

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE FACATATIVÁ

Facatativá, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA No. 41

RADICADO: 252693333003-2017-00272-00
DEMANDANTE: EMPRESA AGUAS DE FACATATIVÁ, ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, ASEO Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EAF SAS ESP
DEMANDADO: JUAN CARLOS BARRAGÁN SUÁREZ
MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN
DECISIÓN: FALLO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia en el medio de control de **REPETICIÓN** promovido por **LA EMPRESA AGUAS DE FACATATIVÁ, ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, ASEO Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EAF SAS ESP** contra **JUAN CARLOS BARRAGÁN SUÁREZ**, por las presuntas irregularidades en las que pudo haber incurrido como interventor del Contrato 001 de 2009, al no verificar que el contratista pagara salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales del referido contrato, las cuales, alega el extremo accionante, dieron lugar al pago de dos condenas impuestas a la entidad mediante providencia judicial.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

PRIMERA. Declarar, al señor JUAN CARLOS BARRAGÁN SUÁREZ en calidad de ex Jefe de la Oficina Financiera y Administrativa y posteriormente en su calidad de exsecretario general de la Entidad designado como supervisor del Contrato No. 01 de 2009, administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales que se debieron indemnizar y cancelar a los señores JAIME ALBERTO NIAMPIRA GONZÁLEZ y ALBERTO ALVARADO TIQUE por la falla en el servicio al omitir verificar el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a los trabajadores vinculados por la Empresa Vigilancia Privada Ler Ltda.

SEGUNDA. Condenar al señor JUAN CARLOS BARRAGÁN para que pague en favor de la EAF SAS ESP, como reparación del daño ocasionado la suma de CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS M/Cte. (\$4.186.772.73).

TERCERA. Condenar al demandado a pagar las costas del proceso.

CUARTA. Que las cifras señaladas en las pretensiones sean actualizadas al momento de su pago efectivo y sobre ellas procedan los intereses que se puedan causar a la tasa legal aplicable, desde la fecha del pago de la condena hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo. (fls. 7-8)

2. Hechos

2.1 El 27 de enero de 2009 el Gerente General de la EAF suscribió el contrato No. 001 de 2009 con la empresa de vigilancia privada LER Ltda., cuyo objeto consistía en la prestación del servicio de vigilancia para las instalaciones de la EAOC-ESP; en la cláusula quinta se pactó que la Empresa demandante haría la verificación del cumplimiento y ejecución de los trabajos y actividades del contratista, a través de la interventoría, la cual se encontraba a cargo del Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera, que para la época y durante todo el tiempo de ejecución del contrato, fue desempeñada por el señor JUAN CARLOS BARRAGÁN SUÁREZ.

2.2 Durante la ejecución del contrato, mensualmente se presentaron los informes de interventoría No. 01 de 03/03/2009, No. 02 de 06/04/2009, No. 03 de 05/05/2009, No. 04 de 02/06/2009, No. 05 de 02/07/2009, No. 06 de 04/08/2009, No. 07 de 02/09/2009, No. 08 de 01/10/2009, No. 09 de 30/10/2009, No. 10 de 30/11/2009, No. 11 de 31/12/2009 y No. 11 de 30/01/2010, por parte del señor JUAN CARLOS BARRAGÁN SUÁREZ. En los mencionados informes se manifestó que: *"se ha verificado el cumplimiento de los turnos de vigilancia de la Planta principal, los diferentes pozos, estaciones de bombeo y demás embalses"*, avalando los pagos parciales del correspondiente mes, incluyendo actas de recibo a satisfacción parcial en cada uno de ellos.

2.3 De acuerdo con lo establecido en el procedimiento de compras de la EAOC ESP para el año 2009, al momento de hacer pagos al contratista, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica debía expedir certificación de los documentos que se encontraban en el contrato, la entonces Asesora Jurídica expidió certificaciones de los meses marzo, abril, mayo, septiembre, octubre y noviembre de 2009.

2.4 El 2 de febrero de 2010 se suscribió acta de Liquidación y acta de recibo a satisfacción por la Gerente General de la Empresa, el supervisor del contrato y el representante legal de la Empresa de vigilancia privada LER Ltda.

2.5 En el expediente del contrato No 001 de 2009, no se evidencia documento alguno que dé cuenta del inicio de proceso de incumplimiento siniestro de póliza en el término de duración del contrato.

2.6 El señor Jaime Alberto Niampira González, en calidad de ex trabajador de la Empresa de Vigilancia LER, promovió el medio de control de reparación directa contra la EAF SAS ESP, el cual concluyó con sentencia de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, quien aclaró la responsabilidad administrativa de la Empresa de Aguas del Occidente Cundinamarqués, Acueducto, Alcantarillado, Aseo y Servicios Complementarios SAS ESP y la condenó en abstracto, por el incumplimiento de la obligación de verificar el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a favor del señor Niampira a su vez por no haber descontado del acta de liquidación, tales sumas.

2.7 A través de providencia de 26 de julio de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, en el trámite del incidente de liquidación de perjuicios, fijó la condena a favor del señor Jaime Niampira en cuantía de \$2.316.229,73.

2.8 Por Resolución No. 20170010016083 de 12 de septiembre de 2017, la Empresa ordenó el pago de la mencionada condena con base en la disponibilidad presupuestal No. 2017000500 del 12 de septiembre de 2017 y registro presupuestal No. 2017000507 de la misma fecha. Realizado el pago, Jaime Alberto Niampira González suscribió paz y salvo a favor de la entidad, el cual data del 21 de septiembre de 2017.

2.9 Por su parte, el señor Alberto Alvarado Tique, en su calidad de ex trabajador de la Empresa de Vigilancia LER Ltda., formuló demanda de reparación directa contra la EAF SAS ESP, la cual fue desatada en primera instancia, por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Facatativá, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, Subsección C; en este trámite se condenó a la entidad actora en abstracto por falla en el servicio, pues omitió verificar el pago de salarios y prestaciones sociales a cargo del contratista, al tiempo que no efectuó los descuentos correspondientes en el acta de liquidación del contrato. Dentro del incidente de liquidación de perjuicios, se impuso una condena a la entidad de \$1.870.543, la cual quedó en firme el 2 de agosto de 2017.

2.10 A través de Resolución No. 20170010013133 de 15 de septiembre de 2017, expedida con respaldo en la disponibilidad presupuestal No. 2017000503 y registro presupuestal No. 2017000525, las dos de 13 de septiembre de 2017, la Empresa ordenó y realizó el pago de la mencionada condena. El 21 de septiembre de 2017, se suscribió el paz y salvo correspondiente.

2.11 El 4 de octubre de 2017, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la EAF SAS ESP, determinó que el funcionario demandado en su calidad de interventor, era el responsable de verificar el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a los trabajadores vinculados por la Empresa de Vigilancia Privada LER Ltda. para la ejecución del contrato de prestación de vigilancia No. 001 del 27 de enero de 2009, y también era el encargado de efectuar el descuento de las sumas adeudadas por tales conceptos en el Acta de Liquidación sin número del 2 de febrero de 2010. Lo anterior, conforme con lo estipulado en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002; en ese orden, su actuar debe enmarcarse en el ámbito de la culpa grave, lo que dio lugar al inicio del presente medio de control.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

Constitucionales: artículos 6, 90, 91.

Legales: artículo 50 de la Ley 789 de 2002, artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, artículo 4 de la Ley 80 de 1993, artículos 2, 17 y 18 de la Ley 678 de 2001, artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, artículo 63 del Código Civil.

En primer lugar, señaló que la conducta del señor Juan Carlos Barragán Suárez se enmarca en la culpa grave que da lugar a la acción de repetición, toda vez, que al haber sido designado como supervisor del contrato 001 de 2009, omitió su deber legal y contractual de vigilar el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales causadas a favor de los trabajadores de la empresa de vigilancia privada Ler Ltda., a lo que agregó que en del acta de liquidación no se efectuó descuento alguno,

quebrantando así lo dispuesto en el artículo 6 constitucional y el artículo 50 de la Ley 789 de 2002,.

Manifestó que el párrafo 1° del artículo 23 de Ley 1150 de 2007 dispone la obligación de las entidades públicas de exigir como requisito el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral y que su omisión constituye causal de mala conducta para el servidor público.

De igual manera señaló que el demandado desconoció el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que establece los derechos y deberes de las entidades estatales contratantes, deber que debió ser observada por el señor Juan Carlos Barragán, supervisor designado por el Gerente General, quien le atribuyó dicha competencia en uso de sus facultades legales y estatutarias.

Argumentó que el funcionario designado como supervisor no vigiló ni controló el cumplimiento de la obligación asignada al contratista en la cláusula octava y permitió que se le pagará al contratista y se liquidará a satisfacción el contrato, sin verificar el pago de los salarios.

Que para el año 2009 e inicios de 2010, la EAF SAS ESP (antes Empresa de Aguas del Occidente Cundinamarqués), dentro del Sistema de Gestión de Calidad había definido un procedimiento denominado "Compras Contratos" cuyo numeral 5.24 establecía los lineamientos generales y condiciones de los pagos; que dicho procedimiento fue socializado a todos los servidores de la Empresa y en este se fijaron los requisitos mínimos que se debían verificar, especialmente el demandado, en su calidad de supervisor del contrato, previo a avalar pagos a favor del contratista.

Manifestó que en el marco del artículo 90 de la Constitución Política, es un derecho y deber de las entidades estatales repetir contra el agente que con su conducta dolosa o gravemente culposa, haya causado una condena patrimonial contra el Estado, obligación que fue desarrollada ampliamente por la Corte Constitucional en sentencia C 233 de 2002.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante providencia de 26 de agosto de 2019 el despacho señaló que a pesar de que el demandado fue notificado en debida forma, guardó silencio (fl.385).

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1 Parte Demandante

La Empresa Aguas de Facatativá reiteró las pretensiones y argumentos de la demanda (fls. 397-406). Añadió que es incuestionable que el daño sufrido a la entidad fue causado por la omisión del señor Juan Carlos Barragán Suárez, ligada también a la naturaleza de las funciones que ejercía, esto es, las de supervisor, establecidas en el Contrato No. 001 de 2009 y las previstas en la ley. Lo anterior permite concluir que el demandado conocía las obligaciones y funciones que como supervisor tenía y aún así, incumplió los principios de la función pública y los deberes fundamentales consagrados en la Carta Política y las leyes.

Concluye que, el hecho generador de la falla del servicio surge de la omisión del deber de vigilar el pago los salarios, prestaciones sociales e

indemnizaciones laborales; lo cual dio lugar a la condena en contra de la entidad, lo que evidencia la relación causal entre la falla y el daño indemnizado por la entidad (fl. 397-406).

5.2. La parte demandada guardó silencio.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría 198 Judicial I Administrativa de Facatativá conceptuó que existe responsabilidad del demandado en el presente asunto, pues, omitió el cumplimiento de sus funciones como supervisor del contrato de vigilancia, lo cual generó la condena impuesta a la entidad. Sin embargo, solicitó al Despacho que, atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 678 de 2001, la condena no puede ser el 100% de lo solicitado por la empresa demandante, pues aunque para la época de ejecución del contrato, Juan Carlos Barragán Suarez fungió como Jefe de Oficina Administrativa y Financiera y se le asignó la función de interventoría del contrato de vigilancia, es lo cierto que en el expediente obran documentos de ejecución del contrato y certificaciones expedidas por la Oficina Asesora Jurídica, en las que se indicó que no se requería el documento relativo a aportes parafiscales y aportes a seguridad social respecto a unos periodos, mientras que si los exigió frente a otros periodos; en virtud de tales documentos, la Oficina en mención dejó constancia de que revisada la documentación era procedente realizar el pago de las facturas causadas dentro del contrato N° 001 – 2009.

En ese orden, considera el Ministerio Público que de acuerdo al análisis normativo y jurisprudencial realizado, es cuestionable la conducta adelantada por **Juan Carlos Barragán Suarez**, en lo relativo al cumplimiento de sus funciones como “*interventor*” del contrato de vigilancia de prestación de servicios N° 001 de 2009, pues allí se establecieron obligaciones generales a su cargo, en calidad de interventor y supervisor del contrato, entre otras, verificar el cumplimiento por parte del contratista de los aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales de los trabajadores de la empresa de vigilancia privada Ler Ltda.; aseguró que dicha omisión generó el daño antijurídico que fue reprochado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en las sentencias.

De igual forma señaló que para la época de los hechos, la EAF S.A. ESP contaba con un procedimiento interno para la celebración y ejecución de contratos, donde estableció los lineamientos a seguir (código PRA1030-0102), y al efecto, el numeral 5.24.4 reza que para efectos de generar un pago a favor de los contratistas, se debía presentar una documentación que acreditara, entre otros aspectos, el cumplimiento de las obligaciones parafiscales y seguridad social.

Frente a esta exigencia advierte que en el numeral 5.24.5, precisó que era responsabilidad del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica entregar al funcionario de tesorería un certificado donde se confirmara que los documentos entregados por el contratista cumplían para efectuar el pago correspondiente.

De ahí que no solo el comportamiento del demandado – Juan Carlos Barragán Suárez incidió o generó la condena impuesta a la Empresa de Servicios Públicos, sino que también lo hizo la de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, quien, conforme a los procedimientos internos, debió verificar la

información relativa al pago de aportes a seguridad social y parafiscales y, contrario a ello, expidió certificaciones avalando el pago de servicio, e incluso aludió a que el requisito de aportes a parafiscales y seguridad social no aplicaba.

Por consiguiente, concluyó que la Empresa demandante logró demostrar los supuestos de hecho aludidos en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001 y, en consecuencia, la presunción legal de culpa grave en cabeza del demandado, en los términos de los artículos 90 de la Constitución Política y 142 del CPACA, de ahí que se imponga la obligación de indemnizar los perjuicios causados al Estado con el pago de la condena ordenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; igualmente advirtió que se debe precisar el quantum conforme al artículo 14 de la Ley 678 de 2001, y atendiendo la participación del agente del Estado, junto con el material probatorio existente en el expediente.

Por tanto, de existir responsabilidad de Juan Carlos Barragán Suárez, esta no corresponde al 100% de los perjuicios cancelados por la entidad demandante, dado que su participación no fue la única que incidió en el resultado, pues el Jefe Oficina Asesora Jurídica también debía verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

No obstante, estimó que en este asunto se presentan vacíos o puntos oscuros que debe tener en cuenta el Despacho, dado que estos podrían incluso conllevar a que no se ordene el pago de suma alguna (fls. 390-396).

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo previsto en el inciso 1º del artículo 104 y los artículos 155, numeral 8, 156, numeral 6 y 157 del CPACA, esta instancia judicial competente para conocer del presente asunto en primera instancia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en razón al pago de las condenas impuestas a la Empresa de Aguas de Facatativá EAF SAS ESP dentro de los procesos de reparación directa radicados Nros. 2012-00086 y 2012-00081, promovidos por Jaime Alberto Niampira y Alberto Alvarado Tique, respectivamente, el señor JUAN CARLOS BARRAGÁN SUÁREZ incurrió en responsabilidad al omitir de manera doloso o gravemente gulposa, en el cumplimiento de uno de sus deberes funcionales como interventor del contrato No. 001 de 2009. En ese ámbito se debe definir si el señor Barragán tiene la obligación de asumir los valores que sufragó la demandante.

3. DE LA RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO QUE DA LUGAR AL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN

El artículo 90 de la Constitución Política determinó que el Estado debía responder por sus actuaciones u omisiones cuando estas causen un daño antijurídico; de modo que para que se configure esta responsabilidad deben concurrir como elementos el hecho **u omisión** que genera un **daño antijurídico** que le es **atribuible o imputable a la Administración**; es decir, se presenta un nexo causal entre la acción u omisión del agente del Estado y el daño.

Adicionalmente, el citado artículo constitucional estableció, como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal en concordancia con los principios de moralidad y eficiencia, que *“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 este”*.

En consonancia con lo anterior, el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

ARTÍCULO 142. REPETICIÓN. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.

A su vez, la Ley 678 de 2001, reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, en la que se desarrollan aspectos sustanciales, tales como, los fines y objeto de la acción, así como, las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente¹.

En tal medida, el análisis de responsabilidad del servidor público, ha de sujetarse a lo previsto en la Ley 678 de 2001, en concordancia con lo reglado en la Carta Política sobre el régimen de responsabilidad de los servidores públicos.² Así, para que prosperen las pretensiones del medio de control de repetición deben cumplirse los elementos estructurales de carácter objetivo y subjetivo que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad patrimonial del quien, en ejercicio de la función pública, por un actuar doloso o gravemente culposo, dio lugar a una condena en contra de la administración. Consecuentemente, lo que deberá demostrarse serán, en primer lugar, los siguientes requisitos objetivos:

a) La calidad del agente y su participación en la acción u omisión que dio lugar a un daño antijurídico, esto es, la acreditación de la condición o calidad que ostentó el accionado y su participación en la expedición del acto administrativo, o en la acción u omisión dañina.

b) Que la entidad pública haya sido condenada a reparar un daño antijurídico causado con la acción u omisión de sus agentes: esta exigencia se encuentra prevista en el artículo 90 de la Constitución Política, según el

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de diciembre de 2019, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, expediente 50001-23-33-000-2015-00138-01.

² Constitución Política artículos 6, 121, 122, 124 y 90.

cual, en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial, este podrá repetir contra el agente causante del daño antijurídico.

c) Que la entidad efectivamente haya cancelado y/o pagado el monto de la condena impuesta al Estado: la entidad demandante tiene la obligación de acreditar que pagó la condena impuesta a favor de la víctima del daño antijurídico, pues solo al efectuarse dicha erogación, se configura el detrimento patrimonial del Estado fundamento de la acción de repetición y, por ende, la legitimación en la causa por activa para demandar. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

(...) El pago constituye un requisito sine qua non para la prosperidad de la acción de repetición como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación, por cuanto es este elemento el que legitima a la entidad estatal para instaurar la acción que tiene como finalidad salvaguardar el erario ante el detrimento que sufre por los perjuicios que debe resarcir como consecuencia del actuar de los servidores o ex servidores del Estado; sería un contrasentido repetir por una suma de dinero que no se ha pagado, o lo que es lo mismo, que se pretenda obtener el resarcimiento de un perjuicio que no se ha concretado (...).³

Sobre los requisitos señalados de orden objetivo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-832 de 2001 dijo:

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

(...)

Se tiene, pues, que uno de los requisitos de la acción de repetición es el pago de la condena que haya sufrido la Administración, y, por consiguiente, resulta razonable que se haya fijado el momento en que se realiza ese acto jurídico como punto de partida para computar el término de caducidad".

Ahora, en segundo lugar, es necesario que se verifique la existencia del requisito subjetivo, consistente en:

d) Que la condena haya sido impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus servidores, ex servidores o particulares que cumplen funciones públicas, esto es, la responsabilidad del agente estatal, para lo cual se debe efectuar un juicio subjetivo de la conducta desplegada por el agente, ya sea activa u omisiva, a título de dolo o culpa grave, la cual fue causa eficiente del daño antijurídico indemnizado por el Estado. Para tal fin, se debe realizar un análisis de las funciones del cargo desempeñado por el agente y establecer respecto de aquellas se presentó un incumplimiento grave; ello porque, no cualquier equivocación, error de

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 25 de marzo de 2010. Radicación N° 250002326000199902563-02. Expediente N° 36.489.

juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, implica la responsabilidad del agente.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó:

Los dos primeros corresponden a los elementos objetivos para impetrar la acción y el último al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente. Por consiguiente, los anteriores requisitos son objeto de prueba para la prosperidad de la acción de repetición, esto es, la sentencia judicial que condena a la entidad pública a pagar una indemnización o la conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; el pago total y efectivo del valor de la indemnización impuesta; la calidad de servidor o ex servidor público del Estado al que se imputa la responsabilidad patrimonial y la conducta dolosa o gravemente culposa del mismo, mediante el aporte en estado de valoración (copias auténticas) de la sentencia ejecutoriada, de los actos administrativos correspondientes y demás documentos públicos o privados, así como de todas aquellas pruebas idóneas que se alleguen o soliciten en las oportunidades probatorias correspondientes."⁴

Por tanto, la acreditación de los elementos objetivos y subjetivos es necesaria para que sea procedente la declaración judicial de responsabilidad civil patrimonial en contra del particular que en ejercicio de una función pública, provocó una condena en contra de la Administración, al haber desconocido mandatos legales o constitucionales, así como por la omisión o extralimitación en sus funciones, cuyo actuar se enmarca en alguno de los presupuestos de dolo o culpa grave establecidos en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.

4. CASO CONCRETO

4.1. Hechos probados

En lo atinente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que ocurrieron los hechos, se encuentran acreditados los siguientes supuestos fácticos:

El 27 de enero de 2009, la Empresa Aguas del Occidente Cundinamarqués Acueducto, Alcantarillado, Aseo y Servicios Complementarios, actualmente Empresa de Aguas de Facatativá, suscribió el contrato No. 001 de 2009 con la Empresa Vigilancia Privada LER LTDA, en virtud del cual, esta se obligaba a prestar a favor de aquella el "servicio de vigilancia para las instalaciones de la E.A.O.C.- E.S.P" por un año y un costo de \$291.850.008 M/CTE (fls. 23-29).

En la Cláusula Tercera del referido contrato se determinó que los pagos se podrían efectuar, previa certificación a satisfacción expedida por el Jefe de Oficina Administrativa y Financiera; funcionario que, de acuerdo con la cláusula quinta del contrato, debía verificar la ejecución y el cumplimiento de los trabajos y actividades a cargo del contratista.

Mediante acta de 2 de febrero de 2009 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Empresa Aguas del Occidente Cundinamarqués Acueducto,

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 28 de febrero de 2011. Expediente 34816.

Alcantarillado, Aseo y Servicios Complementarios, le notificó personalmente a Juan Carlos Barragán Suárez en su calidad de Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la EAOC-ESP su designación como interventor, dentro del contrato No. 001 de 2009 donde aparece como contratista la sociedad Vigilancia Privada LER LTDA; así mismo, debido a su designación se le entregó una copia del contrato (fl. 29).

Obran certificaciones del 05/03/09 (fl. 72), 06/04/09 (fl. 65), 05/06/09 (fl. 54), 07/07/09 (fl. 50), 08/05/09 (fl. 63), 04/08/09 (fl.94), 08/09/09 (fl. 87), 20/10/09 (fl.82) y 09/11/2009 (fl. 77) emitidas por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en las cuales se señaló que revisados los documentos presentados por el contratista y anexos a dicha certificación, *“se pueden (sic) realizar la contabilización y el pago correspondiente de conformidad con la cláusula de forma de pago del Contrato Número 001-2009 suscrito con la firma **VIGILANCIA PRIVADA LER LTDA** y el cual tiene un valor por \$291.850.008,00”*, además, dejó constancia que los documentos que acompañan al contrato cumplen con lo establecido en el procedimiento de compras de la EAOC-ESP.

En igual sentido, se observa que en las certificaciones expedidas por la Oficina Asesora Jurídica anteriormente relacionadas, se señaló que SI APLICA el documento que acredite aporte a parafiscales y a seguridad social, lo que también se dijo frente a la certificación del 6 de abril de 2009; en contraposición, se manifiesta que NO APLICA el documento relativo a aportes parafiscales y aportes a seguridad social en las certificaciones de 5 de marzo, 8 de mayo, 5 de junio, 7 de julio, 4 de agosto, 8 de septiembre, 20 de octubre y 9 de noviembre de 2009.

En el expediente se encuentra que en ejercicio de las labores de interventoría, el demandado rindió el informe de revalidación de proveedores de 20 de febrero de 2010, donde evaluó el cumplimiento de las especificaciones del contrato (cumplimiento, supervisión, capacidad operativa y cumplimiento de horario), y otorgó al contratista Vigilancia Privada LER Ltda., el puntaje más alto en cada uno de los ítems (fl. 98).

De igual forma el demandado suscribió los informes de interventoría No. 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010 y 011, el primero de ellos el 3 de marzo de 2009 y el último de 30 de enero de 2010, y en todas las reevaluaciones nuevamente otorgó el puntaje más alto en cada uno de los ítems, esto es, sobre 5 (fls. 99 – 122).

Se suscribieron actas de recibo a satisfacción por el Gerente de la EAOC – ESP, el Jefe Oficina Administrativa y Financiera y el representante legal de la empresa contratista los días 3 de marzo, 6 de abril, 5 de mayo, 2 de junio, 2 de julio, 3 de agosto, 2 de septiembre, 1 de octubre, 4 de noviembre y 2 de diciembre de 2009 (fls. 123 – 132).

El 2 de febrero de 2010, la Gerente de la EAOC SAS ESP y el aquí demandado en calidad de Secretario General de la EAOC SAS ESP e interventor del contrato y el representante legal de la empresa contratista Vigilancia Privada LER Ltda, suscribieron la liquidación bilateral del contrato N° 001 – 2009, por un valor total de \$ 307.539.811 y un valor no ejecutado de \$ 1.152.197 (fls.133 – 134).

En cuanto a las sentencias condenatorias que dieron origen al proceso que nos ocupa, se tiene que en el año 2012, dos ex trabajadores de la empresa

contratista iniciaron acción de reparación directa contra la Empresa de Aguas del Occidente Cundinamarqués – hoy Empresa de Aguas de Facatativá, por la omisión en verificar el pago de salarios y prestaciones sociales de aquellos. Como resultado de lo anterior, en el **expediente N° 2012 – 00086**, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca emitió sentencia de 13 de agosto de 2015 y **declaró la responsabilidad administrativa de la Empresa de Aguas de Facatativá por falla probada en el servicio y la condenó en abstracto al pago de salarios y prestaciones sociales a favor de Jaime Alberto Niampira** González (fls. 187 – 222). Del mismo modo, a través de providencia de 26 de julio de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió en segunda instancia el incidente de liquidación de perjuicios, fijando como condena la suma de \$2.316.229.73. (fls. 225 -239).

En cumplimiento de dicha orden judicial, se expidió la Resolución N° 20170010016083 de 12 de septiembre de 2017, por medio de la cual se ordenó un pago a favor de Jaime Alberto Niampira, por valor de \$2.316.229,73; suma de dinero que fue girada a su cuenta de ahorros el 21 de septiembre de 2017 (fls.171- 173).

Igualmente, aparece que en el expediente con radicado **N° 2012 – 00081**, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de sentencia de segunda instancia de 13 de agosto de 2015, **declaró la responsabilidad administrativa de la Empresa de Aguas de Facatativá por falla probada en el servicio y la condenó en abstracto al pago de salarios y prestaciones sociales a favor de Alberto Alvarado Tique**. (fls. 257-292). Posteriormente, por medio de la providencia de 2 de agosto de 2017, se decidió en segunda instancia confirmar lo decidido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial dentro del incidente de liquidación de perjuicios, el cual fijó como condena la suma de \$1.870.543 (fls. 310 – 315).

En cumplimiento de dicha orden judicial, se expidió la Resolución N° 20170010016133 de 15 de septiembre de 2017, por medio de la cual se ordena un pago a favor de Alberto Alvarado Tique, por valor de \$1.870.543; suma de dinero que fue girada a su cuenta de ahorros el 21 de septiembre de 2017 (fls. 179 -181).

A su vez, aparece en el expediente el Acta No. 010-2017 por medio de la cual el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Empresa de Aguas de Facatativá, en sesión celebrada el 4 de octubre de 2017, consideró la procedencia de la acción de repetición, en tanto se habían emitido las sentencias condenatorias de carácter pecuniario en contra de la empresa, de ahí que recomendó iniciar la acción de repetición contra Juan Carlos Barragán Suárez en su condición de supervisor del contrato de vigilancia N° 001 – 2009 (fls. 346 -355).

4.2. Elementos del medio de control de repetición

4.2.1. Calidad del agente y su participación en la acción u omisión que dio lugar a un daño antijurídico

Tal como se indicó anteriormente, en virtud de la cláusula tercera y quinta del Contrato No 001 de 2009 suscrito entre la EAF SAS ESP y la empresa de Vigilancia Privada LER LTDA, el Jefe de Oficina Administrativa y Financiera era el servidor público designado para adelantar la interventoría del mencionado contrato, cargo que desempeñaba el señor Juan Carlos Barragán Suarez.

Se advierte igualmente, que aun cuando el demandado renunció al cargo de Jefe de Oficina Administrativa y Financiera el 30 de septiembre de 2009, vinculándose como Secretario General de la EAF SAS ESP⁵ desde el 01 de octubre de 2009 hasta el 5 de febrero de 2010, ejerció la interventoría del contrato 001 de 2009 en toda la ejecución, suscribiendo los siguientes documentos:

1. Informe de revalidación de proveedores del 20 de febrero de 2010, donde evaluó el cumplimiento de las especificaciones del contrato (cumplimiento, supervisión, capacidad operativa y cumplimiento de horario), en el que otorgó al contratista Vigilancia Privada LER Ltda., el puntaje más alto en cada uno de los ítems (fl. 98).

2. Los informes de interventoría No. 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010 y 011, el primero de ellos data del 3 de marzo de 2009 y el último del 30 de enero de 2010 (fls. 99 – 122).

3. Actas de recibo a satisfacción mensuales entre el 3 de marzo de 2009 y el 2 de diciembre de 2009, conjuntamente con el Gerente de la EAOC – ESP y el representante legal de la empresa contratista (fls. 123 – 132).

4. Acta de liquidación bilateral del contrato del 2 de febrero de 2010, actuando como interventor del contrato, sin salvedad alguna (fls.133 – 134).

Con lo que se acredita que durante toda la ejecución del contrato No 0001 de 2009, el demandado desarrollo las actividades como interventor.

4.3.2. Que la entidad pública haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de un acuerdo conciliatorio y/o a través de cualquier otro mecanismo de terminación de conflictos.

El daño irrogado al Estado proviene de dos sentencias condenatorias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuyas demandas de reparación directa, fueron promovidas por Jaime Alberto Niampira y Alberto Alvarado Tique, respectivamente.

Como medio de prueba se encuentran las copias de las providencias, cuyos apartes se resaltan así:

- Expediente 2012-00086:

(...) Esto significa que la EMPRESA AGUAS DEL OCCIDENTE CUNDINAMARQUÉS, ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, ASEO Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS S.A.S. ESP incumplió la obligación de verificar el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a los trabajadores vinculados por la Empresa de Vigilancia Privada Ler Ltda para la ejecución del contrato de Prestación del Servicio de Vigilancia N° 001 del 27 de enero de 2009, y de efectuar el descuento

⁵ Certificación del 13 de octubre de 2017, de los cargos ocupados por Juan Carlos Barragán Suarez dentro de la EAF SAS ESP obrante a folios 318-322 del expediente.

de las sumas adeudadas por tales conceptos en el Acta de Liquidación sin número del 2 de febrero de 2010 del negocio jurídico en mención conforme a lo consignado en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, y como consecuencia de dicha omisión el señor JAIME ALBERTO NIAMPIRA GONZALEZ no pudo obtener de la Empresa de Vigilancia Privada Ler Ltda el pago de 'salario de enero de 2010, vacaciones y prestaciones sociales(cesantía, interés sobre cesantía, sanción por intereses sobre la cesantía, reliquidación de primas de servicio, prima de servicio proporcional, generadas en la vigencia 2009 y fracción proporcional del año 2010)' lo cual constituye un daño antijurídico que no está obligado a soportar (...) (fl. 219).

- En el expediente 2012-00081:

(...) la EMPRESA AGUAS DEL OCCIDENTE CUNDINAMARQUÉS, ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, ASEO Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS S.A.S. ESP recibió a satisfacción los servicios objeto de Contrato de Prestación de Servicios de Vigilancia N° 001 del 27 de enero de 2009, efectuó los pago al contratista y liquidó de común acuerdo el contrato en mención sin verificar el cumplimiento en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a los trabajadores por parte de la Empresa de Vigilancia Privada Ler Ltda, como lo exigen en artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y la cláusula octava del contrato en mención citada en precedencia(fl. 287).

(...)

Como consecuencia de dicha omisión el señor ALBERTO ALVARADO TIQUE no pudo obtener de la Empresa de Vigilancia Privada Ler Ltda el pago de "salario de 2010, vacaciones y prestaciones sociales ... lo cual constituye un daño antijurídico que no está obligado a soportar (...) (fl. 289)".

En consecuencia, se comprobó la configuración del segundo elemento, consistente en que la entidad demandante se vio obligada a indemnizar un daño antijurídico causado a un particular, en virtud a una sentencia judicial.

4.3.3. Que la entidad haya pagado al beneficiario la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación o en otra forma de solución y/o terminación de un conflicto.

Este constituye otro elemento objetivo, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 142 determinó que el certificado del pagador o del funcionario que realice tales funciones, constituye prueba suficiente para acreditar el pago.

En el plenario la Empresa de Servicios Públicos demostró el cumplimiento de este requisito, toda vez que allegó el acto administrativo que ordenó el pago, el certificado y registro presupuestal, así como, el comprobante de la consignación a la cuenta de ahorros de los beneficiarios (JAIME ALBERTO NIAMPIRA GONZALEZ y ALBERTO ALVARADO TIQUE), por valor de \$2.316.229,73 y \$1.870.543 respectivamente, además del paz y salvo suscrito por cada uno de los beneficiarios de la condena (fls. 169 – 184).

4.3.4. Que la condena haya sido impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus servidores, ex servidores o particulares que cumplen funciones públicas:

La condena impuesta por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en contra de la EMPRESA AGUAS DEL OCCIDENTE CUNDINAMARQUÉS, ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, ASEO Y SERVICIOS

COMPLEMENTARIOS S.A.S. ESP a favor de los señores JAIME ALBERTO NIAMPIRA GONZALEZ y ALBERTO ALVARADO TIQUE, según la parte motiva de dichas providencias, fue fruto de la omisión de la entidad en la verificación del cumplimiento en el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales a los trabajadores de la Empresa de Vigilancia Privada Ler Ltda, quien se encontraba ejecutando el contrato de vigilancia N° 001 – 2009, desconociendo así, lo preceptuado en artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y en la cláusula octava del referido contrato.

Lo anterior llevó a que la empresa formulara el medio de control de repetición contra el señor JUAN CARLOS BARRAGAN SUAREZ, para lo cual aseguró que dentro de los considerandos de las sentencias, en las páginas 24 a 35, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca encontró falla en el servicio al omitir la obligación de verificar el pago de salarios, con fundamento en lo cual, asegura en el hecho treinta de la demanda que “el demandado es responsable de que la EAF SAS ESP haya sido condenada en virtud de la figura falla en el servicio”. A su vez, en los fundamentos de derecho de las pretensiones sustentó que el señor Juan Carlos Barragán Suárez actuó con culpa grave, con base *-únicamente-* en las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ocasión de las condenas impuestas dentro de los procesos de reparación directa.

Al respecto, el desacho considera que tales argumentos no resultan suficientes para endilgar el dolo o culpa grave al señor Barragán Suárez, toda vez que que las sentencias condenatorias que dieron lugar a la demanda de repetición no constituyen plena prueba de la conducta dolosa gravemente culposa del demandado. Cabe decir que la decisión del juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial o en sede de legalidad no ata al juez de la repetición, ya que, como lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado, en esta sede judicial pueden hacerse valoraciones y calificaciones distintas, en la medida en que la decisión ya no versa sobre la responsabilidad del Estado o la legalidad de sus actuaciones administrativas, sino sobre la conducta del agente⁶ de tal manera, que los fallos condenatorios no constituyen plena prueba para determinar la responsabilidad del demandado.

En ese orden y de acuerdo al carácter autónomo e independiente de la acción de repetición previsto en la Ley 678 de 2001, las condenas a la Empresa de Aguas de Facatativá a través de los procesos de reparación directa, son totalmente diferentes a las del medio de control de repetición que aquí nos ocupa, lo cual no implica automáticamente la responsabilidad del ex servidor señor Juan Carlos Barragán Suárez por haber participado en los hechos correspondientes, pues la conducta que se le endilga a este debe quedar establecida de manera plena e individualizada en el respectivo proceso de repetición.⁷

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 5 de marzo de 2020. C.P. MARÍA ADRIANA MARÍN. Expediente No. 25000-23-26-000-2012-01097-01 (56485)

⁷ Sobre el particular, ver, entre otras, las sentencias del 11 de febrero de 2009, expediente 33.450, y del 22 de julio de 2009, expediente 22.779, ambas con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

En ese orden, revisados los expedientes N° 25269-33-31-703-2012-00086⁸ y N° 25269-33-31-703-2012-0008,⁹ en virtud de los cuales se condenó a la entidad demandante, se encuentra que las pretensiones de los accionantes versaron sobre el pago del salario causado en enero de 2010, así como a los valores que por la terminación del contrato debían haberse liquidado en el mismo mes y que están relacionados con las vacaciones y prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, sanción por intereses a las cesantías, reliquidación de primas de servicio, prima de servicio proporcional generadas en la vigencia de 2009 y fracción proporcional del año 2010)¹⁰, valores que fueron tasados y reconocidos en los incidentes de liquidación de perjuicios, dando lugar a las condenas que pagó la entidad, por cuantía de \$2.316.229,73 dentro del expediente 2016-0086 (fl. 257) y \$1.870.543 dentro del proceso 2016-0081 (fl.308).

A su vez, se resalta que dentro de las consideraciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los expedientes 2012-00086 y 2012-0081 se mencionó que con la Resolución No 12012933 del 30 de julio de 2012 el Gerente General de la EAF SAS ESP declaró el siniestro de "*pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales*" por cuantía de \$30.869.201 como tope del amparo del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales contenido en la póliza No 0151055-2 del 25 de noviembre de 2009 expedida por la Compañía de Seguros Generales Suramericana S.A. que amparó el cumplimiento de las obligaciones que adquirió la empresa de Vigilancia Privada Ler Ltda como contratista. (fls. 215-216).

Lo anterior, fruto del agotamiento de un procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por la entidad, luego de ser advertidos, el día 26 de mayo de 2010 por parte de Jaime Niampira y otros, del incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales por parte de la empresa contratista, Vigilancia Privada Ler Ltda., dentro de la ejecución del contrato 001 de 2009 (fls. 215-216), sin que dentro del fallo se evidenciara que la EAF SAS ESP, hubiese adelantado alguna actuación en contra del contratista, para solventar el riesgo sobre los salarios causados y no pagados por la empresa de Vigilancia Privada LER Ltda. sobre sus trabajadores dentro de la ejecución del contrato referido.

Por tanto, al tener presente que el demandado fungió como Jefe de Oficina Administrativa y Financiera desde el 22 de diciembre de 2008 hasta el 1 de octubre de 2009, fecha en la que se desvinculó y tomó posesión como Secretario General de la ESP, desarrollando estas últimas labores hasta el 5 de febrero de 2010¹¹, y que el daño que se reclama se ocasionó por el no

⁸ La Sentencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera condenó a la Empresa Aguas de Occidente Cundinamarqués, Acueducto, Alcantarillado, Aseo y Servicios Complementarios S.A.S. E.S.P. en abstracto obra a folios 187-224; por su parte, la providencia con la cual se resolvió el incidente de liquidación de perjuicios en segunda instancia, se encuentra en los folios 240-253 del expediente.

⁹ La Sentencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera condenó a la entidad demandada en abstracto obra a folios 257-294; por su parte, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Facatativá en providencia del 27 de septiembre de 2016, resolvió el incidente de liquidación de perjuicios (folios 295-309), decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de agosto de 2017 (fls. 310-317).

¹⁰

¹¹ Nombrado a través de la Resolución N° 1095 del 22 diciembre de 2008 (fl. 323-324) posesionado mediante acta No 037 del 22 de diciembre de 2008 (fl. 325), al cual renunció mediante oficio del 28 de septiembre de 2009, la cual se hizo efectiva desde el primero de octubre de 2009, de acuerdo a la Resolución No 0631 del 30 de septiembre de 2009 "Por medio de la cual se aceptó la renuncia del señor Juan Carlos Barragán (Fls. 338- 339).

pago del salario causado en enero de 2010, así como en razón a la inexactitud y omisión en el pago de prestaciones sociales causadas tanto en diciembre de 2009 como en enero de 2010, por solicitud elevada por los trabajadores del contratista del 26 de mayo de 2010, se debe establecer, cuál era el alcance de las obligaciones del demandado como interventor del contrato 001 de 2009, en concordancia con lo previsto en la Ley 678 de 2001.

Como se anotó anteriormente, la designación del Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera como interventor, contenida en la cláusula quinta del contrato 001 de 2009, fue notificada y ejercida por el señor Juan Carlo Barragán hasta la fecha en la que se liquidó el contrato, esto es, hasta el 2 de febrero de 2010 (fl. 133), quien se desvinculó de la entidad el 5 de febrero de la misma anualidad (fl. 319).

Sobre las obligaciones a su cargo, se encuentra lo previsto en la cláusula tercera del contrato, en la que se estableció que previo a efectuar los pagos al contratista, debía constar certificación de recibo a satisfacción suscrita por el interventor (fl. 23); a su vez, la cláusula sexta del contrato estipuló las labores de interventoría, coordinación, revisión y fiscalización de los trabajos a cargo del contratista, las cuales se dirigían principalmente a la correcta ejecución del objeto contractual, sin que exista cláusula taxativa sobre su deber de vigilar los pagos de salarios y prestaciones sociales; por su parte, el documento denominado "compras contratos" (fls. 135-166) en el numeral 5.24.4. hace referencia igualmente a la verificación por parte de la interventoría, de los pagos a parafiscales y a seguridad social por parte de los contratistas, previo a efectuar los pagos reclamados por estos últimos dentro de la ejecución de los contratos.

Por su parte, ni en el marco legal, ni en la Ley 1150 de 2007 como tampoco la Ley 789 de 2002, imponen a los interventores el deber de vigilar el pago de salarios y prestaciones sociales causados a favor de los trabajadores contratados por los contratistas de obra, consultoría o prestación de servicios con quienes se celebra un contrato estatal.

Del anterior análisis, se extrae que dentro de la etapa de ejecución del contrato, la interventoría no tenía el deber de verificar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la única carga legal y contractual sobre obligaciones causadas a favor de los trabajadores del contratista independiente, se limitaba a la verificación del pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y contribuciones parafiscales, sin que dicha obligación se extendiera al control sobre el pago de salarios y prestaciones sociales.

Lo anterior, cobra especial relevancia, puesto que los argumentos del accionante para reclamar la responsabilidad del servidor público se fundamentaron en el hecho de que tanto contractual como legalmente se había establecido el deber de vigilar los pagos al sistema integral de seguridad social, esto es, aportes a salud, pensión riesgos laborales y el pago de parafiscales, cuestión que si bien fue nombrada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la parte motiva de la providencia, no es el centro de la condena, toda vez, que las liquidaciones corresponden al pago del salario causado en enero de 2010, prestaciones sociales, e indemnizaciones laborales propias de la liquidación del contrato y en razón al cálculo erróneo que se efectuó en diciembre de 2019 sobre la prima de servicio.

Por lo anterior, llama la atención que la entidad, además de no allegar a este medio de control de repetición la integridad de los antecedentes del expediente contractual 001 de 2009, en los que debía constar el procedimiento administrativo sancionatorio, solicita que se declare la responsabilidad del señor Barragán Suárez, sin aludir ni demostrar los elementos de responsabilidad subjetiva del servidor público que acusa, acordes a la condena que le fue impuesta.

Ahora bien, al considerar que la responsabilidad de la administración sobre el pago de salarios y prestaciones sociales, surge a partir de la solidaridad que prevé el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, que faculta a la entidad para que repita contra el contratista independiente, como lo es el caso que nos ocupa, al indicar que:

ARTÍCULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra**, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, **será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.**

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas. (negrilla y subrayado fuera de texto)

En igual sentido, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, norma que, para la época en la que se dieron los hechos regulaba de forma exclusiva el procedimiento sancionatorio contractual, establecía que la entidad podía afectar las pólizas y en general, realizar cualquier actuación para lograr el pago a su favor de los valores que por responsabilidad contractual o extracontractual perjudiquen a la entidad dentro de la ejecución de los contratos que celebre con particulares y cuya responsabilidad recae en el contratista, veamos:

ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución

de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas (negrilla fuera de texto).

Frente a lo cual, se anota que, si bien la Ley 1150 de 2007 no estableció con claridad el proceder posterior a la liquidación del contrato cuando se evidencie la concreción de riesgos tales como el incumplimiento por parte del contratista en el pago de salarios y prestaciones sociales a favor de sus trabajadores, no puede dejarse de lado que el espíritu de la norma se dirige a proteger los recursos públicos cuando estos se encuentren en riesgo o resulten afectados por parte del contratista.

Así pues, al tener presente que de acuerdo a lo descrito por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los fallos de segunda instancia, se evidencia que la entidad adelantó el procedimiento encaminado a reclamar lo que por salarios y prestaciones sociales adeudaba el contratista a favor de sus trabajadores; este Despacho reprocha que la entidad limitó su actuar dentro del procedimiento administrativo a afectar las pólizas de seguro hasta los montos máximos de indemnización que sobre este concepto aplicaban, sin hacer uso de sus facultades exorbitantes para conminar al contratista al pago de lo adeudado a sus trabajadores previo a que vía judicial se afectará el presupuesto de la entidad (fls. 213 – 216). A su vez, extraña que la administración no hubiese hecho un llamado en garantía a la empresa de Vigilancia Privada LER Ltda. dentro de los procesos judiciales que dieron lugar a las condenas o que luego de la condena, hubiese iniciado el proceso de repetición contra el contratista.

Lo anterior, desconociendo el deber legal plasmado en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política sobre el deber de repetir contra el particular con quien se celebró un contrato de prestación de servicios y que pone en riesgo la responsabilidad de la administración, riesgo que se concretó por solidaridad de la entidad; asimismo, se omitió el deber y facultad de repetir contra el contratista independiente de acuerdo a lo regulado por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, pues la EAF SAS ESP adelantó el proceso administrativo sancionatorio, pero se limitó a establecer y fijar la responsabilidad de la compañía de seguros; ello, pese a que conforme a la Ley 1150 de 2007 podía recurrir a cualquier medio para obtener el pago del riesgo acaecido, esto es, el pago de los salarios y prestaciones sociales causados a favor de los empleados de la empresa de Vigilancia Privada LER Ltda. dentro de la ejecución del contrato 001 de 2009, del cual podría ser responsable la entidad en razón a la solidaridad regulada por la normatividad laboral.

De lo anterior se concluye que el primer llamado a responder por el pago de los salarios y prestaciones sociales de los empleados del contratista que presta servicios a favor de la administración es la empresa de Vigilancia LER Ltda. en su calidad de empleador, contra quien era procedente adelantar la acción de repetición.

Adicionalmente, dado que temporalmente el señor Juan Carlos Barragán Suarez no se encontraba desempeñando cargo alguno en la EAF SAS ESP, para el 26 de mayo de 2010, fecha en la que la Administración fue requerida por los trabajadores del contratista independiente (empresa de Vigilancia Privada LER Ltda.) por los salarios y prestaciones sociales pendientes de pago, lo cual se extrae de las consideraciones del Tribunal (fls. 214 y 285) , es dable concluir que no hay lugar a declarar responsabilidad en su contra, máxime cuando ninguna de las estipulaciones legales o contractuales le imponían dicha obligación dentro de la etapa de ejecución contractual, de acuerdo a la acuciosa revisión de lo establecido en la cláusula sexta del contrato 001 de 2009, en la que se describen sus funciones como interventor; en las funciones de los cargos que desempeñó, como Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera y como Secretario General de la entidad; así como, en lo reglado en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, referente al control a la evasión de los recursos parafiscales, puesto, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, no existía norma explícita que regulará el actuar de la interventoría, que en todo caso no comporta el control, vigilancia y fiscalización del pago de salarios y prestaciones sociales.

Dicho lo anterior, no hay lugar a la calificación de la conducta del demandado dentro de los conceptos de dolo y culpa grave, en la medida que dentro del análisis subjetivo de la participación del demandado en la conducta, fue posible establecer que no es el llamado a responder patrimonialmente frente al Estado, por los hechos que dieron lugar al pago que efectuó la EAF SAS ESP a favor de ex trabajadores de la empresa de Vigilancia Privada LER Ltda.

En suma, la Empresa de Servicios Públicos demandante incumplió con la carga de la prueba tendiente a demostrar el elemento subjetivo de la responsabilidad en sede de repetición, por cuanto, no demostró los supuestos de hecho y de derecho del actuar doloso o gravemente culposo del ex servidor público demandado como causa de las condenas que fueron impuestas a la entidad, cuya falta de acreditación hace que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el art. 188 del CPACA, salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy CGP.

En concordancia, el Código General del Proceso, en su art. 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 1°. que se condenará en ellas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación, o revisión que haya propuesto, y en su numeral 4° agrega: "*cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del*

inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias".

Por su parte, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En consecuencia, al no estar demostradas, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: No condenar en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente, previa devolución de los remanentes de gastos del proceso, si a ello hubiere lugar. Déjense las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PAOLA ANDREA BEJARANO ERAZO
JUEZ

WLMM y CXGA