



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO-SUCRE

Sincelejo, doce (12) de agosto del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medio de Control	Repetición
Radicado:	70001.33.33.005.2012.00082.00
Demandante:	MUNICIPIO DE SINCÉ
Demandado:	HÉCTOR OLIMPO ESPINOSA OLIVER

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Repetición por el Municipio de Sincé contra el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver.

I. LA DEMANDA

A. PRETENSIONES:

1. Que se declare al doctor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, exalcalde del Municipio de Sincé, responsable por dolo y culpa grave en su actuación, al haber expedido el acto administrativo contenido en el Decreto No. 0070 de 09 de abril de 2008, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Ella Rocío Retamoza Meza, en el cargo de Técnico Adscrito a la unidad municipal de asistentita técnica y agropecuaria “UMATA”.

2. Que se condene al demandado a pagar a favor del Municipio de Sincé la suma de \$55.261.188 con la respectiva indexación e intereses, suma que fue pagada por éste municipio a la señora Ella Rocío Retamoza Meza en cumplimiento de sentencia judicial.

3. Que el monto de la condena que se profiera, sea actualizada de conformidad con los artículos 190 y 192 del CPACA hasta el monto del pago efectivo.

4. Que se condene en costas y agencias en derecho al demandado.

B. FUNDAMENTOS DE HECHOS

Expresa el apoderado judicial de la entidad demandante que:

Que la señora Ella Rocío Retamoza Meza, fue nombrada en provisionalidad mediante decreto 0103 de 26 de abril de 2004, en el cargo de técnico adscrito a la unidad municipal de asistencia técnica y agropecuaria Umata, del cual tomó posesión el día 27 de abril del mismo año, aportando todos los documentos que acreditaban los requisitos para ser nombrada en dicho cargo.

Que mediante Decreto No. 0084 de 2005, el Municipio de Sincé incorporó a los empleados que se encontraban prestando sus servicios a los cargos de planta de personal fija, incluyendo a la señora Ella Retamoza Meza en el cargo con denominación Técnico Operativo, código 314 grado 01, adscrito a la Unidad Municipal de Asistencia Técnica “Umata”, tomando posesión de dicho cargo.

Que el día 16 de abril de 2008, a través de oficio de fecha 09 del mismo mes y año, a la señora Ella Retamoza se le comunicó que mediante Decreto No. 0070 de 09 de abril de 2008 fue declarada insubsistente del nombramiento en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 01, adscrito al despacho del Alcalde Municipal.

Que mediante apoderado la señora Ella Retamoza Meza el día 19 de agosto de 2008 promovió demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el Municipio de Sincé, la cual fue rechazada a través de auto adiado 27 de agosto de 2008, decisión que luego modificada por lo que se admitió la demanda interpuesta.

Que mediante sentencia de 19 de octubre de 2011, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo declaró la nulidad del Decreto No. 0070, “por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad”.

Que la sentencia aludida ordenó al Municipio de Sincé a reintegrar a la señora Ella Retamoza Meza al cargo que venía desempeñando, reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de su retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro.

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indica la parte demandante que la expedición del acto administrativo, suscrito por el exalcalde señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver-, mediante el cual se declaró la insubsistencia del cargo a la señora Ella Rocío Retamoza Meza por considerar que no había presentado la documentación requerida que acreditara o soportara la experiencia laboral relacionada, constituyó una desviación de poder y falsa motivación, que dejó en evidencia que no actuó bajo los cánones constitucionales y legales, sino que marcó una infracción directa a la ley, razones por las cuales se considera que hubo una conducta gravemente culposa la cual, en cumplimiento a sentencia judicial, dio lugar al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización a la referida señora.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 19 de noviembre de 2012, notificado al Ministerio Público el día 20 de noviembre de 2012, y al demandado el 03 de diciembre de 2012, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico, tal como consta a folios 46 y 50 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: El demandado a través de apoderado judicial se mostró de acuerdo con los hechos 2°, 3°, 4°, 5° (destacó que compartía los argumentos esgrimidos por el juzgado que profirió la sentencia al señalar que hubo falsa motivación y desviación de poder cuando se produjo el decreto 0070 de 2008), y 6°. Así mismo, expresó que el hecho 1° es cierto con la aclaración que en la hoja de vida de la señora Ella Rocío Retamoza al momento de producirse la desvinculación no existía soporte que acreditare el requisito de experiencia que se exigía para ocupar dicho cargo. Respecto al hechos 7° manifestó que no le constaba.

Referente a las pretensiones de la demanda, manifestó que se oponía a cada una de ellas, así: A la 1ra, argumentó que el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver no actuó con dolo o culpa grave al momento de proferir el Decreto No. 0070 de 09 de abril de 2008 en razón a que su proceder fue eminentemente legal y no apresurado o irregular como quiera que el acto fue motivado y allí se consignaron los antecedentes administrativos que dieron origen al referido decreto; a la 2da, que no existe motivo alguno para que condene al demandado a pagar las pretensiones del accionante pues las mismas carecen de fundamento; a la 3ra, se opuso también ya que las solicitudes

elevadas en los numerales 1° y 2° del acápite de pretensiones están llamadas a no prosperar, y a la 4ta, indica que debe pensarse pero al accionante.

Indicó también que el señor Héctor Espinosa desde que inició su mandato como alcalde, periodo 2008-2011, siempre actuó de forma responsable, conforme a la Constitución y a la ley, y en virtud de ello el día 02 de enero de 2008, expidió la circular 001, por medio de la cual solicitó a los secretarios de despacho un informe detallado en el cual constara cómo recibían cada una de las dependencias, indicando su estado, procesos adelantados, falencias encontradas, así como también solicitó hacer las recomendaciones a las que hubiere lugar. Todo con el objetivo de convertir a la administración municipal en una administración pública eficiente y acorde a los principios Constitucionales desarrollados en el artículo 209. En consecuencia de lo anterior, el día 01 de abril de 2008, la profesional universitaria con funciones de jefe de recursos humanos informó al alcalde que algunos funcionarios de la administración no cumplían con los requisitos de la ley 909 de 2004 y del manual específico de funciones y competencias laborales para los empleados de la planta de personal, entre las cuales se encontraba la señora Ella Retamoza Meza. Así tal información, se trasladó a la oficina jurídica a fin de que se realizara el análisis correspondiente y a su vez se emitiera el respectivo concepto. Luego, el 09 de abril de 2008, el Jefe de oficina jurídica indicó que ciertamente algunos funcionarios no tenían en su hoja de vida la documentación que acreditara que podían desempeñarse en los cargos que venían ocupando, y que ante el desinterés de atender los requerimientos hechos por la oficina de recursos humanos consistente en que entregaran los documentos solicitados, llegaron a la conclusión que aquellos funcionarios que no los aportaron, pese al requerimiento efectuado, no los tenían, razón que se consideró suficiente para determinar que no podían seguir ocupando esos cargos, y que por tanto era necesario declarar la insubsistencia, y proceder a nombrar en provisionalidad a otras personas que sí cumplieran con los requisitos establecidos en la ley 909 de 2004. Así dejó claro que lo anterior fue el antecedente del decreto No. 0070 del 9 de abril de 2008, recalcando que se hizo por estrictas razones del buen servicio administrativo.

Anotó además, que no se puede aceptar lo que pretende hacer ver el demandante referido a que el demandado desconoció de forma arbitraria los derechos que tienen todos los trabajadores del sector público, toda vez que si algo caracterizó la administración que él presidió fue el total respeto por el ordenamiento jurídico.

Finalmente como excepciones propuso:

1. **Inexistencia de fundamentos de derecho**, fundada en que las normas que cita la apoderada del accionante para sustentar los argumentos en que basa sus peticiones como infringidas no tienen aplicación al presente caso, toda vez que las mismas no han sido quebrantadas.

2. **Inexistencia de ilegalidad o carencia de vicios en los actos administrativos acusados**, fundada en que las argumentaciones con las que se pretende demostrar la supuesta existencia de dolo y/o culpa grave son meras apreciaciones de orden personal de la apoderada del demandante y de naturaleza subjetiva que nada indica en cuánto pudo errarse en el nacimiento y creación de los actos administrativos que señala.

De las excepciones propuestas se dio el traslado de rigor, el cual fue descorrido por la apoderada de la entidad demandante quien expresó que las excepciones formuladas son de fondo y por tanto deben ser estudiadas en la sentencia.

C –AUDIENCIA INICIAL. – La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de 15 de abril de 2013, y celebrada el día 21 de mayo de 2013, a las 09:30 AM, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas, tal como consta en la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 80 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 75 al 79.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – En audiencia inicial, como quiera que hubo lugar a la práctica de pruebas, se dispuso fijar el 18 de junio de 2013, a las 09:30 AM como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma fue celebrada en la fecha estipulada, con el recaudo parcial de las pruebas documentales decretadas, por ello hubo la necesidad de fijar el 27 de junio de 2013, como nueva fecha y hora para la continuación de la audiencia, tal como consta en la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 93 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 89 al 92. Luego, llegada la fecha prevista se continuó con la diligencia y se recaudó la totalidad del acervo probatorio, tal como consta en la grabación de audio y video, que se encuentra incorporada a folio 96 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 94 al 95.

E – ALEGACIONES. – Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto dispuso que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, dentro de los diez (10) días siguientes.

Dentro del término concedido, las partes alegaron en los siguientes términos:

Demandado (Héctor Olimpo Espinosa Oliver): El apoderado resaltó que está plenamente demostrado que a su representado no le cabe ninguna responsabilidad por los presuntos perjuicios que pudo haber recibido el demandante como consecuencia del pago que tuvo que realizar a la señora Ella Retamoza por concepto de la sentencia del 19 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Sincelejo. Para afirmar su dicho hizo cita de sendos pronunciamientos del Consejo de Estado sobre temas referentes a los elementos determinantes de la responsabilidad personal del agente por expedición de actos administrativos, entre otros, todo ello para indicar que el actuar de su defendido al proferir el Decreto No. 0070 del 09 de abril de 2008 se encuentra amparado dentro del marco del principio de la buena fe (artículo 83 C.P) el cual cumple una triple función operativa: es fundamento del ordenamiento jurídico, informa la labor interpretativa y es un instrumento de integración. Así, la buena fe es un principio general del derecho donde los valores adquieren un carácter vinculante, entre ellos el valor de la dignidad humana, haciéndose necesario aceptar que las decisiones racionales y razonables del servidor público deben presumirse de buena fe, tal como ocurre en el caso, por tanto la fe debe identificarse con el ánimo de servicio y la solución de legítimas pretensiones. En síntesis, la parte demandada de conformidad con lo argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, las excepciones propuestas, las pruebas aportadas, concluye que en el asunto efectivamente concurren los presupuestos constitucionales, legales y jurisprudenciales necesarios para desechar de plano las pretensiones del demandante.

Demandante (Municipio de Sincé): La apoderada de la entidad demandante insiste en que el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver no actuó bajo los cánones constitucionales y legales, ya que marcó una infracción directa a la ley y una desviación de poder y falsa de motivación tal como lo aseveró el Juez que declaró la nulidad del Decreto No. 070 del 09 de abril de 2008. Expresa además que el municipio profirió el Decreto No. 084 de 2005 *mediante el cual se establece que los empleados que al momento del ajuste de plantas de personal se encuentren prestando sus servicios en cualquiera de*

las entidades a las cuales se refiere el artículo 30 del Decreto ley 785 de 2005 deberán ser incorporados a los cargos de las plantas de personal que las entidades fijen de conformidad con el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos establecido en este decreto no se le exigirán requisitos distintos a los ya acreditados y solo requerirán de la firma del actor correspondiente; respecto de lo cual se pregunta, ¿Por qué el señor Héctor Espinosa al momento de expedir el acto administrativo 0070 de 2008 contrarió lo establecido en el decreto 0084 de 2005, el cual es un acto administrativo expedido por la misma administración que no tuvo otro fin más que dar cumplimiento al decreto ley 785 de 2005 el cual expresa que al realizarse ese ajuste o incorporación no se les exigirían a los empleados requisitos distintos a los ya acreditados y que solo se requeriría de la firma del acta correspondiente?.

Considera entonces la parte demandante que existió dolo o culpa grave por parte del demandado tras actuar con desviación de poder y falsa motivación en la expedición del decreto 0070 de 2008, y que sumado a ello el municipio ni siquiera apeló la sentencia condenatoria la cual causó un detrimento de tipo patrimonial al municipio de Sincé.

El Ministerio Público no presentó alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

A – EXCEPCIONES: En atención a que las excepciones propuestas son Inexistencia de fundamentos de derecho, e inexistencia de ilegalidad o carencia de vicios en los actos administrativos acusados, se considera que las mismas al referirse al fondo del asunto, serán resueltas al momento de desatar el litigio.

B- PROBLEMA JURIDICO.- Consiste en determinar si el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver como servidor público, ex alcalde del municipio de Sincé, es responsable a título de dolo o culpa grave por la condena impuesta a ese municipio mediante sentencia judicial proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo de fecha 19 de octubre de 2011, con ocasión a la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 0070 de fecha 09 de abril, expedido por él, por medio del cual declaró insubsistente el nombramiento de la señora Ella Rocío Retamoza Meza en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 01, adscrito al despacho del Alcalde Municipal. Y, si en consecuencia debe pagar a favor

de ese municipio la suma de \$55.261.188, que corresponde al valor cancelado por esa entidad en cumplimiento de la providencia judicial en referencia.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: 1. Elementos de la responsabilidad que da lugar a la repetición. 2. Lo probado en el proceso, y, 3. El caso concreto.

1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD QUE DAN LUGAR A LA REPETICIÓN.- La responsabilidad del Estado y del servidor público está consagrada de manera expresa en el artículo 90 de la constitución Política en los siguientes términos, Constitucionalmente, la acción se funda en el artículo 90 de la Carta, que a la letra reza:

“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

A través de la acción de repetición se pretende por parte del Estado recuperar, recobrar lo pagado a consecuencia de una condena judicial, conciliación u otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, que con el actuar doloso o gravemente culposos del servidor público, dieran lugar al reconocimiento económico.

No basta con que se haya condenado a la entidad para ordenar el recobro de lo pagado, sino que debe estar acreditada la responsabilidad subjetiva del agente, que este haya actuado con dolo o culpa grave. El Honorable Consejo de Estado, en sentencia de fecha 27 de noviembre de 2006, radicado 2500-23-26-000-000-1875-01. M.P. Ramiro Saavedra Becerra, sobre este tema expresó:

(...)

“ Sin embargo, ese concepto de error inexcusable de conducta no fue acogido por la Constitución Política y el legislador, puesto que en los artículos 90 de la primera y 77 del C. C. A., en cuanto consagraron la responsabilidad personal de los Agentes del Estado, se refirieron a la culpa grave y el dolo como características de su conducta que daban lugar a la deducción de la referida responsabilidad, aunque sin definir qué debía entenderse por una y otro, para estos efectos. Conforme a las definiciones contenidas en el artículo 63 del Código Civil, el dolo es aquella intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, mientras que la culpa grave, denominada como negligencia grave o culpa lata, “es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”; no obstante, sobre la aplicación de

dichos conceptos a la conducta personal del funcionario o ex funcionario que es objeto de análisis en esta clase de procesos, manifestó la Sala, que "...el juez administrativo al momento de apreciar la conducta del funcionario público para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, no debe limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que de estos conceptos trae el Código Civil referidos al modelo del buen padre de familia para establecerla por comparación con la conducta que en abstracto habría de esperarse del "buen servidor público", sino que deberá referirla también a los preceptos constitucionales que delimitan esa responsabilidad (artículos 6 y 91 de la C.P.)", y deberá además, para efectos del análisis de la culpa del funcionario, tener en cuenta las funciones que le han sido señaladas en los reglamentos o manuales de funciones.

Por su parte la Ley 678 de 2001, establece con precisión qué debe entenderse por dolo y culpa grave, al efecto se transcriben los artículos 5º y 6º de la mencionada norma:

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 manifestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*

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

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

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*

4. <Aparte entre paréntesis **INEXEQUIBLE**> Violar (manifiesta e inexcusablemente) el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

En ese orden es de señalar, que en el proceso deberán aparecer acreditados la responsabilidad subjetiva del servidor público en el ejercicio de sus funciones, así como el pago de la condena, a efectos de probar que efectivamente se afectó el patrimonio de la entidad estatal.

2. LO PROBADO EN EL PROCESO. Al proceso se arrimaron las siguientes pruebas:

- a. Certificación expedida por el Secretario Administrativo del Municipio de Sincé, en el cual hace constar que el doctor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, identificado con CC ejerció el cargo de Alcalde municipal en el período comprendido entre el 1° de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011. (Fl. 11).
- b. Copia de circular No. 001 de fecha 01 de enero de 2008, mediante la cual el alcalde municipal de Sincé solicitó informe y evaluación de las dependencias a los secretarios de despacho. (Fl 65.)
- c. Copia de memorial de fecha 01 de abril de 2008, mediante el cual el Jefe de Recursos Humanos comunicó al alcalde municipal que algunos empleados no cumplían con los requisitos de la ley 909 de 2004 ni con el decreto 0083 2005. (Fl 66).
- d. Copia de la certificación expedida por el Jefe de Recursos Humanos en la cual hace constar que la señora Ella Retamoza Meza no cumple con el requisito de experiencia. (Fl 67).
- e. Copia de acta No. 001 de fecha 07 de abril de 2008, mediante el cual se efectuó la verificación de documentos de acreditación de requisitos para el desempeño de cargos públicos. (Fl 68).
- f. Copia autenticada del expediente correspondiente al proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Ella Rocío Retamoza Meza contra el Municipio de Sincé, (cuaderno No. 1 de pruebas), en el cual se contiene la sentencia proferida el 19 de octubre de 2011, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo dentro del. (Cuad ibídem , fl 265 al 277).
- g. Copia autenticada del decreto No. 00081 de fecha 22 de mayo de 2012, por medio del cual se da cumplimiento a una sentencia judicial. (Fl 18 al 28).

- h. Copia autenticada del registro presupuestal por concepto de cumplimiento de sentencia judicial, a favor de la señora Ella Retamoza Meza, por valor de \$55.261.188. (F1 16)
- i. Copia autenticada del certificado de disponibilidad presupuestal por valor de \$55.261.188. (F1 17).
- j. Copia autenticada del comprobante de cuentas por pagar No. 8198 a favor de la señora Ella Retamoza Meza, por valor de \$55.261.188. (F1 15)
- k. Copia autenticada del comprobante de egreso No. 8868 a favor de la señora Ella Retamoza Meza, por valor de \$55.261.188. (F1 14).
- l. Copia autenticada de pago individual No. 1708/2013, de fecha 22 de mayo de 2012, beneficiaria Ella Retamoza Meza, por valor de \$55.261.188. (F1 29).
- m. Certificación expedida por el Tesorero General del municipio de Sincé, referida a que a la señora Ella Rocío Retamoza Meza identificada con CC No. 64.868.986, le fue cancelada la suma de \$55.261.188 el día 22 de mayo de 2012, por concepto de cumplimiento de sentencia judicial. (F1 13).

3- EL CASO CONCRETO: En el sub.lite se pretende que se declare responsable a título de dolo y culpa grave al señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver por haber expedido el acto administrativo contenido en el decreto No. 0070 de 09 de abril de 2008, mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento de la señora Ella Rocío Retamoza Meza en el cargo técnico adscrito a la Umata, por considerar que la señora no había soportado la experiencia laboral relacionada; y que se condene al pago a favor del municipio la suma de \$55.261.188, mas la respectiva indexación e intereses, por concepto de cumplimiento a sentencia judicial.

En casos como el que se estudia, donde se va a determinar la responsabilidad subjetiva de un funcionario público, resulta imprescindible en primer lugar corroborar que el sujeto haya ostentado tal calidad. Así, del material probatorio recaudado se pudo constatar que ciertamente el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, identificado con CC No. 92.539.834 expedida en Sincelejo, fungió como alcalde municipal de Sincé, (Sucre) durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011¹. Así mismo, mediante prueba documental se verificó que el referido alcalde expidió y/o suscribió el acto administrativo, Decreto No. 0070 de 09 de abril de 2008, a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Ella Retamoza Meza, tal como consta a folio 14 al 16 del cuaderno No. 1 de

¹ Folio 11 del expediente.

pruebas, acervo que para este despacho resulta suficiente toda vez que la parte demandada nunca desvirtuó ese hecho.

También se demostró que el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo al resolver sobre la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la señora Ella Rocío Retamoza Meza, materializado a través de decreto No. 0070 de 09 de abril de 2008, profirió fallo condenatorio en contra del municipio de Sincé declarando la nulidad del acto descrito, ordenando su reintegro y el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento del retiro hasta el momento efectivo del reintegro².

De igual manera se corroboró que el ahora demandante, Municipio de Sincé, a través del Decreto No. 00081 de 22 de mayo de 2012, suscrito por la Alcaldesa Mara Merlano Espinosa resolvió dar cumplimiento a la sentencia aludida por lo que reconoció y pagó a favor de la señora Ella Retamoza Meza la suma de \$55.261.188, de ello dan cuenta los documentos aportados en copias autenticadas que reposan a folios 18 al 29 del expediente, entre lo cuales se observa constancia de consignación electrónica dirigida a la cuenta de ahorros No. 592381024 del Banco de Bogotá a nombre de Greicy Paola Benítez Vergara, identificada con CC No. 64.704.548 quien es la persona que actuó en calidad de apoderada judicial de la demandante, y que visto el poder³ que le fue otorgado para instaurar y tramitar el proceso ordinario de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se observa que le fue conferida la facultad de recibir.

Así, probados los hechos anteriores los cuales revisten importancia para el asunto, habida cuenta que se tiene la certeza de la calidad en que actuó el sujeto pasivo, y no existiendo duda del pago y su concepto efectuado por el ente territorial, se procede a establecer si la conducta del entonces alcalde, señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, quien expidió el decreto impugnado en sede judicial, se realizó con dolo o culpa grave, ó si por el contrario la misma se ajustó a derecho. Para ello debe acudirse a lo consagrado en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, normatividad que ilustra, de manera enunciativa mas no taxativa, los eventos en los cuales se presume que la conducta es dolosa o gravemente culposa, respectivamente.

En ese orden de ideas, se tiene que el artículo 5° señala:

“se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

² Folio 41, reverso del cuaderno No. 1 de pruebas.

³ Folio 13 del cuaderno No. 1 de pruebas.

1.) Obrar con desviación de poder....

.....

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.*

.....”

Para dar aplicación a la norma en cita, en el caso que nos ocupa es fundamental conocer los argumentos jurídicos utilizados por el Juez que declaró la nulidad del acto que en consecuencia originó la imposición de la condena.

Pues bien, en la sentencia el funcionario judicial expresó que le asistía razón a la demandada cuando alegaba que una persona que es nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera no goza de ningún fuero de estabilidad, pero que detrás de todo ello se encontraba la posibilidad de existir otra situación proveniente de una fáctica plasmada a una jurídica, la desviación de poder y falsa motivación, reconociendo que tales causales como ilegalidad frente a una actuación de la administración era un aspecto subjetivo y psicológico, por lo que resultaba difícil probarlo, pero que dentro del expediente estudiaría las pruebas documentales recaudadas consistente en los decretos 0082, 0083, y 0084 de 2005, y las testimoniales. Finalmente, en palabras textuales, concluyó:

“Si bien esa sabido, la prueba testimonial cobra una gran importancia dentro de un proceso y más aún cuando la misma es pertinente y lícita, como lo es en el caso bajo examen, por ello se le dará valor probatorio a las diligencias testimoniales tomadas dentro de este despacho para precisar que sí hubo una desviación de poder y falsa motivación proveniente del Alcalde señor Héctor Olimpo Olvera Espinosa (sic) por la expedición del decreto 0070 de 2008 donde se declara insubsistente a la actora. Además de esta prueba (testimonial) se tendrá en cuenta la expedición de los decretos 0082, 0083 y 0084 de 2005 por lo ya expuesto con anterioridad.

En conclusión, se encuentra plenamente probado la desviación de poder y falsa motivación con la expedición del acto administrativo objeto de esta acción, lo cual constituye causal de anulación del mismo, generando el restablecimiento del derecho, ya que el efecto es ex tunc, es decir vuelves las cosas al pasado como si nunca jamás hubiese existido, por lo tanto condenar al Municipio de Sincé- Sucre a reintegrar a la señora Ella Rocío Retamoza Meza en el cargo que venía desempeñando, teniendo en cuenta el artículo 30 del decreto ley 785 de 2005, y reconocerle y pagarle a la actora los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro...”

De la transcripción realizada se colige sin menor duda que el acto administrativo atacado en aquella oportunidad judicial, -y que es hoy el punto de partida para el estudio de la presunta responsabilidad subjetiva del demandado-, fue declarado nulo por encontrarse probada las causales de desviación de poder y falsa

motivación. Ahora, se aclara que el hecho de que el acto administrativo sea declarado nulo no significa que sea razón suficiente para la configuración automática de la responsabilidad patrimonial del agente público que lo expidió sino que como bien se anotó en líneas anteriores debe estar probado que medió dolo o culpa grave. En esa medida el Juez de la repetición no está obligado a adoptar el criterio fijado por el Juez de la nulidad y Restablecimiento del derecho en razón a que precisamente en el proceso ordinario se desvirtuó la legalidad del acto por hallarse vicios en su expedición, mientras que en éste especial debe determinarse la intención con la que actuó el funcionario, ya que no es regla exacta que siempre que se declare la nulidad del acto se produzca la responsabilidad del agente. Por ello, se recalca que es en este nuevo proceso donde debe aparecer probada la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.

Amén de lo anterior, el presente asunto tiene un matiz particular y es que las razones por las cuales se declaró la nulidad del acto configuran 2 presunciones de legalidad de conformidad al artículo 5° de la Ley 678 de 2001.

Respecto al tópico de las presunciones de que trata la norma indicada, el H. Consejo de Estado en providencia⁴ reciente se pronunció de la siguiente manera:

“Así las cosas, la Ley 678 de 2001, al desarrollar el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, en especial, para efectos de determinar si los servidores, exservidores o particulares que desempeñen funciones administrativas actuaron con dolo o culpa grave, estableció un listado de hechos en los que se dice presumir, según las reglas de la experiencia, que han obrado bajo esas modalidades de conducta. Con ello, el legislador buscó que en el caso de que se demostraran las conductas descritas en los artículos 5 y 6 de la citada ley, el juez tuviera por cierto que el comportamiento del agente público fue con dolo o culpa grave.

De todos modos, estima la Sala necesario precisar que las denominadas presunciones son sólo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público, pues pueden presentarse muchos más casos que, pese a que no se encuentran consagrados en las citadas causales de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, originan que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar.

No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido,

⁴ Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011), Rad. No. 11001-03-26-000-2007-00074-00(34816)

sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones "se presume", "se reputa", "se considera", "se colige", "se entenderá" u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo.⁵

Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas²⁷, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.⁶

Obsérvese, por ejemplo, que si el agente actuó con desviación de poder no es que se presuma el dolo, sino que esa conducta fue dolosa, máxime cuando la definición que sobre éste hace el inciso primero del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 se refiere a que el agente actúa con dolo cuando quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado, la cual coincide en líneas generales con la noción de desviación de poder que consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto o ajeno del que la ley quería al otorgarla; por tanto, en este evento, probados los supuestos de la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública) resultará probado el dolo en forma directa y no por simple deducción o inferencia, claro está que admite prueba en contrario (carga del agente público demandado), en aras de garantizar su derecho a la defensa.

Sea lo que fuere, ya la Corte Constitucional en sentencia C-374 del 14 de mayo de 2002²⁹ manifestó que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 "busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtir en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso."⁷ Además, observó

⁵ Rocha, Alvira, Antonio, Op. Cit., Pág 574

⁶ Rocha, Alvira, Antonio, De la Prueba en Derecho, Tomo I, Ediciones Lerner, Quinta Edición, Bogotá, 1967, págs. 554 y 560.

⁷ Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que "el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte

la Corte en la misma providencia que, en términos generales, "los hechos en los que se fundamentan las presunciones de dolo y de culpa grave consagradas en las normas que se impugnan, se refieren a probabilidades fundadas en la experiencia que por ser razonables o verosímiles permiten deducir la existencia del hecho presumido."

En suma, la ley hace una enunciación de las conductas que constituyen culpa grave o dolo y probados esos supuestos se tiene por cierto, salvo que se demuestre lo contrario, que el agente público actuó bajo unas de esas dos formas de culpabilidad".

Así entonces, estamos de cara a dos causales de presunciones de existencia de dolo, a saber: desviación de poder y falsa motivación, las cuales una vez probada su existencia, resultará demostrada la conducta dolosa de manera directa del agente público.

En ese orden, se observa que los supuestos fácticos de desviación de poder y falsa motivación se encuentran plasmados y probados a su vez en la sentencia condenatoria debidamente aportada al proceso. Se señalan como probados en los términos de la presunción de legalidad que recae sobre los mismos de conformidad con la norma pluricitada, y en ese sentido tal presunción solo se desvirtúa⁸ en la medida que el demandado logre acreditar que no actuó con dolo o culpa grave. Así, el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, mediante apoderado alegó que siempre actuó de buena fe, persiguiendo el cumplimiento de los objetivos que consagran el buen servicio y transparencia de la administración. Como prueba primordial de su dicho aportó documentos en los cuales consta que una vez posesionado en su cargo como alcalde del municipio de Sincé, solicitó a los secretarios un informe en el cual se detallara la manera como se recibía cada una de las dependencias, y es en ese trámite donde se le informa que la señora Ella Retamoza no cumplía con el requisito de experiencia exigido para el cargo, lo cual conllevó a tomar la decisión de declarar insubsistente su nombramiento. Estos últimos hechos fueron ratificados mediante prueba testimonial recepcionada a los señores (as) Ilba Atencia Ruíz y Leonardo Sierra quienes ocupaban para ese entonces los cargos de Jefe de Recursos Humanos y Jefe de Jurídico del municipio accionante, los cuales participaron en el trámite previo a la expedición del Decreto 070, ya referido La primera, fue la persona que informó al alcalde la anomalía

demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró". Ponencia para primer debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso No. 14 del 10 de febrero de 2000. Página 16.

⁸ Garantizando el derecho de defensa.

detectada, y el segundo fue quien realizó el proyecto del acto administrativo tal como lo reconoció verbalmente en la audiencia de pruebas, y así mismo obra de manera textual en el acto en físico, parte final inferior izquierda. (c.p. no. 2. Fl.16).

Ahora, en atención a que al presente proceso se allegó como prueba la totalidad del expediente correspondiente al proceso ordinario tramitado en el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, que impuso la condena al ente accionante, el despacho observa que lo declarado por los testigos descritos en el párrafo anterior se contrapone a los testimonios rendidos por los señores Bernardo de Jesús de la Ossa Castro (compañero de trabajo de la señora Ella Retamoza) y Jorge Andrés Lara Jaraba dentro del proceso primigenio, pues éstos expresaron en su oportunidad que la declaratoria de insubsistencia obedeció al fenómeno de la persecución política, es decir, por no pertenecer al mismo partido político del alcalde, y que para esa fecha además de la señora Ella también fueron despedidos otros empleados, por lo cual concluyeron que no obedecía a un tema administrativo sino político.

Otro de los argumentos utilizados por el Juez análogo fue el referido a que la señora Ella Retamoza fue incorporada a la planta de personal del municipio en el cargo técnico operativo adscrito a la Umata⁹ en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto municipal No. 0084 de 2005¹⁰ el cual estableció que *“los empleados que al momento del ajuste de las plantas de personal se encontraban prestando sus servicios en cualquiera de las entidades a las cuales se refiere el artículo 30 del Decreto Ley 785 de 2005 debían ser incorporados a los cargos de las plantas de personal que las entidades fijen de conformidad con el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos establecido en este decreto no se les exigirán requisitos distintos a los ya acreditados y solo requerirán de la firma del acta correspondiente.”*, por tal razón no encontró jurídicamente lógico que se declarara insubsistente el cargo de la señora por cuanto la misma ya se encontraba legalmente incorporada a la planta de personal en virtud del decreto aludido el cual no exigió mayor requisito que la firma del acta correspondiente, pues el punto de referencia era que precisamente ya la señora Ella Retamoza venía vinculada con la administración, tal como lo requería la norma.

Una vez analizados cada uno de los supuestos fácticos, jurídicos y probatorios el despacho dentro del contexto planteado, comparte los fundamentos esgrimidos por el funcionario judicial que impuso la condena al ente demandante; y no obstante a que los testimonios recepcionados en esta oportunidad pretenden señalar que la

⁹ Cargo que ocupaba cuando fue declarada insubsistente su nombramiento.

¹⁰ Folio 109 al 112, del cuaderno de pruebas.

declaratoria de insubsistencia obedeció a una decisión de carácter administrativo y que se actuó con buena fe, y bajo la aplicación del principio de la ponderación, considera que mayor credibilidad le asiste a las declaraciones dadas en el proceso ordinario habida cuenta que las mismas resultan coherente con el actuar de la administración, puesto que se tiene como certero el hecho de que no debió declararse la insubsistencia del nombramiento de la señora Ella Retamoza.

En ese orden de ideas, esta unidad judicial estima que las pruebas aportadas al proceso no logran desvirtuar la presunción de legalidad establecida en el artículo 5° de la Ley 678 de 2001. Así, es dable predicar que existió dolo en la conducta del señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver al expedir el acto administrativo contenido en el Decreto No. 0070 de 2008, que declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora Ella Rocío Retamoza Meza en el cargo de técnico operativo, código 314, grado. Actuación que causó un detrimento patrimonial al Estado representado en este caso por el ente territorial denominado municipio de Sincé, quien tuvo la carga de cancelar la suma de \$55.261.188 por concepto de la sentencia condenatoria.

Así las cosas, al acreditarse que en el sub.examine se ha cumplido con los presupuestos señalados en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, y la norma que lo desarrolla, Ley 678 de 2001, referidos a que: 1). Una entidad pública haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente a reparar los daños antijurídico causados a un particular, 2). Que la entidad haya pagado totalmente a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación o en otra forma de solución de un conflicto; y 3.) Que la condena o la conciliación se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas; se procederá a conceder las pretensiones de la demanda y condenar al demandado al pago de la suma correspondiente.

Así mismo, sirvan las anteriores consideraciones para declarar la no prosperidad de las excepciones de inexistencia de fundamentos de derecho y de inexistencia de ilegalidad o carencia de vicios en los actos administrativos acusados, propuestas por el apoderado del demandado.

COSTAS .- Atendiendo lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A, en armonía con el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado sobre la materia, donde para el reconocimiento de las mismas hay que observar la conducta asumida

por las partes en el proceso, el despacho al verificar que ésta no fue dilatoria ni temeraria, procederá a negar la condena en costas solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1- Declárase no probadas las excepciones de inexistencia de fundamentos de derecho y de inexistencia de ilegalidad o carencia de vicios en los actos administrativos acusados, propuestas por el apoderado del demandado, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2- Declárase al señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, identificado con CC No. 92.539.834 de Sincelejo – Sucre, administrativamente responsable a título de dolo, bajo la configuración de las causales de presunción legal referidas a la desviación de poder y falsa motivación, de conformidad con la motivación, conducta originada en la expedición del Decreto No. 0070 de 09 de abril de 2008, mediante el cual declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora Ella Rocío Retamoza Meza en el cargo de técnico operativo, código 314, grado.

3- En consecuencia de lo anterior, condénese al señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, identificado con CC No. 92.539.834, al pago de la suma de \$55.261.188, a favor del Municipio de Sincé. Suma que corresponde al pago efectuado por ese municipio por concepto de pago de sentencia judicial.

4- La suma señalada en el numeral precedente devengará intereses de conformidad con el art. 192 del C.P.A.C.A.

5- Niégase la condena en costas, de conformidad con la motivación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza