Cartagena de Indias D.T. y C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)

|  |  |
| --- | --- |
| Medio de control: | Repetición |
| Radicado: | 13001-33-33-005-2014-00296-01 |
| Demandante: | I.C.B.F |
| Demandado: | Rubén Darío Prada Caraballo y Asociación de Niños de Papel |
| Magistrado Ponente: | Jorge Eliécer Fandiño Gallo |

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión adoptada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probadas las excepciones de improcedencia del medio de control de repetición contra persona jurídica y de faltalegitimación en la causa por pasiva.

**I. ANTECEDENTES.**

En el sub lite, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control derepetición, solicitó que se declare responsable al señor Rubén Darío Prada Caraballo y solidariamente a la Asociación Niños de Papel, por los perjuiciosocasionados alICBF, como consecuencia de la condena impuesta en la sentencia de 3 de noviembre de 2009, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

En fecha4 de marzo de 2013 (fls. 209-210), se expidió auto mediante el cual se admitió la demanda. Posteriormente, el 12 de marzo de 2013 el accionante presentó escrito de reforma de la demanda, en el que modificó el hecho tercero del libelo introductorio (fl.211-212).

Mediante proveído de 14 de marzo de 2013, se admitió la reforma de la demanda (fl. 213- 214).

El 23 de mayo de 2013, el señor Rubén Darío Prada Caraballo a través de apoderado, presentó escrito de contestación de la demanda, en el que se formularon como excepciones de mérito las causales de exclusión de responsabilidad contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 (Fl. 231- 246).

El 25 de junio de 2013, el juzgado de origen corrió traslado a la contraparte de las excepciones formuladas por el accionado por el término de tres (3) días dentro de la cual, la parte accionante presentó escrito oponiéndose a las mismas (fl.263).

Enauto de 29 de julio de 2013, se ordenó citar a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para la celebración de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo, el día diez (10) de septiembre de 2013, a las once (11:00 am) (fl.281- 282).

El 5 de septiembre de 2013, la Asociación Niños de Papel, a través de apoderado, presentó memorial manifestando no poseer correo electrónico inscrito el en registro mercantil para notificaciones judiciales, sino que aparece dirección de notificaron en el Barrio Canapote, Calle 59, Nª 16-4, Cartagena, Bolívar (fl.284).

El 6 de septiembre de 2013, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bolívar resolvió dejar sin efectos el auto de fecha 29 de julio de 2013 que ordenó citar a las partes para la audiencia inicial (fl.285-286).

En fecha de 15 de octubre de 2013, la Asociación Niños de Papel a través de apoderado, presentó memorial de contestación de la demanda y formuló excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de legitimación en la causa por activa, improcedencia del medio de control de repetición contra personas jurídicas, inexistencia de culpa grave e inexistencia de solidaridad (fl.287-298).

Seguidamente el Juzgado de origen, el día 15 de noviembre de 2013 se declaró impedido para conocer del asunto de la referencia, por encontrase inmerso en la causal 3 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (fl.299-300). Posteriormente en auto de 27 de mayo de 2014, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, aceptó el impedimento manifestado por el juzgado de origen y avocó el conocimiento del mismo (fl.304-305).

El 31 de julio de 2014 se corre traslado a la parte interesada por el término de tres (3) días de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda (fl.313). El día 5 de agosto de 2014, parte accionante presentó contestación del traslado de las excepciones (fl.314-359).

El 14 de agosto de 2014 se fijó la celebración de la audiencia inicial para el día 24 de noviembre de 2014, a las 2:30 pm (fl.360). En esa fecha se celebra audiencia inicial, donde se declaróprobadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e improcedencia del medio de control de repetición contra personas jurídicas, alegadas por la demandada Asociación Niños de Papel (fl.366).

En la misma audiencia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión, y el a quo concedió la alzada en el efecto suspensivo y ordenó su envío al Tribunal Administrativo de Bolívar, a fin de que se diera el trámite respectivo.

Esta Corporación profirió auto de fecha 11 de mayo de 2015, resolviendo remitir el expediente al juzgado de origen, a fin de que subsanara las irregularidades con relación al medio magnético contentivo de la diligencia evocada, toda vez que era inaudible y generaba la imposibilidad de resolver el recurso de apelación interpuesto (fl.3 -C2).

El Juzgado Octavo allegó CD contentivo de la audiencia inicial, celebrada 23 de julio de 2015 donde subsanó el defecto anotado y remitió el expediente para continuar con su trámite (fl.376-377).

**II. PROVIDENCIA RECURRIDA.**

En la decisión apelada se declararon probadas las excepcionesde improcedencia del medio de control de repetición contra persona jurídica y falta de legitimación en la causa por pasiva y, en consecuencia se dio por terminado el proceso respecto de la demanda Asociación Niños de Papel, con sustento en los siguientes argumentos:

*“El despacho ha de recordar que tanto el artículo 2 de la Ley 678 de 2001 como el 142 de la Ley 1437 de 2011 exige que el medio de control de repetición deberá ejercerse sobre el servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones publica, cuyo actuar doloso o gravemente culposo haya dado motivo a la condena de la entidad, de lo anterior se colige que la repetición procederá contra persona naturales y no jurídicas, toda vez que el juez ha de estudiar el aspecto subjetivo como es el despliegue de una conducta dolosa o gravemente culposa, lo cual se predica solamente de aquella. En consecuencia se declarará probada la excepción y se tendrá por terminado el proceso, frente a la demandada Asociación Niños de Papel.”*

**III. RECURSO DE APELACIÓN.**

El recurrente durante la audiencia inicial (fl.82-88) manifestó su inconformidad frente a la anterior decisión, alegando:

*“Es mi posición presentar apelación contra la decisión, toda vez que consideramos que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar suscribió contrato con la Asociación Niños de Papel y es a ésta asociación a quien se le entrega el cuidado de los niños y niñas y adolescente, que se le ponen a su disposición para que cumpla con todo lo exigido dentro del el contrato. La asociación Niños de Papel dentro del contrato lo hace bajo su fuente y riesgo y en el mismo él tiene la obligación de contratar al personal idóneo para el cuidado de los niños y los adolescentes en este caso y consideramos que es la entidad quien debe responder por que es con ella con quien con la que ICB celebró contrato de aporte, a quien le entrega toda la atención de los niños y es ella que debe responder por el personal idóneo que debe cuidar a los mismo, es por esto que consideramos que no estamos de acuerdo con la decisión.”*

Así las cosas, procede la Sala a resolver el recurso impetrado por la parte demandante, esto, en razón a las siguientes,

**IV. CONSIDERACIONES.**

**1. Competencia**

Según lo establecido por el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver el recurso de apelación contra los autos susceptibles de este medio de impugnación, proferidos por los Jueces Administrativos en primera instancia.

En este sentido, el artículo 243 de la citada disposición señala: *(…)También serán apelables autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos: 1. El que rechace la demanda. 2El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite. 3 El ponga fin al proceso (…).*

En efecto, por tratarse de una de aquellas decisiones a que se refieren los numerales 1 a 4 del artículo en mención, tendrá que ser proferida por la respectiva Sala de decisión del Tribunal Administrativo en primera instancia.

Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la misma codificación que prevé: “*Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4 del artículo 243 de este código serán de Sala (…).*

Así la cosas, se concluye que le asiste el conocimientoa esta Corporación del recurso en estudio, por las razones anteriormente expuesta y en virtud de lo dispuesto en el artículo 180 numeral 6 que contempla que el auto que decide sobre las excepciones previas serán susceptibles del recurso de apelación.

**2. Problema Jurídico.**

El problema jurídico se circunscribe a determinar si los criterios de imputación del dolo y culpa grave consagrados en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política, en los eventos en que el Estado ejerza el medio de control de repetición, se pregona exclusivamente de los servidores o ex servidores públicos o si, se aplica a todos los particulares que en ejercicio de funciones públicas ostentan la calidad de personas naturales o jurídicas.

**3.Desarrollo del Problema Jurídico.**

Sea lo primero precisar,que la acción de repetición es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública.

En este sentido, el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo dispone:

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

*(…)*

Los sujetos contra los que se puede ejercer la acción de repetición son claros y determinados por el legislador, es decir, servidores públicos, ex servidores públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas, de tal forma que no hay lugar a interpretaciones equivocas sobre los mismos.

Qué se entiende por “particular en materia de responsabilidad civil”,tanto el artículo 90 constitucional como en esta disposición no se especificó qué clase de particular puede cumplir funciones públicas, en este sentido, hay que entender que los “particulares” pueden ser personas naturales o personas jurídicas.

De conformidad con lo anterior, el particular a quien se le pueden atribuir funciones públicas puede ser de dos clases:

a) Persona Natural: el artículo 73 del Código Civil, establece que persona natural *“son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”*; que por el solo hecho de ser personas tienen derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. La personalidad jurídica, no es otra cosa que la aptitud natural de todo individuo de la especie humana para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Se debe tener en cuenta que para atribuir funciones públicas a una persona natural está debe tener capacidad legal; es decir ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo, y sin el ministerio o la autorización de otra persona, según lo señala elartículo 14 del Código Civil.

b) Persona Jurídica denominada también moral o colectiva: según el artículo 633 del Código Civil “*se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”*. Pueden ser corporaciones o fundaciones entre otras.

La persona colectiva está integrada por personas naturales, quienes no pueden realizar por sí mismas los actos jurídicos de derecho, sino que sus decisiones se toman a través de órganos suyos creados para tal fin y su voluntad jurídica se concreta por medio de su representante legal.

Como la voluntad jurídica se concreta por medio de su representante legal a través de él es que se analiza el aspecto subjetivo.

Ahora bien, los particulares que desarrollan funciones públicas, son aquellos que desempeñan actividades que por su naturaleza le corresponde cumplir a la entidad estatal para desarrollar los fines del Estado y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacía personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo), lo cual bien puede generarse a través de un contrato en los términos que lo permiten las normas sobre contratación, donde no hay ninguna vinculación laboral alguna, para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos.

En armonía con lo anterior el parágrafo 1 del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, **por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición,**establece:

(…)

*PARAGRAFO 1:* ***Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas*** *en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.*

La citada disposición atribuye la calidad de particular que cumple funciones públicas a los contratistas, determinado que contra ellos puede recaer responsabilidad patrimonial con relación a los diferentes pagos que el Estado haya realizado en ocasión de una condena judicial, por la conducta dolosa o gravemente culposa en la que hayan incurrido.

Además, la Corte Constitucional en sentencia C- 484 de 2002 señaló:

*“Adicionalmente, es la propia Constitución la que facultó al legislador para que regulara su ejercicio, y fue lo que efectivamente hizo en el parágrafo primero del artículo 2 de la ley acusada, al considerar que el régimen de responsabilidad para los contratistas respecto a la acción de repetición debía ser el mismo que se aplica a los servidores públicos****, por cuanto, además de que éstos responden en los términos del contrato,su actuación también puede ocasionar un daño como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, evento en el cual debe responder en los términos del artículo 90 de la Carta”.***

La responsabilidad patrimonial de los contratistas, interventores, consultores y asesores a que alude el parágrafo primero del artículo 2 de la ley 678 de 2001, se encuentra en consonancia con la Constitución Política, toda vez que establece que el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas es igual al de los servidores públicos.

De otro lado, la Ley 80 de 1993 en sus artículos6 y 32 disponen:

*“Artículo 6.* ***Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes****. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. (…) “*

*Artículo 32****. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, (establecimientos públicos)*** *(…) (paréntesis fuera del texto)*

En el asunto bajo análisis, se tiene que el ICBF es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que lo hace acreedor de la denominación de “entidades estatales”y la demandada Asociación de Niños de Papel es una entidad sin ánimo de lucro, con personería jurídica e inscrita en la Cámara de Comercio, conforme a lo dispuesto en el estatuto de contratación.

Adicionalmente, se anota que esta accionada presentó solicitud para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento a fin de prestar el servicio de protección al menor y la familia, otorgada por el ICBF por el término de dos (2) años a partir de la expedición de la respectiva resolución (Fl. 336-337).

Posteriormente celebró contrato de aporte 0022 con el Instituto y se obligó a*: “a prestar el servicio de Atención Integral en Protección, requerido por los niños, niñas no jóvenes abandonados o en peligro físico, menores de 18 años remitidos por el instituto conforme a lo establecido en los lineamientos técnicos (…)”* (fl.338-342)*.*

Expuesto lo anterior,se tiene que en el presente asunto se configuraron todos los presupuestos antes mencionados para la celebración de un contrato estatal, por lo que, la Asociación Niños de Papel en su calidad de contratistaasumió la obligación que dispone el artículo 5 de la Ley 80 de 1993:

*Artículo 5. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:*

***2.Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad****; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamiento que pudieran presentarse.*

***3****.* ***Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.***

De este modo, anota la Sala que no hay lugar a declarar probadas las excepciones de improcedencia del medio de control de repetición contra una persona jurídica y la falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por la accionada, ambas por las misma razones, esto, teniendo en cuenta que el legislador es preciso al decir que el Estado podrá repetir también contra los particulares que cumplan función púbica y al ser la Asociación de Niños de Papel una persona jurídica que contrató con el ICBF se encuentra legitimada para que contra ella se inicie acción de repetición y,por contera,para ser parte en este proceso.

Así las cosas, se revocará el auto de 23 de julio de 2015, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena que declaró probada las excepciones de improcedencia del medio de control de repetición contra persona jurídica y falta de legitimación en la causa por pasiva y se ordenará continuar con el trámite de la audiencia inicial.

**RESUELVE:**

**PRIMERO:REVOCAR** el auto de fecha 23 de julio de 2015, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual se declaró probada las excepciones de improcedencia del medio de control de repetición contra persona jurídica y falta de legitimación en la causa por pasiva, y en su lugar se dispone:

**SEGUNDO:** Ejecutoriada la presente providencia, **ENVIAR** de forma inmediata el proceso de la referenciaal Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, para que continúe con el trámite de la audiencia inicial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

**JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

**JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO CLAUDIA PEÑUELA ARCE**