

Ibagué, Tolima febrero de 2021.

Doctora

JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES

Juez Sexta Administrativa del Circuito

adm06ibague@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ibagué, Tolima

E. S. D.

REFERENCIA:	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.
RADICACIÓN:	Nº 73001-33-33-006-2020-00006-00
DEMANDANTE:	MUNICIPIO DE ANZOATEGUI
DEMANDADO:	ALFREDO ANTONIO GARCIA REYES.
MEDIO DE CONTROL:	REPETICIÓN.

VALERIA MARÍA GÓMEZ GAITÁN, identificada civil y profesionalmente como aparece bajo mi correspondiente firma, actuando en mi calidad de apoderada judicial del señor **ALFREDO ANTONIO GARCÍA REYES**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 93.361.718, de conformidad con el poder que aporto en el presente documento, estando dentro del término legal dispuesto para el efecto, de la manera más respetuosa me dirijo a su despacho para contestar la demanda de la referencia.

Para el escrito de contestación de demanda se guardará el siguiente orden:

1. A los fundamentos fácticos
2. A las pretensiones
3. Argumentos de defensa
4. Solicitud
5. Pruebas
6. Anexos
7. Notificaciones

1. A LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Primero. Es parcialmente cierto. El acto administrativo objeto de controversia no fue proferido con desconocimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Segundo. Es cierto.

Tercero. Es cierto

Cuarto. Es cierto

Quinto. No es cierto. El Decreto 010 del 28 de febrero de 2013 fue expedido con observancia de las reglas jurisprudenciales establecidas por el honorable Consejo de Estado frente a la desvinculación de funcionarios provisionales vigentes en la época en que se expidió.

Sexto. Es parcialmente cierto, si bien al declarar la primera y segunda instancia la nulidad del Acto Administrativo mencionado, se generó un detrimento patrimonial a la entidad, ello, no se debió a una falta de motivación ni mucho menos a una expedición irregular por parte del ex funcionario estatal.

Séptimo. No me consta. Sin embargo, se avizoran elementos suasorios encaminados a sustentar la afirmación, que deberán ser valorados en el proceso de la referencia por la señora juez.

Octavo. Es falso. El actuar desplegado por el señor Alfredo Antonio García Reyes, con ocasión de la expedición del Decreto 010 del 28 de febrero de 2013, no está revestido de culpa grave y mucho menos de dolo, así como se explicará en el acápite de fundamento jurídicos.

2. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS.

En ejercicio de la defensa que le asiste a mi prohijado y de conformidad con los argumentos expuestos a lo largo de este escrito de contestación, me opongo a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte actora, por considerar que carecen de fundamento de hecho y de derecho tal como lo expondré en el acápite correspondiente.

Como consecuencia de ello, solicito se denieguen las súplicas de la demanda, porque, como se demostrará dentro del proceso no existen fundamentos fácticos y jurídicos que demuestren la configuración de un actuar gravemente culposo o doloso por parte de mi poderdante, que puedan dar lugar a la declaratoria de responsabilidad civil del ex servidor público, en virtud de la acción de repetición.

3. ARGUMENTOS DE DEFENSA

En este acápite se expondrán cuatro excepciones de fondo, que son las que a continuación se enuncian:

1. Improcedencia de las presunciones contempladas en la Ley 678 de 2001.
2. Inexistencia de motivo de nulidad en la expedición del Acto Administrativo que deriva en la ausencia de legitimación en la causa en el extremo pasivo
3. Ausencia de concurrencia de los requisitos legales para la declaración de responsabilidad del ex servidor público, en virtud de la acción de repetición.
4. Genérica.

Sin más preámbulos, se empezará a efectuar el análisis jurídico propuesto previamente.

EXCEPCIONES DE FONDO

1. Improcedencia de las presunciones legales contempladas en la ley 678 de 2001

La Ley 678 de 2001 regula todo lo concerniente a la Acción de repetición; contemplando dos presunciones legales de dolo y culpa grave en sus artículos 5 y 6 respectivamente; las causales allí estipuladas se materializan cuando el servidor o ex agente público realizan una de las conductas enunciadas en el cuerpo normativo.

Es imperativo abordar el significado de la palabra presunción, la cual según la Real Academia Española se define como “Der. Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”, esto quiere decir, que no necesita prueba alguna para soportar dicho suceso.

Lo anterior conlleva, a que la persona señalada por alguna de esas conductas, automáticamente se presume que incurrió en un comportamiento doloso o culposo, dejando de lado el acervo probatorio y el principio de buena fe que revisten las actuaciones desplegadas por los funcionarios públicos, pues se toman los hechos formulados en la demanda como ciertos.

En ese orden de ideas, en la acción de repetición su condena sería automática por la aplicación de esas presunciones, conllevando a que exista una responsabilidad objetiva del funcionario o ex servidor público demandado, la cual esta proscrita en nuestro ordenamiento, en virtud, del artículo 29 de la Constitución Política,

pues se estaría vulnerando el Derecho al debido proceso, razón por la cual, es necesario llevar a cabo un debate probatorio sobre la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa; carga probatoria que debe ser asumida por el demandante; siendo equivocado pensar que las pruebas en TODOS Y CADA UNO de los casos de acción de repetición está en cabeza del demandado, es decir, que le corresponde a este desvirtuar los presupuestos de la demanda.

La Honorable Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C 455 de 2002 con magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideró sobre la presunción de dolo y culpa grave:

"De lo anterior se deduce, sin lugar a equívocos, que pese al cumplimiento de alguna de las hipótesis previstas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678, el agente estatal contra el cual se dirija la acción de repetición siempre podrá presentar prueba en contrario que lo libere de responsabilidad civil. Las presunciones contenidas en las normas acusadas son, entonces, de las llamadas presunciones iuris tantum, pues admiten prueba en contrario, y no de las presunciones iuris et de iure, que no lo hacen".

Por otro lado, el Honorable Consejo de Estado, en providencia del año 2014, precisó en similar sentido¹:

"Bajo el régimen sustantivo previsto en la Ley 678, sus artículos 5º y 6º previeron unos eventos en que algunas circunstancias se presume que la conducta desplegada por el agente estatal es calificada de dolosa o gravemente culposa. (...) En estos eventos de que tratan los preceptos antes referidos, la administración demandante tiene la carga de probar únicamente los supuestos a los que aluden las normas. Se trata de "presunciones legales" (iuris tantum) y no de "derecho" (iuris et de iure) (...)"

Así las cosas, se reitera, no existe en el caso de mi prohijado causal clara y probada que permita tener por presente como causa generadora del daño una conducta cometida ni a título de dolo, ni a título de culpa grave, y, por lo tanto, no se ha invertido la carga de la prueba.

Por ende, el operador de justicia en acción de repetición no puede convertirse en un mero agente pasivo, que se limite a repetir lo que ya han expresado en la sentencia de condena contra la entidad pública, sin evaluar la conducta del funcionario y su real participación en los hechos.

En la demanda, el accionante señala que se debe aplicar las presunciones de la Ley 678 de 2001, por aparentemente existir la ocurrencia de conductas dolosas y gravemente culposas producto del Decreto 010 del 28 de febrero de 2013, sin embargo, no aportó pruebas para acreditar dichas afirmaciones, por lo cual simplemente se limita a solicitarle a la señora Juez que aplique de lleno dichas figuras jurídicas, por ello, le suplico a su señoría que no prospere dicha solicitud, en cuanto, que se estaría vulnerando el debido proceso al demandado, al no usar elementos probatorios para condenarlo a la repetición, sino que, simplemente basarse en las sentencias impuesta contra la entidad, pues como se decantará más adelante, no basta simplemente con una condena al Estado que derive en un perjuicio económico, sino que este debe ser producto de **UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA** para que prospere la acción incoada.

2. Inexistencia de motivo de nulidad en la expedición del Acto Administrativo que deriva en la ausencia de legitimación en la causa en el extremo pasivo

Para iniciar es importante destacar que de conformidad con el artículo 2º de la Ley 678 de 2001 *"La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una **condena**, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial".*

En lo que concierne a las disposiciones normativas en comento, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha expresado:

*"De la normatividad anterior, es fácil inferir que los sujetos pasivos de la acción de repetición son, exclusivamente, los servidores, ex servidores y particulares que ejerzan funciones públicas **que con su actuar doloso o gravemente culposos generaron una condena contra una entidad pública.** La razón es simple: como quiera que la finalidad de esta acción es la protección del patrimonio público y la*

moralidad administrativa, es lógico que las personas a las cuales está dirigida sean las que manejan los dineros y bienes del Estado”¹ (subrayado por fuera del texto).

Pues bien, conforme al aparte jurisprudencial expuesto, es claro que el sujeto pasivo de la acción de repetición, debe ser directamente el servidor o ex servidor que **dentro de su ejercicio y actuar, el cual debe ser doloso o gravemente culposo, genere una condena** contra la entidad pública a la cual pertenece o perteneció.

A lo anterior debe agregarse que respecto al requisito del actuar doloso o gravemente culposo, debemos acudir a lo dispuesto por el Consejo de Estado, que en Sentencia que dictó la Sección Tercera el 31 de agosto de 1999, exp. 10.865. M.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, reiterada por esta Subsección, entre muchas otras sentencias, a través de fallo de 13 de agosto de 2014, exp. 28.494., ha venido insistiendo que “(...) *para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos*”, donde “[r]esulta igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como los de **buena fe** que están contenidos en la Constitución Política² y en la ley, a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia”³.

Siguiendo esta línea argumentativa, en el caso que nos ocupa y de acuerdo con las aseveraciones efectuadas en el libelo introductor, a mi representado se le reprocha como conducta gravemente culposa o dolosa, en palabras de la parte actora, el hecho de que, por falsa y falta de motivación en la expedición del Decreto 010 del 28 de febrero de 2013, originó una erogación patrimonial a cargo de la Alcaldía de Anzoátegui, que fue producto de reconocimiento indemnizatorio de acuerdo a los hechos descritos en la providencia que impuso la condena al ente territorial.

Las causales que se encarga de enunciar la parte actora, mediante un carente ejercicio de argumentación, consiste simplemente en señalar en que el accionado

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicado: 11001-03-26-000-2002-00020-01 (22.565). Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009).

² El artículo 83 Constitucional reza: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*”.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Febrero veinticuatro (24) de dos mil dieciséis (2016), febrero veinticuatro (24) de dos mil dieciséis (2016). Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

con la conducta que desplegó actuó con dolo y culpa grave, encasillando estas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, específicamente:

"Artículo 5 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:

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.

Artículo 6 Culpa Grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable."

De la lectura del acto administrativo, así como de las sentencias que dieron lugar a la condena que sirvió de sustento para enfilear la demanda que nos convoca, se puede dilucidar que no se configuran los supuestos fácticos dictados en la norma arriba transcrita. Lo anterior, puesto que como es de público conocimiento, para la fecha de los hechos no era pacífica la postura que se sostenía que el acto de retiro de los funcionarios provisionales debía ser motivado bajo la perspectiva vigente para el año 2020, situación que permite derruir la actuación gravemente culposa, pues no puede pasarse por alto que el grado de exigencia en la motivación de dichos actos existente para la fecha de expedición del acto no es el que prima para la fecha de estructuración del proceso de la referencia.

Sobre el particular, se citarán algunos extractos jurisprudenciales que demuestran lo expuesto, así:

En el pronunciamiento del 03 de marzo de 2011 efectuado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del proceso con Radicación No. 50001-23-31-000-2004-10507-01(0784-10), se indicó:

"En éste punto, se hace necesario recordar tal como se precisó en acápite precedente, que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad alguno, con lo que en consecuencia procede su retiro sin que sea menester su motivación, en consideración a que su

nombramiento no requiere de ningún procedimiento, contrario a lo que sucede para el caso de los empleados de carrera, pudiéndose equiparar al cargo de libre nombramiento y remoción. También se resalta que su permanencia por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad”.

De otro lado, encontramos el siguiente precepto jurisprudencial que, a su turno, soporta que para la fecha de los hechos no existía una exigencia en la motivación de los actos de desvinculación de los provisionales, en el sentido actual en la jurisprudencia. Para el caso que se cita, la demandante fue vinculada a la Administración Municipal para que se desempeñara como Inspectora de Policía luego de haber sido nombrada en provisionalidad, no obstante, tal nombramiento no se tradujo en una inamovilidad para ella. La sección segunda subsección B del H. Consejo de Estado por medio de sentencia 08001-23-31-000-2002-01191-01(9572-05) del 15 de marzo de 2007, con ponencia del Doctor JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMENTE dijo:

"La condición de haber sido nombrado hasta que se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso ni el nominador pierde la facultad para removerlo. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera.

El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio”.

Así las cosas, el Acto Administrativo de Insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de la señora Piedad Salazar que para el momento de los hechos se desempeñaba como auxiliar administrativa en la tesorería, fue mediante el Decreto 010 con fecha del **28 de febrero de 2013** fecha en la que como se ha venido dilucidando no solo existía un choque de trenes entre altas cortes como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, sino que entre las mismas subsecciones de la sección 2 del máximo Tribunal administrativo.

Respecto al último punto, el Consejo de Estado teniendo en cuenta la normatividad señalada y atendiendo la necesidad de unificar la posición de las subsecciones A la cual consideraba que el Acto Administrativo de insubsistencia de las personas nombradas en provisionalidad debía estar motivado, al contrario de la subsección B la cual expuso que a estos funcionarios no les asiste el fuero de inamovilidad, pues, están sujetos a la facultad discrecional del nominador, no requiriendo motivación para el Decreto.

En ese orden, en sentencia del 13 de marzo de 2003, con radicado 1834-0143 con consejero ponente Dr. Tarsicio Cáceres, el máximo órgano fijó su criterio en el sentido de señalar que los funcionarios provisionales al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, pues cuenta con una doble inestabilidad por un lado la desvinculación que puede ejercer el nominador por su discrecionalidad y por otra, el ser desplazado por el ganador del concurso de méritos.

Así las cosas, el Acto administrativo objeto de la litis fue debidamente motivado y no observo una falta de la misma como lo quiere hacer ver la parte demandante con la acción incoada, en la medida que se utilizaron todos los medios normativos en su elaboración tales como:

- Acuerdo 27 del 17 de noviembre de 2012.
- Decretos 082,081,086,083 y 084 de 2012.
- Resolución 260 de 2012
- Pronunciamiento del Consejo de Estado del 21 de agosto de 2008, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas.
- Sentencia C-307 de 1996

Con relación a la jurisprudencia citada en el Acto administrativo, se vislumbra que el Consejo de Estado tenía la misma postura que la del 13 de marzo de 2003, con radicado 1834-0143 con consejero ponente Dr. Tarsicio Cáceres, donde ***NO EXIGÍAN MOTIVACIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO DE INSUBSITENCIA***, en ese orden mi prohijado mediante ese Decreto que detonó en una responsabilidad patrimonial del Estado no tuvo incidencia en la misma, pues su actuar fue acorde, en la medida que no existió vicios de motivación, violación manifiesta de la norma u omisión de las formas sustanciales que deriven en dolo o culpa grave.

Con todo lo expuesto, se considera por parte de la defensa, que la afirmación efectuada por parte del municipio de Anzoátegui, se encuentra alejada de la realidad jurídica y procesal, pues de conformidad con los lineamientos de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición para que tenga vocación de prosperidad, exige algunos presupuestos de necesaria concurrencia, sin los cuales no es posible atribuir responsabilidad civil de un servidor o ex servidor del Estado. En este sentido, es claro que para que se pueda iniciar una acción de tal connotación **se requiere que el demandado sea el real causante del perjuicio patrimonial para la administración pública, situación que no se probó.**

Con todo ello, la ausencia de legitimación en la causa por pasiva en conexidad con la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa, se ve aún más acreditada en la medida que al analizar la conducta desplegada por mi defendido no existe lugar a dudas en considerar que el reproche atribuido no puede ser endilgado al mismo, puesto que no hay vestigios de negligencia o dolo en su actuar.

Con respecto a la falta de legitimación en la causa, ha de tenerse en cuenta que por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho¹. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

Con relación al tema de la legitimación en la causa, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sostuvo:

*"...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque***

¹ Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: "En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente, deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva".

resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, **pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza,** pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra....” (Negrilla propia).

La sala ha sido reiterativa en los anteriores planteamientos al manifestar:

*"Ahora bien, también ha sostenido la Sala que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo – no el procesal –; **si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque***

a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto.¹ (Negrilla propia)

Teniendo en cuenta lo previamente expuesto, de la manera más respetuosa, solicito a la Señora Juez determinar que, para el caso concreto de mi representado, se proceda a negar el petitorio de la demanda, o lo que es igual, sea absuelto de toda responsabilidad que la parte actora ha endilgado a la prenombrada, máxime cuando **no se ha podido probar** el actuar doloso o gravemente culposos.

Por ende, mi prohijado no reúne los requisitos para ser el sujeto pasivo de la presente acción, pues como se ha venido dilucidando para el momento de la expedición del Acto Administrativo de insubsistencia de la señora Piedad, no se exigía que fuese motivado, en cuanto que el cargo en que ella se desempeñaba era de provisionalidad y este no cuenta con ningún fuero o protección, pues se asimila a uno de libre nombramiento y remoción, en ese orden el nominador que en este caso es el señor Alfredo García quien era el Alcalde del Municipio de Anzoátegui no violó u omitió ninguna norma, pues así como en uso de su función nominadora la nombro en el cargo de manera provisional, también aplica para retirar a la persona de sus funciones, en ese orden, sobre el accionado no recae una conducta dolosa o gravemente culposa, por ello, no es factible referirse a mi prohijado como el sujeto pasivo de la demanda impetrada por el municipio de Anzoátegui.

3. Ausencia de concurrencia de los requisitos legales para la procedencia de la declaración de responsabilidad civil del Ex - servidor público, en virtud de acción de repetición.

La Ley 678 de 2001 insta a la administración pública a demandar a sus empleados o ex empleados para que éstos, de su propio patrimonio, restituyan los valores necesarios que el ente público tuvo que cancelar a terceras personas como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier forma anticipada de terminación del proceso que haya sido producto de una conducta dolosa o gravemente culposa debidamente acreditada; en este sentido, la norma en comento exige algunos presupuestos de necesaria CONCURRENCIA² que no

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación: 76001-23-25-000-1997-03056-01 (22.032). Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012).

² El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término "concurrencia", como: Coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias - Asistencia, participación. Hecha esta cita, se debe entender que se requiere para

pueden ser desatendidos para que la acción de repetición tenga vocación de prosperidad, lo cuales consisten en:

- I. La existencia de una condena judicial o acuerdo de conciliación.
- II. El Pago de la indemnización por parte de la entidad pública.
- III. La calidad del demandado como agente o ex agente del Estado.
- IV. Culpa grave o dolo en la conducta desplegada por el demandado.
- V. Que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiera sido la causante del daño antijurídico.

Para el caso que concita la atención, dos de los presupuestos exigidos en el ordenamiento jurídico para atribuir responsabilidad civil de un servidor o ex servidor del Estado no se encuentra presente, pues no existió un actuar doloso o gravemente culposo por parte de mi prohijado que fuera la causante del daño antijurídico, tal como se desprende de los argumentos que se abordarán:

3.1 La Inexistencia de conducta gravemente culposa o dolosa generadora de condena judicial en contra del ente territorial en el cual prestaba sus servicios mi prohijado.

En éste acápite se verá como inexiste la conducta gravemente culposa o dolosa que haya generado la erogación presupuestal como reconocimiento indemnizatorio a cargo del Municipio de Anzoátegui, sobre mi prohijado.

Con esta excepción se quiere demostrar su señoría el quebrantamiento del nexo causal, el cual se da por no existir una conducta dolosa o gravemente culposa desplegada por mi poderdante que detonara en un daño antijurídico hacia la entidad.

Resulta improcedente cualquier señalamiento de imprudencia, negligencia, impericia, o actuación dolosa en cabeza de mí prohijado, toda vez que al ser una persona cuya profesión no es la de abogado, actuó con base en la prudencia y diligencia exigible, esto es, para el momento en que ostentó el cargo de alcalde municipal contrató un asesor jurídico para que prestara sus servicios de dirección frente a los requerimientos del Despacho y, asimismo, dispuso apoderado judicial para que defendiera la situación discutida en estrados judiciales, con ocasión de la demanda del decreto producto de la controversia.

pregonar la responsabilidad patrimonial civil en acción de repetición, el concurso simultáneo o la participación de los cuatro (4) elementos dispuestos por la jurisprudencia, o si se quiere, los tres (3) elementos dispuestos por la ley 678 de 2001.

Es claro, conforme se precisó en el punto antes tratado, que refiere a la ausencia de legitimación en la causa por pasiva, que, por parte de mi prohijado, nunca se desplegó comportamiento o conducta que diera lugar a propiciar el suceso que ocasionó la erogación por parte de la administración, menos aun cuando en la demanda ni siquiera aborda lo concerniente al análisis del comportamiento de mi prohijado.

Pues bien, en este punto debemos partir de manera preliminar, por la definición que nos trae la Real Academia de la Lengua Española del concepto CONDUCTA, así:

"1. f. Manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones,

Del anterior concepto, tenemos que la conducta corresponde a una manera de comportamiento, que es asignada a los hombres, es decir que es personal, por lo que, sin duda, la misma sólo puede ser desplegada y atribuida, por quien única y personalmente la lleva a cabo.

Respecto a los presupuestos para la condena en repetición, el Consejo de Estado¹ en reciente jurisprudencia, consideró:

"La determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta. (...) no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384)

ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública". (Negrillas y subraya ajena al texto de origen).

Debe decirse entonces, que no resulta cierto que mi poderdante con su conducta supuestamente gravemente culposa o dolosa haya dado lugar a la condena impuesta al municipio.

Adviértase además que no se vislumbra en el escrito de demanda, cómo se entiende presente en el caso concreto, el cuarto (4º) de los presupuestos al que hace referencia tanto la ley 678 de 2001, como la jurisprudencia reiterada y pacífica del Consejo de Estado de Colombia, este es, se repite, la cualificación de la conducta como dolosa o gravemente culposa, como uno de los requisitos de la procedencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial de naturaleza civil y su incidencia en el asunto puesto a consideración.

Imperativo para el estudio del caso es entrar a estudiar cada una de las causales esgrimidas en la demanda de la siguiente manera:

Artículo 5 "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"

Lo anterior se desvirtúa en la medida que existe unos supuestos de hecho que motivaron la decisión adoptada. Por ostentar un cargo en Provisionalidad la señora Piedad Salazar, no adquiría para el momento de la ocurrencia de los hechos y según consideraciones del máximo Tribunal de lo Contenciosos administrativo ningún fuero de estabilidad, por el contrario el nominador, que en este caso es el señor Alfredo García que para esa fecha fungía como Alcalde del Municipio de Anzoátegui, podía en cualquier momento y SIN MEDIAR MOTIVACIÓN expedir Acto Administrativo de insubsistencia, sin embargo, en la última parte del Decreto se justifica el mismo en pro de la eficiencia, eficacia, el mérito principios orientadores de la función administrativa, del estatuto de la carrera administrativa, en búsqueda de personas aptas en eficiencia e idoneidad laboral, por ende, citó la sentencia C-307 de 1996.

Apoyando lo anterior la sentencia SU 917 de 2010, la Corte Constitucional señala que no existe *falsa motivación* cuando los actos se motivan en los principios que orientan la función administrativa, así las cosas, no hay lugar a la materialización de la conducta indicada en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001.

Es preciso indicarle al despacho, que la apoderada del municipio de Anzoátegui comete varias impresiones, pues manifiesta que el Consejo de Estado al Momento en que ocurrieron los hechos su postura era contraria a la señalada en la

sentencia esgrimida en el Decreto, sin embargo, si se hace un estudio acucioso de la jurisprudencia de ese alto Tribunal, se vislumbra que los pronunciamientos de sus últimos 10 años han sido que no se necesita motivación para el acto administrativo de insubsistencia, cabe anotar que la más reciente a la fecha actual que encontré fue la sentencia del 4 de agosto de 2010 expediente 0319-08, consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren que sobre el tema indicó que no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, por tanto no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa, para sostener de manera textual que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la misma corporación, en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura.

Sumado a lo anterior, la apoderada del accionante no aportó ninguna sentencia del Consejo de Estado que soportara dicha afirmación, en la cual señala que al momento de la Promulgación del Decreto 010 de 2013 el Consejo de Estado tenía una postura diferente a la expuesta en el Acto administrativo, lo que originaría una presunta falta de motivación y violación manifiesta de la norma.

Artículo 6 "1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho."

En este sentido en la demanda se esgrime que existió una violación al parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 el cual señala, que el retiro de **los empleos de carrera** deben ser por Actos motivados, pues asimila que los de provisionalidad tienen los mismos Derechos que los de carrera, sin embargo, la apoderada recae en un yerro, pues como ya se viene exponiendo, en la jurisprudencia del Consejo de Estado el cargo de carrera y de provisionalidad no son iguales, por ende no cuentan con la misma protección.

En la sentencia 3934-05 del 19 de octubre de 2006, Consejero Ponente Dra Ana Margarita Olaya, el Consejo de Estado señaló que los cargos de provisionalidad se asimilan más a los de libre nombramiento y remoción, en la medida que la inamovilidad de los de carrera supone la superación de un concurso de méritos, con ello, se evidencia que no se requiere motivación para el acto administrativo.

Por ende, no existe una violación a las normas de Derecho, pues al momento de proferir el Acto Administrativo las normas que se aplicaron estaban vigentes, igualmente, no existía una que señalara lo contrario y como ya se expuso, el parágrafo 2 de la citada Ley no aplica para el caso concreto como lo quieren hacer ver en la demanda, pues este es para cargos de carrera y no de provisionalidad.

3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

Según la demanda, se incurrió en esta conducta porque en el Acto Administrativo se omitieron sentencias del Consejo de Estado donde supuestamente señalaban que debían estar debidamente motivados los que versaran sobre insubsistencia de los cargos de provisionalidad, pero a ello, no le asiste ni argumentos fácticos como jurídicos en la acción incoada, pues como ya se ha venido desarrollando la posición del máximo órgano de lo contencioso administrativo ha sido la contraria, donde no se requiere motivación para la desvinculación de esos funcionarios.

En conclusión, como ya se ha venido ventilando ampliamente, no existen todos los elementos necesarios para que se configure la acción de repetición, pues no se logra probar a través de lo expuesto en la demanda la concurrencia de las conductas que deriven en dolo y culpa grave, por ende, al no reunirse todos los requisitos no proceden las pretensiones propuestas por el accionante. Así las cosas, le solicito a su señoría que prosperen todas y cada una de las excepciones, al acreditarse a través de este documento la no existencia de un actuar señalado en el artículo 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.

4. EXCEPCIÓN GENÉRICA/ RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES.

Desde ya se solicita respetuosamente al juzgador de instancia declarar probada cualquier otra excepción que resultara configurada a lo largo del desarrollo procesal, en virtud del principio de la verdad y de los poderes oficiosos del juez

4.- SOLICITUD

En razón a lo expuesto, solicito respetuosamente que el Honorable Despacho tenga en cuenta las actuaciones que se han adelantado y, en consecuencia, dentro del asunto de marras se abstenga de declarar favorablemente las súplicas de la demanda, pues, para el caso en concreto se denota la falta de un actuar culposo o gravemente doloso conforme a lo argumentado en el escrito contentivo de la contestación de la demanda.

Primero: De la manera más respetuosa, solicito que se desestime la totalidad de las pretensiones de la parte actora en lo que tiene que ver con la declaración de responsabilidad patrimonial de mi poderdante, ante la falta de estructuración de la misma, en el entendido que se comprueba que existe una ausencia de legitimación

en la causa por pasiva en lo que respecta a mi representado, además, de la ausencia de un actuar doloso o gravemente culposo.

SEGUNDO. Solicito a su señoría que prosperen todas y cada una de las excepciones propuestas en la demanda, por no existir los requisitos para la materialización de la Acción de repetición.

5.- PRUEBAS

Declaración de parte

Le solicito respetuosamente señora Juez que, conforme las normas que rodean el asunto, decreten la declaración de parte del señor Alfredo Antonio García Reyes, con el fin esclarecer los hechos de la demanda y su contestación, al ser esta prueba conducente, pertinente y útil para el proceso referenciado.

6.- ANEXOS

1. Poder que me fue conferido a mi nombre por parte del señor Alfredo Antonio García Reyes.

7.- NOTIFICACIONES

Al demandante en el escrito señalado en la demanda y a la suscrita, en el Correo electrónico valerygo97@hotmail.com.

Atentamente,

VALERIA MARÍA GÓMEZ GAITÁN

C.C. 1.110.586.304 de Ibagué

T.P. 343.860 del C.S. de la J.