San Andrés Isla, treinta (30) de marzo de año 2020

Sentencia No. 107

Medio de Control	Acción de Repetición
Radicado	88-001-33-33-001-2017-00042-01
Demandante	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Demandado	Bielka Hudgson Livingston
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I. - OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante – *Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina -,* contra la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial el Veintiuno (18) de marzo de dos mil Diecinueve (2019), dentro del proceso iniciado por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en contra Bielka Hudgson Livingston, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

> ***"PRIMERO: - DECLÁRANSE** no probadas las excepciones planteadas por la demandada.*

SEGUNDO: - NIEGANSE *las pretensiones de la demanda, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO*: -* ***CONDÉNASE*** *en costas a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en agencias en derecho, las cuales se fijan en 4% de lo pedido. Por Secretaría tásense.*

CUARTO*: - Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente****.”***

II.- ANTECEDENTES

La entidad territorial de orden departamental que aquí demanda, solicita a través de la acción de repetición, se acceda a las siguientes declaraciones:

*" **PRIMERO.** Se declare que la conducta de la Ex directora Administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – señora Bielka Isidora Hudgson Livingston se constituye en la conducta gravemente culposa consagrada en el artículo 6.1 de la Ley 678 de 2001, denominada “VIOLACIÓN MANIFIESTA E INEXCUSABLE DE LAS NORMAS DE DERECHO”.*

SEGUNDO*. Se declare que la Ex directora Administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – señora BIELKA ISIDORA HUDGSON LIVINGSTON violó las disposiciones consagradas en el artículo 6.1 de la Ley*

678 de 2001, denominada "VIOLACIÓN MANIFIESTA E INEXCUSABLE DE LAS NORMAS DE DERECHO".

TERCERO. *Se condene a la Ex directora Administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – señora BIELKA ISIDORA HUDGSON LIVINGSTON a restituir el pago realizado por la Gobernación Departamental en cumplimiento de condena impartida por el Juzgado Único Administrativo en Sentencia 21 de abril de 2015 – modificada el 12 de febrero de 2016, por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de este Distrito Judicial a favor del señor HUMBERTO MIGUEL TORRES VEGA, equivalente a la suma de ocho millones cincuenta y tres mil trescientos trece pesos ($8.053.313) moneda corriente.*

CUARTA*. La condena respectiva será actualizada, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha del pago de la condena hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo."*

- **HECHOS**

En el escrito de la demanda se exponen los hechos que seguidamente se transcriben:

"La señora BIELKA ISIDORA HUDGSON LIVINGSTON prestó sus servicios a la Gobernación Departamental desde el 25 de marzo de 2008, hasta el día 20 de marzo de 2012, según consta en Certificado No. 0451 de fecha 16 de junio de 2016 emanado del profesional especializado de la Secretaría General (Grupo de Desarrollo y Control del Talento Humano); Asimismo, la señora Bielka, ocupó el

cargo de director administrativo con clasificación 009-20 del despacho departamental / occre.

De igual manera, la demandada fue designada por el entonces Secretario de Servicios Administrativos de la Gobernación Departamental, para ejercer las actividades de supervisión del *Contrato de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión de la OCCRE No. 032 de 2011*.

El día 26 de noviembre de 2013, los señores Humberto Miguel Torres Vega y Janet Sue Meyer, presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, fue condenado mediante Sentencia de fecha 21 de abril de 2015, por el Juzgado Único Administrativo- modificada el 12 de febrero de 2016, por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de este Distrito Judicial, a restablecer el derecho del señor Humberto Torres Vega y a pagarle por concepto de indemnización de perjuicios, la suma de ocho millones cincuenta y tres mil trescientos trece pesos ($8.053.313) moneda corriente. Se consideró judicialmente que la naturaleza real de la actividad prestada por el actor fue laboral y no contractual. Sin embargo, no resultó igual para la señora Janet Sue Meyer, cuyas pretensiones fueron negadas.

La condena de perjuicios causados, fue cancelada al actor, el día 08 de junio de 2016, según certificado de la tesorería de la entidad, por lo cual, la señora Bielka Isidora Hudgson Livingston, es responsable de que el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, haya sido condenada y obligada a pagar perjuicios, en tanto actuó con culpa grave, violando de manera manifiesta e inexcusable las normas de derecho.”.

- **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala los siguientes:

- Constitucionales: art. 2, 4, 6, 21, 90, 121, 122 y 124
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: art. 142 y 155.8
- Ley 80 de 1993: Art. 4.7, 32 y 51
- Ley 734 de 2002: Art. 48.36
- Decreto 1719 de 2009: 19.6.7 y 26
- Ley 640 de 2001
- Ley 678 de 2001.

- **CONTESTACIÓN**

El apoderado de la señora Bielka Hudgson Livingston, dentro del término establecido contestó a la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las declaraciones y condenas, por no existir razones válidas para determinar responsabilidad en la condena que da origen al proceso.

Señala que, de manera irresponsable la demandante irroga una responsabilidad inexistente en cabeza de la señora Bielka, evadiendo que la misma administración a través de todos sus representantes legales, dieron lugar a las circunstancias que desembocaron en una condena.

Afirma que, la administración departamental, desde el año 1992, de manera reiterada y constante, se ha abstraído de la obligación de crear una planta de

personal que atienda las funciones específicas de la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE-, por lo que desde ese año, e incluso en la actualidad, ha celebrado cientos de contratos de prestación de servicios con particulares, cuyo objeto final siempre termina siendo el ejercicio de funciones administrativas conforme las necesidades específicas de esta entidad, que no son otras, que el control de la densidad poblacional.

