



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000 23 24 000 2012 00759 01
Actor: SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS
Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Tesis: Incurrió en nulidad el fallo con responsabilidad fiscal en atención a que no se probó la existencia de un daño patrimonial al Estado; en consecuencia, CONFIRMA la sentencia apelada.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Contraloría General de la República, en contra de la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala Transitoria, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La Sociedad Colombiana de Arquitectos (en adelante SCA), actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto por el artículo 85 del



Decreto 01 del 2 de enero de 1984¹, presentó demanda² en contra de la Contraloría General de la República, en la cual formuló las siguientes pretensiones:

"[...]"

5.1. Que se declaren NULOS los siguientes ACTOS ADMINISTRATIVOS:

5.1.1. Auto 0019 de fecha 2 de agosto de 2011 expedido por el Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, "por medio del cual se falla con responsabilidad dentro del proceso de responsabilidad fiscal.";

5.1.2. Auto 01036 de fecha 1 de noviembre de 2011, "Por medio del cual se resuelve un recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del fallo No. 019 del 2 de agosto de 2011 fallo de responsabilidad fiscal" expedido por el mismo funcionario y

5.1.3. Auto 001342 de fecha 9 de diciembre de 2011 "mediante el cual se resuelve recurso de apelación" proferido por la Contralora Delegada de Investigaciones Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

5.2. A manera de restablecimiento de derecho solicito:

5.2.1. Se declare que la Sociedad Colombiana de Arquitectos no tiene responsabilidad fiscal por los hechos que dieron lugar a los autos anulados y, en consecuencia, se ordene a la Contraloría General de la República la devolución de lo efectivamente pagado por el demandante en virtud del fallo de Responsabilidad Fiscal por la suma de \$545.663.253,31, según comprobante adjunto al proceso, suma que deberá ser actualizada a valor presente, más los intereses aplicables al caso.

5.2.2. Que se condene a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a pagar a LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS las siguientes sumas de dinero como indemnización por los daños, perjuicios materiales y morales, las actualizaciones, agencias en derecho, costas y demás sumas, debidamente actualizadas que resumo en los siguientes términos:

La suma de DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTISÉIS NOVECIENTOS OCHENTA PESOS m/c (\$2.958.526.980) que es el valor promedio de los ingresos percibidos por la SCA durante los últimos cinco (5) años por conceptos de ingresos operacionales, ya que al ser incluida en el Boletín de responsabilidad Fiscal de la Contraloría queda inhabilitada para celebrar dichos contratos.

La suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$500.000.000 m/l), o aquella que resulte acreditada en la conciliación, suma correspondiente al valor de los perjuicios morales padecidos por ésta como consecuencia de los actos cuya revocatoria se solicita.

¹ Por la cual se expide el Código Contencioso Administrativo.

² Folios 1 a 106 del cuaderno principal de la primera instancia.



La suma correspondiente al valor de los dineros retenidos entre (sic) mientras duró el embargo.

La suma de VEINTIDÓS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL (\$22.966.736 m/c) por concepto de la garantía que debió constituir en el desarrollo del proceso para lograr el desembargo de sus cuentas bancarias.

Las costas del proceso. [...]"

1.2. Normas invocadas como infringidas y concepto de violación

El demandante consideró que, con la expedición de las resoluciones acusadas, se vulneraron los artículos 1, 2, 13, 23, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1602 del Código Civil, por falta de aplicación y el artículo 269 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 610 del 15 de agosto de 2000, y Decreto Ley 267 de 2000, lo que sustentó así:

Adujo el demandante que el proceso fiscal adelantado por la Contraloría General de la República se fundamentó en la indebida utilización del ítem 8.3.1. del Decreto 2090 de 1989, aplicando un factor multiplicador de (1.5) a todos los ítems del contrato, incluyendo los gastos administrativos y de funcionamiento, en contra de lo previsto en la norma citada que no autoriza su aplicación, lo cual generó un detrimento patrimonial del Estado.

Afirmó que el Decreto 2090 de 1989 no se encontraba vigente para la fecha de los hechos y, en gracia a discusión, si hubiera estado vigente, no era aplicable para determinar los honorarios del organismo asesor de un concurso de arquitectura; por lo tanto, no existió daño al patrimonio público.

Señaló que el contrato celebrado por la SCA y la Aeronáutica Civil nro. 5000365 OJ de 2005, no acogió, ni señaló el Decreto 2090 de 1989, en los pliegos de condiciones, en la oferta, ni en el contrato, y que la



interpretación del ente de control en la cual manifestó que, a pesar de no mencionarse el citado decreto en los pliegos, oferta o contrato, sí estuvo presente en otras declaraciones como las que realizó: (i) la Procuraduría General de la Nación en el acto que puso fin a la investigación; (ii) la página web de la Sociedad Colombiana de Arquitectos de Antioquia (Persona Jurídica diferente), y (iii) una declaración de la entonces vicepresidente de la SCA, y que por ende se podía interpretar su aplicación, olvidando el ente de control lo establecido en el artículo 14 de la Ley 153 de 1987³.

Indicó que, dentro del proceso de contratación para determinar el valor de los honorarios que deben percibir los organismos asesores para organizar concursos de arquitectura, se utilizó el Decreto 2326 de 1995, el cual era el aplicable para el presente caso; a diferencia del Decreto 2090 de 1989, utilizado por el ente de control en el proceso de responsabilidad fiscal, el cual regulaba las tarifas de los trabajos de arquitectura y ya se encontraba derogado.

Finalizó estableciendo que no existió daño patrimonial en la liquidación de los honorarios profesionales del arquitecto diseñador, por cuanto éstos se liquidaron de conformidad con el Decreto 2326 de 1995⁴.

Explica que, en razón a la complejidad y magnitud de los diseños objeto del contrato, el valor de los honorarios calculados conforme al reglamento de honorarios de la SCA arrojaba una cifra de \$1.956.074.670, pero, de conformidad con el acuerdo de voluntades establecido dentro del contrato, se fijó como honorarios la cifra de \$736.584.250, lo cual implicó un ahorro de \$1.219.490.420 para el

³ Ley 153 de 1987. Art. 14.- Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.

⁴ Decreto 2326 de 1995 "Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a los Concursos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, se hace una adición al Decreto 1584 de 1994 y se dictan otras disposiciones".



Estado, y no un detrimento patrimonial como lo interpretó el ente de control.

II. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

2.1. La demanda correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, magistrada de conocimiento Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, quien, por auto del 6 de septiembre de 2012, la admitió y fue notificada personalmente a la Contraloría General de la República el 3 de julio de 2013, y a la sociedad QBE Seguros S.A. como tercero con interés, el 19 de mayo de 2014.⁵

2.2. La Contraloría General de la República, a través de apoderado judicial, mediante escrito radicado el 13 de junio de 2014, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, para lo cual expuso los siguientes argumentos:

Afirmó que los actos administrativos constitutivos del fallo de responsabilidad fiscal fueron expedidos dentro del marco de las competencias y atribuciones de la entidad, respetando el debido proceso, los derechos de defensa y de audiencia del implicado y con observancia de las normas en que debían fundarse establecidas en la Ley 610 de 2000, sin que exista el mínimo indicio de falta de competencia, violación de normas superiores, falsa motivación o desviación de poder que conduzca a su nulidad.

Señaló que la Contraloría General de la República no declaró fiscalmente responsable a la SCA por aplicación del Decreto 2090 de 1989, puesto

⁵ La demanda fue radicada el 15 de junio de 2012, como se observa del sello de radicación visible a folio 242 del cuaderno principal de primera instancia.

⁶ Folios 244 a 247 del cuaderno principal de primera instancia.

⁷ Folios 316 del cuaderno principal de primera instancia.

⁸ Folios 335 de cuaderno principal de primera instancia.

⁹ Folios 501 a 517 del cuaderno principal de la primera instancia.



que lo que se determinó en el proceso de responsabilidad fiscal, fue que dentro del precio del contrato de consultoría nro. 500356 OJ de 2005 se pagó un 150% adicional, por concepto de honorarios, el cual resulta injustificado, al aplicar el factor multiplicador contenido en dicho reglamento cuando no procedía, ya que no estaba vigente para la fecha de celebración del contrato.

Manifestó que la SCA pretendió desviar el análisis del debate respecto del verdadero cargo o motivación de las decisiones del ente de control dentro del proceso de responsabilidad fiscal nro. 01705, señalando la derogatoria del Decreto 2090 de 1989, con el objeto de soslayar que dicha disposición legal fue indebidamente empleada en la fase precontractual para establecer los valores a reconocer dentro del contrato.

Por último, propuso las siguientes excepciones: (i) inexistencia de causal para demandar, (ii) falta de sustentación legal y probatoria, (iii) falta de identidad entre los argumentos planteados en sede administrativa y sede judicial, (iv) falta de identidad entre las pretensiones expuestas en la conciliación prejudicial y las expuestas en la demanda, (v) falta de claridad de los postulados de la demanda, y (vi) cobro de lo no debido.

2.3. QBE Seguros S.A. - Tercero con interés, a través de apoderado judicial, mediante escrito radicado el 13 de junio de 2014, se hizo presente en el proceso y coadyuvando las pretensiones de la parte demandante, expuso los siguientes argumentos¹⁰:

Afirmó que la Contraloría General de la República, desconoció la vigencia de la póliza expedida y la estructura del derecho de los contratos de seguros, en razón a que el contrato censurado es de fecha 1 de septiembre de 2015 y la expedición de la póliza es del 20 de agosto de

¹⁰ Folios 342 a 350 del cuaderno principal de la primera instancia.



2006; por consiguiente, QBE Seguros S.A. no podía responder ni mucho menos ser vinculada como tercero civilmente responsable.

Señaló que la ley y la jurisprudencia son claras respecto de la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio en materia de la prescripción en la vinculación de los garantes como terceros civilmente responsables; circunstancia no interpretada por el ente de control.

2.4. La Aseguradora Colseguros S.A. – Tercero con interés, a través de apoderado judicial, mediante escrito radicado el 27 de abril de 2012, se hizo presente en el proceso y, coadyuvando las pretensiones de la parte demandante, expuso los siguientes argumentos¹¹:

Afirmó que la Contraloría General de la República se abrogó competencias que no le correspondían respecto de la acción contractual que debía ser resuelta por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no dentro de un proceso fiscal; agregó que la entidad demandada no dio aplicación a lo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, acerca de la prescripción en la vinculación de los garantes como terceros civilmente responsables, dejando de lado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

III. PRUEBAS

El Tribunal, mediante oficio de fecha 13 de agosto de 2014¹², procedió a decretar pruebas, así, (i) documentales, (ii) testimoniales (iii) exhortos.

El demandante presentó recurso de apelación frente al auto que decretó pruebas respecto de la negación de la práctica de pruebas testimoniales solicitadas, el cual fue concedido mediante auto de fecha 27 de agosto

¹¹ Folios 209 a 233 del cuaderno principal de la primera instancia.

¹² Folios 371 a 374 del cuaderno principal de la primera instancia.



de 2014¹³; no obstante, el Tribunal, mediante auto de fecha 17 de septiembre de 2014¹⁴, declaró desierto el recurso presentado.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Tribunal, mediante oficio de fecha 17 de septiembre de 2015¹⁵, ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

4.1. La SCA

La parte demandante en la oportunidad procesal presentó alegatos de conclusión e insistió en las pretensiones expuestas en la demanda; analizó las pruebas concluyendo que las mismas se ajustan a derecho y demuestran de manera clara los supuestos fácticos que sirven de fundamento a sus reclamaciones¹⁶.

4.2 La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República en la oportunidad procesal presentó alegatos de conclusión, reiterando los planteamientos hechos en la contestación de la demanda.¹⁷

4.3 De QBE Seguros S.A. – Tercero con interés

QBE Seguros S.A. en la oportunidad procesal presentó alegatos de conclusión, mediante los cuales reiteró los planteamientos hechos en el escrito coadyuvando la demanda.¹⁸

¹³ Folio 380 del cuaderno principal de la primera instancia

¹⁴ Folio 385 del cuaderno principal de la primera instancia

¹⁵ Folio 380 del cuaderno principal de la primera instancia.

¹⁶ Folios 485 a 495 del cuaderno principal de la primera instancia.

¹⁷ Folios 421 a 626, del cuaderno principal de primera instancia.

¹⁸ Folios 469 a 473, del cuaderno principal de primera instancia.



V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente proceso.

VI. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En Sala Transitoria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, magistrada ponente Dra. María Antonieta Rey Gualdrón, se discutió y se aprobó la sentencia del 27 de noviembre de 2018, mediante la cual declaró no probadas las excepciones presentadas por la entidad demandada y declaró la nulidad parcial del fallo con responsabilidad fiscal en lo relacionado con la parte demandante¹⁹, con base en los siguientes argumentos:

6.1. Excepciones previas

El Tribunal inició con el estudio de las excepciones presentadas por la parte demandada, las cuales fueron: (i) inexistencia de causal para demanda, (ii) falta de sustentación legal y probatoria, (iii) falta de identidad entre los argumentos planteados en sede administrativa y sede judicial, (iv) falta de identidad entre las pretensiones expuestas en la conciliación prejudicial y las expuestas en la demanda, (v) falta de claridad de los postulados de la demanda, y (vi) cobro de lo no debido. Sobre el particular, el Tribunal decidió que no prosperaba ninguna excepción propuesta y por lo tanto procedió a pronunciarse de fondo.

De otra parte, el Tribunal se pronunció sobre la intervención de QBE Seguros S.A. como tercero con interés vinculado al proceso, que se adhirió a la totalidad de los hechos, pretensiones y cargos de la demanda, y señaló que los cargos y argumentos que exceden los

¹⁹ Folios 641 a 651 del cuaderno principal de la primera instancia.

propuestos por la parte demandante no serían objeto de análisis de fondo en la providencia, en razón a la calidad en que fue vinculado como tercero coadyuvante, en los términos establecidos en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil.

6.2. Problema jurídico de fondo

El Tribunal centró el problema jurídico en determinar lo siguiente: (i) ¿en los actos administrativos demandados se estableció la existencia del daño patrimonial al Estado como presupuesto para la declaratoria de responsabilidad fiscal?; (ii) ¿se configuró un daño patrimonial al Estado en razón a la metodología empleada por las partes para establecer el valor del contrato de consultoría nro. 5000365 de 2005?

El Tribunal realizó una transcripción del fallo con responsabilidad fiscal, del recurso de apelación y de la versión libre que rindió la señora Martha Cecilia González Ocampo²⁰, concluyendo qué: (i) la determinación del precio pactado en el contrato de consultoría se realizó mediante un acuerdo de voluntades empleando el factor multiplicador del 1.5 para calcular los honorarios de la SCA; (ii) el Decreto 2090 de 1989 establecía un factor multiplicador que oscilaba entre el 2.5 y el 3.5, y las partes optaron por un factor del 1.5 para la determinación de los honorarios; (iii) según el reglamento de concursos públicos de la SCA, adoptado el 21 de marzo de 1996²¹, el valor de los honorarios sería el equivalente al 15% del honorario básico del concurso; sin embargo, las partes escogieron el método del factor multiplicador, el cual arrojó un menor valor en la determinación de los honorarios.

El Tribunal determinó que el Decreto 2090 de 1989 perdió su fuerza ejecutoria, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 66

²⁰ Martha Cecilia González Ocampo: Especialista en liquidar el valor de los honorarios de la Sociedad Colombiana de Arquitectos.

²¹ Folios 167 a 197 cuaderno de primera instancia



de C.C.A., a consecuencia de que dicho decreto había sido expedido en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 39 del Decreto-Ley 222 de 1983, el cual fue derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

Adujo que el Decreto 2090 de 1989, a pesar de perder su fuerza vinculante por decaimiento del acto, fue utilizado por la SCA como un criterio técnico y no como una regla vinculante, en ejercicio de la autonomía de voluntades y con la intención de reducir el valor de honorarios, dado que, de haber utilizado el estatuto de honorarios de la SCA, el valor a reconocer resultaba mucho más oneroso; acorde a lo anterior, a juicio del *a quo*, no le era factible a la Contraloría General de la República constituir el cargo de aplicación indebida del factor multiplicador establecido en el decreto citado.

Determinó el Tribunal que el ente de control no logró demostrar la existencia del daño patrimonial, en vista de que no realizó un estudio de manera específica frente a la determinación de los honorarios, dado que el valor pagado en aplicación del criterio técnico, sin carácter obligatorio, como el del factor multiplicador, fue más beneficioso para la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y menos oneroso para el erario; agregó que la autonomía de la voluntad en la contratación estatal se encuentra limitada únicamente por el interés general, lo que conlleva a aseverar que el clausulado contractual no debe ir en contra de normas de carácter imperativo.

