



Consejo Superior
de la Judicatura

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, Catorce (14) de Agosto de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO NIÑO Y
JESSICA MILLAN PEÑUELA**
Radicación: **150013333008201500012 00**

Agotado el trámite procesal del medio de control de repetición, sin advertirse causal de nulidad en la actuación, procede el **Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja** a dictar sentencia, atendiendo lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, para resolver la demanda que ha dado origen al presente proceso.

I. ANTECEDENTES

El **Municipio de Tunja**, por medio de apoderada, instauró demanda de repetición conforme al artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, contra de **ARTURO MONTEJO NIÑO** y **JESSICA MILLAN PEÑUELA**, con el fin de obtener, en sentencia definitiva, resolución favorable a las siguientes:

1. PRETENSIONES (f. 10):

1. Que se declare responsable al señor **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO NIÑO** y a la ingeniera **JESSICA MILLAN PEÑUELA**, por los perjuicios ocasionados al municipio de Tunja, según Conciliación Prejudicial con radicado 2013-0171 de la Procuraduría 45 Judicial II para Asuntos Administrativos, aprobada por el Juzgado Noveno Oral Administrativo de Tunja, donde actuó como demandante el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010 y convocado el MUNICIPIO DE TUNJA dentro de la cual se solicitó el reconocimiento de mayores cantidades de obra, producto del contrato de obra.(f. 10).

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a **Arturo Montejo Niño** y a la ingeniera **Jessica Millán Peñuela** a pagar a favor del municipio de Tunja la suma de \$114.259.641,36, valor que canceló al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010, como consecuencia del cumplimiento de la conciliación prejudicial número 2013-0171 de la Procuraduría 45 Judicial II para Asuntos Administrativos, aprobada por el Juzgado Noveno Oral Administrativo de Tunja, así como el reconocimiento de los intereses comerciales del pago efectuado por el municipio de Tunja desde el

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 2

momento en que se hicieron efectivos hasta que se restituya las sumas canceladas por el municipio, ajustando la condena de acuerdo al I.P.C.

3. Que se condene en costas a los demandados.

2. HECHOS (ff. 4 - 6):

El Despacho se permite resumirlos de la siguiente manera:

Señala que entre el Consorcio Infraestructura 2010 y el Municipio de Tunja, se llevó a cabo el Contrato No 325 de 2010, cuyo objeto principal era la construcción de andenes para la ciudad, razón por la cual se realizaron los estudios previos en el mes de julio de 2010, proyectados por la Secretaría de Infraestructura, dirigido a la Oficina de Planeación en los cuales se observa que se realizaría en aras del cumplimiento del EJE ESTRATEGICO DESARROLLO SOSTENIBLE, POLITICA: INFRAESTRUCTURA PARA EL DESARROLLO, PROGRAMA PARA TUNJA LO MEJOR EN VIAS-PROYECTO ESTUDIO, DISEÑO, CONSTRUCCION, MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y REHABILITACION PLAN VIAL SECTOR 2 VIAS, en los cuales se buscó por parte de la Administración Judicial atender las necesidades de la comunidad y obligaciones judiciales como tutelas y acciones populares.

Refiere que en el acta de liquidación final de obra de fecha 1 de diciembre de 2011, se advierte en su literal E. un saldo a favor del Contratista por valor de mayor cantidad de obra a la inicial y adicionalmente contratada, por la suma de \$114.259.641,36, valor que ante su cobro por parte del Consorcio Infraestructura 2010 al Municipio de Tunja, se optó por someter el asunto a conciliación con base en el criterio que adoptara su comité de conciliación como consecuencia de la respuesta dada por el Secretario de Infraestructura que reconoció en acta de liquidación del contrato de fecha 01 de diciembre de 2011, la ejecución de obras por valores superiores al pactado en el contrato.

Añade que dado que estos procesos fueron adelantados en la anterior administración, se imposibilitó la generación de un concepto distinto al ya emitido por la interventoría como responsable del control administrativo, financiero y técnico de control de la obra.

Que como consecuencia de la conciliación referida y que fue aprobada por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja, el municipio de Tunja tuvo que pagar al Consorcio Infraestructura 2010 la suma de \$114.259.641,36, mediante comprobante de egreso 2014-2862 de 29 de mayo de 2014, por el valor de \$97.577.734,36, previo descuentos de ley.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 3

Agrega que dentro de la documentación es posible evidenciar que en ocasiones anteriores la obra se había suspendido para adicionarla en tiempo y en dinero, y en la última oportunidad no se tomó esta medida en aras de realizar los trámites de disponibilidad y registro del dinero necesario para la ejecución de las mismas, incurriendo en culpa grave por parte de la Secretaria de Infraestructura de la época y el Alcalde Mayor conforme lo informa el interventor externo Interplan Vial, aduciendo por parte del contratista en oficio de fecha 28 de diciembre de 2011 la adecuación por motivo de emergencia del estado de las vías y cumplimiento de instancias judiciales, pero revisado el material no se evidencia con claridad esta situación, máxime cuando si hubiese sido por ejemplo por declaratoria de urgencia manifiesta habrían, mecanismos idóneos para contratar o por lo menos esta actuación reposaría allí, pero no es evidente de la documentación obrante la necesidad de la realización de la mayor cantidad de obra.

Manifiesta que el auto aprobatorio de la conciliación prejudicial quedó debidamente ejecutoriado el día 22 de abril de 2014.

Por ultimo señala que el comité de conciliaciones y defensa del municipio de Tunja en sesión de fecha 29/09/2014 como consta en acta No 042 de 2014, recomendó iniciar acción de repetición en contra del funcionario que fungió como alcalde y quien se desempeñaba como funcionario asesor de infraestructura de la época, señor ARTURO MONTEJO NIÑO y JESSICA MILLAN PEÑUELA, disponiendo la iniciación de la acción de repetición por el valor total de \$114.259.641,36.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO (ff. 14 a 18):

Considera que la presente demanda de repetición es procedente en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la Ley 678 de 2001, y el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, Sentencia C-563 de 1998 y Artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

Explica que de conformidad con el artículo 90 superior, el agente estatal compromete su responsabilidad cuando su conducta dolosa o gravemente culposa ha sido causa de condena patrimonial contra el Estado, que según la doctrina el dolo hace referencia a la intención dirigida por el agente del estado a realizar la actividad generadora del daño, mientras que la culpa grave tiene que ver con aquella conducta descuidada del agente estatal, causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal.

Que de conformidad con el artículo 5º de la Ley 678 de 2001, *la conducta es dolosa cuando el agente del estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 4

Con lo cual considera que las normas transcritas tienen un contenido y unos elementos que resultan diferentes de las nociones recogidas en el artículo 63 del Código Civil, amén de que en este nuevo campo no se equiparan el dolo y la culpa grave, como si ocurre en el terreno civil, a tal punto que totalmente distintas resultan entre sí, las situaciones de hecho que la citada ley recoge para efectos de presumir, en unos casos el dolo y en otros, completamente diferente la culpa grave.

Manifiesta que el artículo 90 de la Constitución Política, señala que para que se pueda ejercitar la acción de repetición por la entidad pública se requiere: a) de la condena a una entidad pública, a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, requisito que se encuentra debidamente satisfecho, si se tiene en cuenta que el municipio de Tunja ordenó el pago al Consorcio Infraestructura 2010, por la suma de \$114.259.641,36, según certificado de tesorería.

Que respecto del segundo requisito como lo es que: b) Tal condena debe ser consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o exfuncionario público, o del particular que ejerce funciones públicas, se debe establecer si dicho pago fue producto de la conducta de algún servidor de la Administración Municipal constitutivo de dolo o culpa grave.

Al respecto señala que la Ley 80 de 1993 en su artículo 40 permite la adición de los contratos en hasta un 50%, precepto reformado por el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido de indicar que en los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prorroga o adición hasta por el 60% del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudio técnicos y económicos, que de conformidad con la sentencia C-300 de 2012 las obras adicionales pudieron ser previstas desde el comienzo, y no fueron objeto de un caso fortuito o una fuerza mayor.

Finalmente señala que revisado el contrato su valor total fue de \$2.833.705,429 y su adición fue de \$114.259.641,36 para el retiro de sobrantes de excavación y construcción del tramo adicional salida a Monquirá; cuestionando el por qué en la última oportunidad de adición del contrato no se suspendieron las obras en aras de realizar los trámites de disponibilidad y de registro del dinero necesario para la ejecución de las mismas, incurriéndose en culpa grave por parte de la Secretaría de Infraestructura y el Alcalde Mayor de la época, conforme lo informa el Interventor vial, aduciendo por parte del contratista en oficio de fecha 28 de diciembre de 2011 la adecuación por motivo de emergencia del estado de las vías y cumplimiento de instancias judiciales, pero revisado el material no se evidencia esta situación, máxime

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 5

cuando si hubiese sido por ejemplo por declaratoria de urgencia manifiesta habían mecanismos idóneos para contratar o por lo menos esta actuación reposaría allí, pero no es evidente de la documentación obrante y en consecuencia se recomienda el inicio de Acción de Repetición por culpa grave, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. PRESENTACIÓN Y ADMISIÓN

La demanda fue radicada el 21 de enero de 2015 (f. 21 v.); mediante auto de fecha 12 de febrero de 2015 se resolvió remitir el proceso al Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, en razón a que la conciliación prejudicial fue aprobada por dicho Despacho, (ff. 539 - 542).

Con auto de 02 de marzo de 2015, el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, planteó conflicto negativo de competencia, (ff. 547-549), disponiéndose por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia de 30 de julio de 2015, declarar competente al Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja para conocer del asunto, (ff. 557-560).

Mediante providencia del 10 de septiembre de 2015, se inadmitió la demanda, (ff. 577-578), la cual una vez subsanada fue admitida con auto de fecha 8 de octubre de 2015, (ff. 592-594).

El día 21 de abril de 2016, teniendo en cuenta que no fue posible la notificación personal del señor Arturo José Fructuoso Montejo Niño, se ordenó su emplazamiento, (f.651 y v.), no obstante lo anterior el día **15 de junio de 2016 se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda**, (f. 594 v) y por medio de apoderado constituido para tal fin los demandados procedieron a contestar la demanda, (f.677).

Efectuado lo anterior y vencido el plazo de 25 días de que trata el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 (f. 656), empezó el término de los 30 días de traslado que trata el artículo 172 del CPACA (f. 657); plazo que venció el 05 de septiembre de 2016; oportunidad dentro de la cual el apoderado de los demandados procedió a contestar la demanda, así:

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ff. 658-676)

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 6

El apoderado de los demandados se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por encontrarlas infundadas de acervo alguno tanto fáctico como jurídico.

Expresa que dentro de la descripción de la necesidad de los estudios previos del proceso licitatorio que dio origen al contrato 325, se estableció en lo concerniente al programa "Para Tunja lo Mejor en Vías", que este proyecto generaría grandes beneficios sociales, económicos, y de desarrollo desde el primer año de la inversión, en la ciudad de Tunja y especialmente en el área de influencia de los diferentes sectores viales en donde la movilidad era limitada debido a la alta congestión tanto de flujo vehicular como peatonal, presentando conflicto e interferencia entre los dos flujos debido a la falta de vías peatonales adecuadas para la buena movilidad y mal estado de las vías vehiculares existentes.

Proyecto que fue viabilizado no solamente para atender las necesidades de la comunidad sino también al cumplimiento de obligaciones judiciales, permitiendo con su ejecución la intercomunicación con todos los sectores de Tunja, mejorando la movilidad y reduciendo índices de congestión, accidentalidad y demoras en los tiempos de viaje.

Que la distribución de los tramos a intervenir fueron: Tramo I Plaza de Bolívar; Tramo II Carrera 13 entre calles 17 y 19; Tramo III Calle 18 entre carreras 14 a 8; Tramo IV Carrera 9 entre calles 20 y 16; Tramo V Carrera 9 entre calles 20 y 25; Tramo VI Carrera 10 entre calles 25 y 21; Tramo VII Calle 21 A entre carreras 10 y 11; Tramo VIII Calle 22 entre carreras 10 y 8, Tramo IX Calle 21 entre Carreras 8 y 14, Tramo X Salida a Monquirá y Tramos Contrato Adicional No 2: Tramo XI Obras Complementarias y Tramo XII Calle 17 entre carreras 8 y 11(Acción Popular No 2002 - 1639).

Manifiesta que el Secretario de Contratación del Municipio y el representante legal del Consorcio celebraron el contrato No 325 de 2010 cuyo objeto era los Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación Plan Vial Sector 2.

Señala que el contratista junto con la interventoría, tenían la responsabilidad final de calcular las cantidades definitivas a ejecutar, puesto que el objeto contractual gozaba de dos componentes: elaboración de los estudios y diseños definitivos y la ejecución de la obra.

Aclara que las cantidades con las cuales se realizó el proceso contractual fueron aproximadas, y solo para saber el estimativo definitivo se esperó a la culminación de la

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **15001333008201500012 00**
Pág. No. 7

etapa de actualización de los diseños preexistentes y a la realización de los nuevos estudios y diseños requeridos.

Añade que en el contrato se habla de obras adicionales cuando existiera la necesidad de ejecutar una actividad no prevista en el contrato, caso en el cual el municipio de Tunja y el Contratista, deberían convenir los precios, la forma de pago y las especificaciones correspondientes, lo cual debería formalizarse a través de una modificación al contrato o acta técnica, no pudiendo en consecuencia, ejecutarse trabajos sin haber sido previamente aprobados entre las partes y si ello ocurría, sería a riesgo propio sin poder reclamar posteriormente.

Que efectivamente en el acta de liquidación se observaron las mayores cantidades de obras, pero de lo que no existe prueba en el expediente es de si, la ejecución de esas mayores cantidades de obra fue realizada conforme a las instrucciones impartidas por el interventor de la obra, que en el caso de existir no era la competente para autorizar la ejecución de las mismas, ya que su obligación se limitaba a verificar las necesidades del proyecto y en caso de encontrar que las mismas requerían mayor disponibilidad presupuestal, su tarea consistía en informarle al ordenador del gasto para que evaluara la correspondiente viabilidad técnica y financiera.

Refiere que conforme lo indicado en el contrato y dada la necesidad, la Secretaria de Contratación, Licitaciones y Suministro y el Representante Legal del Consorcio Infraestructural Vial 2010 procedieron a suscribir dos contratos adicionales al contrato primigenio así: Adicional No 1 de junio 1 de 2011 solo en plazo y el Adicional No 2 en valor y plazo, dentro de los considerandos de la segunda adición se pone de presente la acción popular No 2002-1639 la cual solicitaba de manera perentoria la construcción de andenes sobre la calle 17 entre carreras 8 y 11; así como también la necesidad de nuevas obras complementarias.

Reitera que el municipio de Tunja recibió las obras y por petición del contratista verificó la existencia de unas mayores cantidades de obra, las que no fueron autorizadas previamente por el municipio por no haber sido informadas de su necesidad por parte del contratista o la interventoría, configurándose una tercera adición al contrato materializada en una mayor cantidad de obra, la que solo pudo ser verificada por la Secretaría de Infraestructura hasta el momento de la liquidación del contrato, a pesar de que durante el desarrollo de la obra se realizó un seguimiento al avance y evaluación del contrato tal y como se evidencia en las actas técnicas: 1 de 6 de diciembre de 2010, 2 de 30 de marzo de 2011 y 3 de 20 de octubre de 2011.

Por ultimo agrega que esa tercera adición, no podía tramitarse conforme a los anteriores acuerdos, por cuanto ni el contratista, ni el interventor informaron al

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 8

municipio de Tunja, para que el Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministro procediera a realizar un documento que autorizara la realización de esas mayores cantidades de obra, sin que pueda entenderse que la evidencia que dejó la Secretaría de Infraestructura sobre la existencia de esa mayor cantidad de obra, sea una autorización previa.

Como excepciones de fondo formula las siguientes:

• **AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS LEGALES PARA PROMOVER UNA ACCION DE REPETICION:**

Expresa como fundamento de la excepción, que el actor centra su pretensión de repetición en la conciliación llevada a cabo entre el municipio de Tunja y el Consorcio Infraestructura 2010, en la cual el contratista busco el pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas.

Afirma que se presentan dos situaciones, que a pesar de ser diferentes, conducen a la ausencia de presupuestos legales para pronunciarse acerca de la repetición. La primera se deriva en la falta de autorización por parte de la administración para que el contratista ejecutara esas mayores cantidades de obra; la segunda al no existir certeza si en el presente caso podría configurarse un enriquecimiento sin causa por parte de la administración o en contraposición un pago de lo no debido.

Refiere que los requisitos para entablar una acción de repetición son los siguientes:

- Decisión que declare responsable patrimonialmente al Estado.
- Pago total de la indemnización que el Estado haya tenido que sufragar por el daño antijurídico causado.
- Víctima del daño antijurídico.
- Actuar doloso o gravemente culposo del agente del estado que causo el daño antijurídico.

Considera que en el presente caso no existen los requisitos necesarios para que prospere la demanda interpuesta.

• **IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE REPETICION:**

Señala que lo que se discute es el hecho de si el municipio de Tunja en cabeza del señor ex Alcalde Fernando Flórez Espinosa haya desembolsado recursos públicos, de unos trabajos (mayores cantidades de obra), que fueron ejecutadas bajo la administración anterior; las que por no haber sido autorizadas previo a su ejecución,

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 9

no tuvieron la oportunidad de ser canceladas durante la vigencia fiscal correspondiente; concretándose su pago conforme a un acuerdo conciliatorio, sin que los hechos hubieran sido puestos a consideración judicial con el fin de que fuera un juez quien hubiera determinado si se trataba de un enriquecimiento sin justa causa o de un pago de lo no debido.

Concluye que la acción de repetición que intenta el municipio de Tunja es improcedente pues a través de esta se pretende que el ex Alcalde Arturo Montejó Niño y la Secretaria de infraestructura Jessica Millán Peñuela reintegren el dinero que el municipio canceló producto de su decisión de conciliar, cuando no se cumplen con los requisitos para entablar la acción de repetición.

- **AUSENCIA DE DOLO O CULPA GRAVE:**

Señala que en el presente caso no se configuró el elemento objetivo de la acción, al no existir certeza sobre el carácter indemnizatorio de la erogación patrimonial realizada por el municipio de Tunja a favor del contratista, de lo que se deriva una ausencia del elemento subjetivo.

- **VIOLACION AL PRINCIPIO DE BUENA FE:**

Anota que existe mala fe en la conducta de un servidor público cuando sus decisiones tienden a ser oportunistas y maximizadoras del beneficio individual. En contraposición cuando un servidor público adopta una decisión de la que solamente se beneficia la comunidad, se concluye que actúa con transparencia y conforme a la moral administrativa.

Reseña que cuando la Secretaría de Infraestructura como autoridad técnica verificó la materialización del contrato de obra No 325 de 2010, dándose cuenta de esas mayores cantidades de obra, accedió a que el contratista dejara la anotación de las mismas en el acta de liquidación, a pesar de que ella no fue quien suscribió el acuerdo de voluntades y por ende no era quien debía ponerle fin a la relación contractual.

Añade que no es posible poner en entre dicho la buena fe de los demandados, por cuanto no existe ningún sustento que confirme un actuar deshonesto o malicioso en ejercicio de sus funciones que indique dolo, ni tampoco una conducta que demuestre culpa grave en la manera como se desarrolló la parte técnica del contrato.

- **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **15001333008201500012 00**
Pág. No. 10

La fundamenta en el hecho de que fue bajo la administración 2012-2015, cuyo titular era el ex Alcalde Fernando Flórez Espinosa, que se llevó a cabo la conciliación para el reconocimiento del pago de unas mayores obras ejecutadas y no autorizadas por el competente, ya que la administración del ex Alcalde Arturo Montejo Niño solo tuvo conocimiento de las mayores cantidades de obra una vez ejecutada la misma, es decir en el mes de diciembre de 2011, cuando ya su periodo terminaba.

Que legalmente para poder repetir contra un agente, se deberá indefectiblemente presentar un daño antijurídico imputable al Estado y a una víctima que soporto ese daño, pues de establecerse dicha circunstancia como nexos causal entre estas dos figuras, se podría establecer conforme a lo resuelto en una acción de reparación directa, controversias contractuales por un hecho cumplido, acción in rem verso, u otra forma de terminación de conflictos, tan solo así el Estado podría ser condenado patrimonialmente por el daño causado para que este pueda repetir contra el agente causante.

Manifiesta que el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, tomó como justo título para aprobar la conciliación, la certificación emitida por el Ex Alcalde Fernando Flórez Espinosa en la que se aseveraba que esas mayores cantidades de obra fueron dispuestas por la administración, manifestación subjetiva de ese exfuncionario, que da la viabilidad al pago de esas mayores obras ejecutadas, las cuales no fueron autorizadas debidamente por la anterior administración en cabeza de Arturo Montejo y la Secretaría, Jessica Millán.

Agrega que la verificación de si era posible el pago de esas mayores obras, recaía en cabeza de Fernando Flórez, quien debía advertir si previo a su ejecución habían sido autorizadas, no obstante considera no se le causó un daño al constructor, o se pagó indebidamente unas mayores obras que efectivamente se ejecutaron, lo cual quiere decir que no existió ningún posible detrimento al patrimonio público, ni tampoco un pago de lo no debido, por lo cual esta acción de repetición no tiene fundamentos facticos ni jurídicos para seguir siendo soportada por los demandados, quienes no están legitimados en la causa por pasiva.

3. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto de fecha 4 de octubre de 2016, el Despacho fijó el día 18 de octubre de 2016 como fecha para la realización de la **audiencia inicial** que trata el artículo 180 del CPACA (f. 682), siendo aplazada por solicitud de los demandados (f. 685), procediéndose a fijar como nueva fecha para su realización el día 31 de octubre de 2016, (f. 688), día en el cual una vez llevada a cabo se dejó constancia de su realización en el Acta No. 194 (ff. 691 - 695) y el CD anexo (f. 696). En esta misma

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 11

audiencia, se fijó el día 6 de diciembre de 2016 para la celebración de la audiencia de pruebas que trata el artículo 181 del CPACA.

4. AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 6 de diciembre de 2016 fue efectuada la **audiencia de pruebas**, se dejó constancia de su realización en el Acta No. 221 y el CD anexo (ff. 737 - 739); diligencia que fue suspendida en aras de recaudar todo el material probatorio decretado en la audiencia inicial, pruebas faltantes que fueron requeridas mediante autos de 12 de enero y 8 de febrero de 2017 (ff. 745 y 755), las cuales finalmente fueron allegadas por el municipio de Tunja el 1 de marzo de 2017. (f. 762)

Entre el 19 de abril y el 25 de abril de 2017, no fue posible efectuar registro de actuaciones en el sistema de información Siglo XXI. (f. 765)

Posteriormente mediante auto de fecha 27 de abril de 2017, (f. 766), se fijó fecha para continuar con el desarrollo de la audiencia de pruebas para el día 16 de mayo de 2017 fecha en la cual debido al cese de actividades por parte de Asonal Judicial, fue necesario mediante auto de fecha 17 de mayo de 2017, (f. 771) fijar nueva fecha para el 14 de junio de 2017, día en el cual se dejó constancia de su realización en Acta No. 66 (f. 774-775) y el CD anexo (f. 776), diligencia en la que se resolvió correr traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público, en los términos del inciso final del artículo 181 del CPACA, advirtiendo que dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del traslado se proferiría la sentencia.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1 Parte demandante (f. 782 - 785)

La apoderada del Municipio de Tunja reitera los argumentos expuestos en la demanda, refiriendo los artículos 90 y 6 del C.P., 142 de la Ley 1437 de 2011 y Ley 678 de 2001 artículo 6, señalando lo siguiente:

Que el Municipio de Tunja, producto de una Conciliación Prejudicial, aprobada por parte del Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, tuvo que pagar a favor del Consorcio Infraestructura 2010, la suma de \$114.259.641,36, como consecuencia de mayores cantidades de obra, dentro del contrato No. 325 de 2010, que tenía como objeto principal "ESTUDIOS, DISEÑOS CONSTRUCCION, MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y REHABILITACION PLAN VIAL SECTOR 2", cuya finalidad principal era la construcción de andenes para la ciudad de Tunja, buscando con ello atender las necesidades de la comunidad y el cumplimiento de acciones judiciales como

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 12

tutelas y acciones populares.

Que dichas obras adicionales, evidenciaron un incremento en el valor inicialmente estipulado, en dicho contrato, reflejándose un aumento en un 4.03% de ascenso, correspondiendo a retiros de sobrantes de excavación y construcción de tramo adicional salida a Monquirá.

Agregando que en los demandados existió una falta de diligencia, por cuanto al advertir las mayores cantidades de obra, no adelantaron las actuaciones administrativas pertinentes para realizar las respectivas apropiaciones presupuestales, con el fin de obtener el dinero necesario para la ejecución de las mismas, en aras de liquidar el contrato en debida forma, más aun cuando en el curso del contrato existieron tres suspensiones y dos adicionales, dentro de los cuales se hubiesen podido prever situaciones, como las mayores cantidades de obra.

Refiere que la Ley 80 en su artículo 40 permite la adición de contratos en hasta un 50% y con la modificación realizada por la Ley 1150 de 2007, se permite esa adición en concesiones de obra pública hasta por el 60% del plazo estimado, razón por la cual dichas obras adicionales pudieron ser previstas desde el comienzo, atendiendo que las mismas no respondieron a asuntos de caso fortuito o fuerza mayor.

Indica que en el presente caso se evidencian los presupuestos para la procedencia del Medio de Control de Repetición, como lo son el pago de una condena que el municipio de Tunja tuvo que realizar a favor del Consorcio INFRAESTRUCTURA 2010, mediante comprobante de Egreso 2014 — 2826 de fecha 29 de Mayo de 2014.

En cuanto a la culpa grave refiere que las obras adicionales pudieron ser previstas desde el inicio del contrato, atendiendo que no fueron consecuencia de un caso fortuito o una fuerza mayor, lo cual deja entrever la falta de diligencia y la omisión con la que actuaron los ex servidores públicos, bajo el argumento de la necesidad de estas, frente a las cuales considera, debieron adelantar las acciones tendientes a efectuar un adicional en valor en aras de cubrir su costo.

Manifiesta que aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que en el acta de liquidación final del contrato No. 325 de 2010 se deja constancia de la existencia de mayores cantidades de obra, verificadas y recibidas por la Interventoría y la Secretaria de Infraestructura, por un monto de \$114.259.641.36, situación que demuestra el conocimiento de los mencionados hechos, con anterioridad a la liquidación del contrato.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSÉ FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 13

5.2 Parte demandada (f. 801 – 821)

Reitera los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, recalcado lo siguiente:

Señala que quedó demostrado que el contratista y la interventoría actuaron y ejecutaron mayores cantidades de obra sin tener en cuenta la voluntad y aprobación del municipio de Tunja, obras que efectivamente se ejecutaron por parte del Consorcio Infraestructura 2010 con la venia únicamente del interventor, circunstancia que dio como resultado una diferencia entre la cantidad ejecutada y medida y la cantidad de obra inicialmente contratada.

Que si bien el contratista y la interventoría actuaron y ejecutaron mayores cantidades de obras sin tener en cuenta la voluntad y aprobación del municipio de Tunja, era porque las mismas se hacían necesarias para lograr la estabilidad y el buen funcionamiento o adecuada terminación de las obras contratadas, que en ningún momento causaron daño o perjuicio al municipio de Tunja.

Que en el contrato No 325 de 2010, se dejó claro que por ningún motivo se ejecutarían trabajos sin haber sido previamente aprobados por las partes, lo cual quería decir que si se adelantaban obras adicionales sin la confluencia de tales voluntades era a riesgo propio, quedando exceptos de posteriormente realizar alguna reclamación que no se ajustara al marco normativo en materia contractual y administrativa.

Considera en tal sentido que la ejecución de las mayores cantidades de obra no fueron realizadas conforme a lo pactado y referido en el acápite de obras adicionales, en donde para su ejecución como se dijo se necesitaba de las voluntades de los contratantes y de la interventoría, sin que esta última fuera competente de manera aislada para autorizar la ejecución de las mismas, pues su obligación se limitaba únicamente a verificar las necesidades del proyecto y en caso de encontrar que se requería de mayor disponibilidad presupuestal, su tarea y responsabilidad consistía en informar al ordenador del gasto para que evaluara su viabilidad técnica y financiera.

El apoderado de los demandados, es reiterativo en afirmar que el municipio de Tunja tuvo conocimiento de las mismas solo hasta el momento de la realización del acta de liquidación del contrato, lo cual le impidió actuar en la forma en que lo hizo en las anteriores adiciones, siendo de resorte del nuevo burgomaestre el entrar a verificar dichas circunstancias para haber adoptado la mejor salida jurídica y contractual antes de entrar a conciliar y cancelar dichas obras adicionales.

Considera que no ha sido probado en el proceso que existió reparación de algún daño

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 14

antijurídico causado por alguna conducta dolosa o gravemente culposa de parte de sus representados, ni que se le haya causado tampoco un daño o perjuicio al municipio de Tunja, ni menos aún al contratista. No existiendo conciliación o sentencia judicial en donde se esté aceptando la reparación de un daño y perjuicio de parte del municipio, toda vez que está demostrado que la conciliación se suscitó con base en la certificación que emitiera el ex alcalde Fernando Flórez, en la cual se verificó la existencia de mayores cantidades de obras, con lo cual considera que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y en consecuencia se deben declarar probadas las excepciones propuestas.

5.3 Ministerio Público (ff. 786 - 798)

El Ministerio Público se ocupa del análisis de los elementos o presupuestos necesarios para la responsabilidad de los servidores públicos a través del medio de control de repetición, llegando a la conclusión que el caso bajo estudio no se evidencia el requisito o el presupuesto de la culpa grave o dolo en la conducta de los demandados y que hubiese sido la causante del daño antijurídico, ya que la entidad demandada no allegó el soporte probatorio que permita demostrar que la conducta de los demandados Arturo José Fructuoso Montejó Niño, en su condición de ex Alcalde del Municipio de Tunja y de la señora Jessica Millán Peñuela en su condición de ex Secretaría de Infraestructura, pueda enmarcarse en dolosa o gravemente culposa, por lo que conceptúa despachar desfavorablemente las suplicas de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer si el actuar de los demandados Arturo José Fructuoso Montejó Niño, en su condición de ex Alcalde del Municipio de Tunja y Jessica Millán Peñuela en su condición de ex Secretaría de Infraestructura, se enmarca como doloso o gravemente culposo y si como consecuencia de ello, resultan patrimonialmente responsables por el pago que el **Municipio de Tunja** realizó al Consorcio Infraestructura 2010, por la suma de CIENTO CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (\$114.259.641,36), por concepto de la conciliación extrajudicial celebrada ante la Procuraduría 45 Judicial II para Asuntos Administrativos, que fuera aprobada judicialmente por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se acordó el pago de mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas dentro del contrato No 325 de 2010, a pesar de no haberlas autorizado.

2. RESOLUCIÓN DEL CASO

2.1 Del medio de control de repetición

Desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), se instituyó la responsabilidad de los agentes estatales, de forma solidaria con la entidad condenada. Sin embargo, ello fue parcial puesto que se circunscribió únicamente a la actividad contractual.

El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984), en su parte primera y en especial en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario o funcionarios que con su **conducta dolosa o gravemente culposa**, hubiere dado lugar a la condena. Asimismo, el artículo 86 del CCA preceptuó que las entidades podían, a manera de reparación directa, solicitar judicialmente el reembolso de lo pagado *"cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo"*.

Ahora bien, en la Ley 1437 de 2011 no se hizo referencia al tema en la parte primera, pero se consagró el medio de control de repetición en la parte segunda de esta disposición y en especial en el artículo 142, que establece que la entidad pública condenada deberá repetir contra el servidor o ex servidor público que con su **conducta dolosa o gravemente culposa** hubiera dado lugar a una condena.

La importancia de la responsabilidad de los servidores públicos se hizo tan relevante que trascendió del campo legal al constitucional y dio lugar a su consagración en el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Política de 1991. El mandato de la norma aludida se desarrolló a través de la Ley 678 de 2001, que estableció tanto los aspectos sustanciales de la pretensión, tales como su objeto (artículo 1º), definición (artículo 2º), finalidades (artículo 3º), obligatoriedad (artículo 4º), y presunciones de dolo y culpa grave (artículos 5º y 6º); como aspectos procesales (capítulo II) del medio de control.

En los términos de la Ley 678 de 2001, la repetición es una acción civil, patrimonial y autónoma, por medio de la cual la Administración puede obtener de sus agentes el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a un particular en virtud de una condena judicial o de cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos. La pretensión es eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, cuya finalidad es la protección del patrimonio público. En cuanto a la responsabilidad del servidor público, es de carácter subjetivo, puesto que procede sólo en los eventos en

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 16

que el agente o ex agente estatal haya actuado con dolo o culpa grave en los hechos que hubieran dado lugar al reconocimiento económico por parte del Estado.

En tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al señalar:

"El artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados a terceros y que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, establece en su inciso segundo, el deber que tiene el Estado de obtener de sus funcionarios el reembolso de las indemnizaciones que deba pagar por causa de tal responsabilidad -lo cual puede suceder en virtud de una sentencia o una conciliación-, cuando a su vez el hecho haya sido producto de una actuación dolosa o gravemente culposa de aquellos, disponiendo para ello la acción de repetición, en los siguientes términos:

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

14. En desarrollo de esta norma constitucional, fue expedida la Ley 678 de 2001, que regula la acción de repetición y el llamamiento en garantía como mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los servidores o ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la condena de la entidad estatal a cuyo nombre actuaban, por los daños antijurídicos ocasionados a terceros"¹

Sin embargo, los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición contra funcionarios, ex funcionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales que, aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso 2º del artículo 90 de la Carta Política.

Sobre este aspecto, la máxima Corporación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto de la aplicación de la norma según el momento de ocurrencia de los hechos, ha expresado:

*"(...) Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual **la norma nueva rige hacia el futuro**, de manera que aquella sólo rige para los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; sólo excepcionalmente las leyes pueden tener efectos retroactivos. De manera que si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público tuvieron ocurrencia con anterioridad a la vigencia de Ley 678, tal como ocurrió en el caso que aquí estudia la Sala, dado que el retiro del servicio del señor Severiano Cala Toloza que dio lugar a la imposición de una condena judicial en contra del Senador de la República se decidió en*

¹ C.E. 3B, e.15001233100019990210701, 30 Mar. 2017, D. Rojas.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 17

marzo de 1993, es claro que las normas sustanciales aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o con dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público, **en cuyos eventos resulta necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que recoge el Código Civil en su artículo 63 y no a las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001.**

El Consejo de Estado ha dicho que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política acerca de la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. (...)² (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Es claro entonces que las normas sustanciales aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o con dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público, en cuyos eventos resulta necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que recoge el Código Civil en su artículo 63 y no a las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001, si el hecho ocurrió antes de su vigencia. Lo anterior sin perjuicio de que las disposiciones procesales contempladas en la citada ley operen directamente, aun en relación con aquellos litigios que se encontraban en trámite, pues la naturaleza de las mismas exige su aplicación inmediata.

Así las cosas, los conceptos de dolo y de culpa grave contemplados en el artículo 63 del Código Civil son los siguientes:

"(...) ARTÍCULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. (...) (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por otra parte, las definiciones y presunciones de culpa grave y dolo contenidas en la Ley 678 de 2001 son las que se transcriben enseguida:

² CE 3, 22 Jul. 2009, e11001032600020030005701(25659), M. Fajardo.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 18

"(...) **ARTÍCULO 5o. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.**

Se **presume** que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con **desviación de poder**.
2. Haber expedido el acto administrativo con **vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho** de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con **falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos** que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. **Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños** que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia **manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial**.

ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se **presume** que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. **Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho**.
2. **Carencia o abuso de competencia** para proferir de decisión anulada, determinada por **error inexcusable**.
3. **Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable**.
3. <Aparte tachado declarado inexecutable> Violar ~~manifiesta e inexcusablemente~~ el **debido proceso** en lo referente a **detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal**. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Boyacá señaló:

"...el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha sostenido que la prueba del elemento subjetivo no se circunscribe únicamente a las presunciones antes mencionadas, sino que el dolo y la culpa grave también deben ser examinadas tanto a la luz de las definiciones contenidas en el primer inciso de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 como de las contempladas en el artículo 63 del CC, sin dejar de lado los preceptos Constitucionales y los que al respecto se consagren en normas especiales.

Así las cosas, si el supuesto factico de la pretensión de repetición no se encuadra en ninguno de los que generan presunción, eso no significa que no pueda ser declarada la responsabilidad del agente o ex agente estatal, sino que la prueba del elemento subjetivo deberá ser directa y su examen deberá realizarse a partir del conocimiento e intencionalidad del sujeto del grado de diligencia exteriorizado frente al cumplimiento del

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 19

deber objetivo de cuidado radicado en su cabeza.” (Negrillas del Despacho)³

2.2 De los requisitos de la repetición

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dicho que el medio de control de repetición es un mecanismo moralizador y que procura la mejora de la eficiencia de la Administración Pública con que el Constituyente de 1991 dotó a la organización estatal, a efectos de que ésta pueda recuperar los dineros que tuvo que pagar como consecuencia de una sentencia, conciliación o cualquier otra forma alternativa de solución de conflictos, cuyo origen se encuentre en el actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes o ex agentes.

Según la jurisprudencia, son varios los requisitos para su viabilidad jurídica, a saber:

*"Se tiene que, para la prosperidad de la acción de repetición que la entidad estatal puede incoar en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, deben reunirse ciertos requisitos, que se pueden enunciar en la siguiente forma: (i) Que se produzca una sentencia judicial o una conciliación o cualquier otra forma de terminación del litigio, de las que se derive una obligación indemnizatoria a cargo de la entidad estatal; (ii) Que la entidad haya pagado la indemnización de perjuicios derivada de la sentencia o conciliación; (iii) Que el daño que dio lugar al pago de la indemnización, haya sido resultado, en todo o en parte, de la actuación de un funcionario o ex funcionario de la entidad, en ejercicio de sus funciones; (iv) Que la conducta de esa persona, haya sido dolosa o gravemente culposa"*⁴.

Así, los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y la carga de la prueba de su acreditación (culpa grave o dolo) corresponde a la entidad demandante. Así lo ha señalado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, como la que se cita enseguida:

"(...) constituye una carga del actor, el aporte de los medios probatorios necesarios para demostrar el elemento subjetivo de la acción de repetición, es decir, que la obligación de indemnizar impuesta al Estado surgió a causa de un comportamiento doloso o gravemente culposo del funcionario (o exfuncionario) demandado. De no acreditarse en debida forma los anteriores supuestos, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y se imposibilita la declaratoria de responsabilidad del Servidor y la condena a resarcir el daño causado al patrimonio público. (...)"⁵ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Frente a este punto el Tribunal Administrativo de Boyacá indicó:

³ TAB, Sala de Decisión 4, e. 15001333300420140010601, 13 Jun. 2017, M.P.: J. Fernández

⁴ C.E., 3B, e. 410012331000200400939 01, 30 Mar. 2017, C.P.: D. Rojas

⁵ CE 3C, 14. Mar. 2012, e05001233100019970164301 (30999), E. Gil.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 20

"Queda claro entonces, que respecto a la prueba de la modalidad de la conducta, el actor tiene dos vías: la primera, acudir a las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001, siempre y cuando precise en la demanda, de cuál de las causas contempladas en los numerales 5º o 6º se va a beneficiar, dirigiendo su actividad probatoria a la acreditación del supuesto de hecho en el que se funda; lo anterior -como ya se dijo-, en atención a que el ordenamiento jurídico asigna al demandante obligaciones o cargas para el ejercicio de esta ventaja probatoria. Si la anterior carga se omite, deberá probar el dolo o la culpa grave del agente, evento en el cual, la carga de la prueba no se invierte, y en consecuencia, al demandado no le corresponde realizar ninguna actividad de desacreditación ya que quien promueve la acción debe generar un convencimiento en el juzgador, consistente en que el demandado, intencional o desprevenidamente, desatendió de forma grosera sus deberes objetivos de cuidado generando un daño antijurídico"⁶

2.3. Del análisis probatorio y del caso concreto

Procede el Despacho a verificar si en el presente asunto se acreditan los requisitos para determinar si el señor Arturo José Fructuoso Montejo Niño, en su condición de ex Alcalde del Municipio de Tunja y la señora Jessica Millán Peñuela en su condición de ex Secretaría de Infraestructura, para la época de los hechos, son patrimonialmente responsables por el pago que el **Municipio de Tunja** realizó al Consorcio Infraestructura 2010, por la suma de \$114.259.641,36, por concepto de la conciliación extrajudicial que fuera aprobada judicialmente por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja dentro del radicado No 2013 -0171, en la que se acordó el pago de mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas dentro del contrato No 325 de 2010 y consecuentemente deben reintegrarlos al Ente Territorial.

Para lo cual el despacho procederá analizar las pruebas obrantes en el expediente.

a) Existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio de la entidad estatal correspondiente

En el expediente obra copia auténtica del auto de fecha 9 de abril de 2014, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, por medio del cual impartió aprobación a la conciliación prejudicial realizada entre el Municipio de Tunja y el Consorcio Infraestructura 2010, el día 3 de diciembre de 2013, ante la Procuraduría Judicial 45 para Asuntos Administrativos, en los siguientes términos: ...” (...) *El municipio de Tunja cancelará al CONSORCIO INFRAESTRUTURA 2010 la suma de CIENTO CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (\$114.259.641,36), correspondiente a las mayores cantidades de obra ejecutadas por dicho CONSORCIO dentro del contrato No 325 de 2010. Tal suma será consignada por el Municipio de*

⁶ TAB, Sala de Decisión 2, e.15693333300220120001501, 30 Jul. 2015, M.P.: L. Arciniegas

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 21

Tunja a la cuenta bancaria que informe el Consorcio dentro de los dos meses siguientes a la aprobación judicial del acuerdo conciliatorio, previa presentación por parte de los convocantes de los documentos requeridos por la Secretaría de Hacienda Municipal(...)" (ff. 27-32).

Así las cosas, se encuentra cumplido este requisito.

b) Pago de la indemnización por parte de la entidad pública

Se advierten que mediante oficio TG-033 del 19 de enero de 2015, el Tesorero General del municipio de Tunja, certifica que a nombre del Consorcio Infraestructura 2010, se pagó la suma de \$97.577.734,36 (f. 590), así mismo obra copia del comprobante de egreso No EG 20142862 de fecha 29 de mayo de 2014, cuyo beneficiario es el Consorcio Infraestructura 2010 por el mismo valor. (f. 22).

Igualmente obra copia de la orden de pago de fecha 26 de mayo de 2014, a favor del Consorcio Infraestructura 2010, por valor de \$97.577.734,36. (f. 23)

Finalmente a folio 56 se observa comprobante de consignación – Banco GNB – SUDAMERIS de 3 de junio de 2014, por valor de \$ 97.577.734,36 a favor del Consorcio Infraestructura 2010.

Documentos estos más que suficientes, para determinar que efectivamente el municipio de Tunja canceló al Consorcio Infraestructura 2010, la suma de \$97.577.734,36, previos descuentos, por concepto de la conciliación extrajudicial que fuera aprobada judicialmente por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja por un valor de \$114.259.641,36, dentro del radicado No 2013 - 0171, en la que se acordó el pago de mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas dentro del contrato No 325 de 2010.

Así las cosas se reclama por parte del municipio de Tunja el pago de la suma de CIENTO CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (\$114.259.641,36), valor que efectivamente concuerda con el pago que como consecuencia del acuerdo conciliatorio aprobado por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, tuvo que cancelar, previo descuento de impuestos, estampillas y retenciones, arrojando una suma de \$97.577.734,36; como sustento de lo anterior se advierte los documentos referenciados en precedencia.

Lo que permite establecer la identidad entre lo efectivamente cancelado y el valor del posible detrimento patrimonial.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 22

c) Calidad del demandado como agente o ex agente del Estado demandante

Al instructivo se aportó certificación suscrita por la Secretaria Administrativa del municipio de Tunja, No S A-23-0034 de fecha 20 de enero de 2015, en la que se establece que el señor Arturo José Montejó Niño, fungió como Alcalde Mayor de Tunja en el tiempo comprendido entre el 01 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011, en el mismo documento se señala que la señora Jessica Millán Peñuela se desempeñó como Secretaria de Infraestructura del tiempo comprendido entre el 01 de abril 2009 al 02 de enero de 2012. (f. 95).

Por lo antedicho puede concluirse que fue probada la calidad de ex agentes estatales de los demandados y que ostentaban dicha calidad para la época de los hechos que suscitaron el presente medio de control.

d) Culpa grave o el dolo en la conducta del demandado y que esa hubiese sido la causante del daño antijurídico

El Despacho procede a determinar si el señor Arturo José Fructuoso Montejó Niño y la señora Jessica Millán Peñuela en su calidad de ex Alcalde y ex Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja, respectivamente, incurrieron en una conducta dolosa o gravemente culposa, como resultado del pago que realizó el Municipio de Tunja al Consorcio Infraestructura 2010 por la suma de \$114.259.641,36, mediante la conciliación extrajudicial que fuera aprobada judicialmente por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja dentro del radicado No 2013 -0171, en la que se acordó el pago de mayores cantidades de obra ejecutadas dentro del contrato No 325 de 2010.

Ahora bien según la demanda, se atribuye **culpa grave** a los exfuncionarios, por las mayores cantidades de obra que se pagaron en la conciliación extrajudicial ya referida, al señalar...*"porque (sic) si en ocasiones anteriores se había suspendido las obras para adicionar ya sea en tiempo o en dinero, en la última oportunidad no se tomó esta medida en aras de realizar los trámites de disponibilidad y registro del dinero necesario para la ejecución de las mismas,... conforme lo informa el Inteventor Externo Interplan - Vial, aduciendo por parte del contratista en oficio de fecha 28 de diciembre de 2011, la adecuación por motivo de emergencia del estado de las vías y cumplimiento de instancias judiciales..."* (f. 18), aduciendo además...*"que si se hubiera tratado de una declaratoria de urgencia manifiesta, habían mecanismos idóneos para contratar, y que de la documentación obrante no se evidencia la necesidad de la realización de la mayor cantidad de obra.*

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 23

Bajo este panorama el despacho, procede al estudio de los siguientes temas:

- Celebración, ejecución y liquidación del Contrato de Obra No. 325 de 2010.
- De la culpabilidad en materia de contratación.
- De la responsabilidad de los servidores públicos delegante y delegatario.
- Del reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra y obras adicionales.
- Funciones del ex Alcalde y ex Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja para la época de los hechos.

• **Celebración, ejecución y liquidación del Contrato de Obra No. 325 de 2010**

Siendo Alcalde de Tunja, el señor Arturo José Fructuoso Montejo Niño, mediante Resolución No 399 de 28 de julio de 2010, el **Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros** del municipio de Tunja, ordenó la apertura del proceso de Licitación Pública No LP-SI-AMT-017-2010, para la contratación de: Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación del Plan Vial Sector II. (ff. 96-98); una vez realizada la evaluación financiera, se declararon hábiles al Consorcio Infraestructural 2010 y al Consorcio Infraestructura Tunja Sector 2. (ff. 99-106). Con Resolución No 481 de 31 de agosto de 2010 se adjudicó el contrato al Consorcio Infraestructura 2010. (ff. 107 al 138)

El día 2 de septiembre de 2010, se suscribió entre el municipio de Tunja a través de su **Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros**, delegado y facultado para celebrar contratos mediante Decreto Municipal de Delegación No 347 del 9 de septiembre de 2008, Decreto No 362 del 24 de septiembre de 2008, por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios y por el Consejo Municipal mediante Acuerdo 001 de 23 de enero de 2008 y el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010, el Contrato 325 de 2010, cuyo objeto eran los Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación del Plan Vial Sector 2, por valor inicial de \$1.890.645.312,50, correspondiente a los tramos I a X, con un plazo inicial a 31 de diciembre de 2010, estableciéndose en su "cláusula sexta, obligaciones del contratista numeral 22 literales c) y d), entre otras, la suscripción de actas en las que se verificara el avance de obra correspondiente, a la cual debería adjuntarse un acta de medición detallada y calidad de materiales y accesorios utilizados, todas ellas **suscritas por la Interventoría y el Contratista**, debiendo verificarse estrictamente que las obras a facturarse cumplieran con los términos establecidos en el Contrato. Asimismo se estableció que no se cancelaría obra ejecutada por el contratista que se hubiera iniciado y ejecutado **sin la autorización expresa de la Interventoría y el Supervisor delegado por el municipio** y cuyas cantidades no estuvieran incluidas en la minuta del contrato o consignadas en actas correspondientes, autorización que se

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 24

señaló, debería estar registrada en la bitácora correspondiente junto con su envío en copia al municipio.

Respecto a las obras adicionales, a reglón seguido, se estableció que las mismas necesitaban para su ejecución el **común acuerdo entre el Municipio, la Interventoría y el Contratista** quienes convendrían los precios, la forma de pago y las especificaciones correspondientes a través de una modificación o acta técnica del contrato. No aceptándose por ningún motivo la ejecución de trabajos sin previa aprobación entre las partes, y si ellos se ejecutaban sin acordarse el precio respectivo, serían a riesgo propio, razón que lo privaba de reclamar con posterioridad. (Anexo 2. Contraloría de Tunja. ff. 32-33 y Anexo 1 ff. 155-156)

Se dejó la salvedad que las cantidades de obra que figuraban en la lista de "Cantidades de Obra y Precios Unitarios" eran aproximadas y tenían por objeto el facilitar la elaboración y comparación de las propuestas, por lo cual no había lugar a reclamar a la Alcaldía por las variaciones en dichas propuestas, teniendo en cuenta que la primera actividad era la actualización de estudios, diseños y la realización de los estudios y diseños faltantes que podían generar una modificación a las cantidades pre establecidas por el municipio. (Anexo 1 ff. 155-156 y Anexo 2. Contraloría de Tunja f. 36)

Se estableció que **la supervisión del contrato sería ejercida por el municipio de Tunja a través de la Secretaria de Infraestructura, ingeniera Jessica Millán**, (Anexo 2. Contraloría de Tunja f. 45), a quien mediante Resolución No 608 de 9 de septiembre de 2010, se asignó por parte del Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros, tal función, **hasta el momento que se contratara la interventoría.**

El día 3 de septiembre de 2010, se suscribió el modificadorio No 1 al contrato de obra 325 de 2010, por medio del cual se incluyen dentro de la Cláusula primera especificaciones, cantidades y precios unitarios, (anexo 1 ff. 175-184 y Anexo 2 ff. 51-65).

Con fecha 22 de septiembre de 2010, se suscribió el contrato de interventoría entre el municipio de Tunja a través del Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros y el Consorcio Interplan Vial cuyo objeto era la interventoría administrativa, técnica y financiera de entre otro del estudio, diseños, construcción, mejoramiento, mantenimiento y rehabilitación plan vial sector 2. (Anexo 2 Exp. Disciplinario ff. 304-310).

Ya en ejecución del contrato 325 de 2010 se advierten lo siguiente:

Año 2010:

- Actas de avance de obra No 1 de diciembre 9 de 2010 (Anexo 1 ff. 99-108 y 253-262).
- Acta de modificación de cantidades de obra No 1 de diciembre 9 de 2010, por medio de la cual se suscribe acta de modificación de cantidades de obra y obra complementaria no prevista inicialmente contratadas, que no superan el valor contratado. (Anexo 1 ff. 128-135)
- Acta de avance de obra No 2 de diciembre 19 de 2010, (Anexo 1 ff. 109-116 y 263-271).
- Acta de modificación de obra No 2 de diciembre 19 de 2010. (Anexo 1 f. 136)
- Acta de suspensión temporal No 1 de fecha 20 de diciembre de 2010, se suscribe como consecuencia de la ola invernal y festividades navideñas. (Anexo 1 ff. 87-88)

Año 2011

- Acta de suspensión temporal No 2 de fecha 11 de enero de 2011, por la instalación de redes para la empresas de Gas Natural, Telmex y Proactiva, dentro de las vías y andenes intervenidos. (Anexo 1 ff.89-91).
- Acta de reinicio de obra de fecha 25 de marzo de 2011. (Anexo 1 ff. 92-93)
- Acta de avance de obra No 3 de 1 de abril de 2011. (Anexo 1 ff. 117-126 y 272-282).
- Acta de suspensión temporal No 3 de fecha 5 de abril de 2011, como consecuencia de la ola invernal, (Anexo 1 ff. 94-95)
- Adicional No 01 de 1 de junio de 2011, amplia plazo por 30 días. (Anexo 1 ff. 185-186)
- Acta reinicio de obra de fecha 01 de junio de 2011. (Anexo 1 f. 96)
- Acta técnica de obra No 1 de 02 de junio de 2011, para determinar el sistema constructivo de mejoramiento en la intervención de la vía correspondiente al tramo VIII Calle 22 entre carrera 8 y 10, y se dispone la demolición y levantamiento de la carpeta asfáltica que está en mal estado, (Anexo 1 ff. 388-389)
- Acta de suspensión temporal No 4 de fecha 17 de junio de 2011, por medio de la cual el contratista solicita a la interventoría adición de recursos económicos al contrato. (Anexo 1 f. 97) .
- Acta de justificación técnica de obra No 1 de fecha 28 de junio de 2011, por medio de la cual se incluyen nuevos ítems y cantidades no contempladas en el presupuesto inicial, y que deberán ser tenidas en cuenta como actividades a ejecutar por el contratista. (Anexo 1 ff. 222-250)
- Adicional No 2 de 8 de agosto de 2011, por valor de \$943.060.117, suscrito entre el municipio de Tunja y el Consorcio Infraestructura 2010, como consecuencia de la acción popular No 2002 -1639 y la ola invernal se hace necesario ejecutar obras

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 26

complementarias en los tramos II al X y adicionar Tramo XI Av. Universitaria, Avenida Olímpica, calle 17 entre carreras 7 y 15, Parque Santander, carrera 7 entre calles 16 y 24, calle 23 entre carrera 8 y 1, carrera 8 entre calles 16 y 24, Barrio La María, calle 19 entre carreras 11 y 14 y calle 16 entre carreras 7 y 14 y Tramo XII calle 17 entre carrera 8 y 11 incluye fallo de acción popular. (Anexo 1 ff. 421-427)

- Acta de reinicio de obra No 3 de 8 de agosto de 2011. (Anexo 1 f. 98)
- Acta de avance de obra No 4 de 24 de octubre de 2011. (Anexo 1 ff. 283-297)
- Acta de cantidades de obras ejecutadas a octubre de 2010. (Anexo 1 ff. 298-387 y 406-441)
- Acta de recibo final a satisfacción de obra de fecha 1 de diciembre de 2011 del Contrato No 325 de 2010, en la cual en el literal E. SALDOS, se advierte que en mayores cantidades de obra se registra la suma de \$114.259.641,36, igualmente el Contratista deja constancia de la existencia de mayores cantidades de obra, verificadas y recibidas por la interventoría y la Secretaria de Infraestructura, de acuerdo con relación anexa. Acta que fuera suscrita por la Secretaria de Infraestructura, el Contratista y el Interventor. (Anexo 1 ff. 391 - 405 y 443-469).

Se allega igualmente el Informe Técnico Final, presentado por el Interventor "Consortio Interplan Vial", del Contrato de Obra 325 de 2010, cuyo objeto era los Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación del Plan Vial Sector 2, correspondiente al periodo comprendido entre el 24 de octubre al 11 de diciembre de 2011, (ff. 143-483) en el que se referencia:

- *Plazo inicial hasta 31 de diciembre de 2010*
- *Valor: \$1.890.645.312,50*
- *Valor anticipo: \$567.193.593,75*
- *Fecha de inicio: 14 de septiembre de 2010.*
- *Fecha de suspensión No 1: 20 de diciembre de 2010. (Anexo 1 ff. 87-88)*
- *Fecha de suspensión No 2: 11 de enero de 2011. (Anexo 1 ff. 89-91)*
- *Fecha de reinicio No 1: 25 de marzo de 2011. (Anexo 1 ff. 92-93)*
- *Fecha de suspensión No 3: 05 de abril de 2011. (Anexo 1 ff. 94-95)*
- *Plazo adicional No 1: 30 días. (Anexo 1 ff. 92-93)*
- *Fecha de reinicio No 2: 01 de junio de 2011. (Anexo 1 f. 96)*
- *Fecha de suspensión No 4: 17 de junio de 2011. (Anexo 1 f. 97)*
- *Valor adicional No 1: \$943.060.117. (Anexo 1 ff. 92-93)*
- *Plazo adicional No 2: 3 meses. (Anexo 1 ff. 92-93)*
- *Acta de reinicio No 3: 08 de agosto de 2011 (f. 428, Anexo 1 f. 98)*
- *Nueva fecha de terminación: 20 de noviembre de 2011. (f. 151)*

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 27

Se indica igualmente en el referido informe, que dentro del avance del contrato por frente se tiene que los tramos I a XII, fueron entregados en su totalidad. (ff. 155 – 167)

De la prueba documental relacionada se acredita lo siguiente:

- Que el contrato de Obra No 325 de 2010, fue suscrito cuando el señor Arturo José Fructuoso Montejo se desempeñaba como Alcalde de la ciudad de Tunja.
- Que el Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros del municipio fue delegado para celebrar contratos mediante Decreto Municipal de Delegación No 347 del 9 de septiembre de 2008, Decreto No 362 del 24 de septiembre de 2008, por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus Decretos Reglamentarios y por el Concejo Municipal mediante Acuerdo 001 de 23 de enero de 2008.
- Que la ingeniera Jessica Millán quien se desempeñaba para los años 2009 a 2012 como Secretaria de Infraestructura, fue designada en el contrato de Obra No 325 de 2010, como supervisora del mismo, hasta cuando se suscribiera el contrato de interventoría.
- Que el 22 de septiembre de 2010, se suscribió el contrato de interventoría entre el municipio de Tunja a través del Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros y el Consorcio Interplan Vial cuyo objeto era la interventoría administrativa, técnica y financiera del Contrato de Obra 325 de 2010, por lo que a partir de esa fecha las funciones de supervisión asignadas a la ingeniera Millán, se trasladaron al Consorcio Interplan Vial.
- Que en el contrato de Obra 325 de 2010 se estableció que no se cancelaría obra ejecutada por el contratista que se hubiera iniciado y ejecutado **sin la autorización expresa de la Interventoría y el Supervisor delegado por el municipio** y cuyas cantidades no estuvieran incluidas en la minuta del contrato o consignadas en actas correspondientes.

• **De la culpabilidad en materia de contratación.**

La teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabilista, así se concluyó por la Corte Constitucional en Sentencia C-1008 de 2010, en la cual además fijó que el elemento subjetivo en el sistema normativo nacional adquiere una notable relevancia al momento de valorar no solo el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización, sino como criterio determinante para la definición y alcance de la responsabilidad, como quiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la *previsibilidad* y está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 28

Precisa que las graduaciones que trae el Código Civil⁷, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extra contrato, y se constituye en un parámetro para la graduación de la responsabilidad, así lo señaló:

*"La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida"*⁸

"Las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.

*De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (...) **acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles** (artículo 1616 C.C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual (...) las parte pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, **y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados** (artículo 1604), y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 C.C.)"*⁹. (Negritas propias de texto y Subrayas fuera de texto)

Por último establece que la responsabilidad civil contractual continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento.

A su turno el Consejo de Estado en providencia de fecha 22 de octubre de 2012¹⁰, realizó un estudio de la culpabilidad en materia de la facultad sancionatoria de la administración, y determinó que constituye el *factor exclusivo de atribución en el ámbito sancionatorio*¹¹, por ende solo se puede reprochar la conducta de una persona cuando del ordenamiento jurídico se puede establecer que hubiese podido actuar de otra manera.

Precisa que en el derecho administrativo sancionador esta proscrita la responsabilidad objetiva, es decir que siempre se tiene que analizar la culpabilidad así la norma no prevea el elemento subjetivo, con lo cual la mera intención no es suficiente para la

⁷ Artículos 63 y 1604

⁸ Corte Suprema de Justicia. G.J, T IX, pág. 409.

⁹ Corte Suprema de Justicia, T. LXVI, pag.356.

¹⁰ CE, SB, e05001-23-24-000-1996-00680-01(20738), E. Gil Botero.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.* Pág. 589 a 591.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 29

imposición de una sanción administrativa, por cuanto se tiene que examinar el grado de culpabilidad del sujeto, debiendo responder exclusivamente por los hechos (acciones y omisiones), porque si no existe una conducta desplegada no es posible la labor de subsunción. Así las cosas, el contratista pudo haber manifestado su intención de paralizar las obras, sin embargo al no desplegar comportamientos dirigidos a la paralización del objeto contratado no es posible la atribución de responsabilidad alguna.

Añade que dado que el principio de culpabilidad se encuentra estrechamente ligado al principio de presunción de inocencia, conlleva a que la carga de la prueba de cada uno de los elementos que conforman la infracción se radiquen en cabeza de la autoridad administrativa, es decir, los hechos imputados y el grado de culpabilidad con el cual se actuó, con lo cual si al final de esta actividad existen dudas razonables respecto de la responsabilidad la única opción posible es la exoneración, en virtud del principio de "*in dubio pro administrado*".

Indica que la culpabilidad va acompañada de un principio de atribuibilidad, es decir que debe constatar que los hechos se cometieron a título de dolo o culpa, siendo esta última el centro alrededor del cual gravita el derecho sancionador, lo que implica que se responde por la falta al deber objetivo de cuidado y el dolo, que en caso de que se constate el castigo a imponer se hace más gravoso.

Precisa que al... "*ser la culpa el centro gravitacional de la construcción del elemento subjetivo del ilícito administrativo, se puede concluir que la declaratoria de responsabilidad sancionatoria se obtiene como regla general de la constatación de la violación del deber objetivo de cuidado, de allí que aquello que más se castiga sean comportamientos imprudentes (acciones positivas que implican sobrepasar el contenido de las obligaciones contenidas en la legalidad administrativa. Se trata de extralimitaciones), negligentes (contrarios a la diligencia que se demanda en cada caso concreto a través de un dejar hacer o del incumplimiento de alguna de las obligaciones que sirven de límite a su actuar) o imperitos (desconocimiento de las normas y reglas que rigen la actividad y profesión en la que se desenvuelve el individuo)*¹²..."

Que el ámbito de lo administrativo comporta un catálogo de deberes y prohibiciones, cuyo incumplimiento implica un actuar culposo que, en la mayor parte de los supuestos, se desprende de normas generales, de decisiones administrativas individuales, particulares y concretas o de acuerdos de voluntades; supuesto este último que enmarca el derecho contractual colombiano; por lo cual la culpa, supone la "*inobservancia del cuidado debido*" mediante un actuar desidioso o imprevisor; sin

¹² Cfr. GIL BOTERO, Enrique. La Responsabilidad Médica Derivada de los Actos Administrativos en el Sector Salud. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2012. Pág. 93 y ss.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 30

embargo, el incumplimiento de dicho deber objetivo puede ser categorizado o clasificado en varias especies teniendo en cuenta la intensidad de la conducta; de allí que se hable de imprudencia temeraria (culpa lata o supina), culpa simple o leve y culpa levísima¹³.

Por ultimo señala que para realizar un estudio adecuado del elemento subjetivo del ilícito se debe acudir a las construcciones propias del derecho civil, tarea para la cual se utilizan baremos o cánones de comparación objetivos que hacen referencia a la diligencia que de forma abstracta se le exige a una persona en una determinada situación¹⁴.

... "Tratándose de la culpa grave el baremo utilizado es "la persona menos diligente"¹⁵ comoquiera que se trata de un comportamiento que no utilizarían en el manejo de los negocios ni siquiera los individuos más negligentes o de poca prudencia¹⁶. Al igual que ocurre en derecho civil, en el ámbito sancionatorio este es el comportamiento que denota mayor gravedad y ello se debe ver reflejado en el momento en el que el operador adecua la sanción. A su vez, en la culpa leve o simple el baremo utilizado es "el buen padre de familia - la persona diligente¹⁷" al tratarse de un descuido leve o ligero es la falta al deber de cuidado que los hombres emplearían ordinariamente en sus propios negocios, se opone por tanto al cuidado mediano¹⁸. Por último, en la culpa levísima el baremo utilizado es "la persona más diligente¹⁹", comoquiera que se traduce en una falta del esmerado empeño que debe emplear un hombre en sus negocios más importantes²⁰..."

Queda claro entonces que para atribuir la responsabilidad patrimonial a los demandados, y consecuentemente ordenar el reembolso al municipio de Tunja de la suma de \$114.259.641,36, que fue conciliada extrajudicialmente y aprobada por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja, por concepto de mayores cantidades de obra, debe establecerse inequívocamente, si actuaron de manera consiente y voluntaria, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir consecuencias nocivas, lo que se tipifica en dolo o si por el contrario al desplegar el comportamiento pudieron prever la irregularidad en la que incurrirían y el daño que podían generar y aun así no lo hicieron o confiaron en poder evitarlo, lo que configura la culpa grave. Para lo cual el despacho analizará las pruebas teniendo en cuenta el cargo que se formula en la demanda.

¹³ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 141 y ss.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Artículo 63 del Código Civil.

¹⁷ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 141 y ss.

¹⁸ Artículo 63 del Código Civil.

¹⁹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El Principio de Culpabilidad... *Ob. Cit.* Pág. 141 y ss.

²⁰ Artículo 63 del Código Civil.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 31

- **De la responsabilidad de los servidores públicos delegante y delegatario.**

Como norma primigenia que regula tal situación encontramos el artículo 211 de la Constitución Política que en su inciso segundo establece:

(...)

"ARTICULO 211.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente..."

Por su parte la Ley 489 de 1998, en el inciso primero y párrafo del su artículo 12 señala:

(...)

"12º. Régimen de los actos del delegatario..."

...La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo.- En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal... (Subrayas fuera de norma)

Al respecto la sentencia C-727 de 2000, precisó, frente al párrafo referido, que se trata de una "delegación de firma", por lo cual no opera ningún traslado de competencias entre el delegante y el delegado, y la responsabilidad civil y penal que se deriva del acto de suscribir el contrato, no tiene por qué trasladarse al signatario, por cuanto éste solo cumple la tarea material de la firma o suscripción de un documento por aquel, y no es el que propiamente contrata a nombre de la persona jurídica pública. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad del delegatario, en la medida de sus atribuciones, contrario a lo ocurrido en el supuesto normativo del artículo 211 superior, en donde si existe un traslado efectivo de competencias, servicios o funciones.

A su turno la Ley 678 de 2001 en el párrafo 4 del artículo 2º preceptúa:

(...)

"Artículo 2º. Acción de Repetición.

(...)

Parágrafo 4. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 32

En sentencia C-372 de 2002, la Corte precisó respecto de la norma antedicha que involucra genéricamente el acto de delegación en materia contractual, sin precisar ninguna fase o actividad particular de la contratación, además, remite a modalidades diferentes de responsabilidad de quien delega por cuanto se refiere a la responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía del delegante.

Que si bien la titularidad de la contratación estatal radica en el jefe o representante legal de la entidad por disposición legal²¹, tal circunstancia no impide que se puedan vincular a diferentes funcionarios de la entidad para que participen de la gestión contractual, facultándose en consecuencia para que pueda delegar total o parcialmente su competencia para celebrar contratos en servidores públicos de la entidad.²²

Que de acuerdo con la participación del delegante y del delegatario que dé lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado y a la acción de repetición (CP, art. 90), puede darse de tres maneras diferentes: 1ª) *el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegatario, al ejercer la delegación otorgada, sin la participación del delegante;* 2ª) *el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegante, quien utiliza al delegatario como un mero instrumento de su conducta;* y 3ª) *hay concurso de dolo y/o culpa grave de delegante y delegatario en la conducta que ocasiona el daño antijurídico.*

Por lo cual se considera, que la delegación no constituye un escudo de protección ni de exclusión de responsabilidad, en materia contractual cuando el delegante haya actuado con dolo o culpa grave en la producción del daño antijurídico, que el Estado se haya visto obligado a reparar, así no aparezca formalmente como el funcionario que vinculó con su firma al Estado en la relación contractual o que lo representó en las diferentes etapas del proceso contractual.

Igualmente la Ley 1150 de 2007 en su artículo 21 consagra:

(...)

Artículo 21. *De la delegación y la desconcentración para contratar. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2º y un párrafo del siguiente tenor:*

(...)

²¹ Cfr. Artículo 11 de la ley 80 de 1993, objeto de pronunciamiento de constitucionalidad en las sentencias C-374 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía y C-178 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²² Cfr. Artículo 12 de la ley 80 de 1993, declarado exequible por la sentencia C-374 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 33

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual..."

La Corte Constitucional mediante sentencia C-693 de 2008, precisó al respecto que el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones, además indicó que existen otras normas constitucionales que le imponen al delegante obligaciones permanentes de vigilancia y control sobre la actividad del delegatario, que impiden considerar a aquel desvinculado de toda responsabilidad por el solo hechos de la delegación, normas tales como 1º, 2º, 6º, 123, 124 y 209 superiores.

Queda claro que el delegante en materia contractual no se exime de responsabilidad cuando actúa con dolo o culpa grave, sumado a su deber permanente de vigilancia y control sobre el delegatario.

- **Del reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra.**

En tratándose del reconocimiento de mayores cantidades de obras el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que...*"para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante²³, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso...."*²⁴

Lo que significa que cuando se ejecutan mayores cantidades de obras u obras adicionales son requisitos indispensables para su reconocimiento, la autorización previa a su realización por parte de la entidad y el recibo a satisfacción, de lo cual debe quedar constancia bien sea en actas o en contratos modificatorios o adicionales, según el caso; aspectos estos que deben ser probados, demostrando que la entidad demandada hubiese acordado con el contratista la ejecución de obras diferentes a las pactadas en el contrato original y el recibo de tales obras, porque en caso contrario el contratista no puede aspirar a comprometer la responsabilidad de la Administración por esos costos que ella no aceptó asumir.

- **Funciones del Alcalde Mayor de Tunja y de la Secretaría de Infraestructura para la época de los hechos.**

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. No. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández. Igualmente, en sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, se enunciaron estos mismos criterios de necesidad de la autorización y recibo a satisfacción respecto de obras adicionales no amparadas en el contrato, pero que resultaban esenciales para la obra, como presupuesto para que proceda algún reconocimiento.

²⁴ CE 3C, 31. Ago. 2011, e25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), S. Correa.

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 34

De los documentos allegados al expediente se advierte lo siguiente:

Obra como funciones del Alcalde, en relación con la Administración Municipal,..." 4. *Ordenar, los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con la autorización del Concejo Municipal, el plan y los programas de desarrollo económico-social y con el presupuesto, Delegar, esta función a la Secretaría de Contratación, conforme al Estatuto de Contratación Estatal...*" (Anexo 1 ff. 226-230), en tanto que para la Secretaría de Infraestructura, se advierte como funciones a destacar las siguientes: *III. Funciones Esenciales del Empleo 1. Evaluar, en Coordinación con la Oficina de Planeación y las demás dependencias, las necesidades de infraestructura en el Municipio, para diseñar los programas de ejecución de obras, indispensables para satisfacer las necesidades de la comunidad. 2. Propiciar, la construcción de obras de infraestructura por autogestión comunitaria y asociativa para solucionar la problemática de insuficiencia y deterioro de las mismas. 6. Preparar, los proyectos de acuerdo relativos a su sector, los proyectos de decreto que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones del Alcalde y liderar la ejecución de las decisiones y órdenes del mismo..."*

Al cotejarlas estas funciones con la conducta desplegada por los ex servidores públicos, en la celebración, ejecución y liquidación del Contrato de Obra 325 de 2010, se dilucida lo siguiente:

Que aunque el Alcalde Mayor de Tunja, señor Arturo Montejo, para las fecha de los hechos, tenía dentro de sus funciones:..."ordenar, los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con la autorización del Concejo Municipal, el plan y los programas de desarrollo económico-social y con el presupuesto, Delegar, esta función a la Secretaría de Contratación, conforme al Estatuto de Contratación Estatal..." el Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros del municipio de Tunja, estaba delegado para celebrar contratos estatales, mediante los Decretos No 347 del 9 de septiembre de 2008 y 362 del 24 de septiembre de 2008 y por el Concejo Municipal mediante Acuerdo 001 de 23 de enero de 2008 y en virtud de esa delegación adelantó las siguientes actuaciones:

- Mediante Resolución No 399 de 28 de julio de 2010 dio apertura el proceso de Licitación Pública No LP-SI-AMT-017-2010, cuyo objeto es era contratar los Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación Plan Vial Sector 2. (ff. 96-98)
- Con Resolución No 481 de 31 de agosto de 2010, adjudicó la Licitación Pública No LP-SI-AMT-017-2010, al Consorcio Infraestructura 2010. (ff. 107-138)

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 35

- Con fecha 2 de septiembre de 2010 suscribió el Contrato de Obra 325 de 2010, con el Consorcio Infraestructura 2010, cuyo objeto eran los Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación Plan Vial Sector 2, por un valor inicial de \$1,890.654.312,50 y un plazo al 31 de diciembre de 2010. (Anexo 1. Ff. 138-184)
- Mediante Resolución No 608 de 9 de septiembre de 2010, asignó a la Ingeniera Jessica Millán Peñuela Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja, las funciones de Supervisión en el Contrato de Obra No 325 de 2010, funciones que desempeñaría hasta el momento que se contratara la interventoría. (Anexo 2 Exp. Disciplinario f. 311)
- Con fecha 22 de septiembre de 2010, celebró contrato de interventoría No 352 de 2010, con el Consorcio Interplan - Vial cuyo objeto era la Interventoría Administrativa, Técnica y Financiera de entre otros el proyecto: Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación Plan Vial Sector 2. (Anexo 2 Exp. Disciplinario ff. 304 a 310)
- Con fecha 1 de junio de 2011, suscribió el Adicional No 1 al Contrato de Obra No 325 de 2010, adicionándolo por un lapso de 30 días, para la ejecución de la obra. (Anexo 1 ff. 185-186)
- Con fecha 8 de agosto de 2011 suscribió el adicional No 2 al contrato de Obra No 325 de 2010, cuyo objeto era la adición de recursos presupuestales por la suma de \$943.060.117. (Anexo 1 ff. 188-194)

Por su parte la Secretaria de Infraestructura, Ingeniera Jessica Millán Peñuela, para la fecha de los hechos, no tenía dentro de sus funciones la de Supervisar los contratos estatales.

Ahora bien, en el contrato de obra 325 de 2010, se estableció en la cláusula Novena, la supervisión del contrato en cabeza de la titular de la Secretaría de Infraestructura o su delegado, y mediante la Resolución No 608 de 9 de septiembre de 2010, el Secretario de Contratación Licitaciones y Suministros le asignó a la Ingeniera Jessica Millán Peñuela, Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja, las funciones de Supervisión del mencionado contrato hasta cuando se contratara la interventoría; lo cual ocurrió el 22 de septiembre de 2010, cuando se suscribió el contrato de interventoría No 352 de 2010, con el Consorcio Interplan - Vial, cuyo objeto era la Interventoría Administrativa, Técnica y Financiera.

Ahora bien, visto el material probatorio recaudado y a fin de establecer si los exfuncionarios hoy demandados actuaron, con dolo o culpa grave, debe tenerse en cuenta lo señalado al respecto por el Consejo de Estado, así:

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 36

*"[E]n aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas -actuación dolosa- o si, al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aun así no lo hizo o confió en poder evitarlo -actuación culposa-. No hay duda de que la conducta del señor Castañeda Villamizar fue gravemente culposa, porque no previó -a pesar de estar en posibilidad de hacerlo- los efectos nocivos de su actuación (...) **si el acá demandado desconocía las normas de carrera administrativa y las situaciones administrativas y laborales del personal de la entidad a su cargo, lo cual, como es obvio, no sirve de excusa, lo lógico, antes de adoptar una decisión como la que afectó al señor Zúñiga Escobar, hubiera sido indagar con las dependencias competentes sobre la real situación del trabajador o buscar asesoría sobre el tema, pero no lo hizo, al menos no obra prueba alguna en el plenario que así lo indique, lo que denota negligencia y falta de previsión**"²⁵*

Así las cosas y con fundamento en el material probatorio recaudado se advierte, que el señor Arturo Montejo Niño en su calidad de Alcalde de Tunja para los años 2008 a 2011, delegó en su Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros la posibilidad de adelantar todo el proceso contractual relacionado con el Contrato de Obra No 325 de 2010, sin que a voces de la jurisprudencia reseñada, se lograra demostrar por parte de la entidad demandante la inobservancia de sus deberes de control y vigilancia que le asistían sobre la actividad contractual, menos aún la existencia de la autorización bien dada por éste o su delegatario para la realización de las mayores cantidades de obra, como se constató con los oficios Nos 1.5-01742 de 9 de noviembre y 1.5-01868 de 28 de noviembre de 2016, suscritos por la Secretaria de Contratación, Licitaciones y Suministros de municipio de Tunja, en el cual señala que:..." no se encontraron "... documentos a través de los cuales la entidad territorial haya dispuesto y/o autorizado la ejecución de mayores cantidades de obra...", respecto del contrato 325 de 2010 y que..."no se encontró oficio de fecha 28 de diciembre al que se hace alusión...". (ff. 711-712 y 736), y además el hecho de que se haya consignado las mayores cantidades de obra en el acta de liquidación final de obra de fecha 1 de diciembre de 2011 no puede entenderse que de esta manera fueran autorizadas las mismas por parte del ordenador del gasto y representante legal del municipio de Tunja para entonces señor Arturo Montejo, y quien en calidad de delegante conservaba sus funciones de vigilancia y control sobre el delegatario, con lo cual se puede inferir la ausencia de dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones.

En lo que respecta a la ingeniera Jessica Millán Peñuela en su calidad de ex Secretaria de Infraestructura, se tiene que en el contrato 325 de 2010, en su cláusulas octava y novena se estableció que el referido contrato tendría una interventoría contratada, e

²⁵ C.E., 3ª, e. 76001-23-31-000-2007-01645-01, 8 Feb, 2017, C.P.: C. Zambrano

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **15001333008201500012 00**
Pág. No. 37

igualmente que el municipio de Tunja ejercería la Supervisión del Contrato a través del titular de la Secretaría de Infraestructura o su Delegado quien vigilaría los intereses del mismo y tendría las funciones de **control administrativo, técnico y financiero (Anexo 1 f. 169)**, como consecuencia de lo anterior el día 9 de septiembre de 2010 mediante Resolución No 608 de la misma anualidad, el Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros asignó a la Ingeniera Jessica Millán Peñuela, Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja, para que ejerciera las funciones de Supervisión en el mencionado contrato, **funciones que desempeñaría hasta el momento en el que se contratara la interventoría** (Negrillas fuera de texto)

Igualmente advierte el despacho que efectivamente el día 22 de septiembre de 2010, el municipio de Tunja celebró contrato de interventoría No 352 de 2010, con el Consorcio Interplan – Vial cuyo objeto era la **Interventoría Administrativa, Técnica y Financiera** de entre otros el proyecto: Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación Plan Vial Sector 2. (Anexo 2 Exp. Disciplinario ff. 304 a 310), de lo cual se evidencia que el objeto contractual de interventoría, absorbió las funciones que en la génesis del contrato se habían asignado al supervisor.

Además la Ley 1474 de 2011, que entro en vigencia a partir del 12 de julio de 2011, cuando aún no se había liquidado el contrato de obra No 325 de 2010, estableció en su artículo 83 que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda, advirtiendo que por regla general, **no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría.** No obstante da la opción, que la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través de su supervisor.

De lo cual entiende el despacho, que las funciones de Interventoria y Supervisión no son concurrentes en relación con un mismo contrato, por lo tanto en el caso bajo estudio, al suscribirse el contrato de interventoría No 352 de 2010, las funciones que inicialmente le fueron asignadas a la ingeniera Jessica Millán como Supervisora del contrato de obra 325 de 2010, fueron asumidas el interventor contratado, cumpliéndose así la concisión prevista en el artículo 1º de la Resolución No 608 de 2010.

Así infiere el despacho, que la hoy demandada Jessica Millán, no tenía dentro de sus funciones la de supervisar los contratos estatales, por lo que no estaba habilitada para aprobar o autorizar a nombre de la entidad municipio de Tunja, la ejecución de obras

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 38

adicionales o de mayores cantidades de obra, lo cual tiene respaldo en la Cláusula sexta del contrato en mención, Obligaciones del Contratista, numeral 22, literal d), en el que estableció que para la ejecución de las mismas debería mediar previo acuerdo entre el **Municipio, la Interventoría y el Contratista**, de lo cual no hay prueba en el expediente, sumado al hecho de que el interventor dentro de las funciones financieras que le asistían se encontraba, **la de verificar que las actividades adicionales que implicaran el aumento del valor o modificación del objeto del contrato contaran con autorización** y tuvieran justificación técnica, presupuestal y jurídica. (Cláusula decima segunda. Funciones administrativas del interventor literal c Anexo 2 exp. Disciplinario f. 306 v).

Así se establece que la señora Jessica Millán no autorizó o solicitó al contratista la ejecución de obras adicionales o mayores cantidades de obra, a pesar de que en el momento de la liquidación del contrato se advirtieron tales y de las cuales el contratista dejó la respectiva constancia en el acta, sin que ello pueda ser considerado como una autorización o refrendación por parte del municipio, a pesar de que las recibió a satisfacción, lo anterior porque este es un derecho que le asiste al contratista, que pretende reclamar judicialmente, como lo ha precisado el Consejo de Estado²⁶, al indicar que cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez, constancia que *... "debe identificar adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad..."*²⁷.

Actuación que como se dijo es válida para el contratista, porque era el único interesado en obtener el pago de esas mayores cantidades de obra, razón de más para señalar que la entidad demandante no logró demostrar o comprobar que existió alguna actuación u omisión que pudiera atribuirse a la conducta de la Ingeniera Jessica Millán Peñuela en su calidad de Secretaria de Infraestructura como gravemente culposa, ni menos aún a título de dolo bajo ninguna de las presunciones contenidas en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001.

Fuerza concluir que los argumentos esbozados en la demanda sobre los cuales se pretende edificar la responsabilidad patrimonial de los demandados, carecen de

²⁶ CE, E 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777). E. GIL BOTERO.

²⁷ CE, sentencia de julio 6 de 2.005. Exp. 14.113

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 39

soporte probatorio, como se analizó en precedencia, pues no se acreditó que las mayores cantidades de obra, por las que se concilió de manera extrajudicial y se aprobó por el Juzgado Noveno Administrativo fueran autorizadas por los aquí demandados, y en esa medida no les era viable adelantar los tramites de disponibilidad y registro del dinero para la ejecución de las mismas como erróneamente lo invoca el demandante, sumado a que fueron advertidas tan solo al momento de practicar la liquidación del contrato sin que el interventor oportunamente lo hubiese puesto de presente, teniendo la responsabilidad de hacerlo, de acuerdo a las obligaciones consignadas en el contrato No 352 de 2010, lo que conlleva a negar las suplicas de la demanda.

3.DE LAS COSTAS

Teniendo en consideración lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del CGP, en concordancia con la pauta jurisprudencial plasmada en la sentencia de fecha 7 de abril de 2016, proferida con ponencia del Consejero William Hernández Gómez²⁸, como no aparece probada la causación de costas, no se condenará a la parte vencida a su pago.

4. DE LA NOTIFICACIÓN

Finalmente, el Despacho ordenará que la presente sentencia se notifique en los términos del artículo 203 del CPACA, dentro de los 3 días siguientes a su expedición mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por estado en la forma prevista en el artículo 295 del CGP, siguiendo el criterio definido en la sentencia de fecha 21 de abril de 2016, proferida con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez²⁹.

²⁸ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández: "(...) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio 'subjetivo' -CCA- a uno 'objetivo valorativo' -CPACA-.*
- b) *Se concluye que es 'objetivo' porque en toda sentencia se 'dispondrá' sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de 'valorativo' porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)"*

Medio de Control: **REPETICIÓN**
Demandante: **MUNICIPIO DE TUNJA**
Demandado: **ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO Y JESSICA MILLAN**
Radicación: **150013333008201500012 00**
Pág. No. 40

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

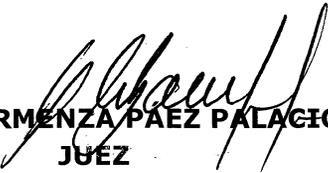
PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

CUARTO: Notifíquese ésta decisión a las partes en la forma indicada en la ley y una vez en firme archívese, dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GLORIA CARMENZA PÁEZ PALACIOS
JUEZ

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
TUNJA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO
ELECTRÓNICO NO. 65 PUBLICADO EN EL PORTAL WEB DE LA
RAMA JUDICIAL HOY QUINCE (15) DE AGOSTO DE 2017 A LAS
8:00 A.M.


JHON EDWIN PERDOMO GARCIA
SECRETARIO

²⁹ CE 5, 21 Abr. 2016, e11001-03-15-000-2015-02509-01(AC), L. Bermúdez. En la providencia se señala que "(...) Si bien ese inciso segundo del art. 203 CPACA remite al 323 CPC (notificación por edicto), esta clase de notificaciones desapareció con el CGP, que en su art. 295 dispone la notificación por estado para autos y sentencias que no deban hacerse de otra manera – en concordancia con art. 291 CGP (en lo pertinente). Por otro lado, hay que tener presente que de conformidad con art. 198 CPACA entre las providencias enlistadas que deben notificarse personalmente, no se encuentran las sentencias (...)”.