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta esa necesidad, el vocero judicial de la demandada comenta que, la administración Departamental a través de su Secretario de Servicios Administrativos celebró un contrato con Humberto Torres Vega, sin cumplir con el lleno de requisitos y, luego de condenada por su propia falencia, pretende señalar como responsable a quien solo cumplió con sus funciones, sin demostrar que fuera alguna actuación ilegal o por lo menos irregular de la demandada la que, dio lugar a una sentencia condenatoria a cargo de la entidad contratante.

Manifiesta que NO es cierto que, la condena sobre la cual se busca repetir, fuera consecuencia de una actuación de una funcionaria de planta, toda vez que no fue esa la realidad determinada mediante los fallos condenatorios, sino, el problema estructural de abstraerse a la obligación de contar con una planta de cargos organizada de manera legal, que evitara que la Gobernación del Departamento contratara de manera reiterada al señor Torres, para que asumiera funciones que son propias de un cargo de planta.

Indica que, no existe una razón suficiente para declarar que la conducta de la actora, tuviera el carácter de “gravemente culposa” en el caso de la condena dentro del proceso que tramitó el señor Humberto Torres Vega, pues, tal como se desprende de la lectura del fallo, las razones para determinar la existencia de una relación laboral, tiene que ver con la estructura interna y las funciones de control poblacional que ejecuta la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE.

Sostiene que, el resultado de la condena que obligó al Departamento a pagar una suma de dinero a su contratista, no tuvo relación con la actuación u omisión de la Directora Administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE de turno, sino, con la inadecuada provisión de personal destinado al ejercicio de la función pública encomendada a dicha dependencia por el Decreto 2762 de 1991.

- **SENTENCIA RECURRIDA**

El Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 18 de marzo de 2019, negó las pretensiones de la demanda bajo las siguientes premisas:

El *a-quo* hace el planteamiento del problema jurídico o la fijación del litigio en los siguientes términos: "Establecer si procede la declaratoria de responsabilidad de la señora Bielka Isidora Hudgson Livingston, por los perjuicios causados al Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como consecuencia del pago total de ocho millones cincuenta y tres mil trescientos trece pesos ($8.053.313) que se desembolsaron al señor Humberto Miguel Torres Vega, en cumplimiento de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Único Administrativo de este circuito el día 21 de abril de 2015 y modificada el 12 de febrero de 2016, por este Tribunal".

Expone en su sentencia que, en cuanto al primer requisito para la prosperidad de la acción de repetición (calidad del agente), encuentra probado que la señora Bielka prestó sus servicios como directora Administrativa Despacho Departamental – Occre, desde el 25 de marzo de 2008, hasta el 20 de marzo de 2012, esto conforme certificación aportada por la Secretaría General de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina obrante a

folio 9 del plenario. Lo que indica, que dicha dependencia se encontraba a su cargo para la época de la celebración de los contratos de prestación de servicios No. 032 de 2011, adicional 032 de 2011 y adicional 032 de 2011 suscritos entre el señor Humberto Torres Vega y la entidad territorial.

Señala que, el Estado puede ser condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en alguna de las hipótesis consignadas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678, por lo que el legislador previó una serie de "presunciones legales", como mecanismos procesales enderezados a tornar efectiva la acción de repetición prevista en la Constitución.

Es así que, su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, puesto que, si este puede aducir medios de convicción en contrario, supone que el juez en estos casos, está autorizado y en su obligación de realizar una evaluación de la conducta del agente.

Enfatizó que, el hecho de que el legislador suponga en estos eventos, la responsabilidad civil del agente estatal, esto no impide que esta presunción pueda ser destruida con la presentación de pruebas de descargo que desvirtúen las presunciones de ley.

Argumenta, que revisando el acervo probatorio encuentra que no se satisface el elemento subjetivo en contra del agente demandado, ya que, en primer lugar, los contratos objeto de la condena impuesta a la entidad accionada fueron suscritos directamente por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de un agente distinto a la demandada.

En segundo lugar, abordando los fallos proferidos por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de fecha 21 de abril de 2015 y el fallo del Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento

del 12 de febrero de 2012, se evidencia el cumplimiento de los requisitos del contrato laboral, razón por la cual, fue reconocida la existencia del vínculo laboral respecto del señor Humberto Torres Vega

Finalmente considera que, el actuar de la demandada Bielka Isidora Hudgson Livingston, no constituye ni dolo, ni culpa grave, más aún no constituye ninguna de las modalidades de la culpa, por el contrario, concluye que actuó conforme el cargo lo ameritaba. No obstante, el Departamento Archipiélago quien es el contratante directo del personal a su cargo, es quien debe concurrir y responder ante eventuales condenas o circunstancias que de los contratistas a su cargo surjan tal y como ocurrió.

- **RECURSO DE APELACIÓN**

La entidad demandante en la oportunidad legal expuso su inconformidad con la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, manifestando que no comparte la decisión y solicita que sea revocada.

Afirma que, el *a-quo* llegó a la conclusión de que en el presente proceso la conducta de Bielka Isidora Hudgson Livingston, no constituye dolo ni culpa para efectos de repetición, menos encuadra dentro de la modalidad gravemente culposa consagrada en el artículo 6.1 de la Ley 678 de 2001, denominada “violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”.

