° 5205474, por lo que sus funciones se encontraban referidas a la administración de los recursos públicos destinados para la ejecución del proyecto COC, pues en su rol de administrador tenía como función principal “el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia, manteniendo debidamente informado al funcionario autorizado sobre las mismas. Todas las actuaciones del Administrador se deben encaminar a proteger los intereses de ECOPETROL y a lograr el mejor desarrollo del contrato ajustándose al marco legal y contractual.

Para el logro de lo anterior, el Administrador, además de coordinar lo pertinente con el gestor del contrato (Administrativo y Técnico) y de prestarle la colaboración que este requiera, tenía las siguientes funciones:

“2. Asegurar que se realice una adecuada gestión de riesgos y adoptar las acciones para contrarrestar las situaciones que puedan afectar el desarrollo satisfactorio del contrato.

3. Identificar y evaluar junto con el Gestor Administrativo, la necesidad de adicionar el contrato de introducir otras modificaciones o de realizar determinados actos (cesión total o parcial, reconocimientos económicos en aplicación de la teoría de la imprevisión, terminación anticipada del contrato, etc.) que se presenten durante su ejecución”,

Significa lo anterior que -al momento de suscribir el acta de inicio del contrato- el administrador designado debió evaluar los efectos que traería tal decisión, al tener conocimiento que no se contaba con la disposición efectiva de la totalidad de las áreas sobre las cuales se debía desarrollar el proyecto denominado Control Operacional Consolidado -COC--en la Gerencia Refinería de Barrancabermeja. Como lo señaló el A quo, independientemente de dónde se originara la orden de firmar el acta de inicio, lo que se reprocha a los funcionarios es que no tomaran las medidas enderezadas a evitar la ocurrencia del daño patrimonial investigado a través de las presentes diligencias.

A partir del momento en que se designó en los cargos a los señores JOSÉ DAVID MARTINEZ PARADA y HERNAN DARIO NARANJO ESPINAL disponían de toda la información relativa al contrato, amén de que el desarrollo de su trabajo implicaba permanente comunicación con quienes los antecedían en el desarrollo del proyecto; conocían los riesgos que se presentarían en su ejecución; eran ampliamente conocedores de los inconvenientes que se podrían presentarse con el traslado de los talleres por no disponer de un terreno específico para ello y -por otra parte sabían la complejidad que implicaba el traslado de los mismos.

Es claro que debieron haber actuado a sabiendas de que las áreas en las que se construiría el COC no estaban disponibles con el objeto de evitar la posterior reclamación del contratista.

Respecto de los beneficios que generaría el proyecto COC para Ecopetrol, baste recalcar lo que se dice en la respuesta al anterior recurso de apelación, es decir, que tales beneficios no son una justificación valedera para no haber ejercido a cabalidad la gestión fiscal, pues si bien es cierto que el proyecto le generaría grandes beneficios a la estatal petrolera, también es cierto que el provecho pudo ser mayor si no se hubiera hecho el reconocimiento económico al contratista por los tiempos improductivos aludidos en tantas ocasiones a través del presente proceso.

Tal como acertadamente lo observó la primera instancia, una advertencia de tipo formal al contratista en forma oportuna respecto de la no disponibilidad de las áreas para la construcción del proyecto COC y un documento de no inicio de las actividades de construcción del edificio de Control Central, por la no disponibilidad de las áreas para tal fin antes de firmar el acta de inicio, hubiera podido evitar el daño causado.

Al Sr. JOSÉ DAVID MARTÍNEZ PARADA como Administrador del Contrato No.5205474, entre sus funciones, le competía asegurar que se realizara una adecuada gestión de riesgos y adoptar las acciones para contrarrestar las situaciones que pudieran afectar el desarrollo satisfactorio del contrato.

Si -como señala su apoderado la decisión del inicio del contrato sin tener la disponibilidad de las áreas para las obras fue tomada por la alta dirección de la empresa, los vinculados No manifestaron su desacuerdo ante tales determinaciones, ni plantearon celebrar un compromiso con el contratista para la entrega paulatina de las áreas, a medida que las circunstancias lo permitieran.

En este orden, se tiene que los señores HERNÁN DARÍO NARANJO Y JOSÉ DAVID MARTINEZ, de conformidad con las funciones definidas por la entidad para los cargos que desempeñaron, ejercieron gestión fiscal y bajo tales responsabilidades, cada uno en el rol que desempeñó, tenían la obligación de tomar las medidas preventivas para evitar que tales eventos afectaran negativamente la ejecución del proyecto.

Como ya se dijo, y lo resaltó el A quo, en el presente caso no se puede hablar de imprevistos, toda vez que la teoría de la imprevisión se caracteriza porque se presenta una situación extraordinaria -ajena a la voluntad de las partes contratantes- que no podía preverse al momento de la celebración del contrato y que afecta gravemente la economía del mismo, sin impedir su ejecución.

De acuerdo con el acervo probatorio allegado al expediente, no se evidencia manifestación alguna por parte de los responsables fiscales que demostrara por lo menos hubieran hecho un intento para evitar el daño causado, tal como lo resaltó el operador jurídico de primera instancia.

Dentro de los Documentos del Proceso de Selección (DPS) se encontraba el Anexo 3 (Alcance de los Trabajos) que establecía en el numeral 7, referente al plazo de ejecución del contrato, que el acta de inicio se suscribiría cuando se dispusiera efectivamente del área donde se ejecutarían los trabajos, compromiso que corría a cargo de ECOPETROL.

Respecto a que se tomaron dos momentos diferentes para estructurar el daño fiscal, es preciso reiterar que tanto HERNAN DARÍO NARANJO ESPINAL Y JOSÉ DAVID

MARTÍNEZ PARADA estaban en la obligación de evitar el daño, bien sea evitando firmar el acta de inicio o haciendo gestión para que se tomaran correctivos, es preciso recalcar - una vez más- que el daño fue el resultado de la falta de gestión fiscal de los responsables fiscales, que no se pronunciaron antes las irregularidades presentadas ante la no entrega oportuna de las áreas destinadas para la construcción del proyecto COC[...]”

172. De este modo, el *a quo* de forma congruente con lo señalado por la parte demandada consideró lo siguiente: i) la parte demandante tuvo la oportunidad de conocer los compromisos de las fechas de entrega de ECOPETROL S.A. de manera previa a la suscripción del acta de inicio, dado que fue designado como administrador del contrato núm. 5205474 el 23 de abril de 2009; ii) la administración del contrato es la encargada de asegurar el desarrollo, la ejecución y el cumplimiento de las responsabilidades, compromisos y obligaciones pactadas conforme a la cláusula vigésima del contrato; iii) el acta de inicio se suscribiría cuando se disponga efectivamente del área donde se trabaja según el anexo 3 denominado “alcance de los trabajos”, Documento del Proceso Selección (DPS) que hace parte del contrato; iv) la parte demandante no adoptó las acciones para contrarrestar las situaciones que afectaron el desarrollo satisfactorio del contrato; v) se encuentra probada la entrega parcial de las obras que culminó en el mes de noviembre de 2009 y que generó el reconocimiento económico; vi) no se generaron beneficios económicos con la firma del acta de inicio de contrato; vii) el administrador del contrato tiene el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia y todas sus actuaciones se deben encaminar a proteger los intereses de Ecopetrol S.A. y a lograr el mejor desarrollo del contrato, ajustándose al marco legal y contractual, lo que no ocurrió al desconocer los documentos del proceso de selección, es decir, se ejecutó el contrato sin disponer de las áreas donde sería construida la obra.

173. Ahora bien, según el marco normativo *supra*, para que se pueda configurar la responsabilidad fiscal deben concurrir tres requisitos una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.

Daño patrimonial

174. En el caso sub examine, para la Sala es claro que se presentó un detrimento patrimonial con ocasión de la pérdida de (1.384.738.428 M/cte.) que fueron pagados por la Empresa Ecopetrol S.A. al CONSORCIO URBAPETROL, por concepto de mayores costos por la modificación del cronograma de entrega de áreas destinadas a la construcción del edificio de control central y modificación de las pólizas, lo que impidió la ejecución oportuna del contrato de obra núm. 124 de 8 de octubre de 2007, es decir, por los mayores costos en que incurrió el contratista por improductividad, ante el retraso de la entrega de áreas. El pago se hizo efectivo el 16 de diciembre de 2010 según el soporte allegado por el Gerente de Proyectos de Refinación y Petroquímica⁴⁹.

175. Sobre el particular, la Sala encuentra acreditado en el expediente lo siguiente:

176. ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO URBA PETROL suscribieron el contrato de obra núm. 5205474 el 7 de abril de 2009 cuyo objeto fue la *“Ejecución de las obras de construcción, montaje y puesta en operación del nuevo cuarto de control central y su red de fibra óptica de conexión a las unidades de proceso y edificaciones involucradas en el proyecto control operacional consolidado de la Gerencia Refinería de Barrancabermeja”*. El plazo de ejecución previsto en el contrato fue de 510 días calendario a partir de la suscripción del acta de inicio conforme a la cláusula segunda del contrato y el valor del contrato pactado fue de \$48.712.313.819 millones de pesos sin incluir el IVA. El contratista debía constituir una garantía de cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, de estabilidad de la obra, de pago de salarios y de correcto funcionamiento de los equipos y un seguro de responsabilidad civil extracontractual, colectivo de vida y todo riesgo en almacenamiento conforme a la cláusula décima octava⁵⁰.

⁴⁹ Folio 205 del cuaderno núm.2 de antecedentes administrativos.

⁵⁰ Folios 14 a 51 del cuaderno núm.1 de antecedentes administrativos

177. La cláusula vigésima del contrato núm. 5205474 sobre la administración y gestión de contratos prevé que: *“ECOPETROL mantendrá por su cuenta, durante toda la vigencia del Contrato, el personal (propio o contratado) que adelantará las funciones de Administración y Gestión de Contratos (o Interventoría) que sea necesario para asegurar el desarrollo, la ejecución y el cumplimiento de las responsabilidades, compromisos y obligaciones pactadas. Las funciones a cargo del Administrador y del Gestor de Contratos o Interventor serán las consignadas en el Manual para la Administración y Gestión de Contratos de ECO PETROL, sin perjuicio de que en la Minuta se consignent otras funciones”*.

178. La cláusula vigésima séptima.- documentos del contrato – establece que hacen parte integrante del contrato y se tendrán en cuenta para su interpretación, los siguientes documentos, en el orden de precedencia que se indica a continuación: 1. El Contrato; 2. El documento de asignación del Contrato; 3. Los DPS, y 4. La propuesta presentada por el CONTRATISTA.

179. Resulta oportuno destacar que en el anexo núm. 3 del alcance general de los trabajos, numeral 7, se estableció claramente que para suscribir acta de inicio las áreas a intervenir estarían efectivamente disponibles. Dado que el acta de inicio se suscribió el 26 de Mayo se entendía que ese día lo estaban.

