

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Sala de Decisión No. 2

Tunja, 14 de octubre de 2020

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

Tema: Confirma sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda – improcedencia de repetición en contra de ex servidores públicos por pago de una suma de dinero a cargo del municipio de Tunja, obligación que fue adquirida mediante una conciliación.

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del municipio de Tunja contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el 14 de agosto de 2017 que negó las pretensiones de la demanda impetrada por la entidad territorial contra los señores Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control de repetición, el municipio de Tunja a través de apoderada judicial, pidió a esta jurisdicción se declare que los señores Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela son responsables civilmente por los perjuicios que le fueron ocasionados, como consecuencia de la conciliación prejudicial adelantada ante la Procuraduría 45 Judicial II para Asuntos Administrativos, aprobada por el Juzgado Noveno Oral Administrativo de Tunja, donde actuó como convocante el Consorcio Infraestructura 2010 y convocado el

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

municipio de Tunja, dentro de la cual se solicitó el reconocimiento de mayores cantidades de obra, producto del contrato de obra.

Solicita se condene a los señores Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela a pagar en favor del municipio de Tunja 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 canceló la entidad territorial al Consorcio Infraestructura 2010, como consecuencia del cumplimiento de la conciliación prejudicial número 2013-0171 llevada a cabo ante la Procuraduría II para Asuntos Administrativos, aprobada por el Juzgado Noveno Oral Administrativo de Tunja.

Pide además se condene a los demandados a cancelar intereses comerciales desde el momento en que se hicieron efectivos hasta que se restituyan las sumas adeudadas; que se ajuste la condena tomando como base el índice de precios al consumidor, y se condene en costas.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que entre el Consorcio Infraestructura 2010 y el municipio de Tunja, se llevó a cabo el contrato número 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 ESTRATÉGICO DESARROLLO ECONÓMICO, SOSTENIBLE, POLÍTICA: INFRAESTRUCTURA PARA EL DESARROLLO, PROGRAMA PARA TUNJA LO MEJOR EN VÍAS – PROYECTO ESTUDIO, DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN PLAN VIAL SECTOR 2 VÍAS”; que en el Acta de Liquidación Final de Obra de 1º de diciembre de 2011, se verifica un saldo a favor del contratista, por valor de mayor cantidad de obra, es decir de \$114´259.64,36.

Que dicho dinero fue objeto de pago, ya que, de acuerdo con las instrucciones impartidas por la interventoría de obra, en este caso representada en el Consorcio Interplan Vial de una parte y de otra por la Secretaría de Infraestructura del municipio

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

de Tunja, el Consorcio Infraestructura 2010 llevó a cabo unas obras adicionales al contrato número 325 de 2010; que tales obras ascendieron al 4.03% del valor inicialmente pactado.

Menciona que el correspondiente cobro se presentó ante la alcaldía de Tunja, y ésta por medio del Oficio S.J. 084 suscrito por la Secretaria Jurídica dio respuesta con la invitación a conciliar; que el Comité de Conciliación del municipio de Tunja reconoció los valores superiores al pactado en el contrato, los cuales fueron establecidos en el Acta de Liquidación de 1º de diciembre de 2011; que dentro del auto aprobatorio de la conciliación, el cual quedó ejecutoriado el 22 de abril de 2014, se evidencia que el valor de \$114'259.64,36 fue aprobado, toda vez que las obras efectivamente fueron realizadas por el contratista, por orden de la administración municipal de la época.

Que dicha suma fue cancelada mediante comprobante de egreso 2014-2862 del 29 de mayo de 2014, de la cual una vez se efectuaron los descuentos de ley, arrojó un valor total de \$97'577.734,36.

II. TRÁMITE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue presentada el 21 de enero de 2015 ante el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial Tunja, y fue admitida mediante auto de 8 de octubre siguiente (fls. 592 a 594)

Una vez fueron notificados los demandados, a través de apoderado presentaron escrito de contestación tal como se deja ver a folios 658 a 676.

Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por encontrarlas infundadas.

Presentaron como excepciones las denominadas:

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

-Ausencia de los presupuestos legales para promover una acción de repetición: para sustentar dicha excepción cuenta en primer lugar el apoderado de los demandados, que en primera instancia el acuerdo conciliatorio respecto del cual se centra la pretensión de repetición se improbo por “inexistencia dentro del expediente de prueba que permitiera concluir que en el presente caso, el contratista al ejecutar mayores cantidades de obra actuó en cumplimiento de una orden del municipio de Tunja, o constreñida o impedida por este”, decisión que fue revocada por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, con base en una certificación emitida por el alcalde del municipio de Tunja en la que indicó “(...) En dicho contrato, conforme obra constancia en el acta de liquidación, y en el cuadro de cantidades recibidas, se ejecutaron mayores cantidades de obra, necesarias, dispuestas por la administración y recibidas a satisfacción del municipio de Tunja por parte de la interventoría del contrato y la Secretaría de Infraestructura”.

Sostiene que en esa oportunidad el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja tomó como justo título para aprobar la conciliación la certificación emitida por el ex alcalde Fernando Flores Espinosa, la cual contiene tantos elementos fácticos, es decir probables, verificables, como apreciaciones, es decir juicios de valor; que dentro del primer grupo se encuentra tanto el acta de liquidación y el cuadro de mayores cantidades de obra, documentos que aseveran la terminación de esas mayores cantidades de obra, es decir aseguran la realización de la mayor cantidad de obra de una etapa de post ejecución; que el segundo grupo corresponde a la aseveración dada por el ex alcalde Fernando Flores Espinosa, cuando dice que esas mayores cantidades de obra fueron “dispuestas por la administración” la que por tratarse de una afirmación sobre hechos de los cuales no pudo tener conocimiento ya que para ese entonces no ostentaba el título de alcalde del municipio, era necesario probarla.

Que en este caso se derivan 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 pública 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.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

-Improcedencia de la acción de repetición: indica la parte demandada que la acción impetrada se torna de improcedente, como quiera que no cumple los requisitos establecidos para llamar en repetición a un servidor o ex servidor público, como es “Que se produzca una sentencia judicial o una conciliación de las que se derive una **obligación indemnizatoria** a cargo de la entidad estatal”.

-Ausencia de dolo o culpa grave: aseguran los demandados que la administración solo tuvo conocimiento de las mayores cantidades de obra una vez ejecutada la obra, es decir en el mes de diciembre de 2011, por tal motivo el Secretario de Contratación no pudo adelantar las gestiones correspondientes para tramitar el desembolso del dinero; que para el presente caso no se debe entender que la falta de pago de esas mayores cantidades de obra se debió a falta de reservas para cubrir los ajustes que pudieran darse a lo largo de la ejecución del contrato, pues a pesar de la planeación del gasto público, fue la omisión del contratista, y de la interventoría lo que conllevó al Secretario de Contratación a actuar de la manera en que actuó.

Sostienen además que la ejecución de las mayores cantidades de obra no fue aprobada previamente por la administración municipal, pero de no haberse realizado dichas obras no se hubieran podido entregar los tramos de andenes y vías totalmente terminados.

Que 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 en favor del contratista, de lo que se deriva una ausencia del elemento subjetivo.

-Violación al principio de buena fe: manifiestan que cuando la Secretaría de Infraestructura, como autoridad técnica verificó la materialización del Contrato de Obra No. 325 de 2010 dándose cuenta de la existencia física de esas mayores cantidades de obra, accedió a que el contratista dejara dicha anotación en el acta de liquidación a pesar de que ella no fue quien suscribió el acuerdo de voluntades, y por ende no era quien ha debido ponerle fin a la relación contractual.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

Que dicha excepción debe prosperar, pues la apoderada del municipio de Tunja ha puesto en entre dicho la buena fe de los demandados sin tener ningún sustento que confirme un actuar deshonesto o malicioso en el ejercicio de sus funciones que indique dolo ni tampoco una conducta que demuestre culpa grave en la manera como desarrollo y observo la parte técnica del contrato; que la tarea del municipio relacionada con los trámites presupuestales dependía del cumplimiento de las funciones del contratista como del interventor, de ahí que no se le pueden endilgar culpas a los demandados cuando estos fueron quienes velaron por el buen cumplimiento del contrato.

-Falta de legitimación en la causa por pasiva: precisan los demandados que quien debió encargarse de la verificación si era o no posible llegar a cancelar con recursos públicos las mayores cantidades de obra, en su momento era del entonces alcalde Fernando Flores Espinosa, pues como se insiste estos trabajos que fueron ejecutados en la administración anterior, debieron ser verificados en el sentido de si habían sido autorizados o no previo a su ejecución, o sino de lo contrario, ver la posibilidad que mediante el trámite judicial se autorizara su posterior pago con recursos públicos, es decir que de haber algún implicado debería ser el ex alcalde Flores Espinosa por omisión y acción de dicho pago, circunstancias que tampoco consideran por cuanto en ningún momento se le causo daño al constructor; que no existe ningún posible detrimento al patrimonio público, ni tampoco un pago de lo no debido, por lo cual esta acción de repetición se torna de improcedente.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja negó las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente.

El problema jurídico planteado se contrajo a determinar si el actuar de los demandados **Arturo José Fructuoso Montejo 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

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

al Consorcio Infraestructura 2010, por la suma de \$114'259.641,36, con ocasión de la conciliación extrajudicial celebrada ante la Procuraduría 45 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual fue 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.

Una vez el a quo relacionó las pruebas allegadas indicó que para atribuir la responsabilidad patrimonial a los demandados, y consecuentemente ordenar el reembolso al municipio de Tunja por 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.

En primer lugar hizo referencia a la responsabilidad de los servidores públicos delegante y delegatario, frente a lo cual precisó 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 obligado a reparar, así no aparezca 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.

Trajo a colación la sentencia C-693 de 2008 de la Corte Constitucional, que estableció que el delegante solo 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; que existen otras normas constitucionales que le imponen al delegante obligaciones permanentes de vigilancia y control sobre la actividad del delegatario, que impide considerar a aquel desvinculado de toda responsabilidad por el solo hecho de la delegación.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

Manifestó entonces 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.

De otra parte sostuvo que en tratándose del reconocimiento de mayores cantidades de obra, el Consejo de Estado fue 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 contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso (...)”, lo que significa que cuando se ejecutan mayores cantidades de obra 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.

Frente a la funciones del alcalde municipal dijo que aunque este para la 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 347 del 9 de septiembre de 2008 y 362 del 24 de septiembre de 2008, y el Acuerdo 001 del 23 de enero de 2008 del concejo municipal; que en virtud de esa delegación adelantó el proceso de licitación pública y suscribió el Contrato de Obra 325 de 2010 con el Consorcio Infraestructura 2010, cuyo objeto tenía los “Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación Plan Vial Sector 2, por un valor inicial de \$1’890.654.312,50.”

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

Que por su parte la Secretaría de Infraestructura para la fecha de los hechos no tenía dentro de sus funciones la de supervisar los contratos estatales; que 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 Secretaria de Infraestructura o su delegado, de ahí que mediante Resolución No. 608 del 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 fuera suscrito el contrato de interventoría, lo cual ocurrió el 22 de septiembre de 2010.

Advirtió 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 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 No. 1.5-01742 del 9 de noviembre y 1.5-01868 del 28 de noviembre de 2016 suscritos por la Secretaria de Contratación, Licitaciones y Suministros del municipio de Tunja en los cuales se señalan que “no se encontraron (...) documentos a través de los cuáles 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 (...)”; que el hecho de que se haya consignado las mayores cantidades de obra en el acta de liquidación final de obra de 1º 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.

Precisó que en el Contrato 325 de 2010, en su cláusula octava y novena se estableció que éste tendría una interventoría e igualmente que el municipio de Tunja ejercería la

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

supervisión 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; que como consecuencia de ello el día 9 de septiembre de 2010 mediante Resolución No. 608, 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, funciones que debía desempeñar hasta el momento en el que se encontrara la interventoría.

Señaló que 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 entre otros del proyecto “Estudios, Diseños, Construcción, Mejoramiento, Mantenimiento y Rehabilitación Plan Vial Sector 2”, el cual absorbió las funciones que en la génesis del contrato se habían asignado al superior; que las funciones de interventoría y supervisión no son concurrentes en relación con un mismo contrato, por lo tanto 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 por el interventor contratado.

Indicó entonces 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 del municipio de Tunja, la ejecución de obras adicionales o de mayores cantidades de obra.

Concluyó que los argumentos esbozados en la demanda sobre los cuales se pretende edificar la responsabilidad patrimonial de los demandados, carecen de soporte probatorio, pues no se acreditó que las mayores cantidades de obra, por las que se concilió de manera extrajudicial las cuales fueron aprobadas por el Juzgado Noveno Administrativo fueran autorizadas por los demandados, y en esa medida no les era viable adelantar los trámites 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

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

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.

IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Por intermedio de su apoderada, la entidad demandante interpuso y sustentó el recurso de alzada con base en los siguientes argumentos:

Que no se puede dejar de lado, que los demandados estando a punto de finiquitar el periodo de plan de gobierno, proceden a suscribir acta de liquidación de obra con visto bueno de la señora Jessica Millán Peñuela en calidad de Secretaria de Infraestructura y supervisora del contrato, dejando anotación en la misma de unas mayores cantidades de obra; que se trató de un asunto sin solución para la siguiente administración, a la cual no se le informó la existencia de mayores cantidades de obra, las cuales no fueron aprobadas ni autorizadas por parte del municipio de Tunja a través de su ordenador del gasto o interventoría; que dichas obras adicionales evidenciaron un incremento en el valor inicialmente estipulado, reflejándose en un 4.03% de ascenso, correspondiendo las mismas a retiros de sobrantes de excavación y construcción de tramo adicional salida Monquirá.

Que dicha situación debió ser saneada por la siguiente administración, atendiendo que no fue informada por parte de ninguno de los demandados de la inexistencia de aprobación por parte de estos para la ejecución de dichos tramos de más.

Recalca uno de los argumentos establecidos por la defensa, en el cual indica que una vez verificada la ejecución de obras adicionales y considerándolas necesarias, los demandados procedieron a dejar anotación de estas en el acta de liquidación, situación que debe observarse con extrañeza, por cuanto se denota la mala fe de los demandados al no informar o dejar anotación igualmente que las mismas se hicieron sin autorización.

Dice que se debe tener en cuenta un aspecto importante, cual es la falta de diligencia con la que los demandados actuaron, pues una vez verificadas las situaciones que

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

dieron origen a esas mayores cantidades de obra, queda claro que los señores Arturo José Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela pudieron realizar acciones administrativas tendientes para la respectiva disponibilidad presupuestal, y así optar por liquidar el contrato en debida forma; que en el curso de este existieron tres suspensiones y dos adicionales, dentro de los cuales hubiesen podido prever situaciones como las mayores cantidades de obra.

Señala 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.

Que en este caso se evidencian dos presupuestos claros para la procedencia del medio de control de repetición, cuales son el pago de una condena por parte del municipio de Tunja, pues esta procedió a efectuar la cancelación de los valores en favor del Consorcio Infraestructura 2010, mediante Comprobante de Egreso 2014-2826 de 29 de mayo de 2014, y la existencia de culpa grave por parte de los ex servidores públicos, como quiera 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.

Que llama la atención lo manifestado en el escrito de contestación de demanda, en donde se establece “cuando se verificó técnicamente sobre la existencia de esa mayor cantidad de obra, concluyéndose que en verdad era necesaria, la Secretaria de Infraestructura dejo evidencia sobre la existencia de esas mayores cantidades de obra (...) pero de no haberse realizado dichas obras no se hubiesen podido entregar los tramos de andenes y vías totalmente terminados y funcionales, pues las mayores cantidades de obra reflejadas en el acta se refieren a nivelación y replanteo general, demoliciones en construcciones de concreto, demolición en construcciones de ladrillo, retiros de sobrantes, construcción de filtros, demoliciones de asfalto, excavaciones a mano, suministro de base granular, sardineles prefabricados, piso en tablón de fres, piso en adoquín, piso en tablón de concreto, relleno en recebo cemento, bordillos y bolardos: y estas actividades eran absolutamente necesarias para el óptimo funcionamiento de la obra”, lo cual deja entrever la falta de diligencia y omisión con la que obraron los ex servidores públicos, exclamando que dichas obras

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

eran efectivamente necesarias y que por ello dejan la anotación respectiva, situación esta que se observa con extrañeza puesto que de haber atendido que las mismas eran absolutamente necesarias, debieron proceder con las acciones tendientes a efectuar un adicional en valor en aras de cubrir el costo de dichas obras, o con la pertinencia para informar dicha situación a la siguiente administración.

Asegura que se debe tener en cuenta lo establecido en el acta de liquidación final de obra del Contrato No. 325 de 2010, en el cual se estableció “El representante legal del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010, INGENIERO JORGE ALBERTO BOADA SERRANO deja constancia de la existencia de mayores cantidades de obra, verificadas y recibidas por la interventoría y la Secretaria de Infraestructura, de acuerdo con la relación anexa por un monto de CIENTO CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE \$114.259.641,36”, lo cual demuestra el conocimiento pleno de la situación que tenía la entonces Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja, quedando desvirtuada la aseveración de tener conocimiento de dichos hechos hasta el momento de la liquidación del contrato, argumento este que no fue tenido en cuenta por el a quo.

Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, declarando responsables a los señores Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela a cancelar la suma que procedió a sufragar el municipio de Tunja en favor del Consorcio Infraestructura 2010 como consecuencia del cumplimiento de la conciliación prejudicial 2013-0171 aprobada por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia y repartido a este despacho, mediante proveído de 31 de enero de 2018 (fls. 864 y 864 vto.), se resolvió admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Así mismo, a través de auto de 15 de marzo siguiente se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de ahí que se ordenó a las partes la

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto. Dentro del término presentó concepto el Ministerio Público.

Ministerio Público (fls. 869 a 874)

Precisó que en el caso bajo estudio es claro que si el contrato de obra suscrito entre las partes señalaba el procedimiento para el reconocimiento de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, el municipio de Tunja debió abstenerse de llegar a un acuerdo económico o reconocimiento que ocasionara un detrimento patrimonial, no obstante, el ente territorial decidió convocar al Consorcio Infraestructura 2010 ante la Procuraduría Judicial II Administrativa de la ciudad de Tunja para conciliar la suma de \$114.259.641 por mayores cantidades de obra dentro del Contrato No. 325 de 2010, situación que no puede ser atribuida al ex alcalde Arturo José Montejo Niño, ni a la Secretaria de Infraestructura Jessica Millán Peñuela, si se tiene en cuenta que estos no tomaron la decisión de conciliar y, por ende, de reconocer y pagar dicho monto.

La parte demandante y demandada guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Planteamiento del problema jurídico a resolver

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

En concreto corresponde a este Tribunal determinar si los demandados Arturo José Fructuoso Montejo Niño, quien fungió como alcalde del municipio de Tunja y Jessica Millán Peñuela en su condición de ex Secretaria de Infraestructura obraron con dolo o culpa grave, y si como consecuencia de ello resultan patrimonialmente responsables por el pago que efectuó el municipio de Tunja en favor del Consorcio Infraestructura 2010 por la suma de \$114.259.641,36 como consecuencia de la conciliación extrajudicial celebrada ante la Procuraduría 45 Judicial II para Asuntos Administrativos la cual fue aprobada 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 que fueron ejecutadas dentro del Contrato No. 325 de 2010.

Con el fin de absolver este cuestionamiento, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: (i) Del régimen jurídico aplicable; ii) De los presupuestos de procedencia de la acción de repetición; (ii) Del dolo, la culpa grave y las presunciones en la acción de repetición y; (iii) Del caso concreto.

3. Del régimen jurídico aplicable

Como lo hechos que produjeron la condena ocurrieron entre el año 2010 (cuando se suscribió el contrato) y el 1º de diciembre de 2011 (fecha en que se liquidó), el régimen vigente aplicable a la acción de repetición es la Ley 678 de 2001, que entró en vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial No. 44.509, el 4 de agosto de 2001. La Ley 678 de 2001 desarrolló el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y reguló los aspectos sustanciales y procesales de la acción de repetición, por ello los hechos ocurridos en vigencia de esta ley se rigen enteramente por ella¹. En lo sustancial la Ley 678 de 2001 no solo previó el objeto, noción y finalidades de este medio de control, sino que, al calificar la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público, estableció unas presunciones legales (artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001), que admiten prueba en contrario de conformidad con el artículo 66 del Código Civil.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre del 2007, Rad. 27.006 [fundamento jurídico 2.2].

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

4. De los presupuestos de la acción de repetición

La Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples ocasiones² ha explicado los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones en la acción de repetición. Ha señalado tres requisitos objetivos que se someten a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda y uno de carácter subjetivo sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión de un servidor o ex servidor público, por cuya causa el Estado fue condenado³. Tales requisitos serán examinados:

4.1 Primer presupuesto: Obligación de la entidad pública de reparar un daño antijurídico por virtud de una sentencia judicial, conciliación u otro mecanismo de terminación de los conflictos

El primer presupuesto para que proceda el medio de control de repetición es que el Estado haya reparado los perjuicios derivados de un daño antijurídico, conforme lo dispone el artículo 90 de la C.N. La obligación de la entidad estatal, por la ocurrencia de un daño antijurídico, se verifica mediante una sentencia judicial condenatoria, un acuerdo conciliatorio, de naturaleza judicial o extrajudicial, o por virtud de un resultado adverso a la entidad estatal, derivado de cualquiera de los mecanismos de terminación de conflictos, tal y como lo prevé el artículo 2º de la Ley 678 de 2001.

Está demostrado con suficiencia que mediante conciliación llevada a cabo el 29 de septiembre de 2014 en la Procuraduría 45 para Asuntos Administrativos, en la que actuó como convocante el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010 y como convocado el MUNICIPIO DE TUNJA, estos llegaron al siguiente acuerdo “(...) El municipio de Tunja cancelará al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010 la suma de CIENTO CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS

² Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “C”. Acción de Repetición. Sentencia de 24 de julio de 2013. Expediente 19001-23-31-000-2008-00125-01(46162). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

(\$114.259.641,36) correspondientes a las mayores cantidades de obra ejecutadas por dicho CONSORCIO dentro del contrato No. 325 de 2010 (...)”⁴

Dicho acuerdo fue aprobado mediante auto de 9 de abril de 2014 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 29 a 32).

Así, la Sala concluye que este primer presupuesto se encuentra debidamente acreditado.

4.2 Segundo presupuesto: El pago efectivo

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de una suma dineraria impuesta por la condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación. En el sub examine está probado el pago en favor del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010, a través de:

-Copia del certificado de disponibilidad presupuestal No. CD 20141149 del 21 de mayo de 2014, expedida por la Secretaria de Hacienda del municipio de Tunja, por concepto de “Pago conciliación prejudicial No. 2013-00171, incoada por el Consorcio Infraestructura 2010, respecto de mayor cantidad de obra ejecutada dentro del Contrato No. 325/2010, previa decisión Comité Conciliación Acta 43 del 26 de noviembre de 2013, Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja por auto de fecha 9/04/2014”, por la suma de “CIENTO CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 36/100 M/CTE” (fl. 25).

-Copia del registro presupuestal No. RD 20141130 del 22 de mayo de 2014, en el que se especifica el beneficiario “CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010”, el concepto y el valor por \$114’259.641 (fl. 26)

-Copia de la orden de pago de 26 de mayo de 2014, en donde se establece de igual manera el beneficiario “CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010”, las deducciones que se efectuaron y el neto a pagar por valor de \$97.577.734,36 (fl. 23)

⁴ Folios 31 y 32 del expediente

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

-Copia del comprobante de egreso No. EG 20142862 del 29 de mayo de 2014 (fl. 22) y de la consignación efectuada el 3 de junio siguiente en el Banco GNB SUDAMERIS por valor de \$97'577.734, 36 a la cuenta corriente No. 720001270 de la cual era beneficiaria el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA 2010.

Así, la Sala concluye que este segundo presupuesto se encuentra debidamente acreditado.

4.3 Tercer presupuesto: La calidad de agentes del Estado de los demandados

Se encuentra acreditado en el expediente que el señor Arturo José Fructuoso Montejo Niño se desempeñó como alcalde del municipio de Tunja desde el 1° de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011 (fl. 95), periodo durante el cual se presentaron los hechos descritos en la demanda.

Asimismo, que la señora Jessica Millán Peñuela se desempeñó como Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja desde el 1° de abril de 2009 hasta el 2 de enero de 2012 (fl. 95), periodo durante el cual se presentaron los hechos descritos en la demanda.

Presentes los tres requisitos objetivos que hacen prospera la pretensión de repetición, la Sala pasa a examinar el elemento subjetivo como último presupuesto de prosperidad, no sin antes hacer mención a las presunciones en la acción de repetición.

5. De las presunciones establecidas en la Ley 678 de 2001

La acción de repetición, se ha definido como una acción de carácter patrimonial, que se ejerce en contra del servidor o ex servidor público (o particular en ejercicio de función pública) que, con su conducta dolosa o gravemente culposa ocasionó la obligación de la administración de indemnizar el daño antijurídico.

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

El régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos, en acción de repetición fue sintetizado por el Consejo de Estado Sección Tercera, en sentencia de 10 de marzo de 2005, con ponencia del Consejero Doctor Eduardo Hernández Enríquez, dentro del Radicado: 25000-23-26-000-1999-09796-01(19376), bajo el siguiente contenido normativo:

“Los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran esencialmente en el artículo 6º: los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; El artículo 121: ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley; El artículo 123: los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento; El artículo 124: la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, y por supuesto el citado artículo 90. El Estado está en la obligación de repetir **contra el agente que generó la declaración de responsabilidad estatal**; sin embargo, dicha responsabilidad tiene un fundamento diferente del que se le imprimió a la responsabilidad personal de los agentes públicos, en tanto que, aquélla procede de la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado, ésta **procede únicamente en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente son consecuencia del obrar doloso o gravemente culposo del agente.**” Resaltado fuera de texto.

Así entonces, en la acción de repetición, lo que se valora **es la conducta** del servidor o ex servidor público, **en tanto ésta haya sido dolosa o gravemente culposa** para establecer su responsabilidad frente al daño antijurídico que se ocasionó a la administración y como todo juicio subjetivo, esta debe ser estimada de manera personal respecto a su participación en los hechos.

Ha sido constante la jurisprudencia en señalar que, tratándose de la acción de repetición, lo fundamental no es la investidura que ostenta el servidor o ex servidor, sino el ejercicio de las funciones a su cargo y de su conducta personal, por cuanto debe establecerse si con su actuar doloso o gravemente culposo produjo el daño que el Estado indemniza. En sentencia C-430 de 12 de abril de 2000, Magistrado Ponente: Doctor Antonio Barrera Carbonel, la Corte Constitucional reiteró:

“Es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes. En el primer caso, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones. En consecuencia, si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables.”

El dolo y la culpa grave son los elementos subjetivos de la procedencia de la acción de repetición y constituyen un reproche sobre la conducta que es ajena al derecho y que causa un daño antijurídico.

Como se dijo, el Consejo de Estado se ha encargado de delimitar estos dos conceptos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de aquellos que prestan o prestaron sus servicios al Estado. En Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Doctora Stella Conto Díaz del Castillo, proceso Radicado No. 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360), en providencia del 30 de abril de 2014, expresó:

“La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se exige, entonces, adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios. Se concluye, entonces, que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos. (...). La doctrina sobre el particular ha sostenido⁵:

“El concepto de culpa hace referencia a un estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente. La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de la ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir como se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias.

(...)

⁵ Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

(...) Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la conducta de los servidores se sujetó a los estándares de corrección⁶ o si por el contrario los desbordó hasta descender a niveles que no se esperarían, ni siquiera del manejo que las personas negligentes emplean en sus propios negocios; de manera que lo acontecido no encuentre justificación.”

En oportunidad anterior, el Consejo de Estado en la Sección Tercera, Subsección C, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), precisó:

“...El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición⁷ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77⁸ y 78⁹ del C. C. A. Así, dijo¹⁰ 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 sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.**

Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política¹¹ y en la ley.

Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; **por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.**

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que **no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial** ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.” Resaltado fuera de texto.

⁶ JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. El principio de la Buena Fe. Bosch, Casa Editorial Barcelona.965 Pg. 57 “Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las más diversas (...).”

⁷ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

⁸ Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

⁹ Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

¹⁰ Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

¹¹ El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

Además, la jurisprudencia ha estructurado los conceptos de dolo y culpa grave a partir del artículo 63 del Código Civil¹², el cual señala respecto a la segunda -culpa grave-, que se constata cuando los negocios ajenos no son manejados, siquiera, con aquella diligencia que una persona negligente o de poca prudencia suele emplear en los suyos, esto es, aquel descuido o desidia inconcebible, que, sin implicar intención alguna de inferir un daño, lo produce.

Así las cosas, hay culpa grave cuando la conducta dañina no siendo intencional es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado. Ha sido considerada tradicionalmente¹³ como aquella actuación no deliberada del sujeto que, en forma especialmente grosera, negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la prudencia ni atención requerida deja de cumplir u omite el deber funcional que le es exigible.

De tal modo que esa modalidad de conducta errática obedece a la ligereza e incuria del agente en el ejercicio de sus funciones, que termina por ocasionar un daño antijurídico y que necesariamente debe ser reparado por el Estado.

En cuanto al dolo, prescribe que se configura cuando la persona ejerce su actuación u omisión, con el ánimo consciente de inferir daño a otro o a sus bienes. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

¹² Art. 63, Código Civil. “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 aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles 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 levisimo 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.” (Resalta la Sala)

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación N° 25000-23-26-000-2001-02841-01(30226). Providencia del 26 de mayo de 2010.

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

“Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público **opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien**, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.”¹⁴Resaltado fuera de texto.

En estas condiciones la norma civil debe armonizarse con las normas constitucionales, en particular con el artículo 6° de la Carta Política, conforme al cual los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes como lo son los particulares, sino también por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Igualmente, ha de valorarse la asignación de funciones señaladas en el reglamento o manual de funciones sin que dicho reglamento pueda, de ningún modo, entrar a definir cuáles conductas pueden calificarse de culpa grave o dolo, por cuanto este es un aspecto que la Carta ha deferido a la reserva de ley (artículo 124 Constitución Política).

Ahora bien, como quiera que la alzada basa su fundamento para imputar **culpa grave** a los demandados, en el artículo 6° de la Ley 678 de 2001, numeral tercero, al considerar que el señor Jairo Díaz Hernández omitió dar cumplimiento a una orden de pago, la Sala considera necesario hacer mención a dicha presunción, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6°. 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.**

¹⁴ Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”
Resaltado fuera de texto

Tal como lo enunció la Sala de Decisión No. 3 de este Tribunal, en sentencia de 14 de agosto de 2014¹⁵ las presunciones son medios probatorios indirectos instituidos por el legislador con la finalidad de equilibrar las cargas en el acceso a las pruebas, y en virtud de las cuales, se deduce de lo conocido lo desconocido mediante la realización de un juicio lógico.

De acuerdo con lo anterior, quien se beneficia con una presunción únicamente debe probar los hechos en que fundamenta la consecuencia que reclama.

La citada norma establece dos clases de presunciones, las **iusuris tantum** o **legales**, que permiten prueba en contrario, y las **iusuris et de iure** o **de derecho**, que no admiten prueba en contrario. Las primeras hacen relación a aquellos hechos, que por disposición expresa de la ley, deben tenerse como ciertos cuando se demuestren determinadas circunstancias; mientras que las segundas, son de pleno derecho pues se sabe, que de ser cierto el supuesto de hecho en que se basan, siempre va a resultar la misma consecuencia.

Los artículos que contemplan las causales de presunción de dolo y culpa grave en la ley que reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, son **legales** o **iusuris tantum** ya que reconocieron la existencia de situaciones lógicamente posibles, que de ser probadas permiten inferir el resultado jurídico, esto es, el dolo o culpa grave en el obrar del agente.

Lo anterior tiene significancia en la carga de la prueba, ya que se traslada al demandado, quien debe acreditar que no es cierto el supuesto de hecho en que se basa el actor para imputarle alguna de las modalidades de la conducta –culpa o dolo- y así, evitar una decisión desfavorable.

¹⁵Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, proceso en el que actuó como demandante el municipio de Motavita y demandado el señor Luis Fernando Aguilar Molina.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010, explicó:

“Una presunción legal releva a una de las partes de la carga de probar el hecho presumido. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones a quien favorece la presunción **debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente** a partir del cual se deriva la existencia del hecho presumido, cuya demostración no es comúnmente un asunto complicado. **La ley que establece la presunción al beneficiar a una de las partes termina por afectar a la otra parte ya que resulta obligada a demostrar la inexistencia del hecho presumido de manera directa o desvirtuando el hecho antecedente. Luego, las presunciones tienen como efecto procesal el invertir la carga de la prueba.**” Resaltado fuera de texto

Para que esta consecuencia jurídica acontezca -inversión de la carga de la prueba-, **el actor debe indicar en el libelo la clase de conducta que imputa y la causal de presunción**, de tal forma que su actividad probatoria se dirija exclusivamente a **acreditar los supuestos fácticos** que consagra la norma, relevándolo así, de demostrar que el agente actuó con dolo o culpa grave.

Esa misma Corporación, al estudiar sobre la constitucionalidad de las presunciones que preceptúan los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, en la sentencia C- 374 de 2002, precisó:

“Según la citada disposición legal (artículo 66 del C.C.), los hechos antecedentes en que se apoya una presunción legal **se deben demostrar y sólo probándolos la presunción opera a favor del que la tiene**, a menos que la otra parte demuestre lo contrario. **Es decir, que quien se halla favorecido con una presunción legal tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la misma, o sea aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce. Es claro, entonces, que la dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es apenas parcial ya que solamente opera respecto del hecho deducido.**

El que la ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción o, lo que es lo mismo, la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los hechos o circunstancias de que lo infiere la ley, obedece a que las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error. Luego, dada esa posibilidad de equivocación, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario. De esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción. (...)

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

Hechas estas observaciones resulta claro que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 no implican la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en acción de repetición que, de contera, acarree desconocimiento del principio superior de la igualdad, puesto que constituyen un mecanismo procesal que ha sido diseñado por el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional para configurar las instituciones procesales y definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (arts.124 y 150 Superiores), con el fin de realizar el mandato del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política que le ordena al Estado repetir contra sus agentes cuando éstos en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa han dado lugar a una condena de reparación patrimonial en su contra.

En efecto, con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, **deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.**

Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que "el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, **resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró**".

Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión -onus probandi incumbi actori-, también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la acción de repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba **cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave**, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario.

Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública...” Resaltado y subrayado fuera de texto.

De tal manera que cuando en la demanda se acude a las presunciones establecidas en los artículos 5 o 6 de la Ley 678 de 2001, no es aplicable el principio procesal contemplado el artículo 167 del CGP, según el cual, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, pues como se precisó, basta que se indique la conducta que se presume dolosa o gravemente culposa, consagrada en la norma, y le corresponderá a la otra parte demostrar lo contrario.

Así, para que el actor se beneficie de la presunción, **tiene la carga de precisar en las pretensiones de la demanda, de manera clara**, la modalidad de conducta que imputa, **es decir si es dolosa o gravemente culposa, y cuál es la presunción enlistada en los numerales de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 de la que se va a beneficiar**, dejando sentado en el libelo la causa de la presunción.

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 5° o 6° 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 a los demandados no les corresponde realizar ninguna actividad de desacreditación ya que quien promueve la acción debe generar un convencimiento en el juzgador, consistente en que los demandados, intencional o desprevenidamente, desatendieron de forma grosera sus deberes objetivos de cuidado generando un daño antijurídico.

Revisada la demanda encuentra la Sala evidentemente que en esta no se indicó, la modalidad de la conducta que se imputa, **es decir si es dolosa o gravemente culposa**,

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

y cuál es la presunción enlistada en los numerales de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 de la que se va a beneficiar, es decir no dejó sentado en el libelo la causa de la presunción.

De manera que como ya se dijo en precedencia, si la parte demandante no especifica de cual presunción se va a beneficiar, 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. Análisis del actuar doloso o gravemente culposo de los demandados

Como ya se precisó, además de los presupuestos anteriormente analizados, es necesario verificar, a la luz de las pruebas aportadas, si la conducta de los agentes estatales tuvo o no incidencia en el pago que efectuó el municipio de Tunja en favor del Consorcio Infraestructura 2010 por concepto de mayores cantidades de obra, los cuales fueron acordados en conciliación adelantada ante la Procuraduría Judicial 45 para Asuntos Administrativos; y, en ese caso, si la misma fue producto de un actuar doloso o gravemente culposo de los demandados.

Sobre el alcance de dichos conceptos, el Consejo de Estado, a partir de lo prescrito por el artículo 63 del Código Civil, tiene determinado que la “culpa” “es la conducta reprochable de un agente que generó un daño antijurídico, no querido por él, pero que se desencadena por omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, cuando habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos”¹⁶.

Además, dicha Corporación Judicial precisó que reviste el carácter de “culpa grave”

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2008-10548-01(42419). Actor: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE IDR. Demandado: MARIA CONSUELO ARAUJO CASTRO, MARIA BEATRIZ CANAL ACERO, CARLOS JOSE NICOLAS SACHICA VALBUENA Y JORGE MERLANO MATIZ.

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

“aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario”¹⁷; mientras que el “dolo” es asimilado a “la conducta realizada con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio”¹⁸.

En particular, según el Consejo de Estado, aunque las dos nociones son propias del ámbito del derecho común, lo cierto es que las mismas deben ser observadas desde la perspectiva del servidor público, esto es, a la luz del “principio de legalidad”¹⁹:

“Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de ‘culpa grave’ y ‘dolo’, la jurisprudencia (...) acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 (...) se distingue entre la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima, para efectos de señalar que **culpa o negligencia grave es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios**. Así mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo que, a su vez, se concibe como ‘la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro.

(...)

En términos generales la doctrina autorizada ha sostenido, que **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**” Resaltado fuera de texto²⁰

Ahora bien, teniendo en cuenta que no son aplicables las presunciones establecidas por la Ley 678 de 2001, lo cierto es que resulta imperativo señalar que, no basta con que se le haya impuesto una obligación al Estado²¹. En tal sentido, el hecho de que este haya resultado obligado a cancelar una suma de dinero no trae *per se* aparejada la responsabilidad patrimonial del agente público, ya que “se debe demostrar su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, de conformidad con lo establecido en el

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Por cuya virtud, “la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley es la más importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso del gobernante. Principio de legalidad que busca la limitación del papel del ejecutivo (De Laubadère), en tanto éste se encarga de traducir la ley en la realidad y por lo mismo ella constituye a la vez fundamento y límite a su accionar (Rivero). De modo que la Administración actúa secundum legem en tanto actividad estatal sub-legal (Marienhoff)”: “La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?”, en AAVV, El derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo, Tomo II, Bogotá, Universidad de Medellín y Temis, 2010, pp. 481 y ss.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²¹ Responsabilidad objetiva.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

artículo 90 de la Constitución Política, y luego de un debate probatorio sobre estas modalidades de actuación del agente público que comprometen su responsabilidad”²².

En consecuencia, a los demandados se les endilgó desde el principio un proceder enmarcado en la culpa grave porque, según lo consideró el demandante, estos obraron con falta de diligencia y omisión, como quiera 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; que los ex servidores debieron proceder con las acciones tendientes a efectuar un adicional en valor en aras de cubrir el costo de dichas obras o con la pertinencia para informar dicha situación a la siguiente administración.

En el caso de marras resultan probados los siguientes hechos:

-Que el señor Arturo José Fructuoso Montejo Niño fungió como alcalde del municipio de Tunja por el tiempo comprendido entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011 (fl. 95).

-Que la señora Jessica Millán Peñuela se desempeñó como Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja por el tiempo comprendido entre el 1° de abril de 2009 y el 2 de enero de 2012 (fls. 5).

-Que en la evaluación financiera llevada a cabo el 17 de junio de 2010, el municipio de Tunja llegó a la conclusión que el Consorcio Infraestructura 2010 y el Consorcio Infraestructura Tunja Sector 2 eran hábiles, porque cumplían con la capacidad financiera requerida (fls. 99 a 106).

-Que mediante Resolución No. 399 del 28 de julio de 2010 el Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros del municipio de Tunja ordenó la apertura de la Licitación Pública LP-SI-AMT-017-2010 para la contratación de “ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN DEL PLAN VIAL SECTOR II” (fls. 96 a 98).

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 3 de octubre de 2007, exp. 24.844 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

-Que mediante la Resolución No. 481 del 31 de agosto de 2010 el municipio de Tunja a través de la Secretaria de Contratación, Licitaciones y Suministros adjudicó la Licitación Pública LP-SI-AMT-017-2010, al Consorcio Infraestructura 2010, representado legalmente por el ingeniero Jorge Alberto Boada Serrano (fls. 107 a 138).

-Que el 2 de septiembre de 2010 se suscribió entre el municipio de Tunja a través de su Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros y el Consorcio Infraestructura 2010 el Contrato de Concesión No. 325 de 2010 cuyo objeto tenía “ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN PLAN VIAL SECTOR II”, por un valor de \$1.890.645.312,50, correspondiente a los tramos I a X, con un plazo inicial a 31 de diciembre de 2010 (fls. 138 a 151 del Anexo No. 1).

-Que el 3 de septiembre de 2010 el Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros actuando a nombre del municipio de Tunja y el Representante Legal del Consorcio Infraestructura 2010 suscribieron el modificadorio No. 1 al Contrato de Obra No. 325 de 2010 (fls. 175 a 184 del Anexo No. 1).

-Que mediante Resolución No. 608 del 9 de septiembre de 2010 el Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministro resolvió asignar a la ingeniera Jessica Millán Peñuela Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja para que ejerciera funciones de supervisión en el Contrato de Obra No. 325 de 2010, las cuales tenía que desempeñar hasta el momento en que se contratara la interventoría.

-Que el Secretario de Contratación, Licitaciones y Suministros del municipio de Tunja y el Representante Legal del Consorcio Interplan – VIAL suscribieron el Contrato de Interventoría No. 352 del 22 de septiembre de 2010 cuyo objeto tenía “realizar la INTERVENTORÍA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA Y FINANCIERA DE LOS SIGUIENTES PROYECTOS: A.- ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN PLAN VIAL SECTOR 2. B.- ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN PLAN VIAL SECTOR 3. C.- ESTUDIOS, DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN GLORIETA MUISCA”, por valor de \$279´297840.00.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

-Que según Acta de Liquidación Final de Obra suscrita el 1° de diciembre de 2011, se encuentra dentro de los saldos adeudados al Consorcio Infraestructura 2010 lo correspondiente a “VALOR MAYORES CANTIDADES DE OBRA”, por la suma de \$114'259.641,36 (fls. 518 y 519).

-Que la Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja, establece según el cuadro de recibo de entrega final, que hay un saldo a favor del contratista por concepto de “**mayores cantidades de obra**” de \$114'259.641,36, las cuales según el representante del Consorcio Infraestructura 2010, fueron verificadas, recibidas por la interventoría y la Secretaria de Infraestructura (fl. 520).

De lo anterior puede establecerse claramente que, respecto del Contrato de Concesión No. 325 de 2010, suscrito entre el municipio de Tunja y el Consorcio Infraestructura 2010, cuyo objeto tenía “ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, MEJORAMIENTO, MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN PLAN VIAL SECTOR II”, una vez se efectuó el acta de liquidación final, por concepto de “mayores cantidades de obra”, quedó un saldo en favor del contratista por valor de \$114'259.641,36, suma esta que fue reconocida por el municipio de Tunja a través de conciliación extrajudicial llevada a cabo el 29 de septiembre de 2014 en la Procuraduría 45 para Asuntos Administrativos, y aprobada mediante auto de 9 de abril de 2014 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 29 a 32).

No cabe duda que las obras fueron verificadas y recibidas por la interventoría, precisamente el Acta de Liquidación del Contrato No. 325 de 2010 la cual se encuentra firmada por el representante legal del Consorcio Infraestructura 2010 (actuando como contratista) y el representante legal del Consorcio Interplan Vial (actuando como interventor), con visto bueno de la Secretaria de Infraestructura del municipio de Tunja, deja ver que en efecto dichas obras fueron ejecutadas y recibidas, pues no otra cosa puede pensarse cuando en dicho documento quedo establecido el saldo en favor del contratista por este concepto.

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

Y es que es precisamente frente a esta anotación que se dejó en el acta de liquidación que el recurrente presenta disparidad, pues en su parecer no resultaba pertinente reconocer dicha suma cuando las obras no fueron aprobadas ni autorizadas.

Frente a este punto el Consejo de Estado²³ ha sido enfático en indicar que el pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato no es procedente salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo:

“(…) Para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal y como sucede con las mayores cantidades de obra -entendidas éstas como la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato- o con las obras adicionales -es decir aquellas carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios- se requiere que su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, **salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad**, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo. De lo contrario, la clase y cantidad de obras, serán las contempladas en el contrato y a ellas se debe atener el contratista. Lo anterior, por cuanto “(…) ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación 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 contratante, aquiescencia que debe demostrarse en los términos antes expuestos cuando ellas se reclaman**”. (...) encuentra la Sala que si bien es cierto entre el lapso comprendido entre la fecha de suscripción del contrato y la fecha de ejecución de la obra podrían haber variado los diversos ítems o rubros que conformaron los precios unitarios que arrojaba la propuesta, era necesario demostrar, en el curso del proceso de la referencia, la real variación negativa de los precios (hecho objetivo), la incidencia de esta variación en su contra (hecho subjetivo) y los demás perjuicios que la asunción de la misma variación hubiere producido (...)”. Resaltado fuera de texto

Teniendo en cuenta este derrotero, pensaría la Sala en principio que no era procedente reconocerle al contratista las mayores cantidades de obra, por cuanto estas no fueron autorizadas, sin embargo, **al constatarse que las mismas fueron debidamente ejecutadas, la entidad demandante procedió a recibirlas a satisfacción**, de ello quedó constancia en el acta de liquidación de 1º de diciembre de 2011, **por**

²³ Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente No. 16371.

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

consiguiente acordó cancelarle al Consorcio Infraestructura 2010 lo que se le adeudaba por este concepto.

Revisado el Contrato de Obra No. 325 de 2 de septiembre de 2010 estableció dentro de las obligaciones del contratista, las siguientes:

“SEXTA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. En virtud del presente Contrato, el Contratista se obliga para con el Municipio a: (...) 22). El Contratista deberá cumplir entre otros, con los siguientes aspectos de la obra: (...) d) Obras adicionales: **Cuando por algún motivo se vaya a ejecutar una actividad no prevista en el contrato, previamente y de común acuerdo entre el Municipio, la INTERVENTORIA y el contratista, se convendrán los precios, la forma de pago y las especificaciones correspondientes a través de una modificación o acta técnica del contrato. Por ningún motivo se ejecutarán los trabajos sin haber sido previamente aprobados entre las partes. En todo caso, si el proponente elegido ejecuta trabajos sin antes acordar el precio respectivo, serán a riesgo propio y por esta razón no podrá hacer alguna reclamación posterior (...)” (fl. 157 del Anexo No. 1)**

Lo dispuesto en dicho clausulado reitera sin lugar a dudas la postura del Consejo de Estado, la cual ha venido estableciendo 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**, es decir si no existía prueba de que las mismas fueron autorizadas, tal como en este caso ocurrió, el municipio de Tunja debió abstenerse de llegar a un acuerdo económico o reconocimiento que ocasionara un detrimento patrimonial; en sentir de la Sala la decisión de si era procedente o no el reconocimiento de valores por mayores cantidades de obra debió ser sometida ante un juez, y no como lo hizo la entidad territorial, acordar a la ligera dicho pago, a sabiendas que en el mismo contrato -el cual es ley para las partes-, quedó establecido que **“si el proponente elegido ejecuta trabajos sin antes acordar el precio respectivo, serán a riesgo propio y por esta razón no podrá hacer alguna reclamación posterior.”**

Sin embargo, no puede la Sala en este momento reprochar el actuar del municipio de Tunja, quien optó por el mecanismo de la conciliación para efectuar el pago al Consorcio Infraestructura 2010 por mayores cantidades de obra, en tanto que no es un asunto que compete al medio de control de repetición, lo que si queda claro es que fue a través del acuerdo conciliatorio mediante el cual se ajustó el precio al valor real del contrato por las mayores cantidades de obra realizadas, **con lo cual la entidad pública**

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

fue obligada a pagar las obras que, aunque no fueron autorizadas fueron verificadas y recibidas por la interventoría y la Secretaria de Infraestructura de dicho municipio²⁴, y que, en principio, contrató por un precio inferior al que realmente ascendían. De modo que, la obligación contenida en la conciliación extrajudicial correspondía al pago efectivo de la prestación que se debía (artículo 1626 del C.C.), surgida de la relación contractual entre la entidad y el contratista, la cual debía pagar por tratarse de un compromiso contractual (art. 1494 del C.C.) y que simplemente reflejó el precio real de las obras ejecutadas²⁵.

Ahora, aunque para el contratista el no reconocimiento del mayor valor de esas obras constituye un perjuicio indemnizable (art. 1614 del C.C.) **su pago no constituye, a su vez, un perjuicio para la entidad que pueda demandar en repetición**, pues para ella se trata del cumplimiento de los compromisos contractuales adquiridos y por los cuales, además, obtuvo provecho.

Es decir, **la obligación que surgió de la conciliación no se derivó de una obligación indemnizatoria a cargo de la entidad territorial**, por el contrario, corresponde al pago de unas obras adicionales que aceptó asumir, las cuales surgieron como consecuencia de la ejecución del contrato que suscribió con el Consorcio Infraestructura 2010, y de las cuales se benefició.

Ahora, frente al comportamiento de los demandados, la entidad demandante sostiene que incurrieron en culpa grave, porque en la fase de planeación del contrato los estudios realizados tuvieron en cuenta cantidades de obra inferiores y no se obtuvieron los recursos suficientes para financiar la obra, además porque no procedieron a suspender el contrato y adicionarlo, y porque en el acta de liquidación dejaron la anotación del pago por mayores cantidades de obra a sabiendas que las mismas se hicieron sin autorización.

²⁴ Folio 520 y 531.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de noviembre del 2016, Rad. 43.247 [fundamento jurídico 12].

Medio de Control : **Repetición**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
 Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

A partir de lo prescrito por el artículo 63 del C.C., la culpa es la conducta reprochable del autor, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio²⁶.

En cuanto al asunto relacionado con la fase de planeación, la motivación de la demandante tiene que ver con el reconocimiento del costo por mayores cantidades de obra, pues imputa errores en la planeación del contrato que aumentaron ese rubro, costo que, como ya se dijo, corresponde al pago del valor real del contrato, sobre el cual no es procedente la pretensión de repetición.

En lo que respecta a la falta de diligencia de los demandados, por no haber procedido a suspender el contrato y adicionarlo, y por no realizar las acciones tendientes a cubrir la totalidad del mismo, dirá la Sala en avenencia con lo dicho por el Ministerio Público, que al tratarse conforme a la cláusula primera del Contrato No. 325 de 2010²⁷, de un contrato de obra por precios unitarios, no se requiere la celebración de contratos adicionales cuando varía la estimación inicial de las cantidades de obra, y como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del mismo aumenta. Así lo dejó establecido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en su Concepto 1439 del 18 de julio de 2002²⁸:

“(…) De esta salvedad se destacan los siguientes apartes que la Sala prohíja:

En cambio, si de lo que se trata es de la realización de "mayor cantidad de obra" de la presupuestada precisamente para no modificar el objeto del contrato no se requiere ni cabe el "contrato adicional" basta la autorización del respectivo interventor o del funcionario que el mismo contrato haya previsto.

Y es que así resulta lógica la interpretación armónica de los artículos 58 y 86 del estatuto contractual; el "valor convenido" que se modifica mediante el "contrato adicional" es o

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de febrero de 2014, Rad. 39.404. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de febrero de 2014, Rad. 39.404

²⁷ Folio 141 Anexo No 1.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - CONTRATO ESTATAL DE OBRA - AUMENTO DEL VALOR FINAL QUE NO IMPLICA ADICIÓN - Concepto 1439 de julio 18 de 2002 - Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

el global acordado o el precio básico unitario asignado a cada "ítem" no el que resulta de una mayor cantidad de obra comprendida dentro del objeto del contrato".

No está de más resaltar cómo la inveterada costumbre administrativa de celebrar "contratos adicionales en valor" para aumentar presupuesto de obra, está llevando a absurdos tales que enredan totalmente la ejecución de los contratos. En efecto, no son pocos los casos en donde la administración, después de obligar a los contratistas a celebrar contratos adicionales para aumentar simplemente la asignación presupuestal para cada contrato, ha llegado a declarar que es necesario terminar un contrato en el cual no se ha ejecutado aún la obra contratada porque ya se ha copado el límite legal establecido en el inciso 2° del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, a pesar de que, por supuesto, no se ha agregado nada al alcance de la obra original. En otros más, ocurre que no se puede ejecutar una obra complementaria, extra y/o adicional, porque también se copó con esos "contratos adicionales en valor" el límite legal.

Como lo señaló el Consejo de Estado en la providencia parcialmente transcrita, lo que ocurre generalmente es que la administración no efectúa una real estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de cada obra, en unas ocasiones porque inicia los procesos sin contar con proyectos realmente ejecutables sino apenas en anteproyectos, en otras porque necesita reducir artificialmente el presupuesto de la misma (quitando o disminuyendo cantidades de obra) para poder iniciar la obra con presupuesto bajo y así poder comprometer los exiguos recursos de que dispone en un momento dado sin violar el mandato de la ley (L. 80/93, art. 25, num. 12 y 13) y, en otros más, porque los diseños que sirven de base a la licitación adolecen de errores graves y, por ello no es posible realizar el cálculo más aproximado de las cantidades reales de obra requeridas para desarrollar el proyecto.

Para los efectos del análisis de la Sala con el fin de absolver la consulta propuesta, entiende que el caso consultado hace relación con un contrato de obra celebrado bajo la modalidad de precios unitarios.

Con base en las consideraciones precedentes, la Sala responde:

1. No se requiere la celebración de contrato adicional en los contratos de obra por precios unitarios cuando lo que varía no es el objeto del contrato sino la estimación inicial de las cantidades de obra y, como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del contrato aumenta. Por ello, debe ejecutarse el contrato hasta su culminación y la administración debe realizar el manejo presupuestal requerido para atender sus propias obligaciones derivadas de la forma de contratación adoptada y pagar oportunamente al contratista la ejecución de la obra.” Resaltado fuera de texto

Es decir, en el presente caso resulta irrelevante que la administración hubiera adicionado el contrato de obra, toda vez que, si se presentaron mayores cantidades de obra en la ejecución de este, la administración debió realizar el manejo presupuestal requerido para atender sus propias obligaciones derivadas de la forma de contratación adoptada y pagar oportunamente al contratista la ejecución de la obra, independientemente de una adición o no.

De otra parte, el hecho de que la Secretaría de Infraestructura del municipio de Tunja y el interventor del contrato hayan dejado establecido en el Acta de Liquidación Final de Obra del 1° de diciembre de 2011, los saldos adeudados al Consorcio

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

Infraestructura 2010, dentro de los que se encontraba lo correspondiente a “VALOR MAYORES CANTIDADES DE OBRA”, no es una conducta para nada reprochable, pues en sentir de la Sala, tanto la ex funcionaria como el Consorcio Interplan Vial no podían haber actuado de otra manera cuando fueron ellos mismos los que verificaron y recibieron las obras que por ese concepto el Consorcio Infraestructura 2010, ejecutó.

Mas reprochable es la conducta del municipio de Tunja, al pretender en repetición que los demandados le restituyan la suma de dinero, que por iniciativa propia y en conciliación decidió reconocer y pagar en favor del Consorcio Infraestructura 2010, obligación que como ya se dijo correspondía al pago efectivo de la prestación que se debía, la cual simplemente reflejó el precio real de las obras ejecutadas²⁹.

Dado que no cualquier argumento contra el servidor o ex servidor público puede constituir una causal de repetición, **es necesario e imprescindible probar el dolo o la culpa grave**; sin embargo, las pruebas allegadas y decretadas, no fueron suficientes para acreditar el elemento subjetivo del actuar de los señores Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela.

En el caso de marras es absolutamente evidente que hubo inactividad probatoria por parte de la entidad pública a quien le correspondía demostrar el requisito subjetivo que compone la acción de repetición si pretendía que sus reclamaciones prosperaran.

Adviértase que, en la actividad probatoria del municipio de Tunja, exigía suficiencia, de tal forma que al juzgador no le quedara duda sobre el actuar irregular del ex alcalde y la secretaria de infraestructura; por el contrario, la demandante se limitó a afirmar que fue obligada a cancelar una suma de dinero por una conducta gravemente culposa en que incurrieron los señores Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela, pero no precisó en qué consistía el reproche subjetivo.

Además debe decir la Sala que las obligaciones que provengan de una conciliación no constituyen por sí solas un elemento de juicio determinante para acreditar la culpa

²⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de noviembre del 2016, Rad. 43.247 [fundamento jurídico 12].

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

grave que se endilga a los demandados, pues, como fuera ya advertido, el análisis jurídico en sede de repetición se nutre de la situación fáctica y probatoria que en razón del planteamiento del litigio propuesto por las partes se da al interior de la controversia retributiva, por ello su decisión no se gobierna por las razones que llevaron al resultado desfavorable a la entidad pública que ahora demanda, por el contrario el ejercicio intelectual del juzgador parte del análisis valorativo de la conducta de los demandados, eje medular de las sentencias dadas en el contexto de una demanda de repetición.

En consecuencia, considerando que no hay evidencia en el plenario que permita concluir con certeza que los señores **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela**, obraron -en su momento- con total desconocimiento de la normatividad jurídica, se concluye que el municipio de Tunja no logró probar la ‘culpa grave’ o el ‘dolo’ con que supuestamente habían procedido.

Así las cosas, al no encontrarse acreditado en este proceso conducta dolosa o gravemente culposa en que haya incurrido la parte demandada, se confirmará la sentencia de primera instancia y así se declarará.

7. De las costas a cargo del Estado cuando resulte vencido en la acción de repetición

El artículo 188 del CPACA, estableció que la sentencia dispondrá una condena en costas excepto en los procesos en que se ventile un interés público.

La acción de repetición se fundamenta en el interés público de la protección del patrimonio público del cual depende la realización de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho. Sobre el particular, el máximo órgano de cierre en materia constitucional en sentencia **C-831 de 2001**, precisó:

“Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”.

Este medio procesal -acción de repetición- se erige como el instrumento idóneo para garantizar los **principios de moralidad administrativa** y eficiencia de la función pública cuando el Estado ha incurrido en erogaciones que no se sustentan en la realización efectiva de sus fines sino en una conducta dolosa o gravemente culposa de un representante suyo que generó un daño antijurídico.

En consecuencia, como lo ha señalado la jurisprudencia³⁰, la acción de repetición tiene fines retributivos y preventivos, porque, por una parte, busca regular la responsabilidad patrimonial y por otra, es el medio para disuadir a los agentes del Estado para que obren de forma diligente de acuerdo con los deberes que el cargo le impone y no ocasionen daño a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos.

No hay lugar a vacilaciones sobre el interés público que fundamenta a la acción de repetición y por ende el Juez al momento de definir el caso que se sometió a su conocimiento, debe aplicar la excepción a la regla general contemplada en el artículo 188 del CPACA y no condenar en costas al Estado cuando sea vencido en juicio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de agosto de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda presentada por el municipio de Tunja contra los señores Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Jessica Millán Peñuela, por las razones expuestas en la parte motiva.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482). Providencia del 31 de agosto de 2006.

Medio de Control : **Repetición**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandados : **Arturo José Fructuoso Montejo Niño y Otro**
Expediente : **150013333-008-2015-00012-01**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

TERCERO: En firme esta sentencia, por Secretaría envíese el proceso al juzgado de origen, previas las anotaciones necesarias.

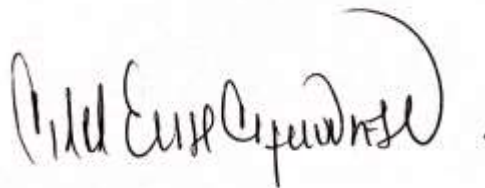
Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 150013333-008-2015-00012-01