

**PROCURADURÍA 160 JUDICIAL II**

**PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Concepto No. 017 – 2018

Bucaramanga, veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Doctor

**JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR**

Magistrado

Tribunal Administrativo de Santander

E. S. D.

Expediente No. 68001-33-33-004-2015-00058-01

Medio de control: Repetición

Demandante: Municipio de Capitanejo

Demandado: Jasith Eduardo Díaz Correa

En mi calidad de Agente del Ministerio Público, me permito presentar ante su Despacho, dentro del término legal, concepto de fondo sobre el asunto de la referencia, que conoce el Tribunal Administrativo de Santander en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 2016, por el Juzgado Once Administrativo Oral de Bucaramanga, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**
2. **La demanda**
   1. **Hechos**

Manifiesta la parte demandante que, el señor JASITH EDUARDO DÍAZ CORREA se desempeñó como Alcalde Municipal de Capitanejo, en el periodo del 1º de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, quien celebró el día 29 de mayo de 2007 el contrato de Obra Pública No. 001-007 con el Consorcio Capitanejo 2007 para la construcción de la planta de tratamiento de agua potable, un tanque de almacenamiento y la remodelación de uno de los tanques de almacenamiento, existentes en el Municipio de Capitanejo, según especificación contenida en los pliegos de licitación incorporados al contrato.

Refiere que en el anterior contrato, para la ejecución del mismo se pactó un término de tres meses, contados a partir del acta de iniciación, suscribiéndose tal acta el mismo día de la firma del contrato.

Así mismo, expresa que el acta de entrega y recibo final del contrato se suscribió el 12 de diciembre de 2008, suscribiéndose el acta de liquidación del contrato en la misma fecha, con una duración total del contrato de 9 meses y 3 días por causas imputables al Municipio de Capitanejo.

Por lo anterior, señala que el Consorcio Capitanejo 2007 instauró demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, declarando el Tribunal Administrativo de Santander en sentencia de segunda instancia de fecha 26 de febrero de 2013 el incumplimiento parcial por parte del Municipio de Capitanejo del contrato de obra No. 001-007 celebrado el 29 de mayo de 2007 por la ausencia de planos y especificaciones técnicas, ordenando pagar al contratista la suma de $31.235.320,92.

Manifiesta que en cumplimiento de la anterior Providencia, el Municipio de Capitanejo procedió a realizar el pago correspondiente el día 13 de mayo de 2014 por la suma de $31.991.372,00 según consta en comprobante de egreso.

Considera finalmente la parte actora que el pago de la anterior suma se originó por la conducta gravemente culposa del señor Jasith Eduardo Díaz Correa, en su condición de Alcalde del Municipio de Capitanejo para la época de los hechos, por desconocimiento de los principios de la contratación estatal, como planeación, economía, responsabilidad, generando un detrimento patrimonial en contra del Municipio de Capitanejo.

* 1. **Pretensiones**

Solicita la parte demandante que se declare civil y administrativamente responsable al señor Jasith Eduardo Díaz Correa, en su calidad de Alcalde Municipal de Capitanejo, por los daños y perjuicios ocasionados al Municipio de Capitanejo por su conducta gravemente culposa al no dar cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones de orden legal adquiridas de acuerdo con la suscripción del Contrato de Obra Pública No. 01-07 celebrado con el Consorcio Capitanejo 2007, hechos por los cuales el Tribunal Administrativo de Santander en fallo de segunda instancia proferido el 26 de febrero de 2013 decidió declarar administrativamente responsable al Municipio de Capitanejo por los incumplimientos por parte de la entidad estatal. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al demandado a pagar la suma de $31.991.372 a favor del Municipio de Capitanejo, suma de dinero que dicho ente territorial canceló al Consorcio Capitanejo 2007 con fundamento en la sentencia del 26 de febrero de 2013, suma de dinero que deberá ser actualizada, así como el correspondiente pago de intereses.

1. **Contestación de la demanda**

El demandado se opone a las pretensiones elevadas en la demanda, considerando que no existen razones jurídicas suficientes para predicar dentro de la presente acción la existencia de una conducta gravemente culposa o dolosa imputable al accionado, teniendo en cuenta que el señor Jasith Eduardo Díaz Correa en su condición de mandatario para la época del Municipio de Capitanejo, cumplió cabalmente con las responsabilidades del cargo, permitiendo incluso la visita del proponente al lugar de la obra para que se inspeccionara el sitio y las condiciones en las que se encontraban los tanques, inspección que se cumplió por parte del Consorcio contratista, quienes en su condición de ingenieros estuvieron conforme con el tanque que se recibía; aunado a lo anterior, refiere que el demandado fue alcalde hasta finales del año 2007, siendo responsabilidad de sus sucesores el evitar quebrantos al erario público adicionando el contrato, por ello, las consecuencias jurídicas derivadas de la demanda contractual impetrada por el Consorcio Capitanejo 2007 no deben ser imputables a éste, máxime cuando no existe mala fe, culpa grave o dolo.

Adicionalmente expone que, la demanda en la cual resultó condenada el Municipio de Capitanejo versó sobre un principio de imprevisión, amparándose el Consorcio Capitanejo 2007 en un hecho constituyente de la teoría de la imprevisión, por lo que considera que si tal hecho era incluso imprevisto para profesionales de la Ingeniería Civil, mucho más para un abogado que actuaba como alcalde de la época, por lo que no se configura la culpa grave o dolo por su parte.

1. **La sentencia apelada**

El Juzgado Once Administrativo Oral de Bucaramanga, mediante sentencia del 19 de octubre de 2016, resolvió denegar las pretensiones al considerar que la parte demandante no cumplió con la carga de demostrar que existió una conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.

Lo anterior por cuanto, la conducta omisiva del contratante (no entregar al contratista los diseños, planos y especificaciones técnicas de la obra contratada), que dio lugar a la violación manifiesta e inexcusable del principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, y causó perjuicios al contratista, no puede predicarse con certeza que haya recaído en el señor Jasith Eduardo Díaz Correa, en calidad de Alcalde del Municipio de Capitanejo, pues se evidencia una intervención activa de la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal en el desarrollo del contrato, considerando que a través de dicha dependencia se contribuyó al impuso de actividades que rodearon la ejecución del contrato, en desarrollo de ejercer la función de control, vigilancia e interventoría de construcciones y obras propias del municipio.

Concluye el A quo que en el presente caso el daño reparado por el Estado, no se encuentra en una presunción de culpa grave en los términos del numeral 1º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001, pues la intervención del Alcalde en la ejecución del contrato no fue exclusiva y contundente que permita inferir un actuar gravemente culposo.

1. **El recurso de apelación**

La parte demandante dentro del término legal, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que, la causa del daño en el presente caso lo fue la falta de planeación, estudios y diseños de la etapa precontractual, conducta desplegada por Jasith Eduardo Díaz Correa en su condición de Alcalde del Municipio de Capitanejo entre el 1º de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2007.

En este sentido, indica que de conformidad con el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección, estudios y diseños que fueron huérfanos en la planeación y al inicio de ejecución del contrato de obra pública No. 0001 del 29 de mayo de 2007, situación que generó la condena al Municipio de Capitanejo.

Por lo anterior, considera que el demandado no desvirtuó la presunción de culpa grave contenida en el numeral 1º del artículo 6º de la ley 678 de 2001, consistente en la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, ya que el actuar del demandado Jasith Eduardo Díaz Correa no vislumbra la más mínima buena fe como alcalde Municipal.

1. **CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO**

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia de fecha 19 de octubre de 2016, debe el Tribunal Administrativo de Santander establecer si el demandado JASITH EDUARDO DÍAZ CORREA, actuó con dolo o culpa grave en los hechos que originaron la condena impuesta al Municipio de Capitanejo por el Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de fecha 26 de febrero de 2013, y en consecuencia, si debe ser condenado a cancelar al Municipio de Capitanejo lo pagado por la referida condena.

Para ello deberá determinarse en el expediente si se encuentran acreditados los requisitos establecidos en la Ley y la jurisprudencia para que proceda la repetición, por lo que, en primer lugar, se precisarán los elementos para la procedencia de la acción de repetición y, posteriormente, se analizará el caso en concreto.

1. **Elementos para la procedencia de la acción de repetición.**

La Sección Tercera del H. Consejo de Estado en reiteradas providencias[[1]](#footnote-1) ha determinado los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición.

Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes:

1. *La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena.* La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.
2. *La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado*. La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto.
3. *El pago efectivo realizado por el Estado.* La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.
4. *La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa*. La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables.
5. **El caso concreto**

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, debe el Tribunal Administrativo de Santander establecer si el demandado JASITH EDUARDO DÍAZ CORREA, actuó con dolo o culpa grave en los hechos que originaron la condena impuesta al Municipio de Capitanejo por el Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de fecha 26 de febrero de 2013, y en consecuencia, si debe ser condenado a cancelar al Municipio de Capitanejo lo pagado por la referida condena.

En cuanto a los requisitos de carácter objetivo esbozados anteriormente y analizados por el A quo en la providencia apelada, esta Agencia del Ministerio Público no efectuará un estudio minucioso de los mismos al coincidir con los argumentos esgrimidos en la sentencia de primera instancia en la que se encontraron configurados éstos, así como por no ser objeto del recurso de apelación.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Capitanejo versa en la trasgresión del principio de planeación por parte del señor JASITH EDUARDO DÍAZ CORREA en calidad de Alcalde dicho ente territorial que llevó a una ejecución ineficaz y demorada del contrato de obra pública No. 0001 del 29 de mayo de 2007, lo cual en su concepto constituye un actuar gravemente culposo por violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, este Despacho entrará en primer lugar a analizar tal principio así como la sujeción de la Administración en su actividad contractual.

En este sentido se tiene que, el principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.

De esta relación normativa se concluye sin mayores esfuerzos que la idea central del constituyente de 1991 y del legislador al establecer los parámetros para los contratos de las entidades estatales fue la de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos.

En esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

Así las cosas, los elementos del contrato estatal no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, esto es, si no se ajusta el mismo al desarrollo y aplicación adecuada y cabal del denominado principio de la planeación o de la planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado, en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato Estatal no sea el producto de la improvisación o de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales .

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación, deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

Bajo las anteriores precisiones, en el caso sub- examine debe analizarse sí el supuesto fáctico presentado por la parte accionante, esto es, que la causa para la imposición de la condena al municipio de Capitanejo, se debió a la actuación dolosa o gravemente culposa del señor Jasith Eduardo Díaz Correa en calidad de Alcalde, al celebrar el Contrato de obra pública No. 001 del 29 de mayo de 2007 sin los diseños del alcance de la obra pertinentes para su realización, situación que ocasionó una demora en la entrega de las especificaciones técnicas y planos de construcción de la obra y como consecuencia de dicha situación fue condenado el citado ente territorial por los perjuicios causados al contratista Consorcio Capitanejo 2007.

Para dilucidar el problema jurídico, es necesario resaltar por esta Agencia del Ministerio Público que, si bien es cierto en audiencia inicial celebrada el día 18 de agosto de 2016 se decretó como prueba que se aportara copia auténtica, completa y legible del expediente radicado bajo el número 2009-00293-00 correspondiente a la acción contractual promovida por el Consorcio Capitanejo 2007, contra el Municipio de Capitanejo, tan sólo se aportó copia del cuaderno principal y no así de los cuadernos contentivos de las pruebas que correspondían a 4 cuadernos según se desprende del análisis probatorio efectuado en las sentencias que definieron tal proceso.

En consecuencia, resultaría necesario para decidir el fondo del asunto en ejercicio de la facultad probatoria establecida en el artículo 213 del C.P.A.C.A., oficiar al Juzgado Once Administrativo Oral de Bucaramanga para que se allegue en su totalidad el expediente 2009-00293-00, esto es, tanto el cuaderno original como el material probatorio obrante en otros cuadernos.

No obstante lo anterior, en caso de no accederse a la práctica de la prueba anteriormente requerida, y en aras de rendir un concepto sobre el fondo del asunto, se procederá a analizar el mismo con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente así como las enunciadas en la sentencia de fecha 26 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

Como primera medida se encuentra que el señor Jasith Eduardo Díaz Correa en calidad de Alcalde, celebró el contrato de obra pública No. 0001-07 con el Consorcio Capitanejo 2007, cuyo objeto consistía en: “EL CONTRATISTA se obliga para con el Municipio a realizar la CONSTRUCCIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y UN TANQUE DE ALMACENAMIENTO ASÍ COMO LA REMODELACIÓN DE UNO DE LOS TANQUES DE ALMACENAMIENTO EXISTENTE EN EL MUNICIPIO DE CAPITANEJO – SANTANDER.”

Dicho contrato se inició a ejecutar el día 17 de septiembre del año 2007, según acta de inicio de la fecha indicada, en la que consta que el interventor verificó el personal y la maquinaria/equipo que se encontraba a disposición en el sitio del proyecto para su iniciación de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista; no obstante lo anterior, el día 20 de septiembre de 2007 se suspendió temporalmente la ejecución de las obras, aduciéndose como motivo la falta de revisión de carácter jurídico y financiero del contrato por FONADE, así como por el desconocimiento del alcance de las obras a ejecutar en razón a que el Municipio de Capitanejo solicitó una modificación al proyecto viabilizado, y adicionalmente por cuanto no se conocían los planos constructivos, ni diseños hidráulicos de la planta de tratamiento de agua potable, ni las interconexiones hidráulicas de los tanques a la red, válvulas, etc.

La ejecución del contrato fue reiniciada el día 15 de octubre de 2007, señalándose que el Municipio de Capitanejo en comunicación emitida el 21 de septiembre de 2007 se informó que se construiría una planta de tratamiento de 15 lps, un tanque de aproximadamente 395 m3 y la reconstrucción de una de las tapas de los tanques existentes. De igual forma se dejó constancia en el reinicio de las obras que, el Municipio adquirió el compromiso de entrega de planos constructivos aprobados por la Secretaría de Planeación e Infraestructura con los detalles de conexiones hidráulicas correspondientes a la planta de tratamiento de agua potable y a los tanques de almacenamiento el 26 de octubre de 2007.

En el acta de liquidación del contrato de obra pública se dejó constancia en sus literales a) y b) lo siguiente:

1. *La formulación inicial del proyecto incluyó la construcción de una planta de tratamiento de 15 l/s, un tanque de almacenamiento de 395 m3 y la demolición y reposición de una de las tapas de los tanques existentes; al realizar el replanteo se encontró que, en el área del lote disponible para el tanque proyectado, éste no cabía, y*
2. *Que durante la demolición de la tapa que se pretendía reponer se observó que la estructura del tanque existente estaba altamente deteriorada, situación que obligó junto con lo anterior a modificar ligeramente el alcance del proyecto, con la demolición total de los tanques existentes y la construcción de uno nuevo con un 25.8% de mayor capacidad (497 m3) que el proyectado.*

De lo anterior se encuentra que, según lo acordado en el contrato de obra pública No. 001-07, el tanque de almacenamiento a realizar sería de 690 m3 de capacidad de almacenamiento; sin embargo, según los planos entregados el tanque de almacenamiento fue modificado a una capacidad de 395 m3; finalmente, según acta de liquidación el tanque fue construido con una capacidad de 497 m3.

Se enuncia en providencia del 26 de febrero de 2013, que sobre la reformulación del proyecto por parte del Municipio no obran pruebas en el plenario, salvo el compromiso adquirido por el Municipio en relación a la entrega de planos constructivos aprobados por la Secretaría de Planeación e Infraestructura con los detalles de conexiones hidráulicas correspondientes a la planta de tratamiento de agua potable y a los tanques de almacenamiento, entrega que se efectuaría el 26 de octubre de 2007.

Para el Despacho, en la realización de obras o trabajos públicos es esencial y fundamental la aplicación eficaz del principio de planeación, para lo que cabe comprender la ejecución de los estudios previos que realiza la administración cuando va a ejecutar una obra pública, el cual debe contener los estudios técnicos pertinentes, diseños del proyecto viabilizado, planos constructivos debidamente aprobados, entre otros.

No obstante, encuentra el Despacho que dicha situación no se presenta en el *sub lite,* pues de acuerdo con las pruebas arrimadas al plenario se puede evidenciar claramente la responsabilidad del demandado en los hechos que generaron la condena al municipio de Capitanejo, ya que como se advirtió, el accionado como representante de la administración municipal desconoció el principio de planeación, toda vez que al momento de plantear el diseño de la obra no se tuvo en cuenta el área del lote que estaba disponible para el tanque proyectado, lo que significó la necesidad de modificar el proyecto luego de haber suscrito el contrato; así mismo, la interventoría dejó constancia de la ausencia en el diseño de vigas de cimentación, análisis de cargas, ausencia de especificaciones técnicas que permitieran establecer el alcance de los ítem, la falta de estudios de suelos, la ausencia de referencias topográficas y falta de planos constructivos, que hasta junio 22 de 2007 no se conocían, esto es, celebrado ya el contrato.

En este sentido, la ausencia del principio de planeación *“(…) ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales”*[[2]](#footnote-2)*.* Las situaciones anteriormente descritas permiten advertir una excesiva improvisación al celebrar el contrato de obra pública No. 001-07.

En conclusión y hechas las anteriores precisiones, observa esta Agencia del Ministerio Público considera que el señor Jasith Eduardo Díaz Correa en calidad de Alcalde del municipio de Capitanejo, celebrar el contrato de obra pública No. 001-07 permitió desarrollar una obra pública de manera improvisada, desatendiendo gravemente la aplicación eficaz del principio de planeación de la misma, vulnerando de esta forma el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que consagra que deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección, los cuales no se llevaron a cabo en el presente caso, situación que finalmente generó la condena al Municipio de Capitanejo en la sentencia del 26 de febrero de 2013.

Al respecto, se encuentra que el artículo 6º de la Ley 678 de 2001 con relación a la culpa grave, contempló que se incurre en la misma 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. Así mismo, consagró como causales de presunción de que la conducta es gravemente culposa las siguientes:

*“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.*

*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.”*

Sobre la interpretación de la causal 1ª transcrita anteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-455 de 2002, citando para ello a la Corte Suprema de Justicia, consideró que la inexcusabilidad es elemento fundamental de la culpa grave, toda vez que “*la disposición al exigir que el error sea de abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse.”*

En este orden de ideas, no cualquier error tiene la potencialidad de comprometer la responsabilidad del agente estatal: sólo aquel que por sus dimensiones no pudo haber sido cometido sino mediante total o crasa negligencia del sujeto que emite el acto, podría ser juzgado con esa calificación. En este sentido, si el error no es inexcusable, no existe responsabilidad patrimonial por parte del agente del Estado.

Precisado lo anterior, tal y como se señaló anteriormente, los errores cometidos en el trámite de la celebración del contrato de obra pública No. 001-07, ocasionaron desarrollar una obra pública de manera improvisada, desatendiendo gravemente la aplicación eficaz del principio de planeación de la misma, vulnerando de esta forma el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que consagra que deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección, los cuales no se llevaron a cabo en el presente caso, por lo que se trata de un error inexcusable.

En consecuencia, en criterio de esta agencia del Ministerio Público la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral de Bucaramanga, debe ser revocada y en su lugar condenar al señor Jasith Eduardo Díaz Corra a reintegrar al Municipio de Capitanejo los dineros cancelados por concepto de la condena impuesta en la sentencia de fecha 26 de febrero de 2013.

**III. CONCLUSION.**

Por las anteriores consideraciones, el suscrito Procurador solicita al Honorable Tribunal Administrativo de Santander, por ser necesario para decidir el fondo del asunto, en ejercicio de la facultad probatoria establecida en el artículo 213 del C.P.A.C.A., oficiar al Juzgado Once Administrativo Oral de Bucaramanga para que se allegue en su totalidad el expediente 2009-00293-00, esto es, tanto el cuaderno original como el material probatorio obrante en otros cuadernos. De ello no ser así, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente así como analizando la valoración probatoria efectuada en la sentencia de fecha 26 de febrero de 2013, se solicita que se revoque la sentencia de primera instancia proferida el 19 de octubre de 2016 por el Juzgado Once Administrativo Oral de Bucaramanga, y en su lugar condenar al señor Jasith Eduardo Díaz Correa a reintegrar al Municipio de Capitanejo los dineros cancelados por concepto de la condena impuesta en la sentencia de fecha 26 de febrero de 2013, al encontrarse que su actuar en los hechos que llevaron a imponer tal condena fue gravemente culposo.

Atentamente,

**IVÁN FERNANDO PRADA MACÍAS**

**Procurador 160 Judicial II para Asuntos Administrativos**

1. 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. [↑](#footnote-ref-1)
2. *Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287. “[…] [l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”*  [↑](#footnote-ref-2)