

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 25000-23-36-000-2019-00834-01 (68.250)
Actor: Instituto de Desarrollo Urbano - IDU
Demandado: Hernando Monroy Benítez y otro
Referencia: Repetición

Temas: REPETICIÓN - presupuestos de procedencia / Análisis del daño – condena patrimonial no se demostró / no existe afectación patrimonial.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Solicita la actora que se declare la responsabilidad de los señores Hernando Monroy Benítez y Luis Eduardo Acosta Medina, y se les ordene el correspondiente reembolso de la suma pagada por concepto de daños y perjuicios, cuando, en su condición de Directores Técnicos de la Malla Vial, emitieron dos actos administrativos que fueron anulados, mediante sentencia de 1° de febrero de 2018, proferida por la Subsección A del Consejo de Estado.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la proferida el 14 de diciembre de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, mediante la cual se resolvió la demanda presentada el 3 de diciembre de 2019 por el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, contra los señores Hernando Monroy Benítez y Luis Eduardo Acosta Medina, con el fin de que se les declare responsables por la condena que tuvo que pagar la entidad demandante con ocasión de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho¹.

2. Como soporte fáctico de sus pretensiones, señaló que, el 28 de diciembre de 2005, el IDU suscribió el contrato IDU-BM-164 de 2005 con la Sociedad CICON S.A., cuyo objeto consistía en construir y rehabilitar los accesos a barrios y pavimentos locales en cumplimiento del programa de mejoramiento integral de barrios del grupo 13 en Bogotá, cuya financiación estaba a cargo del Banco Mundial.

¹ Sentencia proferida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento, radicado bajo No. 25000-23-26-000-2009-00082-01 (52.549); magistrada ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; actor: Sociedad Cicon S.A; demandado: Instituto de Desarrollo Urbano – IDU.

3. El 12 de febrero de 2009, CICON S.A. presentó demanda en contra del IDU, con el fin de que se declarara la nulidad de las resoluciones 1181 de 22 de abril de 2008 y 2525 de 1° de agosto de 2008, por medio de las cuales se impuso y confirmó una multa a la mencionada contratista equivalente a veinte millones de pesos por cada día calendario transcurrido a partir del 15 de noviembre de 2007, hasta que cumpliera sus obligaciones contractuales relativas al cronograma acordado para la segunda prórroga del referido contrato. Así mismo, a título de restablecimiento de derecho y pago de perjuicios, solicitó se condenara al IDU al pago total de los perjuicios ocasionados².

4. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección C, resolvió dicha demanda en favor de la sociedad demandante, tras considerar que si bien el IDU tenía plenas facultades para conminar el cumplimiento del cronograma pactado para la ejecución del contrato, ejerció tal potestad luego del vencimiento del plazo para ejecutar el contrato. En segunda instancia se confirmó esta decisión, aunque modificó la condena, ordenando al IDU a pagar la suma de seiscientos setenta y cuatro millones doscientos cuatro mil treinta y siete pesos (\$674'204.037), correspondientes al valor de la multa impuesta.

5. Aseguró el IDU que los aquí demandados actuaron de manera dolosa, tras demorarse de manera injustificada en proferir las resoluciones que imponían la multa, a pesar de los oficios emitidos por el interventor del contrato advirtiendo el incumplimiento del cronograma acordado por parte del contratista.

La defensa

6. Hernando Monroy Benítez indicó que dio cabal cumplimiento a las disposiciones internas y que, si bien estaba a su cargo la expedición del acto administrativo para imponer una sanción, lo cierto es que todo el proceso y trámite surtido previamente para dicho fin, era un asunto ajeno a los aspectos técnicos de la Dirección de Malla Vial. Adicionalmente, señaló que en la sentencia de segunda instancia no se determinó una condena de carácter indemnizatorio.

7. Luis Eduardo Acosta Medina adujo que la presente acción de repetición es improcedente, toda vez que la condena que originó la declaratoria de nulidad de los actos administrativos no impuso una condena de carácter indemnizatorio; señaló que los demás intervinientes de la entidad en la actuación administrativa que impuso la respectiva sanción (Subdirectoras Técnicas de Contratos y Convenios y de Pavimentos Locales) no se percataron de la falta de competencia con la que se emitió dichas resoluciones.

La decisión recurrida

8. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que:

² Entre otros, consistentes en la suma de la multa, pérdida financiera, afectación a la empresa en los procesos de selección de contratistas y el daño al buen nombre.

- (i) no se probó el presupuesto subjetivo de la conducta por dolo o culpa grave;
- (ii) la condena impuesta en la segunda instancia ordenó el reintegro de la

sanción impuesta al contratista Cicon S.A., razón por la que no se cumple con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 678 de 2002, es decir que no hubo daño a la entidad, en el sentido que no existió una afectación a su patrimonio; y,

- (iii) no se trató de una compensación económica destinada a reparar daños y perjuicios.

II. EL RECURSO INTERPUESTO

9. El instituto de Desarrollo Urbano señaló que la condena que pagó el aquí demandante es de carácter indemnizatorio. Además, frente a las conductas ejercidas por los ex funcionarios, indicó que el Tribunal no tuvo en cuenta lo estimado en la sentencia de segunda instancia, dejando de valorar las pruebas existentes dentro del proceso para determinar la conducta dolosa o gravemente culposa de los aquí demandados.

III. CONSIDERACIONES

10. Sin que se observe causal de nulidad o vicio que impida dictar sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado.

Problema jurídico

11. La Sala examinará en primer lugar, si el pago realizado por la entidad pública demandante, como consecuencia de la nulidad de las resoluciones 1181 y 2525 de 2008, corresponde a una indemnización patrimonial y, en caso afirmativo, determinará si es o no atribuible, a título de dolo a los señores Hernando Monroy Benítez y Luis Eduardo Acosta Medina.

12. Así, la Sala verificará si se cumplen los presupuestos procesales para que proceda el medio de control de repetición y, en segundo término, en caso de verificarse, establecerá si los demandados actuaron con dolo, como lo asegura la entidad demandante.

La existencia de una condena judicial y el pago

13. El proceso de repetición es *“una acción civil patrimonial”*³, cuya finalidad no es la de indemnizar a la entidad pública por un daño antijurídico, sino restituir patrimonialmente una suma pagada como consecuencia de una condena judicial cuya génesis tiene origen en la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público.

³ Artículo 2 de la Ley 678 de 2001.

En anterior pronunciamiento⁴, la Sala estimó que la responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado -bajo la Constitución y Ley 678 de 2001- no es de carácter sancionatorio, sino reparatoria, en tanto se ejerce con el propósito de recuperar el patrimonio público, esto es, reintegrar al Estado el valor por el que fue afectado a consecuencia del pago de una condena indemnizatoria.

14. Derivado de esta caracterización, la responsabilidad patrimonial de los agentes

del Estado es, entre otras⁵, *subsidiaria*, porque se encuentra restringida a los eventos en los que la Administración sea efectivamente condenada a pagar una indemnización por el daño antijurídico, pues de no ser así, la condena de repetición se convertiría en una decisión desproporcionada al no valorar que la condena que se pretende recuperar efectivamente correspondió al pago de una indemnización y no la simple devolución o restitución o restablecimiento de un derecho.

15. Al respecto, es dable aclarar que no toda condena contra una entidad pública tiene la potestad de generar una afectación patrimonial en los términos del inciso segundo del artículo 90 Superior y de la Ley 678 de 2001, toda vez que hay eventos en los cuales se está ante la restitución o devolución del valor que los particulares pagaron al Estado, aspecto que, como resulta apenas natural, no representa un detrimento patrimonial a la Administración condenada, pues ese dinero nunca debió ingresar a su haber patrimonial.

16. De este modo, si bien el carácter resarcitorio de la acción de repetición apunta a que el servidor público deba ser llamado a responder por la cuantía equivalente a la de la condena impuesta al Estado, no solo es posible que no se preserve de manera exacta dicha correspondencia, sino que, incluso, ni siquiera deba ser llamado a responder por dicha “condena”, pues lo cierto es que, no en todos los casos aquella configura una afectación patrimonial al Estado, expresión que se debe leer no desde la perspectiva de una disminución contable o patrimonial, sino desde la visión de que lo que pudo acontecer fue que el juez de la legalidad removió del escenario legal y jurídico el título que autorizó al Estado a recibir un pago que, por tanto, debe ser restituido a su titular por la vía de restablecer su derecho.

17. Lo anteriormente expuesto, se sustenta, además, en que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene diversos contenidos, a saber, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, el restablecimiento del derecho - volver a la situación jurídica que se modificó bajo el acto administrativo que es declarado nulo- y, finalmente la indemnización de perjuicios en caso de haberse causado un daño o perjuicio cuya finalidad, como se expuso, es completamente

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 30 de julio de 2021, radicado 110010326000201600051 (56.622). MP: José Roberto Sáchica Méndez.

⁵ Es además, *subjetiva*, ya que la viabilidad de la acción de repetición depende de la demostración de que el daño que debió indemnizar el Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus funcionarios, por lo que no cualquier equivocación o descuido permite que se ejecute la acción de regreso, pues se requiere que ante la autoridad competente se acredite plenamente que la conducta que derivó en el menoscabo obedeció a un supuesto de imprudencia calificada o de arbitrariedad; y *sujeta a criterios de proporcionalidad*, toda vez que la transferencia al agente del Estado del valor de la indemnización por el daño que debió ser asumido por la administración debe guardar una correspondencia con el daño o valor pagado sin que se incurra en excesos

diferente a la de restablecer el derecho⁶.

18. De ese modo, se debe insistir en que restablecer el derecho no significa necesariamente indemnizar un perjuicio, pues precisamente se trata de volver las cosas al estado previo a la expedición del acto administrativo, el que hasta el momento de la declaratoria de nulidad se presume legal. Dicho de otro modo, no se restablece el derecho con el fin de resarcir un daño antijurídico, sino de retrotraer el estado de las cosas a una situación jurídica anterior a aquella que se modificó, creó o extinguió por medio de un acto administrativo que se presumía legal.

19. En ese contexto, valorado en conjunto el material probatorio se encuentra que, el 26 de junio de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión, declaró la nulidad de las resoluciones 1181 y 2525 de 2008 y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó restituir los dineros pagados al IDU por la sociedad CICON S.A., por concepto de una multa en ejecución del contrato IDU-BM-164 de 2005⁷.

Tal decisión fue confirmada, el 1° de febrero de 2018 por la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado, en lo relacionado con declarar la nulidad de dichos actos administrativos y disponer el restablecimiento del derecho, tras ordenar la restitución de las sumas pagadas por el contratista por concepto de la multa.

20. En ese contexto, es dable evidenciar que el restablecimiento del derecho antes referido no impuso el pago de una condena indemnizatoria, en virtud de la cual se hubiera configurado un daño patrimonial al IDU, pues es claro que la orden judicial impartida en el fallo de la referencia consistió en *restablecer* la situación jurídica afectada con el acto administrativo y, por esta vía, devolver la suma de dinero que había sido pagada por el contratista CICON S.A., en razón a la multa impuesta mediante las resoluciones 1181 de 22 de abril de 2008 y 2525 de 1° de agosto de 2008, cuya nulidad fue declarada por el juez de la causa.

21. Bajo dicha óptica, se impone concluir para el caso concreto, que no resulta procedente exigirles a los demandados que asuman el pago del dinero equivalente a seiscientos setenta y cuatro millones doscientos cuatro mil treinta y siete pesos (\$674'204.037), toda vez que, como se vio, tal pago no se proyecta como una afectación patrimonial contra el Estado, en virtud de la cual se pueda adelantar la

⁶ Dichas situaciones se proyectan de manera diferencial en la normativa contencioso administrativa, tal como se revela, por ejemplo, en el texto del artículo 138 del CPACA que introduce una nítida diferenciación entre la petición de restablecimiento del derecho y la de reparación del daño causado por un acto administrativo, distinción que radica en el hecho de que el daño, como lesión, es consecuencia del actuar ilegítimo de la administración, mientras que el restablecimiento del derecho solo surge con la nulidad del acto, en la medida que el obrar del estado se asume como ajustado a derecho y, en tal virtud, desvirtuada la presunción de legalidad, las cosas deben volver al estado anterior, restableciendo los derechos, situación distinta a la de reparar un daño.

⁷ *SEGUNDO: CONDENAR al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU a cancelar a la sociedad CICON S.A. la suma de QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$567'671.545), correspondiente al valor de la multa impuesta al contratista por incumplimiento en el cronograma de ejecución de obras.*

demanda de repetición⁸.

Así las cosas, la Sala estima que el medio de control de repetición en el presente caso resulta abiertamente improcedente, comoquiera que no se cumple con uno de los supuestos de la misma, cual es el de la imposición y pago de una condena en contra de la Administración Pública de carácter indemnizatorio.

22. Por consiguiente, la Sala confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

23. El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, señala que la condena en costas procederá de manera objetiva, excepto en los procesos en los que se ventila un interés público.

24. El proceso que se adelanta en ejercicio de la pretensión de repetición es uno de aquellos en los que se ventila un interés público, pues con este se busca la protección del patrimonio público. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha señalado que *“la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política”*⁹.

25. Así, de conformidad con en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y en razón a que en el proceso de la referencia se persigue un interés público, en este caso no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, es decir, a la parte actora.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 14 de diciembre de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

⁸ Respecto de la existencia del daño, dicho elemento guarda relación con la demostración efectiva de la producción de una afectación o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre o, en otros términos, es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-832-01 de 8 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Aclara voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.

VF