180. El Director de Abastecimiento de Bienes y Servicios de Ecopetrol S.A. el 23 de abril de 2009 designó como administrador del contrato núm. 5205474 a la parte demandante cuyas funciones están previstas en el Manual para la Administración y Gestión de Contratos (ECP-DAB-M-03)⁵¹.

181. El Manual para la Administración y Gestión de Contratos (ECP-DAB-M-03) aprobado el 23 de noviembre de 2006, señala la responsabilidad y las funciones del administrador, como sigue:

[...] RESPONSABILIDAD.

Las responsabilidades emanadas del cumplimiento o incumplimiento de funciones a cargo del Administrador e Interventor surgirán a partir de la designación como Administrador o Interventor.

Salvo en caso de haber actuado con culpa grave o dolo, el Administrador y el Interventor no tendrán responsabilidad alguna por la adopción de decisiones equivocadas o inconvenientes, cuando demuestren que para ello tuvieron como base documentación o información errónea, falsa, inconsistente o ambigua, caso en el cual la responsabilidad recaerá sobre la(s) persona(s) que entrego (entregaron) la información en cuestión.

⁵¹ Folios 54 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos.

Las funciones del Administrador e Interventor deberán ser ejercidas hasta la culminación de todas las obligaciones contractuales, incluyendo las que puedan quedar pendientes a la finalización del contrato, hasta la suscripción del acta de liquidación.

6. DESARROLLO

6.1 FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR

El Administrador de un contrato tiene el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia, manteniendo debidamente informado al Funcionario Autorizado sobre las mismas.

Tratándose de decisiones de competencia del Funcionario Autorizado, tiene el deber de informar a éste lo que corresponda, para efectos de que las adopte oportunamente. Todas las actuaciones del Administrador se deberán encaminar a proteger los intereses de ECOPETROL, ajustándose al marco legal y contractual.

Para el logro de lo anterior, el Administrador tendrá las siguientes funciones⁵²:

6.1.1 Administrativas

- 1. Colaborar con el Contratista y con el Interventor para el desarrollo del contrato.*
- 2. Coordinar con las dependencias de ECOPETROL la entrega de la información técnica y administrativa que requiera el Contratista.*
- 3. Recomendar al Funcionario Autorizado la procedencia de celebrar contratos adicionales, adición de contratos, otrosí u otros actos (cesión total o parcial, terminación del contrato, reclamaciones por desequilibrio económico etc.) que incidan sobre lo pactado y que estime necesarios y viables. En tales casos, el Administrador deberá presentar un documento en el que obre la siguiente información:*

- Número del contrato principal.*
- Fecha de celebración.*
- Plazo de ejecución.*
- Valor de los pagos realizados y porcentaje de ejecución del contrato.*
- Multas impuestas al Contratista y razón de las mismas.*
- Objeto del acto o negocio jurídico que recomienda celebrar (Ejemplo: pacto de nuevos ítems, modificación de precios unitarios), valor aproximado, obligaciones y alcance del mismo.*
- Conveniencia y motivación o soporte técnico y económico de su recomendación.*

- 4. Imponer las sanciones o descuentos como penalización contractualmente pactados.*

- 5. Aprobar en el Sistema de Compras y Contratación los pagos a que haya lugar con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato, o de documentos suscritos en desarrollo de dichas actividades.*

- 6. Aprobar el pago de gastos reembolsables pactados en el contrato.*

- 7. Autorizar o aprobar la subcontratación, siempre y cuando se establezca en el contrato y se exija que la misma sea controlada por ECOPETROL.*

- 8. Autorizar, suscribiendo el documento pertinente en nombre y representación de ECOPETROL, la suspensión parcial o total del contrato. La suspensión parcial o total del contrato podrá ser ordenada por personas diferentes al Administrador del contrato,*

únicamente cuando exista violación grave de las normas de seguridad y salud ocupacional por parte del Contratista, en los eventos y conforme con el procedimiento que establezca la Dirección de Responsabilidad Integral.

9. Efectuar la liquidación final del contrato, suscribiendo el acta de liquidación de mutuo acuerdo o emitiendo el acto administrativo pertinente.

10. Emitir y entregar al Contratista, el Informe de experiencia y evaluación de desempeño, de acuerdo con lo establecido en el Instructivo para Evaluación de Desempeño del Contratista.

⁵² ECOPETROL podrá modificar las funciones del Administrador para contratos específicos, atendiendo a la naturaleza de los mismos y para facilitar su ejecución. En tal caso, las funciones del Administrador corresponderán a lo pactado en el contrato respectivo.

6.1.2 Técnicas

1. Analizar los informes que le entregue el Interventor, acordar lo pertinente con el Contratista y con el Interventor, y tomar las medidas conducentes para el buen desarrollo del contrato.

2. En caso de que lo estime conveniente, promover una visita al sitio donde se ejecutará o se ejecuta el contrato, con el Interventor y el Contratista, con el fin de ratificar los procedimientos y aclarar las actividades de seguimiento a la ejecución del contrato, así como verificar conjuntamente la disponibilidad de los recursos necesarios para dicha ejecución.

[...] Una vez celebrado el contrato objeto de administración y gestión, el Funcionario Autorizado comunicará por escrito la designación respectiva a quien haya sido asignado como Administrador y al (los) responsable (s) de la gestión del mismo. A éste (éstos) último(s) y no obstante que la gestión técnica y la gestión administrativa se realicen de manera independiente, además, se le(s) hará entrega de un expediente que contenga los siguientes documentos:

- Lista de chequeo de la etapa de ejecución del contrato.
- Copia física y/o en medio magnético de los Documentos del Proceso de Selección (Condiciones Generales y Específicas de la contratación, especificaciones técnicas, anexos, adendos, acta de audiencia informativa, aclaraciones).
- Copia física de la propuesta presentada por el contratista.
- Copia del Análisis de Riesgos efectuado durante el trámite de planeación.
- Copia del contrato y sus anexos.
- Copia de la consignación de los derechos de publicación del contrato en el Diario Único de Contratación Pública (Cuando Aplique).

En los eventos en que la actividad de gestión de contratos se encomiende a un tercero, la comunicación de la designación se entiende realizada con la firma del contrato celebrado con aquel.

“[...] 7. DESARROLLO

7.1. FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR DEL CONTRATO

El Administrador de un contrato tiene el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia, manteniendo debidamente informado al Funcionario Autorizado sobre las mismas. Todas las actuaciones del Administrador se deben encaminar a proteger los intereses de ECOPETROL y a lograr el mejor desarrollo del contrato, ajustándose al marco legal y contractual.

Para el logro de lo anterior, el Administrador, además de coordinar lo pertinente con el gestor del contrato (Administrativo y Técnico) y de prestarle la colaboración que este requiera, tiene las siguientes funciones:

1. Colaborar con el contratista para lograr el mejor desarrollo o ejecución del contrato.
2. Asegurar que se realice una adecuada gestión de riesgos y adoptar las acciones para contrarrestar las situaciones que puedan afectar el desarrollo satisfactorio del contrato.
3. Identificar y evaluar junto con el Gestor Administrativo, la necesidad de adicionar el contrato, de introducir otras modificaciones o de realizar determinados actos (cesión total o parcial, reconocimientos económicos en aplicación de la teoría de la imprevisión, terminación anticipada del contrato, etc.) que se presenten durante su ejecución. En tales casos, debe elaborar un informe que contenga la siguiente información.

- Número del contrato principal.
- Fecha de celebración.
- Contratista.

- Plazo de ejecución.
 - Valor inicial del contrato.
 - Relación de contratos adicionales y/u otrosís.
 - Pagos realizados y porcentaje de ejecución del contrato.
- Objeto del acto o negocio jurídico que recomienda celebrar con su debida justificación (Ejemplo: pacto de nuevos ítems, modificación de precios unitarios), obligaciones y alcance.
 - Evaluación parcial del desempeño del contratista, si la hubiere.
 - Número de la SI o SP si aplicare.
 - Presupuesto oficial de la adición con sus fuentes, si fuere este el caso.
 - Valor de la adición solicitada y la proyección de ejecución del contrato, si fuere este el caso.

4. Recomendar al Funcionario Autorizado la celebración de contratos adicionales, otras modificaciones u otros actos (cesión total o parcial, reconocimientos económicos en aplicación de la teoría de la imprevisión, terminación anticipada del contrato, etc.) que fuere necesario o conveniente realizar durante la ejecución del contrato. Adicionalmente, hará la presentación de esas recomendaciones y sus justificaciones ante los Comités Asesores que el Funcionario Autorizado organizare para tratar dichos asuntos,

5. Imponer al contratista, acatando el debido proceso y respetando el derecho a la defensa, las sanciones pecuniarias pactadas en el contrato, en caso de incumplimiento de obligaciones derivadas del mismo (multas, descuentos, compensaciones, cláusula penal de apremio).

6. Aprobar, en el Sistema de Compras y Contratación, los pagos a que haya lugar con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato, o de documentos suscritos en desarrollo de estas actividades. Así mismo, aprobar el pago de gastos reembolsables acatando los procedimientos previstos en el contrato o establecidos en la Empresa para el reconocimiento de aquellos.

7. Autorizar la subcontratación, siempre y cuando la posibilidad de hacerla se haya pactado en el contrato; en caso de que dicho acto no se haya previsto en el contrato y el contratista lo solicita, evaluar su procedencia y formular la respectiva recomendación al Funcionario Autorizado.

8. Autorizar la suspensión parcial o total del contrato mediante la suscripción del documento pertinente en nombre y representación de ECOPEPETROL, e informar de este hecho al Funcionario Autorizado. Desaparecidas las causas de la suspensión, corresponde al Administrador del contrato suscribir la respectiva acta de reiniciación.

La suspensión parcial o total del contrato podrá ser autorizada, por escrito, por personas diferentes al Administrador del contrato, únicamente cuando exista violación grave de las normas de seguridad y salud ocupacional por parte del contratista, en los eventos y conforme con el procedimiento que establezca la Dirección de HSE y Gestión Social. En este caso, se deberá informar al Administrador de contrato de forma inmediata.

9. Designar a quien deba realizar la liquidación final del contrato, en caso de que estime conveniente que la misma esté a cargo de una persona diferente del Gestor Administrativo del contrato, y aprobar dicha liquidación, suscribiendo el documento que la contenga.

10. Certificar al contratista la experiencia contractual producto de la ejecución del contrato.

11. Aprobar la evaluación de desempeño del contratista, de acuerdo con lo establecido en el Procedimiento para Gestión de Contratistas o el documento que haga sus veces.

12. Analizar los informes emitidos por el equipo de gestión del contrato, a fin de acordar con el contratista o recomendar al Funcionario Autorizado, según corresponda, las acciones necesarias (visitas, inspecciones, reuniones, recursos adicionales) para el buen desarrollo del contrato [...].”

182. En comité realizado el 20 de septiembre de 2007, los funcionarios de Ecopetrol S.A. adoptaron la decisión del lugar de ubicación del Edificio de Control Central al interior

de la Gerencia Refinería de Barrancabermeja y en la que se estableció que era necesario dismantelar los talleres en el área y reubicarlos en otro lugar⁵³.