Advierte que el fallador de primera instancia, cercenó el contenido objetivo de las pruebas y no puso atención al hecho que, ninguna de las providencias condenatorias, reprocha en realidad la suscripción misma del contrato, sino, los yerros materiales verificados en su ejecución, circunstancias que a la vista

permitieron admitir judicialmente la relación laboral, fundada en las pruebas oportunamente recabadas.

Añade que, el Juzgado Único Administrativo, no hizo ninguna referencia argumentativa al hecho que la Dra. Bielka Isidora Hudgson Livingston, operó como supervisora del contrato de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión número 032 de 2011. Designación que se derivó directamente del articulado Contractual y que ejerció plenamente durante el plazo contractual, sin objeción u rechazo alguno de su parte.

Finalmente, argumenta que, es de vital importancia destacar la actividad que debió desplegar – pero que no hizo – la Dra. Bielka en calidad de supervisora, concretamente referidas a la responsabilidad que adquirió de ejercer un seguimiento permanente y continuo de la actividad convenida, de verificar la ejecución normal del contrato para prevenir situaciones de dilación, incumplimientos y la configuración de relación laboral. Asimismo, la supervisión no se ejerció con los precisos referentes de responsabilidad y compromiso, muy por el contrario, posibilitó la obtención de un resultado judicial adverso o al menos satisfactorio, con compromiso patrimonial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante auto de 07 de junio de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y se ordenó a las partes presentar alegatos de conclusión para lo cual se les concedió el término de 10 días, asimismo, se corrió traslado al Ministerio Público por el mismo término sin retiro del expediente.

En el presente asunto las partes no presentaron alegatos de conclusión.

Por su parte, la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en el término de traslado.

III.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2019 por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la cual negó las pretensiones de la demanda.

Competencia y caducidad

Este Tribunal es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en proceso de doble instancia, seguido en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del C.P.A.C.A.

En cuanto a la oportunidad del medio de control, observa este Tribunal que el Juez de manera equivocada, realizó el análisis respectivo, por cuanto en su sentencia señala que la acción fue ejercida de manera oportuna sin que fuera necesario ahondar nuevamente en lo expuesto en la audiencia inicial y al remitirnos al Acta visible a folios 120-125 del cdno. ppal. del expediente, nos damos cuenta que el juzgador cita como fundamento, el Art. 164 del CPACA considerando que esta

norma es la aplicable al caso concreto y por ello, con base en la misma concluye que no ha operado la caducidad.

Es de aclarar que el numeral 2 literal d) del Art. 164 de la Ley 1437 de 2011, dispone que:

> *"(……)*
>
> *2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*
>
> *d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (……)"*

Ahora bien, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[1] en el literal l) del numeral 2) del artículo 164 estableció que el término de caducidad de la acción de repetición es de 2 años contados a partir de la fecha en que la Entidad condenada haya realizado el pago o a más tardar al vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de las condenas, esto es, 10 meses después de la ejecutoria de la sentencia condenatoria o del auto aprobatorio de la conciliación[2].

En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de mayo de 2016, expediente 56361 refirió lo siguiente respecto al cómputo de la

[1] Sobre el particular el literal l) del numeral 2) del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que "Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código".
[2] El inciso segundo del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo establece que "Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada".

caducidad en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo: ***"El literal l) numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que tiene que ver con la caducidad de la repetición establece el plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 10 meses, en los eventos de la Ley 1437 de 2011 o, 18 meses previstos en el inciso 2 del artículo 177 C.C.A".*** (cursivas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, el cómputo de la caducidad de la acción de repetición para los procesos que se adelanten en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[3], será de dos años contados a partir (i) del pago realizado por la Entidad de la sentencia condenatoria o conciliación, o (ii) a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de 10 meses que tiene la Entidad para pagar las condenas. Los 10 meses se contarán a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia o a la ejecutoria del auto aprobatorio de la conciliación.

Para establecer el término con el que cuenta una Entidad pública para cumplir las condenas judiciales se deberá observar en vigencia de cuál ley se impuso la misma, esto es, si la condena se profirió en vigencia del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el término de cumplimiento de la condena será de 18 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o auto aprobatorio de la conciliación o si se profirió en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el cual empezó a regir desde

[3] Procesos de repetición en los cuales las demandas hayan sido interpuestas a partir del 2 de julio de 2013. Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

el 2 de julio de 2012, el plazo de cumplimiento de la condena será de 10 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia o auto aprobatorio de la conciliación.

En el presente caso, la condena que le fue impuesta al Departamento, se hizo en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y según las pruebas documentales que fueron aportadas al proceso, el pago de dicha condena se hizo por parte de la entidad demandada, en fecha 07 de junio de 2016.

Siendo así las cosas, el conteo del término de caducidad, se hace a partir del día en que se efectuó el pago de la condena esto es, el 07 de junio de 2016, teniendo entonces, la entidad, plazo hasta el 07 de junio de 2018, para presentar la demanda de repetición.

Lo anterior, permite concluir sin mayores esfuerzos, que pese haber sido interrumpido por la conciliación extrajudicial[4], claramente se colige que la demanda en este caso, fue presentada dentro del término legal establecido, toda vez que fue radicada el día 27 de febrero de 2017, tal como se muestra en el sello del escrito original del libelo introductorio que reposa a folio 1.

Finalmente, cabe señalar que el motivo por el cual se aplica esta opción, es por cuanto el pago de la condena se hizo dentro de los 10 meses que tenía la entidad para hacerlo, caso distinto sería si dicho cumplimiento a la sentencia judicial se hiciera vencido el término de 10 meses contados a partir de la ejecutoria de la providencia, pues desde entonces se tendría que iniciar el computo del término de caducidad y no desde la efectividad del pago.

[4] Ver folios 81-83

Legitimación en la causa

1. Por Activa

Se observa que la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica se encuentra facultada para presentar esta demanda en nombre del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siendo ésta, la entidad territorial condenada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por el señor Humberto Miguel Torres Vega. (ver fls. 6-8 cdno. ppal. del expediente)

La entidad al considerar que la conducta de la Dra. Bielka Hudgson Livingston, es la que dio lugar a dicha condena impuesta por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito y confirmada por esta Corporación, en ejercicio de la presente acción pretende repetir en contra de la demandada, para que sea reembolsado el pago ya realizado. Pago que efectivamente se encuentra acreditado a través de los documentos aportados al proceso. Por lo anterior, la legitimación en la causa por activa no se discute.

2. Por Pasiva

Se encuentra probado, además, que la señora Bielka Hudgson Livingston fungía como Directora Administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE-desde el 25 de marzo de 2008 hasta el 20 de marzo de 2012, ello conforme certificación aportada por la Secretaría General de la Gobernación Departamental visible a folio 9 del plenario. En consecuencia, la demandada se encontraba a cargo de la OCCRE para la época en que fue contratado el señor Torres Vega con el objeto de *"prestar sus servicios de apoyo a la gestión, consistente en la realización*

de actividades de control poblacional, para el fortalecimiento institucional de la Oficina…."

Por lo antes dicho, la señora Bielka Isidora Hudgson Livingston está legitimada de hecho en la causa por pasiva.

Problema Jurídico

Corresponde a la Sala de este Tribunal, establecer si como lo afirma la apelante única, el juez no tuvo en cuenta todas las pruebas recopiladas en el proceso que demuestran la culpa y hecho determinante en la conducta de la demandada como requisito para que prospere la repetición y que contrario a ello, desconoció la obligación de supervisión al contrato suscrito entre el departamento y el señor Humberto Miguel Torres Vega que estaba a cargo de la Directora de la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE-, lo cual sin duda afecta las resultas del proceso.

Marco conceptual normativo y jurisprudencial

- **De la acción de repetición-Noción**

La acción de repetición es el mecanismo judicial dispuesto por la Constitución y desarrollado por la ley para efectos de que el Estado recupere de sus servidores o ex-servidores públicos –o de los particulares que cumplen funciones públicas– los dineros que ha pagado en razón de las condenas impuestas a través de una sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos (…) la acción de repetición se erige como el mecanismo procesal con

que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el 2 derecho y la obligación de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que se declare responsable al agente que, con su actuar doloso o gravemente culposo, haya causado el daño antijurídico por el cual el Estado pagó. En este orden de ideas, dicha acción tiene naturaleza eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, de carácter público, cuya finalidad es la protección del patrimonio y de la moralidad pública, así como la eficiencia en el ejercicio de la función pública.

La prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: a) la existencia de una condena judicial o de un acuerdo conciliatorio que impuso a la entidad estatal demandante el pago de una suma de dinero; b) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular que cumple funciones públicas; c) que el pago se haya realizado y d) la culpa grave o el dolo en cabeza del demandado.

Así, entonces, la acción de repetición se erige como el mecanismo procesal con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el derecho y la obligación de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que se declare responsable al agente que, con su actuar doloso o gravemente culposo, haya causado el daño antijurídico por el cual el Estado pagó.

- **Definición de la culpa grave y dolo. Normas vigentes**

La Constitución Nacional de 1991 estableció el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos en el artículo 90, cláusula general de responsabilidad estatal en la que le atribuyó al Estado la obligación de responder patrimonialmente por los

daños antijurídicos imputables por la acción u omisión de sus autoridades y, asimismo, el deber de repetir en contra del agente cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya determinado la obligación de pagar una condena judicial, transacción o acuerdo conciliatorio.

El artículo 6 superior consagró el principio de legalidad de los particulares y los servidores públicos al definir que aquellos son responsables ante la autoridad por infringir la Constitución y las leyes y estos por la misma causa, pero además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En igual sentido, el inciso inicial del artículo 122 estableció que todo empleo público tendrá funciones detalladas en ley o reglamento.

En materia de alcance y definición de la culpa grave y dolo en materia civil, en su artículo 63 el Código Civil reconoció tres clases de culpa: grave, leve y levísima. Sin embargo, la que genera responsabilidad administrativa y ocupa el interés para efectos de la acción de repetición es la culpa grave, que consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que, aun un hombre negligente o de poca prudencia, emplearía en sus negocios propios.
El dolo, según el mismo artículo, consiste en “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. Téngase presente que, en materia civil, la culpa grave se equipara al dolo[5]

Posteriormente, el artículo 77 del Decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, consagró que “sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que

[5] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16.887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones". Así mismo, el artículo 78 agregó que, aun cuando la sentencia considere al funcionario responsable, la entidad debe satisfacer los perjuicios y repetir en su contra por lo que le corresponda.

En materia de la responsabilidad de los funcionarios públicos territoriales, el Artículo 315 de la C.N., en su numeral 3, atribuyó a los alcaldes el deber de "dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente (…)".

Así mismo, el Artículo 91 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, cuyo propósito es el mismo, reafirmó el deber asignado por la Constitución y agregó que el alcalde es responsable también de "velar por el cumplimiento de las funciones de los empleados oficiales municipales y dictar los actos necesarios para su administración", así como "impulsar el crecimiento económico, la sostenibilidad fiscal, la equidad social y la sostenibilidad ambiental, para garantizar adecuadas condiciones de vida de la población. Por su parte, la Ley 734 de 2002 –Código Disciplinario Único-, señaló que la falta disciplinaria se constituye por la incursión en las conductas que el código prevé, que conlleven el incumplimiento de deberes por acción u omisión, sin estar amparado en las causales de exclusión de responsabilidad. En igual sentido, el Artículo 48, consagró las causales de faltas gravísimas, entre las cuales incluyó en el numeral 36 "no instaurarse en forma oportuna por parte del Representante Legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio

de funciones públicas cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado".

De otro lado, la Constitución Nacional en su Artículo 303, consagró la responsabilidad del gobernador en la ejecución de las política económica general y, posteriormente, en el 305, le atribuyó a los gobernadores la obligación de "dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes", obligación que el Artículo 94 del Decreto 1222 de 1986 replicó, al señalar entre las atribuciones del gobernador la de "llevar la voz del Departamento y representarlo en los negocios administrativos y judiciales, pudiendo delegar esta representación conforme a la ley", así como "auxiliar la justicia como lo determine la ley".

Este conjunto de normas no solo enmarca la responsabilidad de los alcaldes y gobernadores frente al ejercicio oportuno de la acción de repetición y la recuperación de recursos por esta vía, sino que también define los fundamentos del control disciplinario a que se enfrentan por las irregularidades en su administración, cuando sean sujetos pasivos de la acción con fundamento en su conducta dolosa o gravemente culposa que haya originado un detrimento patrimonial al territorio.

De otro lado, la Ley 270 de 1996 -Ley Estatutaria de la Administración de Justicia-, reguló la acción de repetición en contra de los funcionarios de la Rama Judicial[6], e insistió en el deber del Estado de repetir con fundamento en la conducta dolosa o

[6] Artículo 74.- Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial, así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria. En consecuencia, en los preceptos que anteceden los términos «funcionario o empleado judicial» comprende a todas las personas señaladas en el inciso anterior.

gravemente culposa del servidor judicial, sin perjuicio de las acciones penal y disciplinaria, cuando se den a lugar. En desarrollo de ello, señaló tres conductas bajo las cuales se presume la configuración de responsabilidad, según su conducta:

> *"1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable. 2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación. 3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recursos que la parte dejó de interponer".*

Sin embargo, como estos criterios no incorporan la distinción que se debe dar para uno u otro grado de culpa, deberán ser analizados en los casos en que se discuta la responsabilidad de un agente estatal que se desempeñe en la función pública de administración de justicia.

Así se integra el andamiaje normativo que, previo a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, sostuvo los conceptos de culpa grave y dolo, para definir la conducta del agente o ex agente estatal y que actualmente le sirven como criterio auxiliar en los casos en que no sean suficientes las presunciones y no exista contradicción con otras normas.

- **Ley 678 de 2001 – Presunciones legales**

En su artículo 2 definió la repetición como "una acción civil de carácter patrimonial" que se debe ejercer en contra del servidor o ex servidor público –o el particular investido de una función pública- que con su conducta dolosa o gravemente culposa

haya ocasionado el reconocimiento de una indemnización como resultado de una condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflicto[7].

La Ley 678 de 2001 condensó de manera especial la regulación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado y de forma particular definió la protección del interés común, eficiencia, economía y moralidad en el ejercicio de la función pública[8], enriqueciendo los conceptos de culpa grave y dolo con un catálogo abierto de presunciones, como herramientas para identificar cuándo la conducta del agente se califica como dolosa o gravemente culposa:

> *"ARTÍCULO 5º. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder. 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento. 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).*
>
> *ARTÍCULO 6º. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la*

[7] En todos los casos de sentencia condenatoria derivada de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal hay lugar al ejercicio de la acción de repetición, pero no solo la condena posibilita su ejercicio, pues el artículo 90 de la Constitución no incluyó esta exclusividad, ni se puede deducir de su texto, pues existen mecanismos alternativos con expreso reconocimiento constitucional para la solución de conflictos
[8] Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 14 de mayo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

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. 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal".

En su artículo 14 estableció, con ocasión del llamamiento en garantía o en curso de la acción de repetición, cuando se determine que el perjuicio causado fue por el dolo o la culpa grave de uno de sus agentes, la cuantificación de la condena dependerá del grado de participación del agente en la producción del daño, de la culpa grave o dolo, y de la valoración de las pruebas aportadas al proceso.

- **Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**

La Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), que entró en vigencia el 2 de julio de 2012, en su artículo 142 se refirió a la acción de repetición para confirmar en su definición los mismos elementos que ya le habían sido atribuidos, es decir: se interpone con ocasión de una condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos que sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal –entendido éste como "servidor o ex servidor público o del particular

en ejercicio de funciones públicas", sin que determinara nociones específicas sobre el dolo o culpa grave, con lo cual la reglamentación especial sobre la materia continúa en cabeza de la Ley 678 de 2001 y para los hechos cometidos antes de esta norma, lo configurado en el Código Civil y en el artículo 77 del Decreto 01 de 1984.

Asimismo, en lo relativo al llamamiento en garantía, el CPACA remitió a la Ley 678 de 2001[9] con el artículo 225 y en materia de procedimiento, en lo no regulado por este Código, al CGP, conforme lo señala el artículo 306.

- **Régimen jurídico aplicable para identificar el dolo o la culpa grave**

Tanto en lo procesal como en lo sustancial, la acción de repetición mantiene la aplicación preferente de la Ley 678 de 2001 –la más especializada-, complementada en sus aspectos no regulados por la Ley 1437 de 2011 y el C.G.P., o el Decreto 01 de 1984 y el Decreto 1400 de 1970 –según sea el caso- , para los procesos que se encontraran para fallo antes de la implementación del C.P.A.C.A. y el C.G.P. Respecto del carácter primordial de la Ley 678 de 2001, la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó que en la misma se encuentran regulados los aspectos sustanciales como procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, pero que, no obstante:

> *"(…) los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición contra funcionarios o ex funcionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado por varias disposiciones tanto*

[9] Vale la pena destacar que la Ley 678 de 2001 entró en vigencia el 3 de agosto de 2001, que el C.P.A.C.A., por otro lado, entró en vigencia el 2 de julio de 2012 y el C.G.P., tuvo una implementación pausada, que inició con su promulgación el 12 de julio de 2012 y finalizó el 1 de enero de 2014.

sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política.

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual la norma nueva rige hacia el futuro, de manera que aquella sólo rige para los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; (…).

Lo anterior da a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público ocurridos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de dolo o culpa grave.

De manera que si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público son posteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público, será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

i los hechos, omisiones o actos administrativos que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad hubieren acaecido o se hubieren expedido con anterioridad a la vigencia de la Ley 678 de 2001, como es el caso que aquí estudia la Sala las normas sustanciales aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público

que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado. En este punto conviene precisar que la presunción de responsabilidad establecida en dicha ley para los eventos en los cuales se declare la nulidad de un acto administrativo por desviación de poder no es aplicable a hechos ocurridos antes de que la misma fuera expedida, puesto que las disposiciones sustanciales que la Ley 678 estableció solo entraron a regir después de su promulgación y para hechos ocurridos durante su vigencia, no antes. Para los hechos ocurridos antes de la expedición de la ley en comento los criterios de dolo y de culpa grave aplicables son aquellos señalados en el Código Civil[10]*.*

*Finalmente, debe precisarse en cuanto a las normas procesales, por ser de orden público y regir a futuro con efecto general e inmediato, se aplican las contenidas en la Ley 678, tanto para los procesos que se encontraban en curso al momento en el cual empezó su vigencia como, desde luego, a los que se iniciaron con posterioridad a dicho momento, con excepción de "****los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas", los cuales "se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación****"*[11] (Negrillas y subrayas ajenas al texto original)

En conclusión, el Consejo de Estado ha diferenciado dos momentos para efectos de determinar la culpa grave y el dolo, según la norma vigente a la época de los hechos; así, para los ocurridos en vigencia de la Ley 678 de 2001, la parte interesada tiene la obligación de probar únicamente las presunciones de que tratan los artículos 5 y 6[12], mientras para aquellos anteriores, se debe acudir a la codificación civil:

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp. 16.820. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.
[11] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2015, Exp. 38.294- C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Desarrollo del Artículo 40 de la Ley 153 de 1887.
[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1 de septiembre de 2016. Exp. 54.832 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

> *"Una y otra noción de dolo y culpa grave, bajo la óptica del Código Civil], aunque propias del ámbito del derecho común, deben ser acompasadas con la órbita del servidor público, esto es, a la luz del "principio de legalidad" (…).*
>
> *De ahí que en sede de repetición la responsabilidad del agente sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe su actuación dolosa o gravemente culposa.*[13]

La buena o mala fe del agente en su conducta, como elemento subjetivo, es fundamental para establecer su grado de participación en la producción del daño. Por ello, es importante señalar que el ánimo del agente se encuentra sometido al arbitrio iuris, es decir, el criterio libre y razonable del juez, de manera que todos aquellos elementos probatorios conducentes –incluidos testimonios, antecedentes judiciales, disciplinarios, fiscales, medios electrónicos como emails o declaraciones del agente en medios de comunicación o redes sociales-, que refuercen el ánimo con que actuó el servidor público, deben ser aportados al acervo de pruebas, siempre con la respectiva justificación de la importancia de su práctica.

De las pruebas

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a verificar las pruebas allegadas al proceso y en consecuencia los hechos que se lograron demostrar:

Junto con la demanda, la actora allegó:

- Certificación No. 0461 de fecha 16 de junio de 2016, en donde el Departamento indica el cargo de directora de Bielka Hudgson y el tiempo de servicio (ver folio9)

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Exp. 40.755 - C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

- Memorando de fecha 14 de febrero de 2011 (ver folio 10)
- Comprobante de egreso a favor del señor Humberto Torres Vega (ver folio 11)
- Consulta de histórico de pagos (fl. 12)
- Libro de pagos presupuestales (fl.13)
- Copia del contrato No. 032 de 2011 (fl. 22)
- Resolución No. 000825 de fecha 25 de febrero de 2011 (fl. 23)
- Copia de la póliza de seguro por incumplimiento estatal (fl. 24)
- Contrato adicional 01 de prestación de servicios No. 032 de 2011 (fl.25)
- Resolución No. 006064 de fecha 15 de noviembre de 2011 por medio del cual se aprueba una garantía (fl.26)
- Póliza de cumplimiento (fl.27)
- Contrato adicional No. 002 al contrato de prestación de servicios No. 0032 de 2011 (fl.28)
- Resolución No. 007112 de fecha 29 de diciembre de 2011, por medio del cual se aprueba una garantía única (fl. 29)
- Póliza de seguro cumplimiento estatal (fl. 30)
- Copia de la planilla de autoliquidación (fl.31)
- Acta de inicio de actividades del contrato 032 de 2011 (fl.32)
- Informe de órdenes de pago contrato 02 y adicional (fls. 33-34)
- Memorando de Bielka Hudgson L., a todo el personal (fl.35)
- Copia de la sentencia del Juzgado con las constancias de notificación y la sentencia de este Tribunal (fl.30-80)

La demandada no presentó medio probatorio alguno.

El juez en instancia que antecede, ordenó oficiar a la Contraloría Departamental de San Andrés, para que informe si ha efectuado pronunciamientos oficiales respecto

a la ausencia de estructura administrativa y necesidad de ser creada en la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE-, allegando copia de cada comunicación que haya remitido a la Gobernación Departamental.

Oficiar al Departamento, para que certifique a través del funcionario o quien haga sus veces de jefe de personal, respecto a la estructura de cargos de la OCCRE, informando si existe, como está conformada, que cargos contiene y cuál es su número, cuáles son sus funciones, certificado de manera específica el actual número de personas vinculadas con contratos de prestación de servicios y las razones por las cuales se vincula este tipo de contratistas.

Oficiar a la secretaria del Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para que remita a este proceso copia de las sentencias de tutela y de desacato en contra del Departamento que involucren a la OCCRE, específicamente en el proceso promovido por el señor Harrington Mc´nish.

El *a-quo* negó la prueba de interrogatorio de parte y decretó la inspección judicial a las oficinas administrativas y operativas de la OCCRE, en las que se deberán verificar que en la actualidad se siguen ejecutando funciones administrativas que dieron lugar a la condena del Departamento Archipiélago.

Caso Concreto

Descendiendo al caso concreto, se hace necesario verificar de acuerdo a las pruebas que fueron antes relacionadas; los hechos que se lograron acreditar dentro del presente proceso, para luego resolver acerca de la inconformidad de la entidad demandante respecto de la decisión apelada.

Quedó debidamente demostrado que la Dra. BIELKA ISIDORA HUDGSON LIVINGSTON identificada con cedula de ciudadanía No. 40.990.337 prestó sus servicios a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, desde el 25 de marzo de 2008 hasta el 20 de marzo de 2012, ocupando el cargo de Director Administrativo con clasificación 009-20 bajo el Despacho Departamental-OCCRE-. (Ver certificación a folio 9)

Que entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el señor Humberto Miguel Torres Vega se suscribió contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión 032 de 2011. Este contrato fue adicionado. (ver fls. 22 y 25)

Se observa que el día de inicio de las actividades del contrato 032 de 2011 es el 25 de febrero de 2011, día en que fue suscrita el respectivo Acta.

Que el señor Humberto Torres Vega y Jannet Sue Meyer Forbes demandaron a la entidad territorial de orden departamental en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto, a través de oficios, les fue negado el reconocimiento de una relación laboral y pago de prestaciones sociales, actos que fueron declarados nulos por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito el 21 de abril de 2015. (ver sentencia de primera instancia proferida en el proceso de radicado No. 88-001-33-33-001-2014-00031-00 a folios 30-55 del cdno. ppal. del expediente)

Contra dicha providencia se interpuso el recurso de apelación que fue desatado por esta Corporación mediante sentencia calendada 12 de febrero de 2016, confirmando la misma, respecto al pago de una condena a favor del señor Torres Vega. (ver fls.62-76)

Este Tribunal arribó a tal decisión, con base en el acervo probatorio que permitió a la Sala concluir que fue debidamente demostrado la realidad contractual en cuanto

al señor Humberto Torres Vega pues se encasilla en su totalidad, los elementos propios de una relación laboral.

Que "……*es dable afirmar de la lectura misma del objeto contractual suscrito por el señor Humberto Torres Vega que se desprenden actividades y funciones netamente permanentes al ejercicio común y necesario para el funcionamiento del ente de control poblacional de este Departamento, dicho de otra manera, el objeto mismo de la contratación, desdibuja la transitoriedad deprecada por la entidad recurrente, pues la naturaleza de dichas funciones dan lugar al desarrollo intrínseco de la misión de la entidad contratante…..".* (cursiva fuera del texto)

Según memorando consecutivo No. 070 del 19 de julio de 2016, la Tesorería del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se certifica que: "*con el fin de dar respuesta a su solicitud, le certifico que el pago a favor del señor Humberto Torres Vega, identificado con cedula de ciudadanía 18003219, por concepto del proceso en contra de esta entidad, por valor de $8.053.313 fue realizado a travez (sic) de su apoderado Jayson Taylor Davis, el día 8 de junio de 2016*" (fl.10)

Se observa comprobante de egresos No. 3372 del 07 de junio de 2016, concepto *FALLO TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DEL SEÑOR HUMBERTO TORRES VEGA Y OTROS EN CONTRA DEL DPTO., valor egreso: 8.053.313.00, orden 1255 cuenta N540-192671 Banco de Bogotá*. (fl.11)

Asimismo, fue allegado copia de la consulta de históricos de pago Nom-Banco de Bogotá *nombre del beneficiario Jayson Taylor Davis-Humberto Torres Vega, cuanta acreditada 266060010318 Banco Davivienda, valor $8.053.313.oo estado de transacción procesada,* de fecha 06 de agosto de 2016. (fl.12)

Por otro lado, se observa extracto de libros de pago presupuestales desde el 01 de enero de 2016, orden No. 1.255 beneficiario Humberto Torres Vega, pagos $8.053.313.00 cuenta Banco de Bogotá. (fl.13)

Los documentos antes relacionados, acreditan el pago efectuado por la entidad demandante a favor del señor Humberto Torres Vega, con ocasión a la condena impuesta el 21 de abril de 2015, decisión confirmada por este cuerpo colegiado en fecha 12 de febrero de 2016.

Con base en lo antes dicho, el juez de primera instancia resolvió negar las pretensiones de la demanda, toda vez que se desprende del material probatorio que reposa en el plenario, que en el caso bajo estudio no se logró demostrar el elemento de la subjetividad, esto es, la culpa o dolo en el actuar u omisión por parte de la ex funcionaria demandada, que pudiera dar lugar a la responsabilidad que le fue imputada al Departamento y la consecuente condena que tuvo que pagar.

Este Tribunal se adhiere a los argumentos expuestos en la sentencia apelada, por considerar que si bien se reúnen los requisitos de i) 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 ii) el pago efectivo realizado por el Estado y iii) la calidad de agente del Estado que ostenta la demandada, no se observa los presupuestos facticos y elementos probatorios que permitan cualificar la conducta de la Dra. Bielka Hudgson Livingston, como determinante en la condena impuesta al Departamento así como tampoco, la presencia de dolo o culpa grave que diera lugar al daño por el cual fue condenada la entidad territorial.

No es de recibo para esta Sala lo expuesto por el apoderado judicial de la recurrente, respecto a la omisión de supervisión por parte de la Directora de la Oficina de

Control Poblacional para la época de ocurrido los hechos objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, pues es claro que la aquí demandada pese a ocupar un cargo de nivel directivo no puede definir la naturaleza de los contratos celebrados entre la Entidad y quienes tiene a su cargo. Es decir, no puede atribuirse a la Directora de una Oficina dependiente del Departamento Archipiélago, con funciones especiales entre las cuales se encuentran las señaladas en el certificado visible a folio 9 del expediente, la responsabilidad de asignar funciones a los contratistas por prestación de servicios para apoyo a la gestión misional siendo esto un asunto que emerge del objeto del contrato mismo, suscrito entre las partes y las obligaciones pactadas.

Del supuesto incumplimiento de la obligación como supervisora del contrato de prestación de servicios suscrito con el señor Humberto Miguel Torres Vega, no puede discutirse en este escenario judicial, por cuanto el medio de control que nos ocupa, no faculta al juez estudiar sobre la ejecución y cumplimiento del contrato estatal celebrado bajo esta modalidad y mucho menos colegir en este momento, que esto incide directamente en la condena impuesta a la entidad, pues sería una conclusión apresurada y sin fundamento legal.

Si es tan reprochable la presunta omisión de la función de supervisión por parte de la ex funcionaria que hoy se demanda, llama la atención de esta Sala, que la entidad no hubiera procedido con los mecanismos idóneos para el respectivo llamado de atención o en su defecto, sanción previa a la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho e incluso estando dicho proceso en curso. Lo anterior, se traduce en una falencia por parte de la misma entidad contratante y no como lo pretende mostrar, el vocero judicial apelante en su escrito cuando reitera la falta de supervisión del contrato que se encontraba en cabeza de la Directora Administrativa de la OCCRE.

Si el Juez en primera instancia y este Tribunal en alzada, declararon la relación laboral del señor Torres Vega y el Departamento, por prevalecer la realidad sobre las formalidades, esto debería ser un motivo para la entidad replantear la forma en que celebra algunos contratos directos, prestan sus servicios a la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE-, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios cuando en realidad acatan instrucciones de horarios y/o turnos, son subordinados y cumplen algunas funciones que no son característicos de un servicio transitorio o de simple apoyo a la gestión misional como se dice.

El Director Administrativo de turno que es elegido por un período anual, tendría que asumir arbitrariamente entonces, la responsabilidad de aquellas actividades que debe desarrollar todo contratista que presta sus servicios a la OCCRE, sin tener en cuenta ni siquiera el objeto del contrato, lo que daría lugar a una extralimitación en sus funciones y desconocería por completo la cláusula PRIMERA del contrato No. 032 y su adicción, pues es claro que la entidad es quien debe velar por que se cumpla a cabalidad con las actividades que son de “simple apoyo a la administración”.

Finalmente, para la Sala es importante exhortar a las entidades públicas con miras a que hagan un buen ejercicio de la acción de repetición, pues se observa con preocupación que las demandas de esta naturaleza se están presentando en forma descuidada y poco diligente –como ocurrió en el presente asunto–, circunstancia que impide la realización de su fin principal, cual es la recuperación del patrimonio o recursos públicos.

Así, entonces, es necesario que se asuma con mayor estudio y rigurosidad el ejercicio de las acciones de repetición y, por consiguiente, la defensa del patrimonio público.

Condena en Costas

Sin condena en costas en esta instancia**.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE en todas sus partes, la sentencia de fecha 18 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: - Sin condena en costas

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SIGCMA

Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado