



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja,

DEMANDANTE:	MUNICIPIO DE CHIQUIZA
DEMANDADO:	CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO Y JAIRO PACHECO SUAREZ
REFERENCIA:	150013133009-2014-00194-02
MEDIO DE CONTROL:	REPETICIÓN
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago (fls. 375-386) contra la sentencia proferida el tres (03) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de repetición.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1 DECLARACIONES Y CONDENAS.

La entidad demandante, actuando a través de apoderada judicial, solicitó se declare responsable al Señor Jairo Pacheco Suarez y Carlos Antonio Pacheco Buitrago, de los hechos que dieron lugar a la acción Contractual con radicado No 15001333101220090032501 que culminó con sentencia del 25 de noviembre de 2012, por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja y confirmada mediante sentencia del 24 de enero de 2013 por este Tribunal, siendo demandante Juan Segundo Aguilar Matta contra el Municipio de Chíquiza, en donde se declaró el incumplimiento de contrato contenido en la orden de suministro del 30 de julio de 2007, proferida por el Alcalde Municipal de Chíquiza y se condenó

al Municipio a pagar la suma de \$4.000.000 más los intereses moratorios en los términos del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

Como consecuencia de lo anterior, la Entidad solicita se **condene** a los señores **JAIRO PACHECO SUAREZ** y **CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO**, a **reembolsar** al Municipio de Chíquiza, el **total de lo pagado**, es decir la suma de ocho millones cuatrocientos un mil trescientos seis pesos con sesenta y siete centavos (\$8.401.306.67), conforme a la sentencia condenatoria, proferido por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja y el Tribunal de Boyacá; monto de la condena que debe ser actualizado hasta el monto del pago efectivo, conforme lo dispone el artículo 187 y SS del CPACA y se dé cumplimiento a la sentencia según lo dispuesto en el artículo 99 del CPACA, además de la condena en costas.

1.1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

La parte actora señaló que el señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago, en se calidad de Alcalde Municipal de Chíquiza, en el período comprendido del 1° de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, profirió orden de suministro con fecha 30 de julio de 2007 a favor del señor Juan Segundo Aguilar Matta, cuyo objeto era el suministro de 200 viajes de recebo para las vías carreteables del Municipio de Chíquiza, el valor pactado en el contrato en mención fue por \$4.000.000 pagaderos en la vigencia fiscal del año 2007.

Que el 26 de diciembre de 2007, el primer mandatario de la época Carlos Antonio Pacheco Buitrago, como contratante y el señor Juan Segundo Aguilar Matta como contratista, suscribieron el acta de recibo del material contratado.

Que el señor Juan Segundo Aguilar presentó cuenta de cobro según el contrato enunciado, solicitud de pago que fuera reiterada por el contratista, mediante derecho de petición radicado el 27 de febrero de 2008, la cual fue negada de manera injustificada por el Alcalde sucesor Jairo Pacheco Suarez.

Indicó que el incumplimiento contractual acaecido por parte del Ente Municipal, a través del señor Alcalde Carlos Antonio Pacheco y su sucesor el señor Jairo Pacheco, generaron el inicio de la demanda contractual iniciada por el contratista Juan Segundo Aguilar, la cual conoció el Juzgado Doce Administrativo de Tunja y condenó al correspondiente pago, decisión que fuera confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, proceso judicial donde se probó que efectivamente existía la orden de prestación de servicio de suministro suscrita entre el Alcalde Carlos Pacheco y el señor Juan Segundo Aguilar, contrato que fue

cumplido cabalmente por el contratista, mientras que por parte del Municipio se incumplió el deber contratado, razón de ser de la condena que tuvo que pagar el ente municipal.

Que luego de liquidada la condena impuesta al Municipio de Chíquiza, el 31 de marzo de 2014, la Secretaría de Hacienda de dicho ente municipal, realizó el pago a favor del señor Juan Segundo Aguilar Matta, por valor de \$8.401.306.67.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Carlos Antonio Pacheco Buitrago (fls.194-206)

A través de apoderado judicial el demandado se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas, argumentando para tal, que dentro del proceso contractual que condenó al Municipio de Chíquiza no se evidencia que se haya condenado al municipio a pagar suma reconocida a título de indemnización por causa o con ocasión de la condena impuesta, presupuesto a su juicio, indispensable para que proceda la acción de repetición según lo comprende el artículo 2º de la Ley 678 de 2001 y el artículo 142 del CPACA.