183. El acta de inicio de obra de 26 de mayo de 2009 fue firmado por el Ingeniero Óscar Tapias Uribe, en representación del CONSORCIO DE URBAPETROL, el Ingeniero Fabio Enrique Beltrán, gestor del contrato, y el ingeniero José David Martínez Parada, como administrador designado por ECOPETROL S.A.

184. En el acta de reunión contractual núm. 06 de 9 de julio de 2009 suscrita por el contratista, la interventoría y la consultoría, *“El contratista manifiesta su preocupación por la entrega de las áreas de construcción y plantea que el inicio de los trabajos en tales áreas establece la partida de la ruta crítica. ECP señala que sólo podrán iniciarse desmontes cuando estén completas las instalaciones provisionales. Además del Plan HSE aprobado. El Contratista manifiesta su compromiso con la recuperación de tiempo y el cumplimiento de la normatividad HSE⁵⁴”*. En reunión sistemática núm. 9 se solicitó nuevamente la entrega de las áreas.

185. Mediante oficio núm. URB/SMA-CEI-PRINCO-5205474-0268-C de 5 de agosto de 2009, el coordinador de obra del CONSORCIO URBAPETROL solicitó fueran entregadas las áreas principales para la construcción del Edificio, dado que dos meses después de suscrita el acta de inicio del contrato la obra no presenta avance. El oficio reitera una solicitud en el mismo sentido del 9 de julio de 2009, en la requerían la entrega de las zonas de talleres de válvulas y tuberías para iniciar las demoliciones y las actividades de pilotaje del edificio⁵⁵.

186. A través del oficio núm. URB/SMA-CEI-PRINCO-5205474-438-C de 24 de septiembre de 2009, el Coordinador de obra de URBAPETROL solicitó al Director de Interventoría del proyecto una fecha segura para la entrega del área e informa las implicaciones económicas por la no ejecución del proyecto⁵⁶.

187. Por medio del oficio núm. 5205474-292-C de 23 de octubre de 2009, el Director de Interventoría del contrato de obra hizo entrega a URBAPETROL de las áreas correspondientes a las antiguas oficinas de paradas de planta y antiguo taller de oficios civiles con el objeto que sean iniciadas las obras de desmantelamiento respectivas⁵⁷. En la misma fecha el coordinador de obra de URBAPETROL dio respuesta en los siguientes términos: *“En atención a su comunicación de la fecha, dejamos constancia de que el*

⁵³ Folios 55 a 69 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos.

⁵⁴ Folio 495 del cuaderno núm. 3 de antecedentes administrativos.

⁵⁵ Folio 73 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos.

⁵⁶ Folios 78 y 79 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos.

⁵⁷ Folios 86 y 86 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos.

área entregada corresponde a un 7,5% del área total de taller de válvulas y taller de tuberías. Procedemos a inventariar el área entregada en conjunto con la INTERVENTORÍA y una vez se firme el acta de inventario, iniciaremos con los trabajos de desmantelamiento y demolición del área⁵⁸”.

188. Mediante oficio de 29 de octubre de 2009, el Director de Interventoría del proyecto

realizó entrega de áreas al CONSORCIO URBAPETROL correspondientes a las antiguas oficinas y talleres de Válvulas, con el fin se continúen las obras de desmantelamiento necesarias. *“Con estos espacios se hace entrega del 81% de la totalidad de las áreas generales para la ejecución del proyecto del ECC”*⁵⁹.

189. ECOPETROL S.A. realizó paulatinamente las entregas de las áreas requeridas por el contratista según el acta de entrega de áreas generales suscrita por el Director de Interventoría y el coordinador de obra de URBAPETROL el día 17 de noviembre de 2009⁶⁰:

“[...] Con el fin de realizar entrega total de las áreas generales para la ejecución de las obras de Construcción, montaje y puesta en operación del nuevo Cuarto de Control Central de la GRB de ECP S.A.

⁵⁸ Folio 87 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos.

⁵⁹ Folio 88 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos

Con la entrega actual se da por entregado el 98,22% de la totalidad de las áreas, queda por entregar el 1,78% correspondiente al área del ECC. La no entrega de este porcentaje del área puede afectar los trabajos de cimentación y armado de la torre-grúa.

[...] Con la anterior información, observaciones y recomendaciones, el Consorcio Urbapetrol recibe el área delimitada para el objeto de las actividades contempladas dentro de su alcance contractual y advierte que la entrega del área con casi cinco (5) meses de atraso por parte de ECOPETROL necesariamente ocasiona un desplazamiento en la programación de la Obra [...].”

190. Mediante oficio de 5 de mayo de 2010, el CONSORCIO URBAPETROL presentó solicitud de reconocimiento económico por la entrega tardía de áreas para la construcción del cuarto de control⁶¹.

191. ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO URBAPETROL suscribieron acta de negociación el 7 de octubre de 2010 en la que se le reconoció al contratista la suma de \$1.297.287.143, por compensación económica, con fundamento en la demora en la entrega de las instalaciones y \$87.451.285, por modificación de pólizas.

192. ECOPETROL S.A. y el CONSORCIO URBAPETROL suscribieron el 11 de octubre de 2010 el otro sí núm. 1 con el objeto de ampliar el plazo de ejecución del contrato núm. 5205474, por un término de 147 días, contados entre el 19 de octubre de 2010 y el 14 de marzo de 2011, actuación que no implicó adición al valor de ejecución del contrato.

193. El líder del proyecto COC en oficio de 22 de octubre de 2010 manifestó al líder

de auditoría de ECOPETROL S.A. que la entrega total de las áreas destinadas a la construcción del Edificio de Control Central, finalizó sólo hasta el 17 de noviembre de 2009. En el escrito el líder del proyecto precisó que se presentaron inconvenientes de carácter logístico relacionados con la reubicación del personal que laboraba en las dependencias que se encontraba ubicadas en las construcciones destinadas al Edificio de Control Central y con la entrega al Contratista de tales áreas en condiciones aptas para el desmantelamiento de las construcciones, ECOPETROL, realizó paulatinamente, entregas parciales, de conformidad con el contenido del acta de entrega áreas generales, suscrita el día 17 de noviembre de 2009⁶².

194. El CONSORCIO URBAPETROL presentó el 30 de noviembre de 2010 ante ECOPETROL S.A., cuenta de cobro por un valor total de \$1.384.738.428 por concepto de reconocimiento económico y costo de modificación de la pólizas de garantía según el contrato núm. 5205474⁶³.

195. En el dictamen pericial⁶⁴ recibido por la parte demandada el 14 de enero de 2013, el perito determinó lo siguiente:

"[...] Según el numeral 7 Plazo de ejecución, del anexo 3 "Alcance de los Trabajos" de los DPS correspondientes al Concurso cerrado No. 515312, los cuales de acuerdo a la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato forman parte integrante del mismo, se dice:

"...El acta de inicio se suscribirá cuando se disponga efectivamente del área donde se trabajará."

[...] condición que fue uno de los controles diseñados por Ecopetrol S.A. con el fin de evitar el riesgo de posibles conflictos contractuales por retraso en la entrega de las áreas para ejecutar las obras, no fue atendida por el Contratante, ni por el Gestor Técnico y Administrativo (antes Interventor) ni tampoco por el Contratista a pesar de todos tenían pleno conocimiento del cumplimiento de esa condición para entrar a suscribir el acta de inicio.

Con base en lo anterior, para este Perito resulta evidente que las partes suscribieron el acta de inicio el 26 de mayo de 2009 aun cuando las áreas de ejecución de los trabajos no se habían dispuesto efectivamente por cuanto éstas, empezaron a entregarse el 27 de julio de 2009 y se terminaron de entregar el 23 de noviembre del mismo año.

Las razones expuestas por el Contratista Urbapetrol por las cuales firma el acta, tienen que ver con la permanente Insistencia de la Gestoría para que comenzara los trabajos, pero independiente de que las labores a las que se refería el Interventor se relacionaban con montaje de la logística y el cerramiento del área, lo cierto era que el contratista no había recibido el área de trabajo en los términos del contrato.

Así mismo, las razones esgrimidas por Ecopetrol S.A. para suscribir el acta de inicio en la fecha en que se sucedió era porque se trataba de un proyecto tipo Oportunidad de Negocio o sea que genera beneficios económicos apreciables para la organización. Esto finalmente fue invalidado habida cuenta que el contrato que se debía finalizar el 18 de octubre de 2010, en septiembre de 2012 no se había terminado y por lo demás, éste ha sufrido varias reprogramaciones algunas de ellas con base en la demora de entrega de las áreas. Queda claro entonces que con la decisión de firmar el acta de inicio sin disponerse efectivamente del área de trabajo no se pudo cumplir con las expectativas de generar beneficios económicos anticipadamente como lo aseguraba Ecopetrol, sino que además se hizo un reconocimiento económico al contratista el cual es objeto del presente Proceso de Responsabilidad Fiscal.

2. Identifique y determine cuáles fueron las causas que generaron la no entrega oportuna al Contratista del predio donde se construye el Edificio de control central, ocupado por las áreas de: i) Antiguas oficinas Grupo III, ii) Central de herramientas, iii) Antiguas Oficinas

de Parada de Planta, iv) Oficios Civiles, y) Talleres de Válvulas, vi) Antiguas oficinas de

⁶² Folio 107 del cuaderno núm.1 de antecedentes administrativos

⁶³ Folio 105 del cuaderno núm.1 de antecedentes administrativos

⁶⁴ Folio 719 del cuaderno núm. 4 de antecedentes administrativos.

taller de Válvulas, vii) Taller de Tuberías, viii) Antiguas oficinas aledañas al taller de tubería (Jefatura de Turno), ix) patio intermedio.

En el siguiente cuadro se esbozan las causas por las cuales no se cumplió con el cronograma pactado de entrega de las áreas. Es de recordar, que el acta de inicio del contrato fue firmada el 26 de mayo de 2009 y de conformidad con el acta de reunión contractual No. 1 del 4 de junio de 2009, se acordó mantener como fecha de entrega por parte de ECOPETROL las áreas el 25 de junio de 2009. No obstante, todas las situaciones esbozadas en este punto son meramente informativas y para este Perito resultan irrelevantes a la hora de establecer algún tipo de responsabilidad por cuanto fueron consecuencia de haberse formalizado por las partes, el acta de inicio de ejecución sin disponerse efectivamente de las áreas.

[...] 3. Identifique técnicamente y financieramente, los mayores costos en que incurrió el contratista Consorcio Urbapetrol, como resultado de las improproductividades sufridas por la no entrega oportuna de las áreas destinadas a la construcción del Edificio Control Central.

El contratista Consorcio Urbapetrol elevó mediante el Oficio No. URB/ECP5205474-005-R del 5 de Mayo de 2010 solicitud de reconocimiento económico por entrega tardía de áreas para el ECC respecto del compromiso contractual.

