

A

ACTA No. 1
(14 de enero de 2003)

En Bogotá D.C. a los 14 días de enero de 2003, previa citación, se reunió en la Sala de Juntas de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el Comité de Conciliación de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor con la asistencia de los doctores, FERNANDO MEDINA GUTIERREZ, Subsecretario de Asuntos Legales, BLANCA ELISA ACOSTA SUAREZ, Directora de Estudios y Conceptos, LUIS CARLOS VERGEL HERNÁNDEZ, Director (e) Oficina de Asuntos Judiciales, WILMAR DARIO GONZALEZ BURITICA, Jefe Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno y la doctora ANGELA PIEDAD ARENAS, Subsecretaria General. En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1214 de 2000, asistieron como invitados especiales con derecho a voz pero sin voto el doctor RICARDO BOGOTÁ, en representación en la Oficina Asesora de Control Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

1. ORDEN DEL DIA

1. Verificación del quórum.
2. Relación y Discusión de las fichas.

DESARROLLO DEL ORDEN DIA.

1. Verificación del quórum.

Verificada la asistencia de los integrantes del Comité por parte de la Secretaría Técnica, se establece que hay quórum para realizar la sesión.

2. Relación y discusión de las fichas.

- 2.1. La Doctora Nahir Lucia Zapata Arboleda, abogada externa de la Dirección de Asuntos Judiciales, procede a presentar en su condición de apoderada de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C, el siguiente asunto: Se pretende estudiar la posibilidad de iniciar acción de repetición con ocasión del Proceso Ordinario Laboral No. 22754-1997, iniciado por el señor Flaminio Pulido Arias, contra Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría de Obras Públicas, quien pretendía el reintegro, reliquidación salarial y prestacional, compensación de dotaciones adeudadas, reliquidación del auxilio de cesantía, pensión sanción e indemnización moratoria.

El demandante laboró en la Secretaría de Obras Públicas, como trabajador oficial desde el 6 de febrero de 1979 hasta el 1 de noviembre de 1996. La Secretaría de Obras Públicas dió por terminado el contrato de trabajo de conformidad con el Decreto Distrital No. 668/96.

El demandante radicó la solicitud de pago de las cesantías el 6 de febrero de 1997, según formulario No. 166669, la cual fue reconocida por la entidad nominadora por el valor de \$16.037.215.00 , siendo a partir de la radicación del formulario por parte del

beneficiario que se comienza a contar el plazo que tiene la entidad para la cancelación de la misma.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 244 de 195, la entidad pagadora tenía un término de cuarenta y cinco días hábiles a partir de la radicación, para cancelar las cesantías definitivas siendo cancelada dentro del plazo.

Es de anotar que el asunto había quedado aplazado, toda vez que se hizo necesario oficiar a FAVIDI, para que ellos se pronunciaran sobre las circunstancias de la mora en el pago. Ellos nos contestaron indicándonos las normas del Fondo de cesantías; y es que se paga de acuerdo a la Ley 244 del 95, la cual determina cuál es el período de pago, informándonos que el trabajador radicó el formulario de solicitud el 10 de febrero y se pagó el 10 de abril; dentro de los términos legales.

Interviene el doctor Fernando Medina, quien manifiesta. Este tema de supresión de cargos en Obras Públicas, donde terminaron condenándonos por sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, estamos viendo que en la práctica en un principio existen dos plazos para contar la mora en que arrancan en un momento distinto, pero lo más grave es que uno de eso depende del ex funcionario. Entonces cuando él presenta certificación de liquidación de no pago de cesantías definitivas de Favidí, empiezan a contar 45 días, que Favidí tiene según sus normas para pagar efectivamente y por otro lado se está contando el plazo de 90 días después del retiro efectivo del funcionario, en el que se empieza a contar interés moratorio sobre todas las obligaciones que no haya pagado el patrón. Entonces es obvio que esto es inmanejable de esa manera, porque si uno presenta su solicitud cuando quiera, muchos días después o días cercanos a que se cumpla el plazo de los 90 días. Así, entonces le tocaría a la administración cubrir los defectos que se hayan presentado de acuerdo a la solicitud. O los tribunales respetar un poco mas las normas que rijan los procedimientos distritales.

"...Según el reglamento de Favidí la entidad tiene 45 días después que se hace la solicitud para pagar como efectivamente se hizo en este caso. Situación que el Tribunal no tuvo en cuenta pues habiendo cumplido Favidí con los plazos de sus propios reglamentos decide condenar por indemnización moratoria considerando que las normas laborales condenan al pago de la indemnizaciones moratorias después de los 90 días del retiro definitivo del funcionario, es decir en este caso habría dos posibilidades, que la administración inicie el reconocimiento y pago por consignación dentro de los 90 días o que los jueces reconozcan que hay un reglamento que contempla el pago 45 días después de radicada la solicitud para el pago.

En todo caso los Tribunales deberían respetar un poco mas las normas que rijan los procedimientos, en ese caso el señor que no ha hecho la solicitud mal podría estar corriendo los términos para pagar los derechos moratorios, pero bueno en concreto la recomendación es de no iniciar acción de repetición por que el pago se realizó dentro del plazo fijado en las normas que regulan la operación de Favidí.

La primera instancia absuelve la totalidad de pretensiones y condena a la parte demandante al pago de costas y agencias en derecho.

El fallo al surtir el grado jurisdiccional de consulta, ante la segunda instancia, se pronuncia revocando el fallo consultado y en su lugar condenando al Distrito, a pagar a favor del demandante la suma de \$1.658.409.50 por concepto de indemnización moratoria, por mora en el pago de cesantías, más las costas \$331.682.00.

El tribunal concluye que se debió haber hecho el pago dentro de los 90 días siguientes a la desvinculación del trabajador, es decir aplico las normas generales y no el reglamento interno de Favidí.

DISCUSIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Presentada por parte del abogado sustanciador de la Dirección de Asuntos Judiciales la ficha correspondiente, con base en los hechos expuestos y las pruebas recaudadas este Comité decide no instaurar acción de repetición teniendo en cuenta que la entidad pagadora realizó el pago dentro del plazo fijado en las normas la operación de Favidí, es decir entre los 45 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud por parte del trabajador.

2.2. El doctor Luis Carlos Vergel Hernández, abogado de la Dirección de Asuntos Judiciales, procede a presentar en su condición de apoderado de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C, el siguiente asunto: Se pretende estudiar la posibilidad de iniciar acción de repetición dentro del Laudo Arbitral entre PROSANTANA y Distrito Capital – Confianza S.A. ✓

El 27 de septiembre de 1997 colapsó el relleno sanitario de Doña Juana, administrado por PROSANTANA S.A., según contrato de concesión 016/94. Como consecuencia del derrumbe, el Distrito mediante actos administrativos procedió a interpretar unilateralmente las cláusulas 4 y 6 del contrato, declaró la caducidad del contrato y liquidó unilateralmente el contrato.

Prosantana procedió a demandar ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las decisiones de la Administración que dieron origen a la interpretación unilateral del contrato. Entabló proceso ejecutivo ante la misma jurisdicción para el cobro de las sumas correspondientes a los déficit presentados en la bolsa de compensación.

PROSANTANA S.A., también entabló acción ejecutiva para el cobro del saldo insoluto de obras ejecutadas según modificación del contrato de concesión.

Por las mismas circunstancias Confianza S.A., presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda de nulidad de las resoluciones mediante las cuales se declaró la caducidad de nulidad de las resoluciones, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato y la devolución de las sumas que hubiese pagado la aseguradora como consecuencia de dichos actos administrativos.

Prosantana con fundamento en la cláusula compromisoria pactada en el contrato, presentó el 9 de diciembre de 1998 solicitud de convocatoria al Tribunal de Arbitramento.

En este caso se entró a definir las controversias con una serie de determinaciones las cuales se comentaron en este proceso, el primero de ellos que tiene que ver con la parte de contratos, el segundo de ellos la terminación unilateral y el tercero la cláusula compromisoria.

El Tribunal de Arbitramento consideró que debido a la naturaleza experimental del objeto del contrato, las obligaciones que de este se desprenden son de medio y no específicas o de resultado, por lo que era necesario analizar la conducta culposa de las partes, quedando demostrado dentro del proceso que el Distrito, antes de abrir la licitación, introdujo ajustes al diseño presentado por hidromecánicas que lo mejoraran, lo que evidencia que su conducta no fue negligente. De otra parte debido al carácter experimental del sistema implementado y por el estado de avance de la técnica no era razonable exigir previsiones concretas para evitar un deslizamiento ya que el sistema no lo permitía, razones suficientes para que los hechos alegados por las partes como incumplimiento no adquieren tal calidad.

Afirma el Tribunal de Arbitramento que las partes mutuamente se imputan haber violado la obligación de obrar de buena fe, representadas en que Prosantana alegó que el Distrito conocía las deficiencias del diseño de Hidromecánica sobre el tratamiento de lixiviados y que pese a ello impuso el diseño en el contrato. A su turno, el Distrito, señaló que Prosantana debido a su experiencia debió advertir las deficiencias, por lo que consideró que no existió ninguna conducta que hubiera sido la causa de la terminación unilateral del contrato sino que por el contrario la situación se dio por la poca evolución técnica del manejo del sistema de extracción de gases, drenajes inadecuados, recirculación de lixiviados.

Intervención del doctor Fernando Medina. La consecuencia más inmediata de la caducidad es que el contratante entra a tomar todas las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento del objeto contractual; lo que hace el tribunal ordinario es decir esos bienes eran del señor, otros bienes ni siquiera estaban afectos a la construcción, perfecto, pero paguen; el fallo me parece a mi que habla más de una indemnización, que de una condena, lo que terminaron pagándole fue por el valor de los bienes por el lucro cesante derivado de sus bienes.

Volvamos a la teoría de lo que es la caducidad, la caducidad es la medida más extrema que puede tomar la administración pública, y de hecho es un claro ejercicio de potestades exorbitantes de la administración pública. De ahí que ningún contratista particular puede declarar una caducidad, yo no me declaro caducidad ni a mi arrendatario, ni a mi arrendador, ni al que me vendió el carro, ni al que me arrendaba el carro. En las relaciones de igualdad obviamente la caducidad no existe, si usted siente que el incumplió en los términos de lo que sea, el elemento de contacto es un tercero, para que ese tercero diga si es cierto que incumplió y en que medida y que perjuicios me causó a mi como parte, o sea es una potestad exorbitante que tiene el Estado, porque se supone que el Estado agencia el interés general,. En que los

servicios públicos domiciliarios donde para el caso, además está de por medio el tema de la salud, declaré la caducidad y la declaratoria de caducidad, me habilita a mi como Estado para tomar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

No se si la defensa siempre plantearía esos elementos, que para mi son fundamentales para la declaratoria de la caducidad por los poderes que adquiere la administración en esa declaratoria, fijate como un tribunal privado demandó con una visión de derecho privado y termina viendo el tema como un tema de derecho de retención o no, en última no, como no existe derecho de retención derivado de la declaratoria de caducidad yo tengo que devolverle al propietario.

El Consejo de Estado ha dicho que las cláusulas compromisorias son válidas en los contratos administrativos, siempre y cuando no desplace la competencia que tiene el Contencioso Administrativo para conocer la legalidad administrativa. eso en la práctica ha se ha producido en cuanto al acto administrativo de liquidación unilateral, interpretación unilateral o declaratoria de caducidad. Se declara competente el tribunal de arbitramento, termina conociendo el contencioso administrativo, pero al fin, se hizo exactamente al revés, aparentemente sobre esto el tribunal de arbitramento fue mucho más rápido que el pronunciamiento de fondo sobre la competencia del contencioso administrativo.

Respecto de las sumas que pudo haber contemplado como eventuales fuentes de acciones de repetición uno podría ir descartando algunas como para ir avanzando, el déficit en la bolsa de compensación no es un tema de actuación o no actuación de ningún funcionario sino básicamente del diseño, del mecanismo de financiación del contrato de concesión, un tema que ha sido muy complicado. Hoy en día, parte de las críticas que se le hacen a la gestión que tiene el Distrito en materia que tiene que ver con ese tema de saber cuáles son los costos del servicio y cuáles son los costos factuales a la gestión comercial del servicio y cuáles serían, en este caso, los costos factuales a la operación del relleno sanitario que es el lugar final de destinación de la basura que se recoge. Ahí digamos que, si hubiera habido alguien quien cometió el error tuvieron que ser los funcionarios o la gente que estructuró la concesión y las fuentes de financiamiento, cosa que no está asociada directamente, ni al derrumbe del relleno, ni al laudo arbitral, ni a nada. Quedarían todos los demás que son temas directamente relacionados con el objeto de declaratoria de caducidad y con las medidas que la administración a través de la UESP adoptó en su momento para garantizar el procedimiento para afrontar la situación que se estaba presentando, finalmente, la pregunta que uno se tiene que hacer es, si yo declaro la caducidad del contrato, en las circunstancias en que se dio, qué hago yo como funcionario prudente exigente, ¿le devuelvo al concesionario los bienes de la concesión incluido los inventarios? o ¿los mantengo bajo la administración, independientemente de que el señor esté reclamando, de que son suyos como parte de las medidas adoptadas? Mejor dicho qué tan influyente o inflexivo o violatorio al reglamento son las medidas tomadas, se podría descartar un dolo. Entre otras cosas el primer acto administrativo que me pasaron en este tipo de funciones era la declaratoria de caducidad, pero eso podría ser... inflexivo o violaron un reglamento o bueno cual sería la modalidad digamos de culpa porque finalmente se dedujo no haberlo devuelto al señor el

compactado es un requisito para seguir compactando...los repuestos que se creen se van a necesitar para mantener los equipos ¿que otra cosa dijo? No básicamente es eso, que es el valor del bien más el lucro cesante.

Interviene el doctor Luis Carlos Vergel Hernández. Para poder retener, la Administración debió compensar inmediatamente al contratista.

Básicamente la comisión del Distrito Capital en relación a la retención de los bienes contestó en la demanda diciendo, estén atentos a la negociación para el relleno sanitario. Por la misma razón, no han sido amortizados, menos aún cuando se encontraban en el relleno en el momento de dejar constancia que ambos equipos eran requeridos por la Administración para la ejecución de las obras.

El Distrito por el supuesto valor comercial de esos bienes, rechaza el pago en razón a que se construyeron en la década de los años 60s, 70s y 80s. Además vale decir, que el Estado ha tenido que invertir. Básicamente la respuesta que dieron ellos fue negativa. Con relación al inventario, dicen que no lo dejaron tirado, lo que es cierto, se solicita el contenido del acta del inventario suscrita y se aclara que la casi totalidad del mismo era inservible y carente de utilidad, ahora con la funcionalidad...original del estado de conservación de los elementos que terminaron en el llamado inventario de almacén, no existe prueba en el proceso, pero de hecho resulta irrelevante por lo que debe definirse si esos bienes estaban sujetos a la concesión ahora si la respuesta es positiva se entraría a evaluar.

Así tenemos, que el valor de los equipos no amortizados es una consecuencia inevitable de la terminación anticipada del contrato. En un contrato de concesión si yo termino el contrato antes del vencimiento del plazo necesariamente una parte de los bienes se afecta, por lo que si se van a pasar esa parte del patrimonio al contratante tiene que ser pagado de alguna manera por el valor desigual que se ha fijado para eso.

De lo expresado por el Tribunal se desprende que, el deslizamiento no obedeció a culpa o incumplimiento contractual de las partes en donde no se observa falta de diligencia por parte de la administración o alguno de sus agentes. El derrumbe era imprevisible y las actividades que se pudieron haber adelantado par evitar la presión de poros solo fueron conocidas con posterioridad a la realización del accidente debido al carácter experimental del sistema y la poca tecnología o evolución de la ciencia frente a este particular. En vista de lo anterior, al no evidenciarse conducta alguna imputable a titulo de dolo o culpa grave en cabeza de funcionario alguno por el deslizamiento no seria procedente entablar acción de repetición por este concepto.

La Suma que el Distrito deberá pagar a Prosantana es la determinada por el Dictamen Pericial, que asciende a..... \$2.471.977.139
 Por rendimiento financieros..... \$1.258.569.769
 Para un total de \$3.730.546.908
 a febrero de 2000.

DISCUSIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Presentada por parte del abogado sustanciador de la Dirección de Asuntos Judiciales la ficha correspondiente, con base en los hechos expuestos y las pruebas recaudadas, este Comité decide **no** instaurar acción de repetición teniendo en cuenta que no se observa falta de diligencia por parte de la administración o alguno de sus agentes, por que el derrumbe era imprevisible. En vista de lo anterior, al no evidenciarse conducta alguna imputable a titulo de dolo o culpa grave en cabeza de funcionario alguno por el deslizamiento no procedente entablar acción de repetición por este concepto.

No siendo otro el objeto de la presente se termina y firma como aparece, una vez leída y aprobada por los que en ella intervinieron.

Las fichas correspondientes a las solicitudes de conciliación y acciones de repetición hacen parte integrante de la presente acta.


FERNANDO MEDINA GUTIERREZ
Subsecretario de Asuntos Legales


CLARA MERCEDES MORENO T.
Secretaria Técnica del Comité.

Preparada por Nahir Lucia Zapata Arboleda

ACCION DE REPETICION

1. DATOS DEL SERVIDOR PÚBLICO PRESUNTAMENTE RESPONSABLE

NOMBRES:	
ENTIDAD O DEPENDENCIA:	DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS
CARGO:	

2. DATOS DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD

RADICACIÓN:	22754 - 1997 SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
DEMANDADO:	ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA. D.C. - SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS
DEMANDANTE:	FLAMINIO PULIDO ARIAS
ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:	NO
ABOGADO DE LA ENTIDAD	JORGE PARRA

3. DATOS DEL DAÑO

SENTENCIA:	x	VALOR	\$1.990.091.50	FECHA:	ENERO 23 - 2001
CONCILIACIÓN:		VALOR		FECHA:	
FECHA RESOLUCIÓN DE PAGO:	19 de julio del 2001 340/2001	VALOR PAGADO:	\$1.990.091.50 incluidas costas por el valor de \$331.682.00		
FECHA DE ULTIMO PAGO:	JULIO 25 -2001				
TRIBUNAL DE ORIGEN:	TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL Sentencia del 23 de enero del año 2001				
OTRO:	Juzgado 12 Laboral del Circuito				
CADUCIDAD:	JULIO 25 del 2003				
OBSERVACIONES:	Primera instancia absuelve. Sentencia de 03 noviembre 2000.				

3. RAZONES DEL DAÑO

NORMAS APLICABLES:

Constitución Nacional, artículo., 53, 315 numeral 7

Artículo. 20 transitorio de la Carta política que otorga facultades al ejecutivo previa evaluación y recomendación de expertos para suprimir, fusionar o reestructurar las

Preparada por Nahir Lucia Zapata Arboleda

entidades de la Rama Ejecutiva.

Decreto 1421 de 1993, artículos 125,

Decreto 3135 de 1968, respecto a la clasificación de los trabajadores oficiales

Decreto 2127 de 1945 art. 47 y 48 que establece los motivos para dar por terminado unilateralmente el contrato con justa causa, dentro de los cuales no se encuentra la causa legal.

Decreto Distrital Nro. 668 de 01 de noviembre de 1996, que ordenó la supresión de 668 cargos de la planta de trabajadores oficiales de la Secretaría de Obras Públicas.

3.1. HECHOS:

1.- El peticionario laboró al Servicio de la Secretaria de Obras públicas de Bogota, como trabajador oficial, desde el 6 de febrero de 1979 hasta el 1 de noviembre de 1996.

2.- La empleadora dio por terminado el contrato de trabajo de conformidad con el Decreto Distrital Nro. 668 de 01 de noviembre de 1996, que suprime 668 cargos de la planta de trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas.

3.1.1 PRETENSIONES DEL DEMANDANTE

Reintegro, reliquidación salarial y prestacional, compensación de dotaciones adeudadas, reliquidación del auxilio de cesantía, pensión sanción, indemnización moratoria.

3.2. CONSIDERACIONES DE LAS INSTANCIAS JUDICIALES

1.- El juez de primera instancia profiere pronunciamiento en el sentido absolver de la totalidad de las pretensiones, condenar a la parte demandante al pago de las costas y agencias en derecho.

2.- El fallo al surtirse el grado jurisdiccional de consulta, ante la Segunda Instancia, se pronuncia, revocando el fallo consultado y en su lugar condenando a Santafé de Bogotá D.C., a pagar a favor del demandante la suma de \$1.658.409,50 por concepto de indemnización moratoria, más las costas del proceso por el valor de \$331.682.00

Encontró la Sala que los 90 días de gracia que consagra el artículo. 1 del Decreto 797 de 1949 para el pago de las prestaciones sociales del Trabajador vencían el 19 de febrero de 1997 y como el pago de las cesantías se hizo el 15 de abril de 1997, incurrió el Distrito en una mora de 55 días.

Preparada por Nahir Lucia Zapata Arboleda

La revocatoria, hace relación a que en el fallo de primera instancia se absolvió al haber concluido de acuerdo a documento obrante a folio 158, que el accionante al 28 de enero de 1997, ya contaba con la solicitud de liquidación de la cesantía definitiva ante FAVIDI, ente pagador que como tal debería realizar la cancelación respectiva.

Consideró la segunda instancia que a quien le correspondía asegurar el pago oportuno era al empleador – Secretaría de Obras, teniendo en cuenta lo contenido en el decreto 797 de 1949, es decir, el pago debió realizarse dentro de los noventa días siguientes a su desvinculación.

4. REPETICIÓN

4.1 VIABILIDAD DE INICIAR ACCION DE REPETICION

Se hizo necesario oficiar al FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI", el cual mediante comunicación de diciembre 11 del 2002, informa a la Oficina de Asuntos Judiciales:

- 1.- El señor FLAMINIO PULIDO ARIAS, radicó la solicitud del pago del auxilio de cesantía el 6 de febrero de 1997 según formulario Nro. 166669, la cual fue reconocida por su entidad nominadora por el valor de \$13.037.215.00. siendo a partir de la radicación del formulario por parte del beneficiario que se comienza a contar el plazo que tiene la entidad para la cancelación de la misma.
- 2.- De acuerdo con lo establecido en la Ley 244 de 1995, la entidad pagadora tenía un término de cuarenta y cinco días hábiles a partir de la radicación, para cancelar las cesantías definitivas, siendo canceladas las mismas dentro de este plazo.
- 3.- El 10 de abril de 1997 estuvo a disposición del beneficiario el cheque número 0909291 de CONCASA, el cual fue retirado el 15 de abril de 1997.

4.2. CONTENIDO OBLIGACIONAL:

- 1.- Se trata en el caso en estudio de un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado-Distrito Capital, ya que en la sentencia se ordenó el pago de indemnización moratoria por pago tardío de las cesantías, atendiendo la aplicación del Decreto 797 de 1949, contando desde la fecha de la desvinculación considero la segunda instancia que los noventa días vencían el 19 de febrero de 1997. No tuvo en cuenta que la radicación de la liquidación por parte del trabajador se realizó el 06 de febrero de 1997 y que la norma aplicable era la Ley 244 de 1995, que contempla 45 días hábiles desde el momento de la radicación para la realización del pago.

COMITÉ DE CONCILIACIÓN

Preparada por Nahir Lucia Zapata Arboleda

5. CONCEPTO

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO:

- 5.1) No se produjo un daño antijurídico a FLAMINIO PULIDO ARIAS
- 5.2) No ha existido actuación irregular por parte de la entidad pagadora, ya que el pago del derecho laboral se realizó dentro de los 45 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud por parte del trabajador de conformidad con la Ley.

RECOMENDACIÓN .- No iniciar acción de repetición

PRESENTACION DICIEMBRE 26 2002
COMITÉ


NAHIR LUCIA ZAPATA ARBOLEDA

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C
 SECRETARIA GENERAL
 COMITÉ DE CONCILIACIÓN
 CONCEPTO INICIACION ACCION DE REPETICION

REFERENCIA: CONCEPTO ACCION DE REPETICION EN LAUDO ARBITRAL DISTRITO CAPITAL – PROSANTANA	
PROCEDIMIENTO ARBITRAL PARA DIRIMIR LAS DIFERENCIAS ENTRE PROSANTANA, EL DISTRITO CAPITAL Y CONFIANZA S.A.	LAUDO ARBITRAL PROFERIDO POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DEL 18/12/00.
CONDENA: El Laudo Arbitral que fue proferido el dieciocho (18) de diciembre de 2000, quedando debidamente el día 26 de diciembre de 2000, determinó lo siguiente:	
<p>DECIMA: Como consecuencia de las declaraciones precedentes, condénase al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá a pagar a la sociedad Promotora de Construcciones e Inversiones Santana S.A. – Prosantana S.A., la suma de VEINTE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTITRES PESOS (\$20.646.459.623) MONEDA CORRIENTE sobre la cual se causarán los intereses dispuestos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la fecha de ejecutoria del presente Laudo.</p> <p>Pese a que el Distrito Capital fue condenado a cancelar la suma indicada anteriormente, como consecuencia del trámite arbitral, también obtuvo un beneficio representado en las sumas que logró compensar en su favor.</p>	
RESPONSABLE DE LA FICHA: LUIS CARLOS VERGEL HERNANDEZ	
CADUCIDAD: 9 DE ENERO DE 2003	CUANTIA: PAGO TOTAL DEL
SE ORDENÓ LA REALIZACIÓN DEL	LAUDO \$20.816.809.095.00.

PAGO EL 9 DE ENERO DE 2001	<p>SUMAS OBJETO DE EVENTUAL REPETICIÓN:</p> <p>\$283.131.739 AMORTIZACIÓN DE EQUIPOS REVERTIDOS AL DISTRITO.</p> <p>\$129.778.789 LUCRO CESANTE RETENCION VIBROCOMPACTADOR.</p> <p>\$460.325.113 INVENTARIO ALMACEN DE PROPIEDAD DEL CONTRATISTA</p> <p>\$ 3.909.737.706 DEFICIT BOLSA DE COMPENSACION</p> <p>\$102.026.135 VALOR NO AMORTIZADO DE EQUIPOS.</p> <p>TOTAL : \$4.885.299.482</p>
----------------------------	--

COMPETENCIA: JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

HECHOS

- ❖ El día 27 de Septiembre de 1997 colapsó el relleno sanitario de Doña Juana el cual estaba siendo administrado por PROSANTANA S.A. según contrato de concesión 016 de 30 de septiembre de 1994.
- ❖ Como consecuencia del derrumbe presentado la administración distrital mediante actos administrativos procedió a interpretar unilateralmente las cláusulas 4y 6 del contrato, declaró la caducidad del contrato y se liquidó unilateralmente el contrato.
- ❖ Contra las anteriores determinaciones se ejercieron los recursos de ley, siendo confirmadas estas.
- ❖ PROSANTANA procedió a demandar ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las decisiones de la administración que dieron origen a la interpretación unilateral del contrato.
- ❖ Igualmente entabló proceso ejecutivo ante la misma jurisdicción para el cobro de las sumas correspondientes a los déficits presentados en la bolsa de compensación
- ❖ Así mismo entabló acción ejecutiva para el cobro del saldo insoluto de obras ejecutadas según modificación del contrato de concesión.
- ❖ Confianza presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda de nulidad de las resoluciones mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato y la devolución de las sumas que hubiese pagado la aseguradora como consecuencia de dichos actos

administrativos.

- ❖ PROSANTANA con fundamento en la cláusula compromisoria pactada en el contrato presentó el 9 de diciembre de 1998 solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento.

CONCEPTO

Se ha solicitado la expedición de un concepto en el que se indique la procedencia de la acción de repetición en el caso en cuestión, el cual se rendirá a continuación previas las siguientes consideraciones:

ACCION DE REPETICION

CONTENIDO OBLIGACIONAL:

A la luz del artículo 90 de la Constitución Nacional: "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

Por lo tanto se hace necesario precisar lo siguiente:

El laudo arbitral proferido para dirimir las controversias presentadas entre el Distrito Capital, Prosantana y Confianza S.A., se construyó sobre los siguientes temas, que se resumen a continuación:

a- INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES MUTUAMENTE IMPUTADOS.

Las partes mutuamente se imputan haber violado la obligación de obrar de buena fe, representadas en que Prosantana alegaba que el Distrito conocía las deficiencias del diseño de Hidromecánicas sobre el tratamiento de lixiviados y que pese a ello impuso el diseño en el contrato. A su turno el Distrito señaló que Prosantana debido a su experiencia debió advertir las deficiencias en los citados diseños.

El Tribunal consideró que:

Debido a la naturaleza experimental del objeto del contrato las obligaciones que de este se desprendían eran de medio y no específicas.

o de resultado.

- Las obligaciones de cada una de las partes en su contexto eran poner los medios a su alcance para que el sistema operado sea exitoso.
- Se debe analizar la conducta culposa de las partes.
- Según las cláusulas pactadas en el contrato el sistema de recirculación de lixiviados era una obligación que le correspondía a ambas partes.
- Se demostró dentro del proceso que el Distrito, antes de abrir la licitación introdujo ajustes al diseño presentado por Hidomecánicas que lo mejoraron, lo que evidencia que su conducta no fue negligente.
- Debido al carácter experimental del sistema implementado y por el estado de avance la técnica no era razonable exigir previsiones concretas para evitar un deslizamiento ya que el sistema no lo permitía, dado su carácter.
- ~~No resultaba razonable hacer prevenciones para sucesos que no aparecían dentro de la categoría de riesgos probables o previsibles en este tipo de operaciones.~~
- Ninguno de los hechos alegados por las partes como incumplimiento no adquiere tal calidad y que sea imputable como causa del deslizamiento.

b- CAUSAS DESLIZAMIENTO.

- Excesiva presión de poros, por la falta de implementación de un sistema de extracción de gases, drenajes inadecuados, recirculación de lixiviados.
- Debido al estado de la técnica no puede tenerse como conducta exigible para las partes adoptar medidas tendientes a la estabilidad del terreno ya que estas eran imprevisibles dado lo experimental del sistema.
- Los gastos generados por el deslizamiento deben ser asumidos por mitades entre las partes (Distrito – Prosantana)

c- OTRAS CONCLUSIONES:

- El Tribunal luego de lo anterior procede a reconocer y ordenar el pago de las sumas que el contratista solicitó por realización de obras de infraestructura.

- Valora como no demostrada la publicidad negativa que Prosantana alega fue emitida por el Distrito y mucho menos que el perjuicio alegado tenga relación alguna con el accidente.
- Frente a la reversión de bienes el Tribunal estima que aquellos en donde estaba pactada y el plazo del contrato no había terminado, el Distrito deberá cancelar a Prosantana el saldo no amortizado.
- Con relación a los bienes no reversibles se tiene que deberá pagarse el valor de los mismos, de acuerdo al dictamen financiero.
- El Distrito deberá cancelar también las sumas debidas a Prosantana en razón a los déficits presentados en la bolsa de compensación. Se reconocen rendimientos financieros sobre el capital.
- El Tribunal ordenó las compensaciones recíprocas de los créditos que surjan para las partes hasta la ocurrencia de sus valores dado que en el presente laudo se ha declarado que las partes son mutuamente deudoras y acreedoras por sumas líquidas exigibles.
- Al no haberse imputado a la partes incumplimiento de sus obligaciones contractuales que puedan estimarse individualmente causantes del deslizamiento, es obvio que no puede predicarse la ocurrencia del siniestro de la póliza otorgada por Confianza para amparar el cumplimiento del contrato.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE REPETICIÓN.

El Honorable Consejo de Estado en innumerables providencias, entre las que se destaca las de fechas 97/10/02 radicado 13977, 98/07/09 radicado 14480, en donde se ha determinado la procedencia de la acción de repetición cuando se está en presencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario público que con su proceder causa un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado.

Se colige de lo anterior que para que proceda la acción de repetición se hace necesario que se cause un daño imputable a título de dolo o culpa grave.

Tal como lo indicó el Tribunal, debido a la naturaleza experimental del objeto del contrato las obligaciones que de este se desprendían eran de medio y no específicas o de resultado. En consecuencia la responsabilidad en este tipo de actividades deberá ser analizada a la luz de la culpa como determinante de la responsabilidad.

Partiendo de lo anterior, el Distrito estaba obligado a poner en obra los medios necesarios para lograr el objetivo perseguido por el acreedor. Se hablará en consecuencia de incumplimiento cuando no se pusieron en obra los medios prometidos, lo que constituye de por sí un comportamiento culposo.

De lo expresado por el Tribunal se desprende que el deslizamiento no obedeció a culpa o incumplimiento contractual de las partes, en donde no se observa falta de diligencia por parte de la administración o alguno de sus agentes. El derrumbe era imprevisible y las actividades que se pudieron haber adelantado para evitar la presión de poros solo fueron conocidas con posterioridad a la realización del accidente debido al carácter experimental del sistema y la poca tecnología o evolución de la ciencia frente a este particular. En vista de lo anterior, al no evidenciarse conducta alguna imputable a título de dolo o culpa grave en cabeza de funcionario alguno por el deslizamiento no sería procedente entablar una acción de repetición por este concepto.

Pese a lo anterior, consideramos que existiría responsabilidad con relación a los siguientes temas en donde podría configurarse un eventual detrimento patrimonial al Distrito y por ende la posibilidad de entablar una acción de repetición:

- a) El primero de ellos, relacionado con la responsabilidad originada en la reversión de bienes al Distrito.

La reversión indica que los bienes utilizados en la explotación económica de un contrato pasarán a ser propiedad de la entidad contratante una vez cumplido el plazo del contrato y si este termina anticipadamente la entidad contratante deberá pagarle al contratista el valor que esta última no alcanzó a amortizar.

Como el Distrito con ocasión de la terminación del contrato adquirió la propiedad de los bienes que hacían parte de la explotación del mismo este debió haber cancelado el saldo no amortizado, cuestión esta que no hizo y que por el contrario en virtud del laudo fue más gravosa tal amortización en virtud de la actualización de dichas sumas; por lo tanto, pese a no contar con mayor información sobre las razones o justificaciones para haber realizado tal conducta, este reconocimiento a título de indexación constituye un posible detrimento patrimonial en donde si se configura el presupuesto de la culpa o el dolo en cabeza del funcionario que no ordenó el pago de la amortización sería en consecuencia procedente la acción de repetición.

b) Devolución de bienes no ligados a la explotación ni sujetos a reversión.

Igual suerte correría la conducta desplegada por la administración al negarse a realizar la entrega de unos bienes no requeridos para la operación ni sujetos a la reversión. El laudo arbitral en su página 210 al respecto establece lo siguiente:

“ Ahora bien, si el relleno venía siendo operado por el concesionario Prosantana y ésta era la que tenía tenencia de las referidas máquinas, es lógico que esta era la legitimada ordinariamente, para solicitar la entrega de los equipos, puesto que no existía razón justificada para creer que otra persona podía reclamar. Acreditada la tenencia por parte de Prosantana, la cual obviamente se deducía del hecho consistente en que las máquinas estaban físicamente bajo la custodia de dicho concesionario, el Distrito no podía jurídicamente desconocer esa calidad y consecuentemente negar la entrega, porque así como el artículo 762 del C.C. reputa al poseedor como dueño de un bien , mientras otra persona no justifique serlo, el tenedor también tiene derecho a que se le reconozca como tal mientras otra persona no le dispute esa calidad.

En consecuencia, al no existir razón que justificara la negativa de devolver las dos máquinas, el Distrito está obligado a pagar a la demandante Prosantana el valor del lucro cesante causado durante el tiempo que las máquinas estuvieron retenidas...”

c) Déficit en bolsa de compensación.

El Ludo arbitral en su página 219 establece que:

...” ECSA debía “ realizar el giro periódico y oportuno a cada uno de los beneficiarios de los Contratos de Concesión, siguiendo los parámetros establecidos en el Documento de Requisitos Básicos, los Contratos de Concesión y los Reglamentos respectivos”.

Estando la ECSA facultada expresamente para manejar los recursos financieros provenientes del sistema de aseo de la ciudad de Bogotá, así como para efectuar los pagos a los concesionarios, no hay duda de que dicha entidad representaba al Distrito para tales efectos y, por ende, sus

actos, producen plenos efectos frente al representado, tal como lo establece el artículo 1505 del C.C.

En el anterior orden de ideas, las certificaciones o notas de crédito expedidas por la ECSA, en donde se certifican las sumas adeudadas a Prosantana, en razón de los déficits presentados en la bolsa de compensación, las cuales se observan en el cuadro de pruebas LIBRO G de la demanda de Prosantana, produce plenos efectos legales contra el Distrito y, como este no probó dentro del presente proceso haberlas cancelado, el tribunal accederá a la pretensión correspondiente.

La suma que el Distrito deberá pagar a Prosantana es la determinada en el DICTAMEN PERICIAL, que asciende a \$2.471'977.139 por rendimientos financieros, y \$1.258'569.769 pesos por capital, para un total de \$3.730'546.908 a febrero de 2000..."

Frente a este último tema debe precisarse que el posible detrimento estaría representado en los rendimientos financieros que el distrito tendría que cancelar aún habiéndose compensado varios créditos, ya que tales rendimientos no se sabe con certeza si se reconocieron en virtud de que la bolsa no contaba con los suficientes recursos para pagar al concesionario o si el no pago fue un hecho de la administración.

En conclusión, se puede afirmar que como consecuencia del accidente presentado en el relleno Doña Juana no es procedente entablar una acción de repetición con ocasión del derrumbe del relleno sanitario habida cuenta que no ha existido culpa grave o dolo en la conducta de funcionarios distritales, por cuanto el sistema al ser experimental y el carecer de los elementos científicos para el manejo de este asunto, hizo imprevisible el manejo de este problema.

El artículo 6 de la ley 678 de 2001 establece que habrá Culpa Grave cuando el agente de del estado haya incurrido en "Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

Para el caso en cuestión la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos deberá explicar a satisfacción cuál fue la situación presentada con la reversión de bienes, la devolución de bienes no ligados a la explotación ni sujetos a reversión y el tema relacionado con el déficit de la bolsa de compensación.

De la respuesta dada por la UESP se podrá concluir si con relación a los últimos temas ha existido error inexcusable y en consecuencia si es viable entablar o no acción de repetición por estos últimos temas.

O si por el contrario si en el proceder de un agente de la administración se vislumbra algún indicio de dolo o culpa grave en la toma de este tipo de decisiones sería procedente la acción.

La Corte Constitucional, siendo Magistrado Ponente el Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, mediante sentencia de Abril 12 de 2000 No. de Rad.: C-430-00, estableció lo siguiente:

“Según la Constitución, sólo en el evento de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial del daño antijurídico, que haya sido determinado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, puede aquél repetir lo pagado contra éste. Ello significa, en consecuencia, que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño. Con ello se garantiza, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurada con el respaldo patrimonial del Estado, y, de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la acción de repetición. ...

Sólo después de que se declare la responsabilidad y se condene a la entidad pública, es cuando ésta puede repetir contra el funcionario. De manera que con la demanda simultánea de la entidad y del agente no se vulnera la norma constitucional, sino que se atiende a la economía procesal, porque en un mismo proceso se deduce la responsabilidad que a cada uno de ellos corresponde. La norma debe interpretarse en el sentido de que únicamente puede perseguirse al funcionario por la vía de la acción de repetición, sólo después de que se haya resuelto mediante sentencia la condena del Estado por el daño antijurídico por el cual debe responder...”

CONCLUSION:

En vista de lo anterior, se concluyen dos aspectos:

- 1. Por el derrumbe del relleno de Doña Juana no es procedente iniciar acción de repetición, según el análisis realizado con anterioridad.

2. Deberá la UESP rendir explicaciones al Comité relacionadas con los temas:

- Cuál fue la situación presentada con la reversión de bienes.
- La devolución de bienes no ligados a la explotación ni sujetos a reversión.
- Déficit de la bolsa de compensación.

Lo anterior con la finalidad de que se exponga al Comité cuales fueron los argumentos o justificaciones para que la administración haya asumido tales conductas y para que el laudo procediera a los reconocimientos. Se solicita lo anterior con la finalidad de determinar si existe un error inexcusable o dolo o culpa grave en quienes intervinieron en la toma de estas decisiones.

Cordialmente,

LUIS CARLOS VERGEL HERNANDEZ

LUIS CARLOS VERGEL HERNANDEZ
Asesor Asuntos Judiciales.

*- Solicitar copia de la
Contestación de la demanda.*