REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016).-

Referencia: Acción de Repetición
Radicado: **15 001 33 33 004 2014 00106 00**
Demandante: Municipio de Tuta
Demandado: Luis Alfonso Espitia Cely

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE:** Municipio de Tuta, representado legalmente por el Doctor Carlos Alberto Amezquita Cifuentes (f. 84).

- **DEMANDADO:** Luis Alfonso Espitia Cely c.c. 6.754.562

OBJETO:

- **DECLARACIONES:**

La parte actora solicita que se declare civil y administrativamente responsable al señor Luis Alfonso Espitia Cely en su calidad de ex alcalde del Municipio de Tuta, por haber actuado dolosamente al expedir el acto administrativo contenido en el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, en el cargo de auxiliar de servicios generales Código 470, grado 01 a partir del 5 de enero de 2009.

Como consecuencia de la anterior declaración solicita que se condene al señor Luis Alfonso Espitia Cely, a pagar a favor de la parte actora de la suma de $ 41.889.570,65, correspondiente al monto que el Municipio de Tuta debió asumir con ocasión de la conciliación aprobada el 15 de diciembre de 2011, dentro del proceso No. 2009-00102 adelantado en el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Tunja.

Así mismo, solicita que se condene al pago de intereses moratorios, causados desde el 5 de marzo de 2012 y hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la obligación; que la condena impuesta sea actualizada en los términos establecidos en el C.C.A.; que se dé

cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo señalado en los artículos 334 y 339 del C.P.C. y que se condene en costas a la parte demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

- **FÁCTICOS:**

Dentro del escrito demandatorio se extrae como sustento de las pretensiones, los siguientes hechos relevantes:

Señala que la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, fue nombrada mediante Decreto No. 102 del 2004, como auxiliar de servicios generales código 605, grado 04 en el Municipio de Tuta; posteriormente el señor Luis Alfonso Espitia Cely en su condición de alcalde de dicho Municipio, expidió el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, a través de la cual declaró insubsistente el nombramiento "*...que venía ejerciendo en el cargo de auxiliar de servicios generales código 470, grado 01 a partir del 5 de enero de 2009.*" (f. 3).

Indica que la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, al no estar de acuerdo con dicha decisión, por intermedio de apoderado judicial inicio acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual culminó con la sentencia del 29 de septiembre de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, a través de la cual se declaró la nulidad del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, y en consecuencia condenó al Municipio de Tuta a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por la demandante, así como el pago de aportes a salud y pensión a partir del momento de su desvinculación y hasta la fecha en que se reintegre a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo.

Manifiesta que el Municipio de Tuta y la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo suscribieron acuerdo conciliatorio el 13 de diciembre de 2011, en el cual el ente territorial se comprometía a reintegrar a la accionante al cargo que venía desempeñando y a pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el periodo de su desvinculación; agrega que el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja mediante auto del 15 de diciembre de 2011, aprobó dicho acuerdo conciliatorio.

Afirma que dando cumplimiento a lo pactado por la partes, el alcalde Municipal de Tuta expidió el Decreto No. 022 del 9 de febrero de 2012, a través del cual se dispuso el reintegró de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo al cargo de auxiliar de servicios generales Código 470, grado 01; así mismo, mediante Resolución No. 079 del 27 de febrero del 2012, ordenó el pago de la suma de $ 36.474.075,65 correspondiente a los salarios dejados de percibir, la cual fue recibida a satisfacción por la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo el día 5 de marzo de 2012, de conformidad con el cheque No. 9572.

Aduce que el 17 de septiembre de 2012, el Municipio de Tuta consignó en AIG pensiones y Cesantías la suma de $ 5.415.495.00 a favor de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, dando así cumplimiento total al acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes dentro del proceso No. 2009-00102.

Finalmente señaló que la suma que debió ser cancelada por el ente Municipal ascendió a la suma de $ 41.889.570,65, los cuales le son imputables al señor Luis Alfonso Espitia Cely, toda vez que en su calidad de alcalde municipal declaró la insubsistencia del cargo ocupado por la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo cuando el mismo no se encontraba sujeto a la reestructuración de la planta de personal; así mismo no motivo la expedición del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, situación que le es imputable a título de dolo.

- **JURÍDICOS:**

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:

Artículos 2, 6, 90, 206 y 207.

NORMAS DE RANGO LEGAL:

Artículos 135, 136, 170, 175 del Decreto 01 de 1984.
Artículo 31 de la Ley 446 de 1998.
Ley 678 de 2001.
Ley 909 de 2004.
Decreto 1227 de 2005.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Sostiene que para el momento en que se profirió el acto administrativo que declaró insubsistente a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, del cargo de auxiliar de servicios generales código 470, grado 05, el cual por su clasificación en carrera administrativa no se encuentra incluido dentro de aquellos de libre nombramiento y remoción; por lo tanto y de conformidad con la Ley 909 del 2004 y el Decreto 1227 del 2005, el acto de retiro de dicha servidora debía estar debidamente motivado, situación que en el presente caso no ocurrió lo cual se configura en el desconocimiento fragante de las normas en las cuales debería fundarse.

1.1.3. OPOSICIÓN:

El señor Luis Alfonso Espitia Cely por intermedio de su apodera contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opone a cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que si bien en el presente caso se encuentra acreditado la nulidad del Decreto No. 001 de 2009, por medio del cual se declaró insubsistente a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, del cargo de auxiliar de servicios generales que venía desempeñando, también lo es que dicha circunstancia por si sola no resulta insuficiente para demostrar la actuación dolosa con la que actuó el agente que expidió el acto administrativo demandado, pues es necesario que la parte actora demuestre el actuar consciente y voluntario de querer producir las consecuencias nocivas al ente territorial.

Agrega que la expedición del Decreto No. 001 de 2009, no estuvo precedida de un actuar doloso o gravemente culposo por parte del ex agente aquí demandado, toda vez que al momento de su expedición existan dos posturas encontradas respecto a la necesidad de motivar el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que se desempeña en provisionalidad, es así como la Corte Constitucional mantenía la postura de motivar dichos actos, mientras que el Consejo de Estado consideraba que no era necesario motivar el acto de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad, posición que fue asumida al momento de expedir el decreto de insubsistencia de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo y que si bien dicha postura posteriormente vario, también lo es que se dio posteriormente a la expedición del acto de generó el daño aquí reclamado.

Propone como excepciones:

Improcedencia de la acción porque la entidad demandante no acredito los elementos necesarios y concurrentes para la declaratoria de la repetición

pretendida: Sostiene que para que proceda la acción de repetición, la parte actora debe demostrar i) la calidad de agente y su conducta determinante en la condena; ii) la existencia de una condena judicial, conciliación o cualquier forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar; iii) el pago efectivo de la obligación y iv) la calificación de la conducta dolosa o gravemente dolosa; no obstante en el presente caso este último requisito no se encuentra acreditado, toda vez que la sentencia que declaró la nulidad del Decreto No. 001 de 2009, no establece que el hecho de no motivar el referido acto administrativo permita establecer que su conducta resulta ser dolosa, siendo necesario que se demuestre que el entonces alcalde municipal *"...actuó consiente de la irregularidad de su comportamiento y con la intensión de producir consecuencias nocivas..."* (f. 122).

Inexistencia de responsabilidad del ex agente demandado, al hallarse plenamente demostrado que él no actuó con dolo ni culpa grave cuando expidió el Decreto No. 001 de 2009: Sostiene que para la fecha en que se profirió el Decreto No. 0001 del 4 de enero de 2009, existía posiciones jurisprudenciales encontradas respecto del deber o no de motivar el acto administrativo de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, así mientras el Consejo de Estado indicaba que no era necesario motivar el acto de insubsistencia, la corte constitucional asumía una posición contraria; agrega que en medio del debate fue proferido el acto administrativo que devino en la condena impuesta a la administración municipal, el cual acogió la postura del Consejo de Estado que consideraba que el cargo desempeñado en provisionalidad se asemejaba a los cargos de libre nombramiento y remoción razón por la cual no era necesario que el acto de insubsistencia se encontrara motivado.

Sostiene que la sola declaratoria de nulidad del Decreto No. 001 de 2009 resulta insuficiente para efectos de demostrar la responsabilidad del demandado, pues resulta necesario probar que su conducta, al momento de expedir el aludido decreto fue dolosa o gravemente culposa, actuaciones que no se advierten en este caso, pues la decisión del señor Luis Alfonso Espitia Cely, no actuó con la intención dolosa o gravemente culposa de causar los daños que aquí se reclaman.

2. CRÓNICA DEL PROCESO:

La demanda fue presentada el 27 de mayo de 2014 (fl. 78), siendo inadmitida mediante auto del 30 de mayo de 2014 (f. 80-81); posteriormente y una vez subsanado los defectos anotados, mediante providencia del 27 de junio de 2014, la acción de la referencia fue admitida, ordenándose la notificación a los demandados (f. 92); notificación que se llevó a cabo el 12 de septiembre de 2014 (f. 110); contándose el termino de 25 días entre el 15 de septiembre de 2014 y finalizó el 30 de enero de 2015 (f. 115); vencido el término, se corrió traslado para contestar la demanda del artículo 172 de Ley 1437 término que empezó a contar entre el 2 de febrero y el 31 de marzo de 2015 (f. 116); oportunidad dentro de la cual la parte accionada contestó la demanda (f. 117-133). Posteriormente mediante auto del 29 de abril de 2015 se fijó fecha para realizar audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (f. 137), la cual se llevó a cabo el 19 de mayo 2015, agotándose todas las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA, fijándose el 2 de junio de 2015, para la realización de la Audiencia de Pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. (fl. 139-140). El 2 de junio de 2015, se realizó Audiencia de Pruebas del artículo 181 del CPACA, en el que se no incorporó en su totalidad el material probatorio y se les concedió a las partes el termino de diez (10) días para alegar de conclusión (f. 142).

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Municipio de Tuta (f. 144-146)

Sostiene que en el presente caso se encuentran acreditados cada uno de los elementos que permiten establecer la responsabilidad del demandado en la condena impuesta a la administración municipal y el consecuente detrimento patrimonial de la parte accionante.

Indica que del acervo probatorio se logra establecer que el señor Luis Alfonso Espitia Cely fungió como alcalde del Municipio de Tuta para el periodo comprendido entre enero de 2007 y diciembre de 2011; que durante dicho lapso expidió el Decreto No. 01 del 4 de enero de 2009, a través del cual dispuso el retiro de la señora María Rosalba Rodríguez del cargo de auxiliar de servicios generales código 470, grado 01 a partir del 5 de enero de 2009; agrega que dicho acto administrativo fue declarado nulo por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Tunja, en consecuencia condenó al ente municipal a sufragar a favor de la entonces demandante los salarios y prestaciones dejados de devengar; finalmente sostiene que el actuar doloso o gravemente culposo con el que actuó el aquí demandado se encuentra debidamente acreditado, toda vez que de conformidad con lo señalado por él mismo en el interrogatorio de parte, no existía queja, investigación o sanción disciplinaria que motivara la declaratoria de insubsistencia, desconociendo de esta manera lo establecido en el Artículo 41 de la Ley 909 del 2004 y el articulo 10 del Decreto 1227 de 2005, que establecía la necesidad de motivar los actos administrativos a través de los cuales se declarara la insubsistencia de los funcionarios que se encontraran provisionalidad.

3.2. Luis Alfonso Espitia Cely (f. 147-153).

Después de hacer referencia a la finalidad de la acción de repetición, sostiene que en la presente acción existe carencia de objeto, toda vez que en ningún momento se afectó el bien jurídico denominado moral administrativa, como quiera que está demostrado que el señor Luis Alfonso Espitia Cely no actuó con desviación de poder y mucho menos con quebrantamiento a la ley, pues este únicamente acogió los planteamientos jurisprudenciales esbozados por el consejo de estado que sostenía que los nombramientos en provisionalidad se asemejaban a los cargos de libre nombramiento y remoción razón por la cual no era necesario motivar los actos que los declaran insubsistentes.

Afirma que se encuentra demostrado que el señor Luis Alfonso Espitia Cely, no era un profesional del derecho razón por la cual su conducta no puede calificarse o evaluarse como la de quien si ostenta tal título o calidad; así mismo y teniendo las responsabilidades de alcalde, este a través de la orden de prestación de servicios No. 005 de 2009, contrató a un profesional idóneo que era el encargado de revisar los actos jurídicos que eran expedidos en cumplimiento de la función administrativa, razón por la cual *"se puede colegir que mi mandante, al no ser profesional del derecho, actuó bajo el principio de confianza, esto es, actuó bajo la certeza y seguridad de que la asesoría jurídica era conforme a derecho..."* (f. 150-151).

Finalmente señala que no está demostrado el actuar doloso con el que actuó el aquí demandado, toda vez que al momento de expedir el Decreto No. 001 de 2009, existía dos criterios jurisprudenciales para la época de los hechos, razón por la cual no estaba del todo claro cuál era el criterio que debía acoger la administración, pues solo a partir de la sentencia C- 816 de 2011, quedó completamente clara la prevalencia de los precedentes de la corte constitucional sobre los precedentes del Consejo de Estado; por lo tanto, la actuación del señor Luis Alfonso Espitia Cely se hizo bajo el convencimiento que su actuación se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico el cual tenía respaldo en la línea jurisprudencial hasta ese momento trazada por el Consejo de Estado.

- **Concepto Ministerio Público (f. 154-160)**

La Procuraduría 177 Judicial I para Asuntos Administrativos delegada ante este Despacho emitió concepto en los siguientes términos.

Después de hacer referencia a los hechos de la demanda así como a las pretensiones de la misma, señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, cuando el Estado es condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos causados por un servidor público que obra con dolo o culpa grave, éste debe repetir en contra del funcionario para salvaguardar los interés generales que se ven afectados.

Indica que de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de febrero de 2009; expediente 29926; para que la parte actora saque avante sus pretensiones, es necesarios que ésta demuestre cada uno de los presupuestos facticos que estructuran la responsabilidad del demandado en el daño que se reclama; agrega que en el presente caso se encuentra acreditado la calidad de ex alcalde del Municipio de Tuta del señor Luis Alfonso Espitia Cely; así mismo que éste fue la persona encargada de expedir el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009.

Sostiene que del material probatorio allegado se logra establecer que el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia del 29 de septiembre de 2011, declaró la nulidad del referido acto administrativo y como consecuencia de dicha situación el Municipio de Tuta se vio obligado a sufragar a favor de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo los salarios y prestaciones sociales, los cuales ascienden a la suma de $41.889.570, encontrándose acreditada la condena de la que fue objeto la parte actora.

Finalmente respecto al último requisito, esto es la actuación dolosa o gravemente culposa del agente o ex agente público, señala que en el presente caso no se encuentra acreditado que el señor Luis Alfonso Espitia Cely al momento de expedir el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, haya actuado con inobservancia de los requisitos legales, toda vez que como lo manifestó la parte accionada en su momento existían posturas encontradas respecto a la necesidad de motivar los actos de insubsistencia del personal vinculado en provisionalidad; así mismo, la parte actora se limitó a señalar que al no motivar el acto administrativo demandado, dicha conducta le era imputable a título de dolo, sin demostrar los fundamentos jurídicos que le imponían al aquí demandado motivar la insubsistencia declarada a través del Decreto No. 001 de 2009; concluye señalando que en el presente caso no se cumple con los presupuestos establecidos para la acción de repetición, razón por la cual se deben denegar las pretensiones de la demanda.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

El problema jurídico se centra en establecer si el señor Luis Alfonso Espitia Cely, en su calidad de ex alcalde del Municipio de Tuta actuó con dolo o culpa grave al expedir el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo del cargo de auxiliar de servicios generales código 470, grado 01, el cual venía siendo desempeñado en provisionalidad.

Tesis de la parte demandante: Considera el Ente Municipal que el señor Luis Alfonso Espitia Cely en su condición de alcalde del municipio de Tuta es responsable de los perjuicios aquí reclamados, toda vez que actuó con dolo al momento de expedir el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, como quiera que desconoció el ordenamiento jurídico que establecía que los actos administrativos a través de los cuales se declarará insubsistente el nombramiento de una persona que se desempeña en un cargo en provisionalidad deben ser motivados.

Tesis de la parte demandada: Considera que no se encuentran acreditados los presupuestos exigidos para acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que la parte actora no demostró que actuación desplegada por el señor Luis Alfonso Espitia Cely, al momento de proferir el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, se encuentre revestida de dolo o culpa grave, por el contrario, se encuentra acreditado que para ese momento existía pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado que establecían que los cargos desempeñados en provisionalidad se asemejaban a los de libre nombramiento y remoción y que por tal razón, el acto administrativo que declaraba su insubsistencia no debían ser motivados; así mismo señala, que si bien es cierto esa postura fue reconsiderada posteriormente por dicha corporación, también lo es que al momento de expedir el acto administrativo que derivó en la condena de la aquí demandante fue emitido atendiendo dichos pronunciamientos, esto es bajo la convicción que dicha circunstancia no acarrearía consecuencias nocivas en contra de la administración, razón por la cual no se encuentra demostrada la actuación dolosa o gravemente culposa de querer ocasionar los daños que aquí se reclaman.

Tesis del Ministerio Público: Afirma que de acuerdo con el material probatorio allegado se logra establecer, que el aquí demandado ejercicio el cargo alcalde del Municipio de Tuta y que durante su periodo expidió el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, a través del cual se declaró insubsistente a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo del cargo que venía desempeñando, el cual posteriormente fue declarado nulo por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Tunja, y como consecuencia se impuso a la entidad territorial a pagar a favor de la entonces demandante los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar durante el periodo de su desvinculación; no obstante afirma que la parte actora no cumplió con su deber de demostrar el actuar doloso o gravemente culposo con el que actuó el aquí demandado a la hora de expedir el acto administrativo que devino en el daño que aquí se reclama, por el contrario, el demandado demostró que en su momento los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado permitían que los funcionarios vinculados en provisionalidad fueran declarados insubsistentes sin motivación alguna; así mismo, la accionante se limita a señalar que el señor Luis Alfonso Espitia Cely es responsable a título de dolo, por no haber motivado el acto que devino en la condena a la parte actora, no obstante no señaló en que normas debía fundarse dicho acto de retiro.

El Despacho sostendrá: En lo que tiene que ver con la conducta desplegada por el ex funcionario demandado, es necesario señalar que bajo la salvaguardia de los artículos 90 Constitucional y la normatividad vigente al momento de los hechos, corresponde al demandante probar la conducta dolosa o gravemente culposa del agente que dio lugar a la condena, normas que siguiendo el principio generalmente aceptado en materia probatoria, disponen que incumbe a cada una de las partes probar los supuestos de hecho que alega, carga ésta que no fue cumplida por la entidad demandante, pues el Municipio de Tuta si bien demostró que fue condenado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2009-0102, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, en el cual no se expusieron los motivos por los cuales se declaraba insubsistente el nombramiento de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, de tal circunstancia no se desprende que el señor Luis Alfonso Espitia Cely haya actuado con dolo o culpa grave y por lo tanto sea responsable de las sumas que aquí se reclaman.

4. PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

4.1. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Respecto a las excepciones propuestas por el demandado denominadas improcedencia de la acción porque la entidad demandante no acreditó los elementos necesarios y concurrentes para la declaratoria de la repetición pretendida e Inexistencia de responsabilidad del ex agente demandado, al hallarse plenamente demostrado que él no actuó con dolo ni culpa grave cuando expidió el Decreto No. 001 de 2009, el Despacho advierte que las mismas no constituye un medio exceptivo que impida estudiar las pretensiones de la demanda, por lo tanto serán estudiados con el fondo del asunto.

5. PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- ✓ Decreto No. 01 de 2009, por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento de la planta de personal de la administración municipal (f. 12).
- ✓ Copia auténtica de la sentencia del 29 de septiembre de 2011, emitida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja (f. 13-32).
- ✓ Copia auténtica de la audiencia de conciliación, llevada a cabo el 13 de diciembre de 2011 (f. 33-34).
- ✓ Copia auténtica del auto del 15 de diciembre de 2011, a través del cual el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, aprobó el acuerdo conciliatorio realizado el 13 de diciembre de 2011 (f. 35-42).
- ✓ Copia auténtica de la Resolución No. 79 del 27 de febrero de 2012, por medio del cual se reconoce la existencia de una obligación y se ordena su pago a favor de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, por la suma correspondiente a $36.474.075,65 (f.43-44).
- ✓ Certificado expedido por el Secretario de Hacienda del Municipio de Tuta, en el cual indica que el pago correspondiente a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo ya se ha efectuado (f. 45).
- ✓ Comprobante de egreso del 5 de marzo de 2012, en el cual se el pago a favor de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, el pago de una obligación (f. 40-41).
- ✓ Orden de pago No. 2012030148 del 5 de marzo de 2012, por concepto de conciliación del Juzgado Tercero Administrativo dentro del proceso de conciliación realizado en el proceso 2009-00102 (f. 48)
- ✓ Certificado de disponibilidad presupuestal No. 2012020153, en el cual se establece la existencia de recursos para el pago de conciliación por el valor correspondiente a $ 36.474.75, 65 (f. 50).
- ✓ Copia auténtica de la liquidación efectuada a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, para el periodo comprendido entre el mes de enero de 2009 hasta diciembre de 2011 (f. 53-54).
- ✓ Certificado expedido el 27 de febrero de 2014, por el Secretario de Hacienda del Municipio de tuta, en el cual se establece el pago a ING Pensiones y Cesantías la suma de $ 5.415.495, a favor de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo (f. 59).
- ✓ Orden de pago No. 2012080955 del 17 de septiembre de 2012, correspondiente a $5.415.495.00 a favor de ING Pensiones y Cesantías (f. 61)
- ✓ Resolución No. 742 del 6 de septiembre de 2012, por medio del cual se ordena el pago a favor de ING Pensiones la suma de $ 5.415.495.00 (f. 62).
- ✓ Comprobante de consignación No. 10291362040, pensiones obligatorias por el valor de $ 5.415.495.00 (f. 64).
- ✓ Escritura pública No. 363 de 2007, a través de la cual el señor Luis Alfonso Espitia Cely, tomó posesión para el cargo de alcalde del Municipio de Tuta (f. 71-73).
- ✓ Certificado expedida por la Secretaría de Gobierno del Municipio de Tuta, la cual señala que el señor Luis Alfonso Espitia Cely, desempeñó el cargo alcalde Municipal para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 (f. 76).

5.1. PREMISAS JURÍDICAS.

En el presente caso la parte actora en ejercicio de la acción de repetición, solicita que se declare civil y extracontractualmente responsable al señor Luis Alfonso Espitia Cely en su condición de ex alcalde del Municipio de Tuta, por haber expedido el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisional de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, del cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 01 a partir del 05 de enero de 2009, lo cual generó la condena impuesta por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja y en consecuencia el ente territorial se vio obligado a sufragar la suma de $ 36.474.075,65 correspondientes al pago de salarios y prestaciones sociales y el valor de $5.415.495 M/cte, por concepto de cesantías y pensión causados a favor de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo.

Al respecto el artículo 90 de la Carta Política, establece la facultad del Estado de repetir en contra del agente que con su acción u omisión dolosa o gravemente culposa hayan causado daños antijurídicos, de los cuales la administración se haya visto obligada a resarcir, al respecto dicha disposición establece:

> *"**Artículo 90**. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la 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, aquél deberá repetir contra éste."*

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos y la posibilidad del Estado de repetir en contra de estos, establece:

> *"**ARTÍCULO 77. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a** la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, **los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones**." (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Así mismo, el artículo 78 ibidem, señala:

> ***ARTÍCULO 78. Los perjudicados podrán demandar**, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, **a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos** y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. **En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere**. (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Por otro lado, la Ley 678 del 3 de agosto 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 o de llamamiento en garantía con fines de repetición*", establece:

> ***ARTÍCULO 2º. Acción de repetición**. 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.*

No obstante, en los términos de esta ley, ***el servidor o ex servidor público*** *o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002*

(...)

PARÁGRAFO 2º. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la ***conducta del agente responsable*** *haya sido dolosa o gravemente culposa. (Negrilla y subraya fuera del texto)*

De acuerdo con lo anterior la Entidad que ha sido condenada judicialmente como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus funcionarios o ex funcionarios, o incluso por un particular que ejerza funciones públicas, podrá a través la acción de repetición solicitar el reintegro de las sumas que hubiere cancelado proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; no obstante para que la misma sea procedente, es necesario que se acrediten unos requisitos mínimos; como acreditar la calidad de funcionario que cometió la conducta por la cual fue sancionada la administración, la existencia de la condena judicial, conciliación transacción o cualquier otra forma de terminación que de por concluido el conflicto, el pago de la misma y que la conducta del agente sea catalogada como dolosa o gravemente culposa; al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 26 de febrero de 2014; M.P. Jaime Orlando Santofinió Gamboa; expediente 48384, al momento de establecer los requisitos que la entidad demandante debe acreditar para sacar avante sus pretensiones, señaló:

"La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias1 los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición2.

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

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena

La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la

expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación3, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto.

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado aspecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario

iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables. (Negrilla y subraya fuera del texto).

Así las cosa, el Despacho procederá a analizar sí en el presente caso hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del señor Luis Alfonso Espitia Cely, teniendo en cuenta sí de acuerdo al material probatorio allegado al plenario se cumplieron los requisitos exigidos para que prosperen las pretensiones en la acción de repetición ejercida por el Municipio de Tuta.

- **Calidad de Servidor o Ex Servidor Público**

Respecto al primer requisito, esto es, la calidad del agente o ex agente y su conducta determinante en la condena impuesta al Municipio de Tuta por la expedición del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo en el cargo de auxiliar de servicios generales que venía desempeñando, la cual posteriormente fue declarado nulo por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja y en consecuencia el accionante se vio obligado a sufragar la suma de $ 41.889.570,65 M/cte.

Frente a este requisito advierte el Despacho, que dicha calidad se encuentra debidamente acreditada en el plenario, al respecto a folio 88 obra copia del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, el cual es suscrito por el señor Luis Alfonso Espitia Cely en su condición de alcalde del Municipio de Tuta.

Así mismo fue allegada escritura pública No. 363 del 29 de diciembre de 2007, expedida por la Notaria Única de Toca Boyacá, a través de la cual el señor Luis Alfonso Espitia Cely tomó posesión *"...del cargo de alcalde Municipal de Tuta Boyacá, para el que fue elegido*

por votación popular llevada a cabo el día 28 de octubre del año dos mil siete (2007), para el periodo comprendido entre el año dos mil ocho (2008) y el año dos mil once (2011)..." (f. 71 vto).

Igualmente a folio 76 obra certificación suscrita por la Secretaría de Gobierno del Municipio de Tuta Boyacá, en la cual señala:

> *"Que el Doctor* ***LUIS ALFONSO ESPITIA CELY****, identificado con cedula de ciudadanía No. 6.754.562 de Tunja, se* ***desempeñó en el cargo de alcalde Municipal****, grado no aplica, Código 005, en el periodo comprendido* ***del primero (01) de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011****."* *(f. 76)* (Negrilla y subraya fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, el Despacho encuentra que el señor Luis Alfonso Espitia Cely, ocupó el cargo de alcalde del Municipio de Tuta, así mismo, fue la persona encargada de expedir el **Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009**, a través de la cual se dispuso declarar insubsistente el nombramiento efectuado a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo del cargo de auxiliar de servicios generales que venía desempeñando; acto administrativo que posterior devino en la condena a la entidad demandante por las sumas aquí reclamadas; así las cosas se encuentra acreditado el primer requisito para estudiar la acción de repetición.

- **La Condena Impuesta al Departamento de Boyacá**

Para acreditar el segundo requisito, esto es, *"la existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado"*, el municipio de Tuta allegó copia auténtica de la sentencia proferida por el
29 de septiembre de 2011, por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, la cual estableció en su parte resolutiva:

> *"**SEGUNDO**: Declarar la nulidad del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, proferido por el alcalde Municipal de Tita, a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora María Rosalba Rodríguez cuervo en el cargo de auxiliar de servicios del Municipio de Tuta.*
> ***TERCERO**: Ordenar al Municipio de Tuta, el reintegro de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, sin solución de continuidad y en condición de provisionalidad, al mismo cargo que ocupaba al momento del retiro del servicio o a uno de similar o equivalente...*
> ***CUARTO**: Ordenar al municipio de Tuta, reconocer y pagar a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, así como el pago de aportes en salud y pensión, desde el momento de su desvinculación, 05 de enero de 2009, hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo. En el caso de que el cargo haya sido provisto con empleados de carrera administrativa, el anterior reconocimiento y pago se efectuara hasta la fecha en que se efectuó el respectivo nombramiento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia." (f. 29-30).*

Así mismo, y dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 70 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, adicionado el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, se llevó a cabo audiencia de conciliación el 13 de diciembre de 2011, en el cual se indicó:

> *"...el municipio de Tuta tiene animo conciliatorio, de conformidad con el acta de comité que antecede en la audiencia y que está en el proceso, por lo que*

presentamos una liquidación de treinta y cinco millones ciento veinte mil cincuenta y seis pesos ($35.120.056,00), que incluyen salarios y prestaciones debidamente indexados, desde la fecha en que fue declarada insubsistente la demandante hasta la fecha en que se pretende reintegrar a la señora demandante que el dio treinta (30) de diciembre de dos mil once (2011). Respecto de derechos relacionados con los aportes al sistema general de seguridad social, así como los parafiscales, el Municipio de Tuta realizará los trámites pertinentes a efectos de pagar tales recursos previa liquidación que realicen las entidades. La suma a pagar se realizara el día treinta (30) de diciembre de dos mil once (2011) y el reintegro se realizará en la misma fecha consignada..." (f. 33).

Así las cosas, es claro que existió una sentencia desfavorable en contra del Municipio de Tuta, como consecuencia de la desvinculación laboral de la que fue objeto la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo; y que para hacer menos gravosa la situación económica el ente territorial dentro de la oportunidad procesal correspondiente planteó un acuerdo conciliatorio, el cual fue acogido en su integridad por la entonces demandante.

Dicho acuerdo fue aprobado por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del circuito judicial de Tunja, mediante auto del 15 de diciembre de 2011 (f. 35-42); por lo tanto el Despacho encuentra que la accionante cumplió a cabalidad con el segundo requisito exigido para la prosperidad de la acción de repetición; esto es, acreditar la existencia de una condena judicial y el monto acordado para el pago de la misma.

- **El Pago de la Condena**

Ahora bien, respecto al pago total y efectivo por parte del Estado, la Entidad demandante allegó copia de la revisión de la liquidación efectuada a favor de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, para el periodo comprendido entre enero de 2009 y diciembre de 2011, realizado por el Secretario de Hacienda del Municipio de Tuta, correspondiente a la suma de $ 35.120.053,15 (f. 53).

Así mismo, fue allegado Resolución No. 79 de 27 de febrero de 2012, por medio de la cual se reconoce la existencia de una obligación y se ordena un pago, la cual estableció:

*"**ARTÍCULO 1°.** Autorizar el pago a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, de la suma de treinta y seis millones cuatrocientos setenta y cuatro mil setenta y cinco ($ 36.474.075,65), a título de condena, conforme a la conciliación aprobada por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja y la actualización del valor a la fecha de reintegro efectivo del cargo, conforme al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2009-00102." (f. 43-44).*

A folio 48, fue allegado copia auténtica de la orden de pago No. 2012030148 del 5 de marzo de 2012, en la cual se dispone el pago a la señora María Rosalba Rodríguez por concepto de pago de conciliación realizada por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja; de igual forma, fue allegado certificación suscrita por el Secretario de Hacienda del Municipio de Tuta Boyacá, en la cual se dispuso:

*"Que la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo identificada con cedula de ciudadanía número 24.202.387 de Tuta, **se le efectuó un pago por** valor de treinta y seis millones cuatrocientos setenta y cuatro mil setenta y cinco pesos con 65/100 MCTE **$36.474.075.65, el día cinco (05) de marzo de 2012 por concepto de conciliación Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión**." (f. 45). (Negrilla fuera del texto)*

Por otro lado y respecto al pago correspondiente a pensiones y cesantías, fue allegada copia de la Resolución No. 742 del 6 de septiembre de 2012, en la cual se estableció:

> *"**ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR** a la tesorería municipal de Tuta, cancelar a favor de ING Pensiones, la suma de cinco millones cuatrocientos quince mil cuatrocientos noventa y cinco pesos M/TE ($ 5.415.495.00), por concepto de pago liquidación de aportes funcionaria de María Rosalba Rodríguez Cuervo, identificada con cedula de ciudadanía 24.202.387 expedida en Tuta." (f. 62).*

Así mismo, fue allegada copia de la orden de pago No. 2012080955 del 12 de septiembre de 2012, en el cual se dispuso sufragar de la suma de $ 5.415.495.00, correspondiente a los aportes de pensión dejados de pagar según sentencia judicial a favor de ING pensiones y cesantías (f. 61); igualmente obra constancia de consignación por dicho concepto en el Banco Corbanca (f. 64); por su parte el Secretario de Hacienda del Municipio de Tuta, expidió certificación en la que indica:

> *"Que a ING pensiones y Cesantías identificado con el Nit número 800148959, se le efectuó un pago por valor de cinco millones cuatrocientos quince mil cuatrocientos noventa y cinco pesos MCTE $ 5.415.495, el día diecisiete (17) de septiembre de 2012 por concepto de aportes de pensión tiempo dejado de cancelar a nombres de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo según sentencia de conciliación Juzgad tercero administrativo de Descongestión. Dineros que fueron consignados el día diecinueve (19) de septiembre de 2012 en el banco Corbanca a nombre de ING Pensiones y cesantías..." (f.59).*

De acuerdo con lo anterior, para el Despacho queda demostrado que la entidad demandante acreditó debidamente el tercer requisito exigido, esto es, el pago total de la obligación que fue previamente adquirida por el Municipio de Tuta, para el pago de la condena impuesta, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, a través del cual se declaró insubsistente a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo.

- **Dolo o Culpa Grave del Ex Servidor Público**

Finalmente, respecto al requisito consistente de *"cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa"* es preciso traer a colación lo establecido por la Ley 678 de 2001, la cual establece:

> *"**ARTÍCULO 5º.** Dolo. La conducta es dolosa cuando el **agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado**.*
>
> *Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:*
>
> *1. Obrar con desviación de poder.*
>
> *2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*

3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial." (Negrilla fuera del texto)

Por su parte el artículo 6 de ibídem; señala:

*"**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. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal." (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior es claro que no todas las conductas descuidadas de las personas pueden tratarse de la misma manera, por esta razón se encuentran moduladas, y atendiendo dicha circunstancia en mayor o menor medida serán las actuaciones que deba adelantar el individuo para demostrar su actuación eficiente y diligente; así las cosas, la culpa grave del agente se determinará cuando éste haya actuado con el máximo de imprudencia o negligencia, es decir cuándo no observa "el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría".

Ahora bien, el actuar doloso o gravemente culposo del funcionario público contra el cual se dirige la acción de repetición debe estar debidamente acreditado, pues no basta cualquier error para que la administración pueda repetir en contra de éste por los eventuales perjuicios que en el ejercicio de sus funciones haya causado; así mismo, para determinar la responsabilidad del demandado es necesario acudir, a principios como la buena fe y la mala fe; al respecto el Consejo de Estado, manifestó:

*"**La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación**. Se exige entonces adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino una negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que, no admite comparación ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asunto propios. Se concluye entonces que **no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos.***

(...)

Se trata entonces de analizar si las actuaciones del servidor que dieron lugar a la condena en contra del Estado, tuvieron la intención de dañar y cuando esta última no se encuentra demostrada, si se cuenta con elementos que permitan calificar la conducta como una falta de diligencia extrema equivalente a la señalada intención. Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la conducta del servidor se sujetó a los estándares de corrección[1] o si por el contrario los desbordó hasta descender a niveles que no se esperarían ni siquiera del manejo que las personas negligentes emplean en sus propios negocios; de manera que la conducta del servidor, no encuentre justificación. (Negrillas del Despacho)

En un pronunciamiento más reciente dicha Corporación señaló:

"Así, dijo[11] 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.

Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política12 y en la ley.

Es clara entonces, 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.

*Dado lo anterior, 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*

---

[1] *JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. El principio de la Buena Fe. Bosch, Casa Editorial Barcelona.965 Pg. 57 "Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fue objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las mas diversas (...)".*

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 ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública."[2]

Teniendo en cuenta las anteriores presiones, le corresponde al Despacho analizar el material probatorio allegado, a efectos de establecer sí en el presente caso se encuentra acreditada la actuación dolosa o gravemente culposa del señor Luis Alfonso Espitia Cely, en la producción de los daños que aquí se reclaman.

En el presente caso el Despacho observa que el señor Luis Alfonso Espitia Cely, en su calidad de alcalde Municipal de Tuta, expidió el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, a través del cual se dispuso *"Declarar insubsistente el nombramiento de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, identificada con la C de c. No. 24.202.387 el cargo de auxiliar de servicios generales, código 470 grado 01 a partir del 05 de enero de 2009"* (f. 12).

No obstante y como quiera que la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, consideró que dicha determinación no se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico, a través de apoderado instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el No. 2009-0102, a través de la cual se declaró la nulidad del referido decreto, dándose por terminado el proceso con el acuerdo conciliatorio suscrito por las partes el 13 de diciembre de 2011, por lo tanto y si bien como consecuencia de la expedición del referido acto le fue impuesta la condena a la administración cuya responsabilidad se le imputa a al aquí demandado, también lo es que los fundamentos expuestos en su oportunidad no permiten presumir de manera alguna el actuar doloso o gravemente culposo del señor Luis Alfonso Espitia Cely.

Al respecto el Despacho advierte que dentro de los argumentos expuestos para declarar la nulidad del referido decreto, la sentencia del 29 septiembre de 2011, precisó:

"Así pues, al tratarse de una servidora que desempeñaba un cargo de carrera administrativa, en virtud de un nombramiento provisional, era obligación del alcalde Municipal de Tuta motivar la decisión por medio de la cual dispuso su retiro del servicio, tal como lo ordenanza la Ley 909 de 2004 y el decreto 1227 de 2005.

Sin embargo, examinado el contenido del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, a través del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento, se advierte que tan solo se hizo alusión a la facultad discrecional que le asiste a los nominadores para retirar a los servidores de libre nombramiento y remoción, calidad que no ostentaba la demandante al momento del retiro del servicio.

Salta a la vista entonces un flagrante desconocimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 10 de su decreto reglamentario 1227 de 2005, ***en lo referente al retiro de empleado nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, que se repite debe darse mediante decisión debidamente motivada****." (f. 27). (Negrilla fuera del texto)*

Así las cosas y si bien es cierto el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, fue declarado nulo, dicha circunstancia por sí sola no tiene la connotación de permitir aducir ipso facto la

---

[2] *Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 26 de febrero de 2014; Radicación número: 48384.*

responsabilidad del daño reclamado al señor Luis Alfonso Espitia Cely, quien fue el funcionario encargado de expedir el acto entonces demandado, pues es necesario que en esta instancia la parte actora acredite los elementos facticos que permitan establecer con claridad que el daño alegado le es atribuible al título de dolo o culpa grave.

En el presente caso la parte accionante atribuye la responsabilidad de las sumas aquí reclamadas al señor Luis Alfonso Espitia Cely a título de dolo, toda vez que *"el dolo según la sentencia consistió en el hecho de no haber motivado la expedición del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009."* (f. 5); por el contrario sostiene el demandado, que dicho elemento no se encuentra acreditado, toda vez que en su momento existían pronunciamientos encontrados respecto a la necesidad de motivar los actos administrativos a través de los cuales se declaró la insubsistencia del personal que se encuentre vinculado en provisionalidad.

Es preciso señalar que el Despacho no está obligado a adoptar el criterio fijado por el juez que conoció el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo y en el cual se declaró la nulidad del acto administrativo que generó la condena de la entidad aquí demandante, toda vez que en su oportunidad se estudió la legalidad del acto administrativo y al establecerse la existencia de vicios en su expedición se decretó su nulidad; sin embargo en el proceso de repetición, se busca determinar la intención con la que actuó el funcionario encargado de su expedición, siendo necesario acreditar la conducta dolosa o gravante culposa del aquí demandado; al respecto el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción al referirse al tema en comento, señaló:

> *"En tal virtud, cuando el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en alguna de las hipótesis consignadas en los artículos 5º y 6º de la Ley 678, el legislador previó una serie de "presunciones legales" como mecanismos procesales enderezados a tornar efectiva la acción de repetición prevista en la Constitución.*
> ***Ahora, su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el juez –en estos casos- está autorizado y es su obligación realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.***
> *En tal virtud, el hecho de que el legislador suponga en estos eventos la responsabilidad civil del agente estatal, ello no impide que esta presunción pueda ser destruida con la presentación de pruebas de descargo que desvirtúen las presunciones de la ley.*
> *De otra parte, también conviene señalar que la previsión en los citados artículos 5º y 6º de la Ley 678 no entraña que las allí consignadas sean las únicas por las cuales puedan calificarse de conductas dolosas o gravemente culposas.*
> ***De suerte que, el juez de la acción de repetición podrá deducir otras conductas que puedan calificarse como tales al apreciar otros comportamientos del agente estatal que no encuadren en ninguno de los dos preceptos o que no hayan sido mencionadas en ellos. En otras palabras, la relación de hipótesis allí consignadas en modo alguno limita o reduce el ámbito de acción del juez de la acción de repetición.***
> *(...)*
> *Es evidente entonces, 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.*

Dado lo anterior, 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 ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública." (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Ahora bien, el accionante considera que el acto administrativo que dispuso el retiro de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo y que generó el daño aquí reclamado debió haber sido motivado, razón por la cual el mismo fue expedido desconociendo en el ordenamiento jurídico, pues *"...el tratarse de una servidora que desempeñaba un cargo de carrera administrativa, en virtud de un nombramiento provisional, era obligación del alcalde Municipal de Tuta motivar la decisión por medio de la cual dispuso su retiro del servicio tal como lo ordena la Ley 909 del 2004 y el Decreto 1227 de 2005...".* (f. 5).

Al respecto, es preciso señalar que como señaló el demandado tanto en la contestación de la demanda como en sus alegatos de conclusión, para el momento en que fue expedido el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, existían pronunciamientos encontrados sobre la necesidad de motivar o no el acto administrativo a través del cual se disponía el retiro de los funcionarios que se venían desempeñado de manera provisional en los cargos de carrera, es así como mientras la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, señaló que para salvaguardar los derechos fundamentales de los empleados, era necesario que el nominador del cargo exponer los motivos que motivan dicha determinación, el Consejo de Estado argumentaba que debido a su similitud a los cargos de libre nombramiento y remoción, no era necesario que el acto que establecía su desvinculación se encontrara motivado; en efecto se advierte que dentro del análisis normativo realizado por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión al momento de analizar la legalidad del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, éste señaló:

"Lo anterior lleva a concluir que mientras quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser retirados del servicio en ejercicio de la facultad discrecional que se le da al nominador, los servidores que se encuentren ejerciendo cargos de carrera nombrados en provisional, solo pueden ser retirados el servicio antes del cumplimiento de los términos a los que se refieren las normas en cita, mediante acto administrativo motivado.

No ha sido pacifica la jurisprudencia en torno al retiro del servicio de los empleos nombrado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. Así, en los casos ocurridos en vigencia de la Ley 443 de 1998, el Consejo de Estado sostuvo que dada la similitud del ingreso al servicio de los provisionales con los de libre nombramiento y remoción, el retiro de los primeros procedía mediante acto de insubsistencia no motivado, la corte Constitucional de tiempo atrás ha sostenido que la desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad (aun tratándose de regímenes especiales como el DAS o la fiscalía general de la Nación) requiere de acto administrativo motivado como garantía del derecho al debido proceso, en cuanto no puede equipararse su actuación al del nombramiento y remoción.

No obstante, en últimos pronunciamiento el H. Consejo de Estado consideró que "A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aun antes de entrar en vigencia dicha normatividad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa"[3] (f. 23-24) (Negrilla y subraya fuera del texto)

Ahora bien respecto a las razones expuestas por el señor Luis Alfonso Espitia Cely, para expedir el referido acto administrativo, éste en su interrogatorio de parte señaló:

"...indíquele al despacho cuales fueron los motivos que lo llevaron a expedir el directo No. 001 del 4 de enero de 2009, por medio del cual se desvinculó a la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo. Respuesta: Como bien lo dice el Decreto, el acto administrativo por medio del cual se desvinculo a doña Rosalba no está motivado, ***simplemente se utilizó la discrecionalidad que tiene los alcaldes para esta razón, doña Rosalba se encontraba ocupando un cargo de carrera en provisionalidad y que para ese entonces la jurisprudencia de las altas cortes y del consejo de estado asimilaba a estos cargos a los libre nombramiento...entonces por lo tanto no se debía motivar porque la jurisprudencia no lo ordenaba de ese entonces*** *(minuto 11:28 audiencia de pruebas).*

Ahora bien y a pesar que el apoderado de la parte actora, interrogó al declarante buscando descubrir las razones por la cuales se había dado el retiro de la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, del cargo de auxiliar de servicios generales, el aquí demandado no expuso razón diferente a la "discrecionalidad de la que ostentaba", situación que encontraba respaldo en los pronunciamientos del Consejo de Estado que en su oportunidad asimilaba a los cargos desempeñados en provisionalidad a los de libre nombramiento y remoción.

En el presente caso no se encuentra acreditado el elemento subjetivo; esto es, el querer doloso o gravemente doloso de querer causar el perjuicio que aquí se reclama a la adminitracion municipal, pues si bien el acto administrativo contenido en el Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, no cuenta con ninguna motivación, dicha circunstancia por sí sola no puede predicar la responsabilidad del señor Luis Alfonso Espitia Cely, en los perjuicios aquí reclamados.

Así las cosas, el Despacho no cuenta con elementos de prueba de los cuales se pueda llegar a inferir que con la expedición del Decreto No. 001 del 4 de enero de 2009, se haya buscado afectar el interés general o el buen servicio de la entidad aquí demandante, pues como ya se precisó su expedición se dio únicamente atendiendo el factor discrecional con el que el aquí demandado contaba para disponer del cargo desempeñado por la señora María Rosalba Rodríguez Cuervo, situación que tenía respaldo en los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado.

Así las cosas, la presente instancia adolece de elementos probatorios que permitan determinar la configuración de la totalidad de los presupuestos facticos que exige la acción de repetición, razón por la cual negará las pretensiones de la demanda, toda vez que de conformidad con lo esblencado en el artículo 77 del C.P.C, le corresponde a las partes

---

[3] Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda; Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.- Radicado numero: 205000-23-25-000-2005-01341-02 (0883-08) Actor: maría Stella Albornoz Miranda. Demandado: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER. (Tomada de la página Web del Consejo de Estado de Colombia)

demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que buscan, es decir, la parte actora debe probar todos los elementos que configuran la acción de repetición, situación que no se configura en el presente caso, pues no existe prueba que permita atribuir siquiera de manera indiciaria la conducta dolosa o gravemente culposa de los ex agentes aquí demandados.

6. CONCLUSIÓN

Del estudio de las premisas jurídicas y fácticas aplicables al caso concreto, se concluye que dentro del proceso de la referencia no se cumplen con todos los presupuestos para la procedencia de la acción de repetición, pues a pesar de haberse acreditado la calidad de ex alcalde del Municipio de Tuta; la imposición de una condena en contra del ente territorial aquí demandante y el pago de la misma, también lo es que NO SE LOGRÓ DEMOSTRAR que el demandado hubiera actuado con dolo o culpa grave en los hechos que se le imputan. Así las cosas, las pretensiones invocadas serán negadas al no tener vocación de prosperidad, bajo lo expuesto en la presente providencia.

7. OTRAS DETERMINACIONES.

El Despacho advierte que a folio 162, el apoderado del Municipio de Tuta mediante escrito radicado el 1 de febrero de 2016, manifiesta que renuncia al poder a él conferido, toda vez que "...el día 30 de diciembre del 2015, se terminó mi contrato con dicha entidad..."

Al respecto, se observa que el escrito de renuncia allegado por Doctor Carlos Alberto Amezquita Cifuentes, identificado con la C.C. 7167746 de Tunja y T.P. No. 144.811 del C.S. de la J., no se adecúa a los lineamientos establecidos en el inciso 4 del artículo 76 del C.G.P., vale decir, no se encuentra acompañada de la comunicación enviada a su poderdante, pues dicha norma señala como trámite para aceptar la renuncia, el siguiente:

> *"**Artículo 76. Terminación del poder.***
>
> *(...)*
>
> *La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.(...)"*

De la disposición en cita podemos establecer, que el legislador ha previsto, que la comunicación sobre la decisión de renunciar al poder sea comunicada por el mismo apoderado a su poderdante y no como otrora lo dispusiera el derogado C.P.C., regla procedimental bajo la cual, el despacho debía aceptar la renuncia mediante auto y posteriormente enviar un telegrama al poderdante del abogado que renunciaba al poder, para de esta forma dar por terminado el mandato.

Ahora bien, en aras de acatar plenamente la nueva codificación procesal inmersa en el C.G.P., se requerirá al apoderado del Municipio de Miraflores, para que dentro de los dos (02) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, allegue la comunicación de la renuncia a su poderdante, para los fines y para los efectos consagrados en el inciso 4 del artículo 76 del C.G.P.

8. COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. P. A.C. A. la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código De Procedimiento Civil vigente, "Salvo en los procesos en que se ventile

un interés público" participando de esta categoría las acciones de repetición, tal como ha indicado el Tribunal Administrativo de Boyacá[4], razón por la cual no se condenará en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO.- Negar las pretensiones formuladas por el Municipio de Tuta en contra del señor Luis Alfonso Espitia Cely, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Abstenerse de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- Requerir al abogado Carlos Alberto Amezquita Cifuentes, apoderado del Municipio de Tuta, para que dentro de los dos (02) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, allegue la comunicación de la renuncia a su poderdante, para los fines y para los efectos consagrados en el inciso 4 del artículo 76 del C.G.P.

CUARTO.- Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
Juez

[4] Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No. 3. Magistrada Ponente, Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, Sentencia del 29 de julio de 2014 emitida en el medio de control de Acción de repetición, demandante Municipio de Motavita, demandado Luis Fernando Aguilar Molina, radicación 150013333009201301O5-01. En igual sentido: Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión No 4, Magistrado Ponente Dr. FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS. Sentencia del 20 de octubre de 2015, medio de control Acción de Repetición, demandante Departamento de Boyacá, demandado Ricardo Castro Espinoza, radicación 150013333004201300079-01 y sentencia del 16 de abril, Magistrado Ponente Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA, medio de control Acción de Repetición, demandante Municipio de Motavita, demandado Ramiro Cetina Molina, Radicación 15001333300820130006S.