Mediante el adjunto No. 7 al citado oficio Urbapetrol muestra los conceptos que según su análisis soportan los aspectos logísticos, los ingenieros de cada especialidad junto con el equipo mínimo administrativo y de HSE requerido para el inicio de los trabajos, equipos, personal y recursos que no fueron utilizados en las actividades programadas porque no se contaba con la disponibilidad del área donde se iniciarían los trabajos. El valor de la mencionada solicitud llegaba a \$1.496.647.215 como se muestra en el siguiente cuadro:

Nota: El valor reclamado por Urbapetrol difiere ligeramente del presentado en el cuadro por cuanto el Pontazgo hizo la correspondiente corrección.

Posteriormente y luego del cruce de varias correspondencias entre el Contratista y la Gestoría, de la revisión de los soportes del reconocimiento, de la subsanación de hallazgos, se suscribió el acta de Negociación No. 1 de Octubre 7 de 2010 donde se concluye que Ecopetrol reconocerá al Contratista Consorcio Urbapetrol, a título de reconocimiento económico, por mayores costos en que el contratista incurrió, como consecuencia de las improproductividades sufridas por la entrega tardía de las áreas destinadas a la construcción del Edificio de Control central, la suma de \$1.297.287.143 como se resume en el siguiente cuadro:

Teniendo en cuenta el acta de negociación No. 1, las partes suscribieron el acta de acuerdo No. 1 el 16 de noviembre de 2010, mediante la cual ECOPETROL reconoce al Contratista Consorcio Urbapetrol la suma de \$1.297.287.143, para cubrir todos los costos

y gastos ocasionados al Contratista derivados de la reprogramación efectuada por ECOPETROL, de las fechas de entrega de las áreas destinadas a la construcción del Edificio de Control Central. Además de lo anterior se autoriza pagarle al contratista \$87.451.285 correspondiente a los valores cancelados para cubrir los gastos generados como consecuencia de la modificación de la póliza de garantía que ampara el contrato principal que amplió en 147 días producto de la mencionada reprogramación.

Como se puede observar, el pago realizado al Consorcio Urbapetrol sin tener en cuenta lo de la garantía estuvo por debajo de lo solicitado en \$ 200.511.452 millones, pero al margen del esfuerzo realizado por la Gestoría y Ecopetrol para disminuir el pago el cual a juicio de este peritazgo está sustentado, lo cierto es que si el acta de inicio no hubiese sido suscrita por las partes sin disponer efectivamente de las áreas donde se construiría el ECO, no había cabida a ningún reconocimiento al contratista por cuenta de esta situación.

[...] 5. Identifique y determine, el por qué no se hizo traslado de las diferentes áreas ubicadas en el predio destinado a la construcción del Edificio Control Central, a los sitios programados inicialmente para su adjudicación.

Como ya se mencionó, luego de definirse el cambio del sitio para construir el ECC en el área de talleres, se ordenó por parte de las Directivas de Ecopetrol gestar un nuevo proyecto para reubicar los talleres, dicho proyecto se denominó Ciudadela de Mantenimiento. Para ubicar la citada ciudadela se establecieron dos alternativas, la primera ubicarla cerca de la puerta principal en el costado sur de la refinería, opción que fue descartada por seguridad y costos. La segunda alternativa era construirla en la zona localizada entre la Piscina Pulmón y el Surtidor de Gasolina pero su establecimiento en ese lugar fue invalidado por el estudio adelantado en Noviembre de 2008 por la Pontificia Universidad Javeriana en el marco del contrato de consultoría en Higiene Industrial No. 5202552 el cual concluye que "El nivel de riesgo actual de la zona indica que no es conveniente la construcción de la instalación prevista...".

Por lo anterior el Proyecto de la Ciudadela de Mantenimiento no se continuó, dándole paso a la estructuración de uno nuevo que como ya se dijo fue denominado: Reordenamiento de Talleres. La Fase III de este proyecto se dio en Enero de 2009, el contrato se suscribió con la firma URYCOR en marzo de 2009 y el acta de inicio se suscribió en Abril de 2009.

CONCLUSIONES

Como resultado de las actividades cumplidas en el actual peritazgo se concluye lo siguiente:

Tratándose del traslado o cualquier otro tipo de maniobra que implique parar las actividades desplegadas por los talleres de mantenimiento y la central de herramientas de la Refinería de Barrancabermeja es una acción que sobrepasa los alcances de lo planeado para ejecutarla. En el caso particular que nos ocupa, luego de decidirse por parte de las Directivas de Ecopetrol de construir el Edificio de Control Central - ECC en las áreas donde funcionaban los talleres, además de los planes para hacer menos traumático los traslados, se dispuso de manera oportuna precontractualmente de un control para disminuir los riesgos ya visualizados que podían afectar el cronograma de construcción del ECC.

El mencionado control no es otro que el dispuesto en el numeral 7 Plazo de ejecución, del anexo 3 "Alcance de los Trabajos" de los Documentos del Proceso de Selección - DPS correspondientes al Concurso cerrado No. 515312, los cuales de acuerdo a la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato 5205474 forman parte integrante del mismo, y dice: "...El acta de inicio se suscribirá cuando e disponga efectivamente del área donde se trabajará."

[...] A la fecha de firma del acta de inicio del contrato lo cual se llevó a cabo el 26 de Mayo de 2009 las áreas de los talleres en donde se iba a construir el ECC no se habían entregado, sin embargo, ECOPETROL S.A., el Contratista Consorcio URBAPETROL y la

Gestoría Consorcio SMA-CEI-PRINCO, decidieron de común acuerdo suscribir la citada acta desconociendo tanto las condiciones contractuales como funciones establecidas en los manuales que de haberse acatado, hubiesen impedido en este caso el pago del reconocimiento realizado al contratista por \$1.384.738.428 por los tiempos improductivos en la ejecución del contrato. [...]"

196. De este modo, el dictamen y las pruebas obrantes en el expediente demuestran que existen deficiencias en la planeación y ejecución del contrato núm. 5205474, toda vez que las áreas dispuestas para la construcción del cuarto de control⁶⁵ no fueron entregadas para la fecha de la firma del acta de inicio de 26 de mayo de 2009, según lo establecen los Documentos del Proceso de Selección (DPS)⁶⁶, sino solo hasta el mes de noviembre de 2009, lo que ocasionó retrasos en las obras y que se compensara al contratista económicamente por un mayor valor por concepto de tiempos improductivos. El dictamen concluyó que desde la etapa precontractual se dispuso de un control para disminuir los riesgos que afectarían el cronograma de construcción para lo cual se

estableció que: "...El acta de inicio se suscribirá cuando se disponga efectivamente del área donde se trabajará.", según el numeral 7.º Plazo de ejecución, del anexo 3 "Alcance de los Trabajos" de los Documentos del Proceso de Selección – DPS.

197. En el mismo sentido, el dictamen radicado el 14 de enero de 2013, precisó de acuerdo a las actas de entrega de las áreas que las partes suscribieron el acta de inicio el 26 de mayo de 2009 aun cuando las áreas de ejecución de los trabajos no se habían dispuesto efectivamente, por cuanto éstas empezaron a entregarse el 27 de julio de 2009 y se terminaron de entregar el 23 de noviembre del mismo año.

198. Aunado a lo anterior, ECOPETROL S.A. realizó el pago de una compensación al contratista (CONSORCIO URBAPETROL) por tiempos improductivos en la ejecución del contrato de obra que se encuentran soportados en las órdenes de pago que ascienden a la suma de \$1.384.738.428 M/cte.⁶⁷ los cuales corresponden a la suma de \$1.297.287.143 por compensación económica, con fundamento en la demora en la entrega de las instalaciones y \$87.451.285, por concepto de modificación de pólizas.

199. De este modo, la Sala advierte la existencia de un daño patrimonial para ECOPETROL S.A. por el reconocimiento económico a favor del contratista quien tuvo que prolongar la disposición de personal y de equipo durante lapsos no previstos de ejecución del contrato por la no entrega del área de trabajo.

Gestión fiscal y nexos de causalidad.

⁶⁵ Talleres de mantenimiento y central de herramientas.

⁶⁶ Que hacen parte del contrato. Numeral 7.º Plazo de ejecución, del anexo 3 "Alcance de los Trabajos".

⁶⁷ Folio 205 del cuaderno núm.2 de antecedentes administrativos.

200. Como se analizó *supra*, la parte demandada declaró responsable fiscal a la parte demandante en su calidad de administrador del contrato de obra contrato núm. 5205474 a título de culpa grave con fundamento en la omisión del cumplimiento de sus funciones al suscribir el acta de inicio del contrato conociendo que no se contaba con la disponibilidad de las áreas a entregar al contratista en el lugar que se construiría el cuarto de control, por lo que debió intentar postergar la firma del acta que daba inicio a la ejecución de las obras, ante la materialización de los riesgos que fueron previstos desde la etapa de planeación para el traslado de los diferentes talleres, pero su conducta omisiva y negligente en cumplimiento de las obligaciones que tenía a su cargo, al no adoptar las acciones para contrarrestar las situaciones que terminaron afectando el inicio y desarrollo satisfactorio del contrato, conllevando a que se causara el daño patrimonial al Estado que no ocupa en cuantía de 1.713.838.943,84, valor del daño indexado.

201. En ese sentido, la parte demandante firmó el acta de inicio del contrato a sabiendas del contenido del clausulado del contrato establecía que el acta de inicio solamente se suscribiría cuando estuvieran efectivamente disponibles los sitios donde

se construiría el edificio, lo que constituye un incumplimiento de sus funciones que se encaminan a proteger los intereses de ECOPETROL S.A, lo que conllevó a que Ecopetrol pagara más de mil trescientos millones, por tiempos improductivos, dado que los sitios solamente estuvieron disponibles en su totalidad hasta el mes de noviembre de 2009.

202. Para la Sala es claro que el objeto del proceso de responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños patrimoniales ocasionados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de las personas que realizan gestión fiscal o con ocasión de esta por acción u omisión de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 4 de la Ley 610.

203. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 610 define la gestión fiscal como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que realizan los servidores públicos o los particulares que manejen o administren recursos o fondos públicos tendientes a la adecuada administración, explotación y disposición de los mismos y al correcto manejo, recaudo o inversión de sus rentas.

204. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001⁶⁸ precisó:

“[...] Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes

⁶⁸ “[...] Corte Constitucional; sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001; M.P. Jaime Araujo Rentería [...]”.

tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

[...]

“La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso. Por lo mismo, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

[...]

“Y la Sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para

que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados [...]". (Subrayas fuera de texto).

205. En ese sentido, para ser considerado gestor fiscal se requiere tener poder jurídico decisorio sobre los bienes y fondos públicos puestos a su disposición caso en el cual la responsabilidad deviene del daño patrimonial que se pueda causar a los mismos.

206. Por lo anterior, para establecer si la conducta del servidor público encaja dentro del concepto de gestión fiscal es necesario analizar las funciones asignadas a su cargo para determinar si estaban relacionadas con la administración y manejo de los recursos de la entidad y si tenía poder decisorio sobre los mismos.

207. En el caso *sub iudice*, el daño patrimonial causado a Ecopetrol S.A fue con ocasión de la celebración de un contrato de obra que inició sin la disponibilidad de las áreas para ejecutar la construcción del cuarto de control, por lo tanto, es necesario determinar cuáles eran las funciones del administrador del contrato para determinar si fungía como su gestor fiscal.

208. En el presente caso, se encuentra probado en el expediente que la parte demandante fue designado el 23 de abril de 2009 como administrador del contrato núm. 5205474 de 7 de abril de 2009 y dentro de sus funciones previstas en el Manual para la Administración y Gestión de Contratos (ECP-DAB-M-03)⁶⁹ se encontraban las siguientes:

[...] RESPONSABILIDAD.

Las responsabilidades emanadas del cumplimiento o incumplimiento de funciones a cargo del Administrador e Interventor surgirán a partir de la designación como Administrador o Interventor.

Salvo en caso de haber actuado con culpa grave o dolo, el Administrador y el Interventor no tendrán responsabilidad alguna por la adopción de decisiones equivocadas o inconvenientes, cuando demuestren que para ello tuvieron como base documentación o información errónea, falsa, inconsistente o ambigua, caso en el cual la responsabilidad recaerá sobre la(s) persona(s) que entrego (entregaron) la información en cuestión.

Las funciones del Administrador e Interventor deberán ser ejercidas hasta la culminación de todas las obligaciones contractuales, incluyendo las que puedan quedar pendientes a la finalización del contrato, hasta la suscripción del acta de liquidación.

6. DESARROLLO

6.1 FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR

El Administrador de un contrato tiene el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia, manteniendo debidamente informado al Funcionario Autorizado sobre las mismas.

Tratándose de decisiones de competencia del Funcionario Autorizado, tiene el deber de informar a éste lo que corresponda, para efectos de que las adopte oportunamente. Todas las actuaciones del Administrador se deberán encaminar a proteger los intereses de ECOPETROL, ajustándose al marco legal y contractual.

Para el logro de lo anterior, el Administrador tendrá las siguientes funciones :

6.1.1 Administrativas

1. Colaborar con el Contratista y con el Interventor para el desarrollo del contrato.
2. Coordinar con las dependencias de ECOPETROL la entrega de la información técnica y administrativa que requiera el Contratista.
3. Recomendar al Funcionario Autorizado la procedencia de celebrar contratos adicionales, adición de contratos, otrosí u otros actos (cesión total o parcial, terminación del contrato, reclamaciones por desequilibrio económico etc.) que incidan sobre lo pactado y que estime necesarios y viables. En tales casos, el Administrador deberá presentar un documento en el que obre la siguiente información:

- Número del contrato principal.
- Fecha de celebración.
- Plazo de ejecución.
- Valor de los pagos realizados y porcentaje de ejecución del contrato.
- Multas impuestas al Contratista y razón de las mismas.
- Objeto del acto o negocio jurídico que recomienda celebrar (Ejemplo: pacto de nuevos

⁶⁹ Folios 54 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos.

ítems, modificación de precios unitarios), valor aproximado, obligaciones y alcance del mismo.

- Conveniencia y motivación o soporte técnico y económico de su recomendación.

4. Imponer las sanciones o descuentos como penalización contractualmente pactados.
5. Aprobar en el Sistema de Compras y Contratación los pagos a que haya lugar con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato, o de documentos suscritos en desarrollo de dichas actividades.
6. Aprobar el pago de gastos reembolsables pactados en el contrato.
7. Autorizar o aprobar la subcontratación, siempre y cuando se establezca en el contrato y se exija que la misma sea controlada por ECOPETROL.
8. Autorizar, suscribiendo el documento pertinente en nombre y representación de ECOPETROL, la suspensión parcial o total del contrato. La suspensión parcial o total del contrato podrá ser ordenada por personas diferentes al Administrador del contrato, únicamente cuando exista violación grave de las normas de seguridad y salud ocupacional por parte del Contratista, en los eventos y conforme con el procedimiento que establezca la Dirección de Responsabilidad Integral.
9. Efectuar la liquidación final del contrato, suscribiendo el acta de liquidación de mutuo acuerdo o emitiendo el acto administrativo pertinente.
10. Emitir y entregar al Contratista, el Informe de experiencia y evaluación de desempeño, de acuerdo con lo establecido en el Instructivo para Evaluación de Desempeño del Contratista.

6.1.2 Técnicas

1. Analizar los informes que le entregue el Interventor, acordar lo pertinente con el Contratista y con el Interventor, y tomar las medidas conducentes para el buen desarrollo del contrato.

2. En caso de que lo estime conveniente, promover una visita al sitio donde se ejecutará o se ejecuta el contrato, con el Interventor y el Contratista, con el fin de ratificar los procedimientos y aclarar las actividades de seguimiento a la ejecución del contrato, así como verificar conjuntamente la disponibilidad de los recursos necesarios para dicha ejecución.

[...] Una vez celebrado el contrato objeto de administración y gestión, el Funcionario Autorizado comunicará por escrito la designación respectiva a quien haya sido asignado como Administrador y al (los) responsable (s) de la gestión del mismo. A éste (éstos) último(s) y no obstante que la gestión técnica y la gestión administrativa se realicen de manera independiente, además, se le(s) hará entrega de un expediente que contenga los siguientes documentos:

- Lista de chequeo de la etapa de ejecución del contrato.
- Copia física y/o en medio magnético de los Documentos del Proceso de Selección (Condiciones Generales y Específicas de la contratación, especificaciones técnicas, anexos, adendos, acta de audiencia informativa, aclaraciones).
- Copia física de la propuesta presentada por el contratista.
- Copia del Análisis de Riesgos efectuado durante el trámite de planeación.
- Copia del contrato y sus anexos.
- Copia de la consignación de los derechos de publicación del contrato en el Diario Único

de Contratación Pública (Cuando Aplique).

En los eventos en que la actividad de gestión de contratos se encomiende a un tercero, la comunicación de la designación se entiende realizada con la firma del contrato celebrado con aquel.

[...] 7. DESARROLLO

7.1. FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR DEL CONTRATO

El Administrador de un contrato tiene el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia, manteniendo debidamente informado al Funcionario Autorizado sobre las mismas. Todas las actuaciones del Administrador se deben encaminar a proteger los

intereses de ECOPETROL y a lograr el mejor desarrollo del contrato, ajustándose al marco legal y contractual.

Para el logro de lo anterior, el Administrador, además de coordinar lo pertinente con el gestor del contrato (Administrativo y Técnico) y de prestarle la colaboración que este requiera, tiene las siguientes funciones:

- 1. Colaborar con el contratista para lograr el mejor desarrollo o ejecución del contrato.*
- 2. Asegurar que se realice una adecuada gestión de riesgos y adoptar las acciones para contrarrestar las situaciones que puedan afectar el desarrollo satisfactorio del contrato.*
- 3. Identificar y evaluar junto con el Gestor Administrativo, la necesidad de adicionar el contrato, de introducir otras modificaciones o de realizar determinados actos (cesión total o parcial, reconocimientos económicos en aplicación de la teoría de la imprevisión, terminación anticipada del contrato, etc.) que se presenten durante su ejecución. En tales casos, debe elaborar un informe que contenga la siguiente información.*

- Número del contrato principal.*
- Fecha de celebración.*
- Contratista.*
- Plazo de ejecución.*
- Valor inicial del contrato.*
- Relación de contratos adicionales y/u otrosís.*
- Pagos realizados y porcentaje de ejecución del contrato.*
- Objeto del acto o negocio jurídico que recomienda celebrar con su debida justificación (Ejemplo: pacto de nuevos ítems, modificación de precios unitarios), obligaciones y alcance.*
- Evaluación parcial del desempeño del contratista, si la hubiere.*
- Número de la SI o SP si aplicare.*
- Presupuesto oficial de la adición con sus fuentes, si fuere este el caso.*
- Valor de la adición solicitada y la proyección de ejecución del contrato, si fuere este el caso.*

- 4. Recomendar al Funcionario Autorizado la celebración de contratos adicionales, otras modificaciones u otros actos (cesión total o parcial, reconocimientos económicos en aplicación de la teoría de la imprevisión, terminación anticipada del contrato, etc.) que fuere necesario o conveniente realizar durante la ejecución del contrato.*

Adicionalmente, hará la presentación de esas recomendaciones y sus justificaciones ante los Comités Asesores que el Funcionario Autorizado organizare para tratar dichos asuntos,

- 5. Imponer al contratista, acatando el debido proceso y respetando el derecho a la defensa, las sanciones pecuniarias pactadas en el contrato, en caso de incumplimiento de obligaciones derivadas del mismo (multas, descuentos, compensaciones, cláusula penal de apremio).*

- 6. Aprobar, en el Sistema de Compras y Contratación, los pagos a que haya lugar con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato, o de documentos suscritos en desarrollo de estas actividades. Así mismo, aprobar el pago de gastos reembolsables acatando los procedimientos previstos en el contrato o establecidos en la Empresa para el reconocimiento de aquellos.*

- 7. Autorizar la subcontratación, siempre y cuando la posibilidad de hacerla se haya pactado en el contrato; en caso de que dicho acto no se haya previsto en el contrato y el contratista lo solicita, evaluar su procedencia y formular la respectiva recomendación al Funcionario Autorizado.*

- 8. Autorizar la suspensión parcial o total del contrato mediante la suscripción del documento pertinente en nombre y representación de ECOPETROL, e informar de este hecho al Funcionario Autorizado. Desaparecidas las causas de la suspensión, corresponde al Administrador del contrato suscribir la respectiva acta de reiniciación.*

La suspensión parcial o total del contrato podrá ser autorizada, por escrito, por personas diferentes al Administrador del contrato, únicamente cuando exista violación grave de las normas de seguridad y salud ocupacional por parte del contratista, en los eventos y

conforme con el procedimiento que establezca la Dirección de HSE y Gestión Social. En este caso, se deberá informar al Administrador de contrato de forma inmediata.

9. Designar a quien deba realizar la liquidación final del contrato, en caso de que estime conveniente que la misma esté a cargo de una persona diferente del Gestor Administrativo del contrato, y aprobar dicha liquidación, suscribiendo el documento que la contenga.

10. Certificar al contratista la experiencia contractual producto de la ejecución del contrato.

11. Aprobar la evaluación de desempeño del contratista, de acuerdo con lo establecido en el Procedimiento para Gestión de Contratistas o el documento que haga sus veces.

12. Analizar los informes emitidos por el equipo de gestión del contrato, a fin de acordar con el contratista o recomendar al Funcionario Autorizado, según corresponda, las acciones necesarias (visitas, inspecciones, reuniones, recursos adicionales) para el buen desarrollo del contrato [...]”.

1. Representar legalmente a la Empresa para todos los efectos y en todos los casos

2. Celebrar los contratos y/o convenios necesarios para el desarrollo del objeto social y el Funcionamiento de la empresa.

3. Organizar coordinar y dirigir los servicios que presta la empresa, bajo los principios de Equidad, economía y eficiencia.

4. Atender las disposiciones emanadas del orden Nacional, Departamental o Municipal [...]”.

209. De este modo, el administrador del contrato cuenta con las siguientes facultades y atribuciones a nivel administrativo y técnico: i) tiene el deber de tomar oportunamente las decisiones de su competencia manteniendo debidamente informado al funcionario autorizado sobre las mismas; ii) tiene el deber de informar al funcionario autorizado lo que corresponda, para efectos de que las adopte oportunamente; iii) sus actuaciones se deberán encaminar a proteger los intereses de ECOPETROL S.A., ajustándose al marco legal y contractual; iv) colaborar con el contratista y con el interventor para el desarrollo del contrato; v) recomendar al funcionario autorizado la procedencia de celebrar contratos adicionales, adición de contratos, otrosí u otros actos (cesión total o parcial, terminación del contrato, reclamaciones por desequilibrio económico etc.) que incidan sobre lo pactado y que estime necesarios y viables; vi) imponer las sanciones o descuentos como penalización contractualmente pactados; vii) aprobar en el sistema de compras y contratación los pagos a que haya lugar con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato, o de documentos suscritos en desarrollo de dichas actividades; viii) autorizar, suscribiendo el documento pertinente en nombre y representación de ECOPETROL, la suspensión parcial o total del contrato; ix) efectuar la liquidación del contrato y/o aprobar dicha liquidación; ix) analizar los informes que le entregue el interventor, acordar lo pertinente con el contratista y con el interventor, y tomar las medidas conducentes para el buen desarrollo del contrato; x) asegurar que se realice una adecuada gestión de riesgos y adoptar las acciones para contrarrestar las situaciones que puedan afectar el desarrollo satisfactorio del contrato y, xi) recomendar al funcionario autorizado, las acciones necesarias (visitas, inspecciones, reuniones, recursos adicionales) para el buen desarrollo del contrato.

210. El numeral 6.2 del Manual para la Administración y Gestión de Contratos de ECOPETROL S.A. señala que el administrador del contrato es un *“Trabajador de ECOPETROL que, dentro de la estructura organizacional, haya sido designado para el ejercicio de un cargo administrativo con nivel mínimo de coordinador, o para alguno de los cargos establecidos en el Anexo 4 del **“Manual de Delegaciones Autorización para ordenar pagos”**”*.

211. A su turno, el numeral 6.1. del manual señalado dispone que la administración del contrato implica la integración y coordinados de las actividades de gestión técnica y administrativa para asegurar el normal desarrollo en las condiciones pactadas:

“[...] La administración del contrato implica la integración y coordinación de las actividades de gestión técnica y administrativa, además del ejercicio de los actos que incumban a ECOPETROL y que, habiendo sido previstos en el contrato, aseguran el normal desarrollo de aquel en las condiciones pactadas. [...]”

212. La cláusula vigésima del contrato núm. 5205474, prevé que la función de administración y gestión son necesarias para asegurar el desarrollo, la ejecución y el cumplimiento de las responsabilidades, compromisos y obligaciones pactadas.

213. De lo expuesto, se colige que el administrador del contrato dentro del marco de sus funciones debe verificar el cumplimiento de las condiciones contractuales, recomendar modificaciones del contrato, imponer sanciones, aprobar los pagos a que haya lugar con ocasión del contrato o de documentos suscritos en desarrollo del contrato, aprobar la liquidación y suspensión, tomar las medidas conducentes para el buen desarrollo del contrato, asegurar la adecuada gestión del riesgo y adoptar las acciones para que no se afecte el desarrollo del contrato. Además, el administrador del contrato debía trabajar coordinadamente con el gestor administrativo quien estaba obligado a presentarle informes periódicos de las obras contratadas.

214. En ese sentido, para la Sala es claro que la parte demandante cuando se desempeñó como administrador del contrato de obra pública celebrado fue gestor fiscal de los recursos públicos, por cuanto evaluaba las condiciones del contrato, aseguraba que se realizara una adecuada gestión de riesgos y se adoptaran las acciones para contrarrestar las situaciones que puedan afectar el desarrollo satisfactorio del contrato y debía tomar las medidas pertinentes para salvaguardar el patrimonio público velando por su adecuada inversión.

215. Respecto del nexo causal entre la conducta y el daño, debe existir certeza de la relación que existe entre un hecho antecedente y un resultado, de forma tal que de no existir o haberse presentado aquella, tampoco se hubiese ocasionado este.

216. Para analizar la existencia del nexo causal, el Consejo de Estado ha acogido la teoría de la causalidad adecuada para resolver los asuntos relativos a la responsabilidad

extracontractual civil y del Estado, respectivamente⁷⁰:

“[...] Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues “partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal”. Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito [...]”.

217. La Corporación en otra sentencia señaló⁷¹:

“[...] En orden a establecer el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño, la jurisprudencia de esta Corporación acoge la teoría de la causa adecuada, según la cual la conducta u omisión de la administración debe ser relevante y eficaz para producir el resultado dañino, siendo este último una consecuencia normal y previsible. Por tanto, no es suficiente que un evento haya sumado en la producción del daño, sino que debe tratarse de un hecho determinante y adecuado para causarlo [...]”.

218. Según lo expuesto, la teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que resulte idóneo para su configuración.

219. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la causa idónea y eficiente para la producción del daño.

220. Para la Sala la actuación del administrador de manera eficiente al detrimento de los recursos de ECOPETROL S.A., toda vez que con su omisión a se generó un gasto de recursos públicos que pudo evitarse si se daba cumplimiento al contrato y se iniciaba cuando las áreas fueran puesta a disposición del contratista para ejecutar la construcción del cuarto de control, es decir, se demostró que no desplegó actuar para evitar la

⁷⁰ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia del 11 de diciembre de 2002, C.P. María Elena Giraldo Gómez, número único de radicación 05001232400019930028801 [...]”.

⁷¹ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; sentencia del 10 de agosto de 2011, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, número único de radicación 17001233100019970602401 [...]”.

realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado y ocasionar con esto un daño patrimonial, por el contrario, no se demostró que haya realizado acciones para asegurar la adecuada gestión del riesgo evidenciado y adoptar las acciones para que no se afecte el desarrollo del contrato y se incurriera en sobrecostos.

221. Al respecto, la parte demandante al ser designado como administrador tuvo acceso a todos los documentos que obligaban a iniciar el contrato cuando se dispusiera efectivamente de las áreas para ejecutar las obras lo que desconoció, dado que solo hasta en el mes de noviembre de 2009 se entregaron de forma definitiva las instalaciones respectivas, es decir, cuando ya habían transcurrido varios meses contados desde el

acta de inicio del 26 de mayo de 2009, lo que ocasionó retrasos y la compensación económico al contratista. En ese sentido, no se evidencian gestiones suyas tendientes a gestionar el riesgo y la actividad contractual para cumplir la finalidad contratada.

222. La Sala considera que es posible atribuir a título de culpa grave la conducta del administrador, puesto que se demostró que no desplegó actuar para evitar la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado y ocasionar con esto un daño patrimonial, por el contrario, con sus acciones se incumplieron las condiciones contractuales, lo que fue determinante para que se hubiese generado daño al patrimonio público.

223. En ese sentido, es deber del funcionario que ejerce la administración de un contrato efectuar un adecuado seguimiento sobre el cumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, lo que quiere decir que su omisión lo hará responsable de los daños que con ocasión de esta circunstancia se generen.

224. En ese orden, la parte demandante actuó de manera negligente e imprudente en el ejercicio de su función como administrador, dado que suscribió el acta de inicio sin efectuar observación alguna respecto a que las áreas debían ser entregadas previo a la ejecución del mismo como riesgo evidenciado y para evitar pagos compensatorios (como lo exigía el ejercicio de su función) y frente al cumplimiento del objeto del contrato.

225. Por lo tanto, si la parte demandante hubiese desplegado diligentemente su gestión, habría dejado consignado en el acta de inicio o antes que no se habían cumplido los presupuestos para ejecutar el contrato, es decir, no se habían entregado las áreas para ejecutarlo y prever algún tipo de recomendación u observación para subsanar dicha irregularidad.

226. Así las cosas, si la parte demandante hubiese prestado atención de manera diligente a las áreas disponibles para ejecutar la obra y que se podían materializar los riesgos evidenciados en la etapa de planeación por iniciar la misma sin disponer de los terrenos, posiblemente hubiese dejado constancia y salvado su responsabilidad, dado que esta era precisamente la función o tarea que le había sido encomendada, y al no haberla cumplido a cabalidad contribuyó a que reconocieran sumas al contratista por compensación.

227. De esta manera, para la Sala resulta evidente que la parte demandante actuó con culpa grave y contribuyó a que se causara el daño patrimonial el cual también se encuentra plenamente acreditado con el peritaje realizado por la Contraloría y los demás medios probatorios obrantes en el expediente, los cuales no fueron desvirtuados por la parte demandante.

228. Por lo tanto, al no cumplir con las obligaciones a su cargo, la parte demandante está en el deber jurídico de soportar las consecuencias de su negligente proceder, por cuanto procedió a suscribir el acta de inicio del contrato núm. 5205474, sin contar con las áreas destinadas para la construcción del Edificio de Control Central, es decir, no manifestó su desacuerdo ante la decisión de iniciar el contrato sin tener la disponibilidad de las áreas para las obras, ni planteó un compromiso con el contratista para la entrega paulatina de las áreas, a medida que las circunstancias lo permitieran o algún tipo de objeción, propuesta o solución contractual en el marco de sus funciones, lo que condujo al reconocimiento económico al contratista por valor de 1.384.738.428, por concepto de tiempos improductivos. Para la Sala lo que denota la revisión del expediente es que no ejecutó ningún tipo de acción para advertir o prevenir el daño patrimonial.

229. De conformidad con lo anterior, la Sala considera que la Contraloría sí logró acreditar los tres elementos de la responsabilidad fiscal en el presente caso, debido a que: i) existió una conducta gravemente culposa en cabeza de quien, como administrador del contrato de obra, omitió el cumplimiento de sus funciones; ii) hubo daño patrimonial al Estado consiste en la compensación económica que pago ECOPETROL S.A. al consorcio URBAPETROL por el retraso en la ejecución de las obras ante la no entrega de las áreas donde se iba a construir; y iii) se probó el nexo causal, toda vez que se pudo demostrar que el daño al patrimonio público fue producto de la omisión de la parte demandante, debido a que al iniciar la ejecución de contrato sin la disponibilidad de áreas se generó un sobre costo previsible, es decir, si se hubiese evitado iniciar el contrato sin la disponibilidad de áreas no se habría incurrido en mayor pagos al contratista por tiempos improductivos, evidenciándose así que fue una causa idónea y eficiente para la producción del daño.

230. La Sala considera que la parte demandante desplegó su conducta con culpa grave, dado que de manera descuidada y negligente permitió y consintió con su omisión que se ejecutara un contrato que no contaba con la disponibilidad de áreas para la construcción del cuarto de control, lo que generó sobre costos derivados de la reprogramación efectuada por ECOPETROL S.A., de las fechas de entrega de las áreas destinadas a la construcción del edificio de control central

231. Así las cosas, del análisis integral y conjunto del acervo probatorio, la Sala advierte que la conducta omisiva de la parte demandante se constituyó en causa eficiente y determinante del detrimento, por cuanto como administrador suscribió el acta de inicio del contrato omitiendo el cumplimiento de los requisitos legales para su ejecución como era tener la disponibilidad de las áreas, advirtiendo dicha situación o dejando evidencia de su configuración.

232. Por lo anterior, para la Sala existe fundamento suficiente para imputar responsabilidad fiscal, dado que está probado que la conducta de la parte demandante

fue omisiva, descuidada y negligente.

De la falsa motivación

233. La parte demandante adujo que el operador judicial de primera instancia no tuvo en cuenta las pruebas allegadas al expediente que demuestran que la parte demandante suscribió el acta de inicio en atención a los compromisos adquiridos con anterioridad por ECOPETROL S.A., mediante la que se establecieron las fechas de entrega de las áreas dispuestas para la construcción del Edificio de Control Central, términos que se dieron a conocer al contratista de obra previo a la suscripción del acta de inicio.

234. Al respecto, la Sala advierte que el ingeniero Jorge Salgado, funcionario de ECOPETROL S.A., envió dos memorandos con número de radicado 2896 y 2897 el 28 de abril de 2009, en los que solicitó a los Coordinadores de los Talleres de Válvulas y al Departamento de Paradas de Plantas, informar la fecha exacta para la entrega de las áreas donde se llevaría a cabo la construcción del cuarto de control central.

235. El Departamento de Mantenimiento dio respuesta a la solicitud anterior el 8 de mayo de 2009 y confirmó las acciones necesarias para lograr el traslado temporal de todas las dependencias ubicadas en las áreas dispuestas para ejecutar la obra,

estableciendo el siguiente cronograma: (i) junio 23 de 2009: Traslados de Grupo III y Central de Herramientas; (ii) julio 17 de 2009: Traslado de Talleres de Tuberías, Válvulas y Oficios Civiles.

236. Para la Sala, si bien es cierto existe una comunicación del líder del proyecto requiriendo la fecha estimada de la entrega de las áreas que el Departamento de Mantenimiento respondió sería el 23 de junio y el 17 de julio de 2009, lo cierto es que para la fecha de la suscripción del acta de inicio (26 de mayo de 2009) aún no se habían entregado los terrenos destinados a la construcción del edificio de control central, de modo que el administrador del contrato debió asegurarse que para dicha fecha ya se hubieran entregado y en consecuencia, asegurar la ejecución de la obra sin que se generaran sobrecostos, intentar en el marco de sus funciones modificar o suspender el contrato para que no se generara un mayor valor a pagar o por lo menos dejar una observación y advertencia al suscribir el acta de inicio, lo cual no ocurrió.

237. Ahora bien, la Sala advierte que si la fecha tentativa de la entrega de las áreas para los trabajos eran el 5 o 23 de junio, el 17 de julio de 2009, la parte demandante debió en el marco de sus atribuciones contractuales recomendar o cambiar la fecha de inicio del contrato hasta tanto se hiciera la entrega material para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del contrato para que se diera una ejecución sin retardos ni erogaciones adicionales de dinero por tiempos improductivos, máxime si

desde el 20 de septiembre de 2007 se conocía la ubicación de las obras⁷². En el proceso quedó acreditado que la entrega efectiva de las áreas para la construcción del edificio de control central culminó en el mes de noviembre de 2009 según se el dictamen, las actas de reunión contractual, las actas de entrega de áreas generales y las pruebas documentales analizadas anteriormente.

238. Asimismo, la Sala evidencia que si bien es posible que la parte demandante recibiera instrucciones de la gerencia de la Refinería de Barrancabermeja, lo cierto es que nada impedía que en su calidad de administrador del contrato manifestara sus observaciones, sugerencias o propuestas para la debida ejecución del contrato y velara para que se cumplieran las condiciones del contrato buscando la eficiencia, economía y el buen manejo de los recursos.

239. En ese sentido, en su calidad de administrador del contrato núm. 5205474, y en función de las responsabilidades que el cargo le imponía, y la disposición de toda la

⁷² Folios 55 a 69 del cuaderno núm. 1 de antecedentes administrativos.

información inherente al contrato, no le eran ajenos los riesgos que se presentarían en su ejecución, dado el conocimiento no solo de los antecedentes del proyecto sino del retraso del inicio del contrato de reubicación de talleres, y de las múltiples paradas de planta de la refinería que se daban anualmente bien fueran programadas o no, como se acreditó en el proceso.

240. Lo anterior significa que la parte demandante era ampliamente conocedor de los inconvenientes que podrían presentarse con el traslado de los talleres, por no disponer de un terreno específico para ello y por otra parte la complejidad que implicaba el traslado de los mismos, toda vez, que estaban permanentemente involucrados con las paradas de planta. Es decir, el administrador del contrato tenía pleno conocimiento de los problemas suscitados con el proyecto y las múltiples vicisitudes presentadas con la ubicación de la obra y el traslado de los talleres evidenciados desde el año 2007.

241. En ese orden, la parte demandante conocía de la cláusula 27 de los estudios previos (que hacen parte del contrato) referente a la imposibilidad de dar inicio a la ejecución del contrato hasta tanto no se contara con la totalidad de los terrenos a disposición del contratista, sin embargo, solo con base en lo informado por el área de mantenimiento, previó que podía contar con la totalidad de los terrenos hecho que no sucedió y que dio paso a que el contratista trasladara su maquinaria y personal al lugar de trabajo pero que no haya podido ejecutar las obras a plenitud sino hasta noviembre de 2009, sin que en dicho lapso hubiese recomendado la suspensión parcial o total del contrato, facultades que ostentaba de conformidad con el manual de funciones.

242. Así, el administrador del contrato obvió el hecho que el traslado la suscripción del

contrato para la reubicación de los talleres se retardó e inició hasta el 17 de abril de 2009, pese a que dentro del proyecto se había previsto para el mes de octubre de 2008. Y en el recurso de apelación la parte demandante reconoce que ECOPETROL S.A. conocía de los riesgos para la ejecución de la obra por falta de disponibilidad de los terrenos desde diciembre de 2008.

243. En la explicación dada al hallazgo por parte del Vicepresidente de refinación y petroquímica de Ecopetrol manifestó:

"[...] Que Ecopetrol no optó por suspender el contrato, después de conocida la imposibilidad de entregar las áreas al 100%, en razón a las siguientes circunstancias:

" No había restricción de áreas para el inicio de los trabajos en la RFO y esta labor implicaba trabajar por muchas áreas de la refinería y muchas dificultades en planeación por los riesgos generados para su construcción en áreas operativas y vías de la refinería.

Se entregarían áreas adicionales al contratista en la zona del ECC el 27 de Junio de 2009 correspondientes a las antiguas oficinas de Casa Azul (12,15% ECC) y el Patio Intermedio

(25,08% ECC), lo cual permitiría realizar trabajos de desmantelamiento.

• El contratista tenía previsto realizar trabajos de cerramiento del lote del 2 de Junio al 3 de Julio de 2009, e iniciar trabajos de desmantelamiento por el taller de herramientas a partir del 6 de Julio de 2009.

Estas fechas quedaron consignadas en el PDT Rev. B presentado por el contratista con comunicación URB7SCP-094-R del 25 de Junio de 2009 [...]."

244. De este modo, la Sala encuentra acreditado que: i) Ecopetrol S.A. pese a evidenciar que podrían presentarse las vicisitudes que a la postre retardaron el cumplimiento del contrato dentro del término, opto por dar inicio a la ejecución sobre los terrenos parciales con los que contaba y, ii) el administrador siempre se tuvo conocimiento de que en el funcionamiento normal de la refinería había épocas de paradas de planta programadas y no programadas las cuales no se previeron para determinar el tiempo de ejecución del contrato, ni como vicisitud para la ejecución del mismo.

245. Ahora bien, en el peritaje practicado en el proceso se estableció:

"[...] De conformidad con la información recopilada, para este peritazgo resulta totalmente claro que por las razones que sean, relocalizar los talleres de mantenimiento así como la Central de Herramientas es una acción sumamente complicada de ejecutar y donde se debe aplicar una logística especial por cuanto el mantenimiento día a día de las Plantas, las Paradas Programadas y las Paradas no programadas son procedimientos básicos y dables en un Complejo de Refinación de hidrocarburos de lo cual no es ajeno la Refinería de Barrancabermeja, donde además de los temas financieros de lucro cesante y laborales, se involucra la cuestión estratégica pues dicho Complejo abastece cerca del 75% de los combustibles del País; es así como estas acciones (las de mantenimiento) demandan continuidad y suma responsabilidad en los trabajos adelantados por los talleres de mantenimiento y en el servicio prestado por la central de herramientas [...]."

246. Conforme a lo expuesto, la Sala advierte que pese a que al momento de la suscripción del acta de inicio del contrato se contaba con la disponibilidad del 94 % de los terrenos, no se contaba, ni se iba a contar con el terreno para la construcción del cuadro de control, de modo que el administrador del contrato debió abstenerse de

suscribir el acta de inicio dado el contenido del contrato, o al menos prever una entrega de los demás terrenos de modo programado, concordando con el contratista un PDT (plan detallado de trabajo) sin costos adicionales no pactados en el contrato.

247. Por último, la parte demandante manifiesta que la suscripción del acta de inicio por los funcionarios de ECOPETROL S.A. basada en los riesgos patrimoniales a los que estaba expuesta la entidad ante los atrasos en la iniciación de la obra.

248. Sobre el particular, la Sala advierte que los beneficios económicos que supuestamente generaría la iniciación de la obra sin la entrega de los terrenos para construir el cuarto de control no se encuentran acreditados en el proceso y comoquiera que era previsible la demora en la ejecución de las obras (riesgo advertido), en efecto, la obra sufrió serios retrasos por esta causa (debía finalizar el el 18 de octubre de 2010, y en septiembre de 2012 no se había terminado⁷³), en consecuencia, no se cumplió dicha expectativa, por el contrario, se hizo un reconocimiento económico al contratista el cual causó un detrimento patrimonial y que no debió existir.

249. Por las razones expuestas, para la Sala se acreditó la culpa grave del administrador del contrato, sin que su conducta tuviese que estar amparada bajo ninguna de las presunciones de que trata el artículo 118 de la Ley 1474 como lo sugiere la parte demandante.

De la responsabilidad solidaria

250. La parte demandante adujo que la solidaridad en la responsabilidad fiscal por fuera de los eventos taxativamente señalados en la ley carece de toda justificación, y, en el presente asunto, no es aplicable el del Estatuto Orgánico del Presupuesto, dado que establece supuestos para funcionarios, los ordenadores del gasto y los pagadores que aquí no se configuran, como tampoco es aplicable el artículo 119 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011, dado que los hechos ocurrieron en el año 2009, es decir, antes de su entrada en vigencia.

251. Sobre el particular, antes del 12 de julio de 2011, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, la solidaridad se aplicaba en el ámbito de la responsabilidad fiscal para los evento en los cuales en la causación de un daño al patrimonio del Estado, en los términos del artículo 6 de la Ley 610, cuando concurrían varios presuntos responsables, quienes con sus acciones u omisiones ya sea de manera dolosa o culposa contribuían de forma determinante en la causa del daño, hecho acaecido en el presente caso.

252. La aplicación de la solidaridad en estos términos se justifica desde el artículo 2344 del Código Civil que consagra para la responsabilidad civil extracontractual, la solidaridad

como regla general cuando en la causación del daño concurren dos o más personas como consecuencia de un delito o una culpa.

253. En efecto, esta Sección de la Corporación⁷⁴ ha señalado que la responsabilidad

⁷³ Dictamen pericial

⁷⁴ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 11 de octubre de 2007; C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; número único de radicación 25000232400019940437301 [...]”.

solidaria es aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, así

“[...] Por lo anterior, estima la Sala que la responsabilidad debe recaer, únicamente en cabeza del señor MIGUEL CARO GALINDO y no en forma solidaria, con MARY SILVA AREVALO, pues como quedó visto, en ejercicio de la función y vigilancia sobre los bienes sometidos a custodia del Departamento de Almacén, cuya Jefatura fungía ella, los inservibles de vehículos solo podían ser retirados con el visto bueno de dicha jefatura, no obstante lo cual aquél, a sabiendas de reconocer que el Almacén tenía bajo custodia los motores, autorizó su retiro sin el respectivo visto bueno de la actora.

Por ello, habrá de modificarse la sentencia apelada para exonerar de responsabilidad a la actora MARY SILVA AREVALO, con la salvedad de que el hecho de que el demandante MIGUEL CARO GALINDO, en razón de la sentencia, deba asumir él solo la obligación objeto de fenecimiento, no implica hacer más gravosa su situación, ya que la solidaridad impuesta en los actos acusados parte del supuesto de una culpa compartida, de ahí que el pago pueda exigirse de uno o de ambos deudores; empero una vez desvirtuada la culpa y exonerado uno de los implicados desaparece la solidaridad [...]”.

254. De este modo, la solidaridad parte del supuesto de una culpa compartida de ahí que el pago pueda exigirse de uno o de ambos deudores que desaparece en el evento de que uno de los implicados resulte exonerado.

255. En el mismo sentido, esta Sección de la Corporación⁷⁵ ha precisado que la responsabilidad solidaria procede en los procesos de responsabilidad fiscal y depende de la conducta de la persona investigada y si con su actuación contribuyó al detrimento patrimonial de la entidad:

“[...] El punto central de la controversia en el recurso se circunscribe a establecer si no obstante que el actor no era funcionario de manejo, podía responsabilizársele solidariamente, como se hizo en los actos acusados. El actor no tenía dentro de sus funciones recaudar dinero por concepto de los servicios que se prestaban en el Cementerio Central de Bogotá, empero de las pruebas que se relacionan en los actos acusados, concretamente, en el Auto núm. 087 de 8 de agosto de 1996 se infiere que su participación en los hechos consistió en prestar el servicio sin que se acreditaran los requisitos, destacándose la conducta de vender y arrendar bóvedas de propiedad de la EDIS, hecho este que le fue imputado por el testigo RAUL H. BARRAGÁN, reconocido también por JOSE R. RIOS, en cuya declaración adujo que los que participaron en la defraudación “de común acuerdo prestaban servicios de inhumación, exhumación y cremación de cadáveres cobrándolos directamente y luego se repartían el valor de lo recaudado”. De tal manera que resulta irrelevante que el cargo del actor no fuera de manejo o que dentro de sus funciones no estuviera la de recaudar dineros, sino que lo verdaderamente trascendente es que con su conducta contribuyó al detrimento patrimonial de la EDIS, pues la entidad dejó de percibir los dineros que le correspondían por los servicios prestados en el Cementerio Central, dineros de los cuales se aprovechó el demandante, al permitir que los valores por concepto de inhumaciones y exhumaciones no ingresaran a las arcas de la entidad [...]”.

256. Conforme a lo expuesto, para la Sala resulta evidente que la solidaridad depende

⁷⁵ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 27 de marzo de 2003; C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; número único de radicación 25000232400019960848501 [...]”.

de la concurrencia en la causa del daño patrimonial al Estado, de las conductas calificadas como culpa grave. En el caso *sub examine*, dada la calidad de administrador del contrato suscrito y la aprobación del acta de inicio de modo previo a lo previsto en las cláusulas contractuales que generaron el reconocimiento de sumas por los tiempos improductivos del contratista.

257. Así, el hecho de dar inicio al contrato de modo anticipado aun previendo el incumplimiento del contratante en la entrega de los terrenos y la falta de adopción de medidas para evitar el reconocimiento de sobrecostos no pactados en el contrato fueron determinantes en la producción del daño, de modo que se probó o el nexo causal ante la conducta omisiva, razones por las que debe ratificarse la legalidad de los actos administrativos acusados.

258. En ese sentido, comoquiera que esta Corporación de forma reiterada ha impuesto condenas solidarias por la totalidad del monto correspondiente al detrimento patrimonial para cada uno de los responsables fiscales conforme el artículo 2344 del Código Civil⁷⁶, no se advierte que sea procedente la discriminación de lo que cada persona debe pagar de la obligación teniendo en cuenta su participación como lo sugiere la parte demandante.

259. Por las razones expuestas, no prospera el cargo estudiado *supra*.

Condena en costas

260. La parte demandante adujo que el *a quo* no valoró que no se encuentran acreditadas los gastos y expensas dentro del proceso ni se advierte ninguna actuación procesal que pueda calificarse como temeraria, por lo que, no es procedente la condena en costas.

261. Sobre el particular, el artículo 188 de la Ley 1437 visto *supra*, señala que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas conforme con lo previsto en el estatuto procesal civil (actualmente Código General del Proceso).

262. En este orden de ideas, aunque en el caso concreto es procedente la condena en costas, la Sala observa que en el expediente no está probado que se hayan causados a

⁷⁶ "Artículo 2344. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso"

la parte demandante. Por este motivo no se impondrán costas, dado que no aparece ningún elemento de prueba que justifique tal condena.

263. Sobre el particular, esta Sección de la Corporación⁷⁷ ha señalado que hay lugar a condenar en costas cuando se acredita probatoriamente su causación, es decir, cuando en el proceso se prueban los gastos en que incurrió la parte para su defensa, así:

“[...] Vistos los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, en especial, su numeral 8.º, sobre condena en costas.

Atendiendo a que esta Corporación⁷⁸ ha señalado el criterio objetivo-valorativo de la condena en costas que implica: i) objetivo porque que no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto⁷⁹ y ii) valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el Código General del Proceso, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso⁸⁰.

En el caso sub examine, la Sala considera que no hay lugar a imponer una condena en costas a la señora Teresita de Jesús Isaza Dávila, en la medida que [...] no se acreditó probatoriamente su causación, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió la parte demandada para su defensa [...]”⁸¹.

264. Atendiendo a que esta Corporación⁸² ha establecido que la condena en costas tiene un carácter: i) objetivo, porque en toda providencia se debe disponer sobre las costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las reglas de la Ley 1564; y se debe excluir como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes; y ii) valorativo, porque se requiere que en el

⁷⁷ i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 17 de marzo de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez; número único de radicación 2500023410002013018610. En el mismo sentido: i): “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 9 de julio de 2020; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; número único de radicación 25000234100020120036901 [...]”; ii) “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 4 de febrero de 2021; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; número único de radicación 25000234100020150018001 [...]”; iii) “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 28 de enero de 2021; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; número único de radicación 25000234100020140003501 [...]”

⁷⁸ Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 13 de diciembre de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, número único de radicación 11001-03-24-000-2016-00162-01; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número único de radicación 15001-23-33-000-2012-00509-00; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de diciembre de 2018, C.P. Milton Chaves García, número único de radicación 25000 23 37 000 2014 01115 01.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número único de radicación 15001-23-33-000-2012-00162-01.

⁸¹ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; providencia de 14 de febrero de 2019; C.P. Hernando Sánchez Sánchez; número único de radicación 11001032400020120033900 [...]”.

⁸² Ver entre otras: i) “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; providencia de 13 de diciembre de 2018; C.P. Oswaldo Giraldo López; número único de radicación 110010324-00020160016201[...]”; ii) “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; sentencia de 7 de abril de 2016; C.P. William Hernández Gómez; número único de radicación 15001233300020120050900 [...]”; iii) “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta; sentencia de 12 de diciembre de 2018; C.P. Milton Chaves García; número único de radicación 25000233700020140111501 [...]”; iv) “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; providencia de 15 de octubre de 2019; C.P. Hernando Sánchez Sánchez; número único de radicación 1100103240002014001310[...]”.

expediente el juez revise si las mismas se causaron⁸³.

265. Ahora bien, el numeral 6.º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil (hoy) el numeral 8.º del artículo 365 de la Ley 1564, dispone que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

266. Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera que, en el caso *sub examine*, no hay lugar a imponer condena en costas a la parte demandante, en la medida que no se acreditó su causación, es decir, no aparece evidencia alguna que demuestre los gastos en que incurrió la parte para su defensa, por lo que se revocará la sentencia impugnada en ese sentido.

267. Así las cosas, comoquiera que no existe prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió la parte para ejecutar los actos procesales y que el juez puede abstenerse de condenar cuando la demanda prospere parcialmente, no habrá lugar a la condena en costas.

268. Visto el artículo 365⁶⁵ numeral 8.º de la Ley 1564, sobre condena en costas, y atendiendo al criterio objetivo valorativo de las mismas y que en el expediente no aparecen causadas ni probadas; la Sala no condenará en costas a la parte demandante.

269. Por lo anterior, se confirmará la sentencia proferida por el *a quo* como en efecto según se dispondrá en la parte resolutive, salvo lo relativo a la condena en costas que será revocada conforme lo expuesto en la parte motiva.

Conclusiones de la Sala

270. En suma, la Sala concluye que en el caso *sub examine* se reúnen los elementos para declarar responsable fiscal a la parte demandante.

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

83 “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; sentencia de 7 de abril de 2016; C.P. William Hernández Gómez; número único de radicación 15001233300020120016201[...].”

III. RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR la declaración de impedimento del Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto declaró responsable fiscal a la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en lo que respecta a la condena en costas.

CUARTO: NO CONDENAR en costas a la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: En firme esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.