El Tribunal concluyó señalando que el contrato de consultoría cumplió con su finalidad, por cuanto se llevó a cabo el concurso, motivo por el cual tampoco se evidenció la existencia de detrimento patrimonial como presupuesto esencial de la responsabilidad fiscal; por el contrario, se demostró un beneficio económico para la entidad contratante, y por consiguiente declaró la nulidad parcial de los actos demandados en relación a la SCA. Frente a las pretensiones de restablecimiento de derecho se pronunció de la siguiente manera:



1. Accedió a la pretensión correspondiente a la devolución de los dineros efectivamente pagados por la SCA en cuantía de QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS \$545.663.253, de conformidad con el artículo 178 de CCA.
2. Negó la pretensión correspondiente al pago de DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTISÉIS NOVECIENTOS OCHENTA PESOS m/c (\$2.958.526.980, valor promedio de los ingresos percibidos por la SCA durante los últimos cinco (5) años por conceptos de ingresos operacionales, toda vez que no se allegó material probatorio que acreditaran el perjuicio.
3. Negó la pretensión correspondiente al pago de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$500.000.000 m/l) como perjuicios morales, toda vez que no se allegó material probatorio que acreditara el perjuicio.
4. Negó la pretensión correspondiente al pago de VEINTIDÓS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA LEGAL (\$22.966.736 m/c) por concepto de la garantía que debió constituir en el desarrollo del proceso para lograr el desembargo de sus cuentas bancarias, toda vez que no se allegó material probatorio que acreditara el perjuicio.

VII. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido por el *a quo*, el apoderado de la parte demandada interpuso, dentro del término legal, recurso de apelación contra la sentencia proferida, en primera instancia, por la Sala de



Decisión Escritural del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y lo sustento con base en los siguientes argumentos:

Señaló que la Contraloría General de la República sí demostró la existencia del daño patrimonial, a diferencia de lo señalado por el Tribunal en la sentencia, dado que, dentro del proceso de responsabilidad fiscal, no se censuró a la SCA con base en el Decreto 2090 de 1989; sino por haberse determinado que dentro del precio del contrato de consultoría se pagó un 150% adicional, por concepto de honorarios injustificados, al aplicar un factor multiplicador contenido en el reglamento, el cual no procedía.

Afirmó que se corroboró que entre las entidades contratantes se pactó un factor multiplicador que resultó injusto, debido a que se conocía claramente su cantidad y duración (tiempo, trabajo, personal implicado en las labores a ejecutar), y que dicho factor multiplicador únicamente se puede aplicar cuando los factores de calidad o duración son inciertos; concluyó que la cuantificación de los honorarios efectuada de esa manera resultó excesiva, generando entonces un daño patrimonial al Estado.

El recurso fue concedido por auto del 11 de febrero de 2019²².

VIII. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

8.1. El recurso de apelación fue asignado mediante acta individual de Reparto del 31 de mayo de 2019²³, admitido en proveído del 3 de julio de

²² Folios 581 del cuaderno 2 de la segunda instancia.

²³ Folio 3 del cuaderno principal de segunda instancia.



2019²⁴ y se corrió traslado para alegar de conclusión por auto del 27 de agosto de 2019²⁵.

8.1.1. La SCA

El apoderado de la parte demandante insistió en los argumentos que expuso en la primera instancia²⁶.

8.1.2. La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República insistió en los argumentos que expuso en el escrito de apelación²⁷.

8.1.3. QBE Seguros S.A. – Tercero con interés

QBE Seguros S.A. reiteró los argumentos de su intervención en la primera instancia²⁸.

8.1.4. Allianz Seguros S.A. – Tercero con interés

Allianz Seguros S.A. insistió en los argumentos que expuso en la primera instancia²⁹.

IX. CONSIDERACIONES DE LA SALA

9.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia-Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 150 de la Ley 1437 de 2011,

²⁴ Folio 4 del cuaderno principal de segunda instancia.

²⁵ Folio 9 del cuaderno principal de segunda instancia.

²⁶ Folios 485 a 495 del cuaderno principal de la primera instancia.

²⁷ Folios 421 a 626, del cuaderno principal de primera instancia.

²⁸ Folios 469 a 473, del cuaderno principal de primera instancia.

²⁹ Folios 469 a 473, del cuaderno principal de primera instancia.



modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012, esta Sección es competente para conocer de la presente demanda.

9.2. Hechos probados

En el proceso se encuentra acreditado lo siguiente:

9.2.1. La SCA celebró con la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil el contrato de consultoría nro. 5000356 OJ de 2005, por valor de \$736.584.250³⁰.

9.2.2. A través del Fallo con Responsabilidad Fiscal nro. 00019 del 02 de agosto de 2011, la Contraloría General de la República, dispuso³¹:

"[...] PRIMERO: Fallar con responsabilidad fiscal, en forma solidaria y en cuantía de \$522.473.996.48, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, por el daño patrimonial producido al erario con ocasión de los hechos que son objeto del proceso de responsabilidad Fiscal No 01705, según se expuso en la parte motiva de esta providencia, en contra de las siguientes personas.

(...)

Sociedad Colombiana de Arquitectos (...). [...]"

9.2.3. Por Auto nro 01036 del 01 de noviembre de 2011, la Contraloría General de la República resolvió el recurso de reposición, mediante el cual confirmó la decisión³².

9.2.4. Mediante Fallo de Apelación nro. 001342 del 09 de diciembre de 2011, la Contraloría General de la República desató la alzada, confirmando integralmente las decisiones recurridas³³.

³⁰ Folios 143 a153 del cuaderno principal de primera instancia

³¹ Folios 26 a 50 del cuaderno principal de la primera instancia.

³² Folios 51 a 100 del cuaderno principal de la primera instancia.

9.3. Análisis previo de la Sala

Para resolver en torno a la legalidad de los actos administrativos acusados, que establecieron responsabilidad fiscal por la indebida aplicación del método de factor multiplicador para determinar los honorarios en un contrato de consultoría celebrado con la SCA, se analizará los siguientes aspectos: i) contrato de consultoría; ii) de la aplicación del Decreto 2090 de 1989; iii) el asunto en concreto a la luz de la normativa aplicable.

9.3.1. El contrato de consultoría

La Ley 80 de 1993 estableció el alcance de la contratación estatal de manera abierta, comprendiendo dentro de la órbita contractual de las entidades estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados por dichas entidades, entre los cuales se encuentra el de consultoría. Indica además que el listado de contratos señalados en el artículo 32 es de índole enunciativa, pues también son contratos estatales los previstos en el Código Civil y en el Código de Comercio, al igual que los atípicos e innominados, en cuanto a su celebración concurre alguna de las entidades definidas en el artículo 2 ibídem.

En este sentido dispuso el artículo 32:

"ART. 32. —De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)

"2. Contrato de consultoría.

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

³³ Folios 101 a 135 ibídem.



Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”.

Frente al contrato de consultoría, el Consejo de Estado³⁴ ha señalado: *“Ahora bien, entre las características fundamentales o básicas que servirán para identificar los contratos estatales de consultoría, se encuentra la prestación que, en forma principalísima, asume el contratista para efectos de realizar estudios o proyecciones de contenido eminentemente intelectual y técnico, lo cual constituye el “común denominador” de todas las actividades descritas como posibles integrantes de su objeto, consideración que se robustece si se tiene presente que, según lo señala la propia norma legal, el desarrollo y la ejecución de esas actividades generalmente se requiere y se justifica en cuanto las mismas han de servir para evaluar, para analizar, para examinar y/o para diagnosticar la prefactibilidad o la factibilidad de proyectos de inversión o proyectos específicos, esto es que la consultoría tiene como objeto de análisis la ejecución de proyectos o de obras que por esencia son de relativa complejidad técnica o que giran en rededor de los mismos, bajo la modalidad de asesorías técnicas de coordinación, de control o supervisión, así como de interventoría, gerencia, dirección o programación de tales obras o proyectos, cuestión que naturalmente incluye la elaboración de los diseños, planos, anteproyectos y proyectos correspondientes.”*

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, el contenido eminentemente técnico caracteriza al contrato de consultoría, de lo cual surge, por una parte, la priorización de conocimiento especializado y de idoneidad que deberá acreditar el contratista, y, por la otra, que no le es viable a la entidad estatal dejar de lado la importante carga de contenido técnico que corresponde a las ciencias de la construcción y en particular, el diseño de obras de infraestructura, incluida la consultoría para la

³⁴ Consejo de Estado – Sección Tercera - Sentencia de mayo 29 de 2013 – Rad. 76001233100019972517801 – MP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez

celebración de concursos arquitectónicos. Todo ello, para efectos de dirigir su acción al cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

Dentro de este escenario se ubica el contrato de consultoría que dio origen a los hechos valorados por la Sala en el caso *sub examine*.

9.3.2. De la aplicación Decreto 2090 de 1989

El Gobierno expidió el Decreto 2090 de 1989, *"Por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura"*, en cuyo epígrafe expresamente³⁵ indicó que dicha aprobación³⁶ se hacía "en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 39 del Decreto-Ley 222 de 1983³⁷", norma que para la época de los hechos se encontraba derogado por la Ley 80 de 1993.

³⁵ Aunque en relación con el componente de los honorarios en los contratos con gastos reembolsables, el artículo 101 del Decreto-Ley 222/83 previó que el Gobierno Nacional aprobaría las tarifas establecidas por las asociaciones profesionales que tuvieran carácter consultivo del gobierno, el Decreto 2090/89 únicamente se fundamentó, de forma expresa, a la aprobación que le había delegado al Gobierno Nacional el artículo 39 del Decreto-Ley 222/83.

³⁶ El artículo 1º del Decreto 2090/89 determinó: "Apruébese el reglamento de honorarios para trabajos de arquitectura adoptado por la junta directiva nacional de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, en sus sesiones de los días 27 de febrero de 1987 y 16 de diciembre de 1988, cuyo texto es el siguiente: (...)".

³⁷ Decreto-Ley 222/83, ART. 39. —Del concurso de méritos. Los contratos de consultoría de cuantía igual o superior a CINCO MILLONES DE PESOS (\$ 5.000.000), deberán adjudicarse mediante concurso de méritos. Este consistirá en la invitación pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios. "Cuando su cuantía fuere inferior a CINCO MILLONES DE PESOS (\$ 5.000.000) o el Consejo de Ministros lo considere conveniente, estos contratos podrán adjudicarse directamente. "Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación previa del Gobierno Nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del gobierno y, en su defecto, las partes acordarán una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor" (subrayado fuera del texto).



El Consejo de Estado³⁸ se pronunció al respecto en los siguientes términos:

"Lo anterior permite deducir que el reglamento aprobado por el Decreto 2090 de 1989 era obligatorio respecto de las entidades sometidas al Decreto-Ley 222 de 1983, en particular cuando ellas suscribieran contratos de consultoría, razón por la cual, con la derogatoria expresa que hizo la Ley 80 de 1993 del mismo³⁹, en vigencia del ECGAP⁴⁰ el Decreto 2090 de 1989 ya no podría resultar obligatorio para las entidades estatales que suscribieran contratos de consultoría regidos por dicho nuevo estatuto.

En ese sentido, más allá de cualquier discusión en torno a la naturaleza del Decreto 2090 de 1989, lo cierto es que este fue expedido para que en la fijación de los honorarios de —únicamente— los contratos de consultoría sometidos al Decreto-Ley 222 de 1983 se tuvieran en cuenta las tarifas contenidas en el reglamento de honorarios para trabajos de arquitectura adoptado por la Sociedad Colombiana de Arquitectos y que fue aprobado por el Decreto 2090 de 1989.

Lo dicho no impide que el reglamento de honorarios adoptado por la junta directiva nacional de la Sociedad Colombiana de Arquitectos y que en su momento fue aprobado por el Decreto 2090 de 1989, dada su especialidad técnica, pueda ser incorporado en los clausulados de los contratos que tengan una correspondencia temática con el contenido de dicho reglamento, aun en vigencia del ECGAP. De allí que, por ejemplo, la Sección Tercera⁴¹, en relación con un contrato de obra sometido a la Ley 80 de 1993 que había sido terminado unilateralmente en forma ilegal, al analizar la liquidación de perjuicios no tuvo ningún reparo frente a la cláusula de remuneración del contratista que se había remitido a las tarifas contenidas en el reglamento aprobado por el Decreto 2090 de 1989 y, por contrario, concluyó que el a quo había acertado al tomar las mismas como fundamento en la referida liquidación."

Así las cosas, el Decreto 2090 de 1989 podría ser considerado por las entidades estatales únicamente en el contexto de los contratos de consultoría del régimen de contratación anterior a la Ley 80 de 1993,

³⁸ CONSEJO DE ESTADO Sentencia 2013-01826/57576 de julio 19 de 2018 - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "A" - Radicación: 05001-23-33-000-2013-01826-00 (57576) - C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico

³⁹ "Ley 80/93, ART. 81. —De la derogatoria y de la vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto-Ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto-Ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; el Decreto-Ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2º, 8º, 9º, 17 y 19; el Decreto-Ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263 y 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias" (subrayado fuera del texto).

⁴⁰ Estatuto general de contratación de la administración pública.

⁴¹ CE. S3. Fallo de 6-jun-07 [Exp. 25000-23-26-000-1996-02482-01(17253)]. M.P. Ruth Stella Correa Palacio

para la fijación de los honorarios como criterio técnico, debido a su especialidad y en virtud al principio de autonomía de la voluntad, pero en ningún caso como criterio de carácter obligatorio.

Dentro de la perspectiva expuesta presenta la parte actora la aplicación que en el proceso de contratación de la entidad estatal se realizó para efectos de la determinación de los honorarios. Así, se acudió al sistema multiplicador establecido en el numeral 8.3.1 del Decreto 2090 de 1989, como una fórmula técnica para la fijación de los honorarios.

No obstante, si bien la disposición citada estableció que los límites normales para la tasación de los honorarios oscilarían entre el 2.5 y 3.5 de los gastos operativos, en el contrato de consultoría celebrado por la SCA y la Aeronáutica Civil, luego de un proceso de negociación en busca de una fórmula menos onerosa para la entidad estatal, se optó por establecer como factor multiplicador el 1.5 de los gastos operativos, dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad, por considerarlo beneficioso para los contratantes y acorde a los fines del contrato estatal.

9.4. Análisis de los hechos

La Sala procederá a apreciar y valorar las pruebas aportadas por las partes en relación con los siguientes problemas jurídicos, (i) ¿se configuró daño al patrimonio público por parte de la SCA por la aplicación del factor multiplicador para establecer el valor de los honorarios dentro del contrato de consultoría 5000356 OJ de 2005?; (ii) ¿existió certeza del daño al patrimonio público en el fallo con responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría General de la República?, en los siguientes términos:

9.4.1 Se configuró daño al patrimonio público por parte de la SCA por la aplicación del factor multiplicador para establecer el valor



de los honorarios dentro del contrato de consultoría 5000356 OJ de 2005?

Con el objetivo de determinar si la aplicación del método del factor multiplicador dentro del contrato nro. 5000356 OJ de 2005 ocasionó un daño al erario, debemos establecer previamente cuál es el método para establecer el valor de honorarios por parte de la SCA, al momento de celebrar contratos de consultorías.

La SCA, dentro de su reglamento de concursos, en su capítulo décimo, establece cuál es la forma de determinar el valor de los honorarios por concepto de coordinación y asesoría de concursos públicos, así:

"(...) En el concurso Público Arquitectónico, es el quince por ciento (15%) del Honorario Básico del Concurso. En este valor están incluidos los honorarios por concepto de coordinación y asesoría del concurso, los honorarios del Asesor del concurso y de los miembros del Jurado Calificador que representa a la SCA"

De igual manera, el Decreto 2326 de 1995,⁴² en el numeral 7 del artículo 4, establece que la entidad estatal debe *"Cancelar o responder por los honorarios de los miembros del Jurado Calificador de acuerdo con el Reglamento de Honorarios de la Sociedad Colombiana de Arquitectos. Para el caso en el que el miembro del Jurado Calificador sea servidor público, éste no tendrá derecho a los honorarios."*

Con base en lo anterior, se puede establecer claramente que la SCA, para determinar el valor de los honorarios en el contrato 5000356 OJ de 2005, debió aplicar lo establecido en su reglamento de concursos, el cual señalaba que el valor de honorarios por el concurso correspondía al 15% del valor del honorario básico del proyecto.

⁴² Decreto 2326 de 1995 "Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a los Concursos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, se hace una adición al Decreto 1584 de 1994 y se dictan otras disposiciones".



Para el caso en concreto se evidenció que la SCA dentro del proceso de responsabilidad fiscal señaló el valor correspondiente de los honorarios básicos del diseño, que sirvió de base para determinar el valor del concurso arquitectónico, de la siguiente manera:

*"De conformidad con los criterios objetivos del Reglamento, el valor del **honorario básico de diseño**, que le hubieran correspondido al arquitecto diseñador del Aeropuerto el Dorado, de conformidad con las áreas y los anexos que obra en el expediente (presentados por la representante legal de la SCA adjuntos al escrito de septiembre 1 de 2010) y observando la proporción y magnitud del proyecto aeropuerto, liquidado de conformidad con las tarifas de SCA, (**Reglamento de Honorarios de Trabajo de Arquitectura**) (coloquialmente 2090) fue de trece mil cuarenta millones noventa y siete cuatrocientos noventa y siete mil ochocientos (\$13.040.497.800). Destaco que este sistema arrojó los honorarios con base en el reglamento **sin aplicar ningún factor multiplicador**.⁴³"* destacado y resaltado del texto.

En ese orden de ideas, el contrato de consultoría celebrado por la SCA y la Aeronáutica Civil, en aplicación del Decreto 2326 de 1995 y el reglamento de concurso de la SCA, debió tener un valor de \$1.956.146.220, correspondiente al 15% del valor de los honorarios del proyecto.

A pesar de lo anterior y al considerar que el valor de los honorarios resultaba muy oneroso para la Aeronáutica Civil, de manera conjunta optaron por la aplicación del método del factor multiplicador con el fin de lograr acordar un valor de honorarios más bajo, en los términos de la declaración rendida por la señora Marta Cecilia González Ocampo, en el testimonio entregado el 16 de abril de 2015, ante el Tribunal, así:

⁴³ Folio 76 del cuaderno anexo: Recurso de apelación presentado por la SCA – Rad. 2011ER81120.



"(...) con base para establecer los honorarios de la consultoría de la sociedad prestada a la Aeronáutica se aplica el 15% de los honorarios básicos de diseño, que el reglamento define como honorarios básicos del concurso. A esta altura con esta primera aplicación del reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura, el 15% arroja unos honorarios aproximados de Mil Novecientos Millones de Pesos (\$1.900.000.000); al ver que estos honorarios son demasiados altos se inicia un proceso de negociación en donde la Presidencia Nacional de la Sociedad Colombiana de Arquitectos (...) se plantearon dos escenarios posibles adicionales: el primero era quitando área de diseño (...) en este caso arrojó un monto de Mil Doscientos Millones de Pesos (\$1.200.000.000) objetado nuevamente por la Aeronáutica, por último Presidencia Nacional de la Sociedad Colombiana de Arquitectos propone como caso excepcional bajar el porcentaje especificado en el reglamento de concursos en el 15% de los honorarios de diseño, bajarlo al 10%; los honorarios en este caso de aproximadamente Novecientos millones de pesos (\$900.000.000) siguen siendo altos. Como última alternativa para llegar a un acuerdo, la sociedad propone no aplicar el reglamento y a (sic) aplicar un factor multiplicador referente de 1.5% arrojando el valor último aprobado por la Aeronáutica Civil, aproximadamente en Setecientos Millones de Pesos (700.000.000). Hago énfasis en que la Sociedad Colombiana de Arquitectos en este punto deja de aplicar sus reglamentos internos y hace una excepción extraordinaria para la liquidación de sus honorarios"

Considerando lo anterior, se advierte que la SCA y la Aeronáutica Civil, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993⁴⁴, ponderaron alternativas para lograr un pago acorde a las necesidades de ambas partes en cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad esta Corporación⁴⁵ ha señalado:

⁴⁴ Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración " -subrayas fuera de texto-

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.



"El principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios, teniendo en cuenta que en materia de contratación estatal esos intereses deben entenderse dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece, como quiera que la actividad de la Administración debe siempre estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad, de modo que "en ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas, (sic) cuál es el ámbito propio de disponibilidad de los intereses objeto de regulación por la vía del negocio jurídico".⁴⁶

Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido los siguientes parámetros entorno al principio de la autonomía de la voluntad:

(...)

"b. Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal no se circunscriben a las consignadas en el estatuto de contratación estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes.

"c. Aún cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, éstos siempre deben responder a la satisfacción de intereses generales, respetar el patrimonio público y ser acordes con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Esta circunstancia pone de presente que la libertad negocial reconocida a las autoridades administrativas no es equivalente a aquella reconocida a los particulares y por ello siempre está sometida a principios de derecho público".⁴⁷

(...)

"e. En ejercicio de la autonomía de la voluntad, nada impide en el ordenamiento jurídico que, como lo señaló el Ministerio Público, se puedan celebrar contratos cuyo objeto sea el diseño para posteriormente contratar una obra, o que para la realización de ésta se deba contar con un diseño propio. En el segundo evento, de hecho, la entidad puede considerar que así se generan menores costos y que ésta es la mejor manera de viabilizar el principio de economía.⁴⁸" (Se resalta y destaca).

En armonía con el principio de la autonomía de la voluntad, la SCA y la Aeronáutica Civil, para la suscripción del contrato de consultoría 5000356 OJ de 2005, acordaron utilizar el factor multiplicador del 1.5

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2000, Exp. 13.073, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros

⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2000, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Rad. 1263"

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp. 36.054.



sobre los costos del concurso: (i) honorarios de coordinación, jurados y asesorías; (ii) gastos generales de administración y funcionamiento (iii) legalización de contrato y divulgación; los cuales ascendían a \$283.259.700; por lo tanto, el resultado de aplicar el método del factor multiplicador da como resultado \$425.294.550, así.

Concepto	Valor
Horarios de coordinación, jurados y asesorías (antes de IVA)	\$173,500,000
Gastos generales de administración y funcionamiento	\$110,029,700
Legalización de contrato y divulgación	
Subtotal	\$283,529,700
Factor multiplicador	1.5
Total del factor multiplicador	\$425,294,550

En ese orden de ideas, el valor final del contrato de consultoría se determinó al realizar la operación matemática correspondiente a la suma de los costos del concurso, con el resultado de la aplicación del método del factor multiplicador y el valor de \$27.760.000 correspondiente al IVA de los honorarios de coordinación jurados y asesorías, lo cual nos da el valor de \$736.584.250, así:

Concepto	Valor
Total costos del concurso	\$283,529,700
Total del factor multiplicador	\$425,294,550
Subtotal	\$708,824,250
IVA del 16% (exclusivo de Horarios de coordinación, jurados y asesorías \$173.500.000)	\$27,760,000
Valor total del contrato 5000356 OJ de 2005	\$736,584,250

Por último, en el siguiente cuadro comparativo se simula el resultado de los honorarios del contrato de consultoría 5000356 OJ de 2005 bajos dos factores: i) con la aplicación del reglamento de concursos de la SCA y ii) con la aplicación del método de factor multiplicador del 1.5, así:

Métodos Aplicables



Reglamento de Concursos de la SCA		Factor Multiplicador del 1.5.	
Total de Honorarios	1,956,146,220	Total de Honorarios	736,584,250

Así las cosas, del cotejo expuesto se advierte que la aplicación del factor multiplicador por parte de la SCA en la celebración del contrato de consultoría resultaba menos oneroso para la entidad estatal, y por consiguiente no se evidencia un daño patrimonial al erario.

9.4.2. ¿Existió certeza del daño al patrimonio público en el fallo con responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría General de la República?

Para determinar si la Contraloría General de la República logró establecer con certeza el daño del patrimonio público es necesario traer a colación las disposiciones establecidas en la Ley 610 de 2000, así:

El artículo 4 *ibídem* dispone como objeto de la responsabilidad fiscal el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, derivados de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria; y que, para determinarla, se atenderá en cada caso el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Al respecto la Corte Constitucional mediante sentencia C-840 de 2016, sostuvo lo siguiente:

"... destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, "el



resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite." Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. (...)" Se resalta y destaca

Respecto al daño patrimonial, el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 precisa que debe tratarse de una lesión al patrimonio público que se representa en el menoscabo, disminución, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna; éste puede provenir de la 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 del patrimonio público.

A su turno, el artículo 53 *ibídem*, sobre el fallo con responsabilidad fiscal, determina que corresponde al funcionario competente proferir fallo con responsabilidad fiscal "[...] cuando en el proceso obre prueba **que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público** y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable [...]" (Destacado fuera de texto).

En cuanto al presupuesto referido a la certeza de la existencia del daño patrimonial, el Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia del 15 de septiembre de 2016 Rad. 25000-23-41-000-2013-02564-01, consideró lo siguiente:

"Para la Sala es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico

y objetivamente verificable, determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona". (Se destaca).

De la interpretación de las normas que rigen la materia, así como de la posición de la jurisprudencia, se advierte que la Contraloría General de la República, en la expedición de los actos administrativos acusados, no evidenció la presencia del presupuesto en mención. En efecto, la entidad se limitó a establecer como daño al patrimonio público la aplicación del método del factor multiplicador para determinar el valor de los honorarios del contrato de consultoría celebrado por la SCA y la Aeronáutica Civil, sin realizar un estudio comparativo frente al valor resultante para dichos honorarios bajo el reglamento de concurso de la SCA y el valor resultante de la aplicación del factor multiplicador, el cual fue mucho más beneficioso para la entidad estatal.

En ese orden de ideas, la Contraloría General de la República no logró acreditar para el caso *sub examine* la presencia de los elementos que deben concurrir para acreditar la existencia de la responsabilidad fiscal, determinados en el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, así: 1) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; 2) un daño patrimonial causado al Estado y 3) el nexo causal entre los dos elementos anteriores. Al respecto, esta Sección ha dicho⁴⁹:

"[...] De lo anterior se coligen tres elementos de la responsabilidad fiscal: 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

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 12 de septiembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicado nro. 17001-23-31-000-2010-00313-01.



*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. [...]” (Negrita de la providencia)*

Como se observa, el elemento objetivo en el presente caso no se encuentra acreditado por parte de la Contraloría General de la República, pues como se advirtió en esta providencia no realizó un estudio completo respecto de la existencia del daño patrimonial a los recursos del Estado, menos cuando el pacto de honorarios con factor multiplicador es enteramente procedente cuando se trata de contratos de consultoría; en consecuencia de lo anterior, para la Sala no son de recibo las conclusiones a las que llegó el ente de control, puesto que no está probado que la conducta del demandante constituyera una afectación al patrimonio público.

Por las razones explicadas, la Sala confirmará la sentencia proferida por la Sala Transitoria de Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió las pretensiones de la demanda.

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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2018 por la Sala Transitoria de Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió las pretensiones de la demanda, según las razones analizadas en la parte considerativa.



SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Presidenta
Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado