

Por la cual se adoptan políticas de prevención del daño antijurídico y la defensa judicial del Instituto Nacional para Ciegos – INCI.

EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PARA CIEGOS –INCI-

En ejercicio de sus facultades legales y en especial el Decreto 1006 de 2004, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, define el Comité de Conciliación como una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Que conforme al artículo 19 ídem, son funciones de los Comités de Conciliación de las entidades públicas: "Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico" y "Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad".

Que el Comité de Conciliación del Instituto Nacional para Ciegos – INCI, en cumplimiento de las mencionadas normas, en sesión del día veintiuno (21) de junio de 2010, recomendó adoptar las disposiciones normativas contentivas de políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa judicial, en los términos desarrollados en el presente acto administrativo.

Que por lo anteriormente expuesto,

RESUELVE:

CAPÍTULO PRIMERO

"POLÍTICAS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO"

ARTÍCULO PRIMERO: Adoptar las siguientes políticas de prevención de daño antijurídico para el Instituto Nacional para Ciegos - INCI, así:

1. En materia de desvinculación de funcionarios por modificación de la planta de personal:

1.1. Previo a la decisión administrativa de retirar del servicio a un servidor público, se deberá evaluar si se encuentra amparado por fuero sindical o fuero de maternidad, y establecer con precisión las fechas de inicio y terminación de dicho amparo, para lo cual se aplicarán los criterios establecidos en el numeral 2° del artículo 407 del Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo ha venido reiterando la jurisprudencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

1.2. Los estudios técnicos que sirven de base para la modificación de la planta de personal, deberán observar que al suprimir un cargo no subsistan las funciones del mismo, y/o que sean asignadas a un cargo con diferente denominación, pues las autoridades judiciales consideran tal situación como falsa motivación o desviación de poder.

30-06-2010

1.3. Previo a declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario de libre nombramiento o remoción, o de un funcionario con nombramiento provisional, se realizará documento donde consten los motivos por los cuales se toma tal decisión, pues la no existencia de dichos motivos es considerada por las autoridades judiciales como falsa motivación o desviación de poder.

2. Para el retiro de funcionarios por la causal autónoma de abandono del cargo, de conformidad con el criterio definido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, debe realizarse un proceso administrativo previo, desarrollado dentro de los principios que rigen la función pública, es decir, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, sin desconocer el debido proceso y el derecho de contradicción del funcionario.

De ahí que deban otorgarse las garantías necesarias para su defensa, siendo, por tanto, un procedimiento diferente al disciplinario, que le permite igualmente a la Administración contar con la posibilidad de proveer prontamente el cargo a fin de evitar traumatismos en la función pública.

3. En materia de la evaluación de desempeño de los funcionarios de carrera administrativa, se garantizará el cumplimiento del Debido Proceso durante toda la actuación administrativa, a su vez, el Jefe del respectivo funcionario notificará a éste sobre el resultado de dicha evaluación.

4. Para lograr el fortalecimiento de la gestión contractual y la observancia de lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993, 1150 del 2007 y el Decreto Nacional 2474 de 2008, las entidades deberán tener cuenta:

4.1. No es procedente imponer multas al contratista con posterioridad a la suscripción de las actas de recibo a satisfacción de obras o servicios y/o de liquidación de los contratos, so pena que con base en la extemporaneidad se declare la nulidad de dichos actos.

4.2. La decisión de imponer multas deberá estar precedida de una audiencia, que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista (Ley 1150 de 2007).

4.3. En materia contractual, la elaboración del estudio de mercado, como sustento técnico y económico del valor estimado del contrato, debe ser uno de los soportes fundamentales para: a) definir presupuestos oficiales ajustados a la realidad del mercado, lo que evita entre otros, la contratación con mayores costos; b) contar con todas las especificaciones técnicas y económicas de la contratación, lo que facilita la ejecución de los contratos, haciéndola transparente, eficiente y eficaz, y c) determinar o ajustar los factores de escogencia de las propuestas, con el fin de que éstos sean objetivos, consulten la realidad del mercado y permitan a su vez seleccionar la oferta más favorable para el cumplimiento de los fines estatales.

En este sentido al efectuar el estudio de mercado, además de contar con los estudios previos que en cada caso se requieran, según la naturaleza del objeto a contratar, es preciso especificar la necesidad que la entidad pretende satisfacer, siendo pertinente tener en cuenta entre otras, las siguientes indicaciones:

4.4. Especificaciones del bien o servicio a adquirir incluidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes deben corresponder a las especificaciones base del estudio de mercado.

4.5. El estudio de mercado debe incluir la totalidad de los ítems objeto de contratación.

4.6. Las solicitudes de cotización que se efectúen como parte del estudio de mercado, deben incluir el mayor número de datos que incidan en el valor a cotizar, tales como el plazo de ejecución, la forma de pago, el personal mínimo exigido, las posibles garantías que se requieren, los productos que se necesitan.

4.7. El presupuesto oficial, debe ser determinado teniendo en cuenta el estudio de mercado y los demás estudios previos de la contratación. Si la adjudicación es por grupos o ítems es preciso determinar el presupuesto oficial para cada grupo o ítem y las consecuencias que se deriven del hecho de que el(los) grupo(s) o ítem(s) ofrecido(s) no se ajuste(n) a dicha(s) suma(s).

4.8. Para el caso de venta de bienes y materiales especializados, se verificará dentro de los estudios previos la titularidad de derechos de autor.

CAPÍTULO SEGUNDO

"POLÍTICAS DE DEFENSA JUDICIAL"

ARTÍCULO 2º. Adoptar políticas de defensa judicial para el Instituto Nacional para Ciegos – INCI, así:

1. Siempre que se demande o pretenda hacer valer un acto administrativo expedido por la entidad, el apoderado del Instituto Nacional para Ciegos deberá allegar al proceso copia auténtica e integral del mismo.

2. Instrucciones para la solicitud del llamamiento en garantía

2.1. En cumplimiento de los artículos 19 y siguientes de la Ley 678 de 2001, la entidad podrá solicitar el llamamiento en garantía, en los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando aparezca prueba sumaria de que el agente actuó con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida sobre la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

2.2. Se exceptúa la posibilidad de solicitar el llamamiento en garantía cuando dentro de la contestación de la demanda se han propuesto excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

2.3. El o los apoderados de la entidad, deberán estudiar la procedencia del llamamiento en garantía para fines de repetición en los procesos judiciales de responsabilidad patrimonial. De no ser viable el llamamiento, deberán justificarlo por escrito y presentar un informe mensual al Comité de Conciliación

2.4. Cuando la entidad, demande a sus contratistas, deberá accionar contra la aseguradora que ampare el riesgo que origina la acción y cuando actúe como accionada por ciudadanos o personas jurídicas de derecho privado o de derecho público por actos, hechos, omisiones u operaciones atribuibles a contratistas suyos deberá llamar en garantía y/o denunciar el pleito al contratista y a su aseguradora, dependiendo del riesgo de que se trate.

3. Cuando comparezcan la entidad ante los estrados judiciales, se deberán tener en cuenta las siguientes instrucciones:

3.1. El apoderado del INCI, en razón del mandato a él conferido, debe proceder a defender los intereses públicos de la entidad, de manera diligente, técnica y respetuosa, conforme a las reglas y ritos procesales y los principios y obligaciones que regulan el ejercicio de la abogacía.

4. Los abogados encargados de la defensa judicial para la contestación de la demanda tendrán en cuenta los siguientes criterios:

4.1. Debe señalarse el marco normativo que regula las competencias orgánicas de la entidad respecto del problema planteado, al igual que las normas que regulan los aspectos particulares del caso concreto.

4.2. Deben presentarse o exponerse claramente los actos, procedimientos, operaciones, actuaciones que la entidad hubiere desarrollado, así como los antecedentes en cada caso.

4.3. La copia de actos administrativos deberá aportarse al proceso en copia auténtica.

4.4. Los apoderados en la contestación de la demanda deberán tratar los conceptos e imputaciones presentados por el actor y contener adicionalmente la explicación y justificación de los actos administrativos y de la conducta de la Administración, en cada caso concreto.

5. En los procesos que se pretenda el reintegro de un servidor público, el o los apoderados de la entidad deberán solicitar al juez, de manera subsidiaria, que se pronuncie expresamente en el fallo si proceden o no los descuentos de los ingresos salariales y prestacionales que el demandante haya percibido del tesoro público.

6. En los procesos para seleccionar y contratar abogados externos bien como asesores o para que asuman la defensa judicial o extrajudicial de la entidad, además de las exigencias establecidas en las normas que regulan la contratación estatal, se incluirá como requisito, no estar asesorando o adelantando procesos judiciales contra del Instituto Nacional para Ciegos, y mantener dicha prohibición mientras el contrato de prestación de servicios profesionales permanezca vigente.

7. Al analizar la procedencia de las acciones de repetición los abogados deberán efectuar un estudio sobre la oportunidad o configuración del fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, indicando las siguientes variables:

7.1. La fecha de ejecutoria de la sentencia, la fecha del pago total de la sentencia (último pago) y la fecha del pronunciamiento de la Corte Constitucional, Sentencia C - 832 del 8 de agosto de 2001.

7.2. Deberá determinarse si el último pago se dio dentro de los 18 meses a los que se refiere el inciso 4 del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

7.2.1. Si el último pago se realizó dentro de los 18 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, el término de 2 años de caducidad de la acción de repetición se computará a partir del día siguiente del último pago, bien sea que el caso analizado corresponda a una sentencia ejecutoriada con anterioridad o posterioridad a la Sentencia C-832 de 2001 de la Corte Constitucional.

7.2.2. Si el pago se realizó con posterioridad a los 18 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia el cómputo del término de 2 años de la caducidad de la acción de repetición varía, según se trate del cumplimiento de sentencias ejecutoriadas antes o después del citado fallo de constitucionalidad con efectos a futuro.

7.2.3. Si la ejecutoria de la sentencia respectiva fue anterior a la Sentencia C-832 de la Corte, el término de caducidad de la acción de repetición deberá contarse a partir del día siguiente al último pago.

7.2.4. Si la ejecutoria de la sentencia respectiva es posterior a la Sentencia C-832 de la Corte, el término de caducidad de la acción de repetición deberá contarse a partir del día siguiente al vencimiento de los 18 meses antes señalado.

7.3. Establecer si se ha configurado o no la caducidad es esencial a la hora de determinar la viabilidad y procedencia de las acciones de repetición por parte del Comité de Conciliación de la entidad, y, en el evento que hubiere caducado la acción procederá determinar que funcionarios fueron responsables de estos hechos.

7.4. En el evento en que el Comité de Conciliación no decida en oportunidad iniciar la acción de repetición y con el propósito de dar aplicación al artículo 8 de la Ley 678 de 2001, deberá comunicar inmediatamente tal decisión a la Procuraduría, con el objeto de que el Ministerio Público la ejercite, si lo considera pertinente.

7.5. Una vez ejecutoriados los fallos desfavorables a la entidad, éstos deberán remitirse a la Personería, Contraloría y Veeduría Distritales, para que en el menor tiempo posible inicien las investigaciones que estimen pertinentes.

8. Recomendaciones para facilitar la labor del Comité de Conciliación al adoptar una decisión respecto de la viabilidad de la acción de repetición y para que la actuación de los apoderados del Instituto en este tipo de acciones sea eficaz al momento de aportar pruebas para la prosperidad de la misma.

8.1. Procedencia de la acción de repetición.

El artículo 4 de la Ley 678 de 2001 señala que es deber para la entidades ejercitar la acción de repetición cuando *"el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes"*. Adicionalmente, el artículo 2 de la misma Ley prevé que la acción de repetición indica: *"deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial"*

La Corte Constitucional, en Sentencia C-832 de 2001, ha señalado tres elementos para la procedencia:

Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.

8.2. Directrices y recomendaciones dirigidas al Comité de Conciliación:

8.2.1. El Comité de Conciliación debe atender las presunciones de dolo y culpa grave establecidas por los jueces administrativos.

8.2.2. El Comité de Conciliación con el fin de verificar la conducta dolosa o gravemente culposa que se le imputa al servidor público, tendrá en cuenta si el juez administrativo en el fallo estableció una de las presunciones de dolo o culpa grave consagradas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en particular, desviación de poder, falsa motivación y violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, en cuyo caso ese pronunciamiento es razón suficiente para establecer la existencia de ese presupuesto.

8.2.3. En los demás fallos, es decir aquéllos que no hagan referencia expresa a la determinación de una presunción de dolo o culpa grave de un funcionario público, corresponderá a Comité de Conciliación evaluar si existió conducta dolosa o gravemente culposa imputable a un servidor público. Así mismo, establecer sin con esa conducta causó un daño antijurídico a un tercero. Entiéndase por daño antijurídico la lesión a un interés jurídicamente tutelado, que la víctima no está en la obligación legal de soportar, o como aquél que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo.

8.2.4. Que una entidad pública haya sido condenada se verifica con el fallo en sí mismo. Para demostrar la actuación dolosa o gravemente culposa que se le imputa al servidor público, no basta con la copia de la sentencia, ni siquiera en el evento que su contenido llegue a establecer una presunción de dolo y culpa grave, es necesario efectuar una evaluación de la conducta del servidor o ex servidor público.

8.2.5. Corresponde al Comité de Conciliación establecer que, la actuación del servidor público involucrado tuvo una conexión determinante con el daño antijurídico demostrado en el proceso judicial y que, por ende, fue la causa eficiente del detrimento patrimonial de la entidad pública al haber tenido que pagar la condena.

Se debe verificar que el servidor público contra quien se repite tenía a su cargo funciones asignadas que guardaban estrecha relación con el trámite demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, por tanto, su actuación resultó determinante en la causación del daño antijurídico alegado.

8.2.6. Que se haya pagado la condena, lo cual se demuestra con las órdenes de pago emitidas por el área financiera y la constancia expedida por el beneficiario de la sentencia, de haber recibido el monto de la condena a su favor.

8.2.7. Vía jurisprudencial los jueces han revisado que el cumplimiento de la condena haya causado un detrimento patrimonial a la entidad pública, y que el pago no corresponda a una obligación de otra índole, caso en el cual no procedería la acción de repetición.

8.2.8. Si en una sesión del Comité de Conciliación se aplaza la decisión en relación con la procedencia de la acción de repetición por falta de información sobre la actuación administrativa, es necesario efectuar el cómputo de la caducidad.

8.3. Una vez aceptada la demanda de repetición en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es imprescindible que el apoderado de la entidad solicite el decreto y práctica de pruebas conducentes a la prosperidad de la acción, tales como:

8.3.1. Las pruebas documentales que fueron aportadas en el proceso que dio origen a la acción de repetición y que sirvieron para que el juez declarara la nulidad de un acto administrativo o la reparación de un daño derivado de la actividad administrativa, mediante la solicitud de traslado de pruebas.

8.3.2. Testimonios de la parte que resultó beneficiaria de la condena en contra de una entidad distrital.

8.3.3. Copia del manual de funciones en su aparte pertinente, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, de tal forma que sea posible al juez establecer la actuación dolosa o culposa del servidor público en el marco de las funciones a él asignadas.

8.3.4. Certificación del tiempo de servicio y el cargo ocupado por el funcionario contra quien se repite.

8.3.5. Indagar y remitir copias en el evento que se compruebe la existencia de un fallo adverso en un proceso disciplinario relacionado con la actuación administrativa demandada por la vía contenciosa.

8.3.6. Para demostrar el pago de la condena judicial se aportan los recibos de pago de la misma, expedidos por el área financiera de la entidad correspondiente junto con la constancia expedida por el beneficiario de la sentencia, de haber recibido el monto de la condena a su favor.

9. La entidad debe tener en cuenta que las medidas cautelares son procedentes en la acción de repetición, tal como lo señala el artículo 23 de la Ley 678 de 2001. Además, previo a iniciar la acción de repetición debe existir un pronunciamiento del Comité de Conciliación al respecto.

10. El o los apoderados de la entidad deberán solicitar la ejecución de las sentencias que impongan a favor del Instituto el pago de una suma de dinero, la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o el cumplimiento de una obligación de hacer, ante el mismo Juez que conoció la causa, allí mismo, y antes del vencimiento de los 60 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o el auto de obediencia del superior. Así mismo se solicitará la inmediata imposición de las medidas cautelares a que haya lugar.

11. El INCI como perjudicado de un delito contra la administración pública, habrá de tener en cuenta:

11.1 Cuando el Instituto sea el perjudicado por la comisión de un delito, se preferirá promover el incidente de reparación integral, aunque la Ley 906 de 2004 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" permite que, una vez caducada la oportunidad para promover el incidente de reparación integral, se acuda ante la jurisdicción civil.

11.2 En el nuevo proceso de juzgamiento acusatorio, la persona jurídica de derecho público perjudicada con algún delito contra la administración pública, cometido con posterioridad al 1º de enero de 2005, tiene la calidad de víctima (artículo 132 ídem), diferenciándose del anterior sistema en que ahora actuará como interviniente en el proceso penal y no como sujeto procesal, con lo cual se ratifica su derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, conforme lo señala el artículo 137 de la Ley 906 de 2004, así:

11.3 La calidad de interviniente como víctima en el proceso penal no excluye la acción civil y puede la víctima de derecho público de un delito contra la administración pública, instaurar la demanda ante la jurisdicción civil e intervenir en calidad de víctima en el proceso penal.

11.4 Con la audiencia de formulación de acusación se inicia el juicio y la víctima acude para que se determine su condición de tal (artículo 340 ídem). Interviene por derecho propio; se le brinda la oportunidad para que designe y se le reconozca a su representante legal. Su participación en esta audiencia se limita exclusivamente al reconocimiento de su condición de víctima.

30-06-2010

Audiencia de juicio oral.- En ella interviene por medio de su representante legal, para presentar sus alegatos finales. La práctica de pruebas, está reservada a las partes, fiscalía y defensa, para no romper el equilibrio que debe existir entre ellas.

11.5 Lo más recomendable para la entidad será tramitar el incidente de reparación integral dentro de los 30 días siguientes al fallo condenatorio. Esa es la etapa procesal para que el Instituto como víctima participe en la práctica de pruebas y reconocimiento de perjuicios derivados de la conducta punible.

12. La entidad en materia de cumplimiento y pago de sentencias, tendrá en cuenta los siguientes lineamientos:

12.1. Deben establecerse los mecanismos, procedimientos y controles necesarios a efecto de responder con eficiencia y eficacia al deber legal de acatar oportunamente las decisiones de las autoridades judiciales, estrictamente en los términos en que éstas son proferidas, evitando la generación de intereses moratorios y su correspondiente pago.

12.2. La ejecución de las sentencias que impongan a favor del Instituto, el pago de una suma de dinero, la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o el cumplimiento de una obligación de hacer, deberá solicitarse ante el mismo Juez que conoció la causa y antes del vencimiento de los 60 días siguientes a la ejecutoría de la sentencia o el auto de obediencia de lo dispuesto por el superior. De igual forma, se solicitará la inmediata imposición de las medidas cautelares a que haya lugar.

Lo anterior, permite ahorrar recursos en gastos de notificación y asegurar el efectivo recaudo de los créditos judicialmente reconocidos, en aras de garantizar la máxima eficiencia procesal.

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente resolución rige a partir de su fecha de expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los,

MARY LUCIA HURTADO MARTÍNEZ
Directora General

Proyectó: Ángela Carvajal

Revisó: Comité de Conciliación y Defensa Judicial