Refirió que dentro del proceso tampoco se estableció la intención del demandado de obrar con culpa grave o dolo, pues refiere que el contratista no presentó la cuenta de cobro dentro del año fiscal 2007, sino que lo radica el 27 de febrero de 2008, cuando su período gubernamental ya había cesado, 2004-2007.

Que el 30 de julio de 2007 se suscribió la orden de prestación de servicios entre el entonces alcalde y el señor Aguilar para el suministro de 200 viajes de recebo para la vías del municipio de Chíquiza y que el 26 de diciembre de la misma anualidad se suscribió Acta de recibido a satisfacción del material contratado, sin que el señor Aguilar Matta, en su calidad de contratista hubiese allegado cuenta de cobro para que le fueran consignado los conceptos contratados, por lo que el ordenador del gasto no puede disponer sin las previas formalidades y requisitos, por lo que tratándose del último año de su mandato no había forma de efectuar el pago sin que se hubiese generado la cuenta de cobro.

Que el señor Jairo Pacheco Suarez, quien lo sucedió como alcalde para el periodo 2008-2011, nunca le comunicó ni le informó del derecho de petición de fecha 25 de febrero de 2008 elevado por el contratista, siendo su deber, según lo dispuesto en la Ley 951 de 2005; asimismo refiere el deber de empalme de la Secretaría de Hacienda en la entrega para la finalización del periodo electoral.

Añadió que en el proceso contractual condenatorio al Municipio de Chíquiza, no se advierte condena por concepto indemnizatorio, pues solo se condenó al pago fijado por el contrato incumplido, lo que a su juicio es uno de los requisitos para que proceda la acción de repetición contra el funcionario.

Agregó que la ley 951 de 2005, dispone que las secretarías de hacienda salientes, deben realizar un empalme y entrega de cuentas pendientes, por lo que le correspondía al Alcalde entrante destinar los conceptos económicos que quedaban pendientes, siendo conocedor de tal hecho, según el derecho de petición que fuera resuelto por el mismo mandatario entrante, negándose al pago correspondiente sin razón legal alguna.

1.2.2. Jairo pacheco Suarez (fl. 263-273).

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, refiriendo para tal, que el contrato fue suscrito por su antecesor, el señor Carlos Antonio Pacheco y Juan Segundo Aguilar el 30 de julio de 2007, fecha en la que aún no fungía como Alcalde, por lo que para la época en que se suscribió el contrato el entonces Alcalde debió contar con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal, antes de que se efectuara la orden de suministro.

Que en el periodo 2004-2007, no se apropiaron los recursos necesarios para tal fin, los cuales para su ejecución debió haber quedado como reserva presupuestal en cuentas por pagar, reserva que indica no se materializó, información que fue suministrada en la contestación del derecho de petición elevado por el contratista el 25 de febrero de 2008.

Que la orden de suministro se indicó que sería pagada con la vigencia fiscal del año 2007, más exactamente con el rubro 242101 denominado "programa de mantenimiento de vías", orden que no se tuvo en cuenta en el empalme de mandatos, por lo que no fue incluida en las resolución de cuentas por pagar como tampoco en la de reserva presupuestal 2008-2011, por lo que considera que no era posible simplemente hacer un pago sin las estipulaciones necesarias, pues de lo contrario acarrearía responsabilidades penales, fiscales y presupuestales, razón de ser por la que el señor Pacheco Suarez, como Alcalde sucesor de Carlos Pacheco Buitrago, y como guardador y responsable de los recursos públicos del Estado no podía realizar el pago referido.

2. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, profirió sentencia de fecha 03 de noviembre de 2017 (fls. 352-365) resolvió:

“PRIMERO: Declarar no prosperas las excepciones formuladas por la apoderada del demandado CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO denominadas “Falta de objeto en la acción de repetición” y “falta de material probatorio en la presunción de violación manifiesta e inexcusable de las normas de derechos a título de culpa grave en los fundamentos de derecho de las pretensiones”.

SEGUNDO: Declarar la responsabilidad personal del señor CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO por infringir el ordenamiento jurídico contractual así como el Estatuto Orgánico de Presupuesto, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: como consecuencia de lo anterior, condenar al señor CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO a cancelar al Municipio de Chiquiza la suma de CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SESENTA Y DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (**\$5.251.062.015**), de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia.

(...).”

La Juez de instancia, luego de referenciar los antecedentes del trámite dado al proceso, planteó un problema jurídico, desarrolló un marco normativo en el cual destacó la normatividad de la acción de repetición, el concepto de la misma, los aspectos subjetivos que deben ser acreditados en la acción desde la perspectiva de requisitos subjetivos y objetivos, para descender al caso concreto en concordancia con pronunciamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Luego de hacer un recuento de las pruebas aportadas en el expediente refirió que se encontró probado que el señor Aguilar Matta inició acción contractual contra el Municipio de Chiquiza por el pago de la orden de suministro de fecha 30 de julio de 2007 correspondiente a la suma de \$4.000.000.

Que para demostrar el primero de los requisitos para que proceda la acción de repetición, señaló el a quo que ante la ausencia de pago de la prestación contenida en el suministro de 200 viajes de recebo para las vías carretables del Municipio de Chiquiza, las cuales efectivamente el contratista cumplió tal como consta en el acta de recibo de material contratado, el Juzgado Doce Administrativo declaró el incumplimiento

del contrato y condenó al municipio de Chíquiza a pagar la suma de \$4.000.000 por el incumplimiento contractual, de tal manera que se encuentra uno de los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición.

En cuanto al segundo requisito, esto es el pago, se encontró probado que el Municipio de Chíquiza realizó el pago del proceso contractual No. 2009-325 el 31 de marzo de 2014 por valor de \$8.401.306.67, a favor de Juan Segundo Aguilar Matta, conforme se desprende de la certificación suscrita por el Secretario de hacienda del ente municipal, documento que a juicio de la juez de primera instancia satisface la condena impuesta, en cumplimiento de la sentencia judicial.

En cuanto al tercer requisito de la acción de repetición, esto es que la condena haya sido impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del ex servidor, encontró la primera instancia probado que, en cuanto a lo que refiere a CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO que fue el Alcalde para el periodo 2004-2007, suscribió una orden de suministro de 200 viajes de recebo el día 30 de julio de 2007 a favor de Juan Segundo Aguilar, por valor de \$4.000.000 que en la orden de suministro se señaló que *"el trabajo se efectuará con cargo al presupuesto de la presente vigencia, (2007) rubro 242101 denominado programa MANTENIMIENTO VÍAS (FONDO DE MAQUINARIA)"*.

Que también se probó que el señor Juan Segundo Aguilar, como contratista cumplió con su parte del contrato, tal como consta en el Acta de recibido de fecha 26 de diciembre de 2007, donde se dejó constancia de que el Alcalde Carlos Antonio Pacheco y el señor Juan Aguilar suscribieron el recibo del objeto contratado el 30 de julio de 2007 (fl. 234-254), lo cual permitió a la Juez de primera instancia evidenciar que el señor Pacheco Buitrago, tenía pleno conocimiento del contrato de suministro y de su cumplimiento.

Adicionalmente indicó el *a quo* que se encontró probado que el señor Juan Segundo Aguilar Matta presentó cuenta de cobro ante el Municipio de Chíquiza en los siguientes términos: *"concepto: pago de suministro de recebo para las vías carretables del municipio de Chíquiza según orden de trabajo de fecha treinta (30) de julio de 2007 (sic)"* (fl. 235-255).

Que la orden de pago no fue cancelada por el señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago, bajo el argumento que la misma no cumplía con ciertos requisitos para que fuera pagadera no obstante haber suscrito la orden de servicio y el acta de recibido, por lo que consideró vulnerado el ordenamiento jurídico en dos oportunidades, lo cual se acompasa dentro de la causal primera del artículo 6 de la Ley 678 de 2001 referente a la

culpa grave, como quiera que luego de suscribir la orden de suministro del 30 de julio de 2007, no constituyó reserva presupuestal ni registro presupuestal, como fuera señalado en el fallo dentro de la acción contractual que condenó al municipio de Chíquiza.

Asimismo refirió la Juez a quo, que en el fallo proferido dentro de la acción contractual se hizo referencia que "el señor CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO **"incumplió las obligaciones inherentes al contrato, toda vez que no se ciñó a lo establecido por la Ley (sic), teniendo en cuenta que no expidió el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal no el Registro Presupuestal, función que debe recaer sobre la administración,** pese a tal omisión suscribió contrato de Suministro y más aún recibió a satisfacción el objeto contratado".

Que al no efectuarse la reserva presupuestal de la orden de suministro de 30 de julio de 2007, por parte del señor Carlos Antonio Pacheco implicó el desconocimiento del numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que al tenor dispone "las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimado de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios".

Asimismo encontró el a quo que el señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago, vulneró el inciso 4 del artículo 89 del Decreto 111 de 1996 que refiere que "cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios", que a más de lo anterior, de manera inexcusable omitió dejar la obligación a favor del contratista en las cuentas por pagar, teniendo en cuenta que su periodo de mandato terminaba y que se había estipulado que la orden de suministro se pagaría con cargo al presupuesto de la vigencia 2007.

En tal sentido concluyó el a quo, que como quiera que se había suscrito el acta de recibo a satisfacción del suministro contratado, era deber legal constituir la obligación correspondiente, lo cual fue omitido por el señor Carlos Antonio Pacheco, lo que terminó con una condena judicial y por contera un detrimento patrimonial al Municipio de Chíquiza, como quiera que su conducta se encuentra dentro del juicio de reproche como culpa grave en los términos del numeral 1º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001.

En cuanto a la conducta que se le endilgó a Jairo Pacheco Suarez, refirió la juez de primera instancia que con la respuesta al derecho de petición suscrito por éste, se le indicó al contratista que efectivamente existían documentos relacionados con la orden de suministro por valor de

\$4.000.000, suscrito por la administración anterior, dentro del paquete de cuentas pendientes de pago, no obstante, señaló que dicha cuenta no contaba con disponibilidad presupuestal ni tampoco registro presupuestal, falencias que impedían a la nueva administración hacer el pago efectivo de dicha obligación.

En tal sentido concluyó el *a quo* que al señor Jairo Pacheco Suarez, no le estaba permitido realizar el pago de una cuenta de cobro que no contaba con la disponibilidad presupuestal ni registro presupuestal, y que además tampoco se encontraba en cuentas por pagar dentro de la reserva presupuestal para el año 2008, por lo que la Juez acogiendo la postura del Ministerio Público, indicó que la conducta asumida por el señor Jairo Pacheco Suarez se circunscribió al cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales como representante del Municipio de Chíquiza.

Como quiera que la conducta infractora fue encontrada únicamente en cabeza del señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago, consideró el *a quo* que debía condenarse a la devolución de los dineros a los que tuvo que cancelarse por efectos de la sentencia condenatoria, no obstante, refirió que si bien el municipio de Chíquiza tuvo que cancelar el valor de \$8.401.306.67, lo cierto es que el detrimento que se le efectuó al municipio radicó en los intereses generados tenidos que sufragar, es decir el valor de \$4.401.306.67 valor que ordenó pagar al señor Carlos Pacheco Buitrago de manera indexada.

2.1. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fl. 375-386)

La apoderada del señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago presentó escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia bajo los siguientes argumentos.

En primer lugar hizo referencia a que no se aportó prueba de la calidad en que actuó el señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago, por lo que se propuso incidente de nulidad ante la Juez de primera instancia, siendo resuelto de manera parcial en la audiencia inicial, sin que se pronunciara respecto de la falta de aportarse prueba de la calidad en que actúa el demandado, sin que tampoco se resolviera tal situación dentro de la sentencia. Lo anterior, por cuanto el artículo 166 del CPACA, señala en su numeral 4º que debe acompañarse la prueba del representante legal cuando se trate de personas de derecho público cuando intervengan en un proceso.

En tal sentido consideró que el a quo no se detuvo a analizar la naturaleza jurídica de la acción de repetición y la responsabilidad fiscal ya que ambas son excluyentes.

Luego de adentrarse a referir sobre la procedencia de la acción de repetición establecida en la Ley 678 de 2001, refirió que la acción de repetición es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública, surgido como consecuencia de la falla en la prestación de los servicio.

Mientras que la responsabilidad fiscal, es un medio por el cual el Estado busca recuperar los dineros de los daños causados al patrimonio público por el mal manejo que se le haya dado al erario público por el servidor o ex -servidor público, cuyo seguimiento se realiza por intermedio de las contralorías.

Que si bien la jurisprudencia ha señalado que a pesar de que ambas acciones de control, repetición y responsabilidad fiscal, tienen como finalidad el resarcimiento, la protección y garantía del patrimonio del estado, las dos acciones no son iguales por cuanto cada una tiene su propia naturaleza, puesto que la repetición persigue el daño antijurídico causado a un tercero, ocasionado por un servidor o ex servidor público por una conducta dolosa o gravemente culposa, de una situación que no tenía el deber de soportarse y que el Estado fuera condenado al pago de una indemnización, y la responsabilidad fiscal persigue el mal manejo de los dineros públicos por las irregularidades efectuadas por sus servidores o ex servidores públicos en forma de dolo o culpa, es decir que se deriva de la gestión fiscal de la administración.

Luego de hacer referencia a la naturaleza jurídica y alcance de la acción de repetición y de la responsabilidad fiscal se adentró a señalar lo dispuesto en la Ley 678 de 2001, en cuanto a las presunciones de dolo o culpa grave las cuales deben ser a petición de parte y no de oficio; que para el presente asunto el juez no tuvo en cuenta que en el escrito de demanda existieron inconsistencias en cuanto a la calificación de la conducta del demandado, pues se observa que con la demanda se solicita condenar a los demandados a título de dolo y/o a título de culpa grave, sin especificar la presunción que enmarcaron la conducta, además de que tampoco se especificó el tipo de normatividad que se

violó, como tampoco el daño antijurídico en los términos del artículo 90 de C.P, continua aseverando que en los hechos de la demanda no se menciona las presunciones bien de dolo o de culpa grave como circunstancias de modo, tiempo y lugar que dieron origen a los hechos ni el daño antijurídico ocasionado a raíz de una condena de cumplimiento y ya en las pretensiones se indica que el señor Carlos Pacheco actuó a título de culpa grave por violar manifiesta e inexcusablemente las normas de derecho.

Que a pesar de lo anterior, infiere que "el Juez de primera instancia, actúa como abogado litigante, señalando en su motivación, en sus consideraciones en el subtítulo que lo denomina: "**análisis de la conducta del señor CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO**" y hace descripción de las pruebas que encontró el a quo para condenar al demandado.

Siguiente con sus argumentos sostiene que la Juez inicial se apoyó en jurisprudencia de esta Corporación, sin que se relacionara la providencia para verificar lo que se intentó soportal, "*dejando la duda*".

Aseguró que la primera instancia continuó ejerciendo actos de juez y parte al seguir sustentando en sus consideraciones, argumentos y normas que no contiene el libelo demandado, para lo cual cita apartes de la sentencia de primera instancia (fl. 382), para lo cual considera que se adecuó la conducta presuntamente ejercida por el demandado, sin que la misma haya sido referida en el escrito de demanda y se edifica la decisión, a su juicio, sin tener en cuenta la demanda, la contestación de la demanda, las excepciones previas y de fondo o de mérito y los alegatos presentados por la apoderada.

Adicionalmente refirió que no se analizó en la decisión las funciones propias de la secretaría de hacienda del Municipio en el período gubernamental para la época en que se suscitó el contrato de prestación de suministros, que para el año 2007 era la señora Nelly Astrid Carreño Peña, quien tenía la competencia, la obligación y el deber de la elaboración y trámite de la disponibilidad presupuestal como del registro presupuestal, y a su vez tenía la responsabilidad del empalme, tal como se prueba en el acto administrativo de fecha 22 de febrero de 2008 obrante a folio 213, con referencia a aclaración al acta de empalme, resolución 5674 de 2005 y de confirmada con la ley 901 de 2005 y artículos 1, 5 y 7 de la Ley 591 de 2005.

Añadió que el servidor público que ha recibido el cargo, tiene la tarea de verificación del acta correspondiente con lo existente por el término de 30 días y a partir de tener conocimiento de una novedad o irregularidad,

el servidor público saliente podrá ser requerido para que haga las aclaraciones y proporcione la información adicional.

Que igualmente, al entrar el nuevo servidor de la Secretaría de Hacienda, para el año 2008 y una vez detectar que se encontraban cuentas sin legalizar, como lo era la cuenta pendiente a favor del señor Juan Aguilar, debió en primer lugar ponerlo en conocimiento de la anterior Secretaría de Hacienda y adicionalmente poner en conocimiento del órgano de control a que corresponda la dependencia para que el servidor público procediera a aclarar en lo que le competía.

Que el hecho fue conocido por el Alcalde Jairo Pacheco el 27 de febrero de 2008 cuando se radicó el derecho de petición, dando respuesta el 30 de abril de esa misma anualidad, sin que tramitara la novedad y sin mediar ningún tipo de solución para no aumentar el incremento del interés de tal manera que no se afectara el patrimonio público.

Continúa sus argumentos advirtiendo de disenso refiriendo que hay "*absoluta discordancia en cuanto se refiere a la valoración de la prueba*", y señala que varios pronunciamientos de la Corte han señalado que no basta con valorar la sentencia para establecer el dolo o la culpa en la acción de repetición, pues debe establecerse otras evidencias como es la intención o el querer causar un daño o la mala fe; que en el caso de autos, hubiese acaecido su el suministro contratado no se hubiese cumplido y que el material no se hubiera recibido , que no se hubiera cumplido con el interés general de la comunidad quien en ultimas se benefició con el material de los 200 viajes de recebo, que se hubiera beneficiado un tercero o el ex funcionario, que el material nunca hubiese llegado al Municipio y que por alguna razón el municipio no hubiera podido demandar al particular para que respondiera. Sin embargo se observa el acta de recibo a satisfacción y que se destinó para el propósito contratado.

Que lo que ocurrió en el actuar del demandado fue un error involuntario o humano, hubo exceso de confianza al tener el pleno convencimiento, para la época de los hechos que la norma señalaba que cada funcionario tenía que responder por lo der su cargo, por lo que no verificó que la señora Nelly Astrid Carreño, hubiera cumplido a cabalidad con las funciones propias de su competencia que como es costumbre se deposita la plena confianza en su empleado de su profesionalismo, ética y experiencia.

Aseveró que en el acta de recibido del 26 de diciembre de 2007, se señala el rubro con el número 242101, el cual se denominó: "programa mantenimiento de vías (fondo Maquinaria)", por lo que consideró que si

existió disponibilidad presupuestal y rubro presupuestal, teniendo en cuenta el rubro y su correspondiente número donde indica la existencia del dinero para cancelar.

Refirió que en la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro de la acción contractual, se hizo referencia en el título denominado: "*certificado de disponibilidad presupuestal*" (fl. 38), que "*todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificado de disponibilidad presupuestal previos que garanticen la existencia de apropiaciones suficientes para atender estos gastos que generalmente se da sobre el saldo global del rubro presupuestal.*

De esta manera, el certificado de disponibilidad presupuestal es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. En consecuencia este documento afecta...", lo cual considera como argumento indispensable para que se hubiese vinculado en la presente Litis a la señora Nelly Astrid Carreño, quien fungía como Secretaria de Hacienda en el año 2007, solicitud de vinculación que fuera rechazada por la primera instancia.

Por último refirió que la sentencia condenatoria en la acción contractual, no es prueba suficiente que de paso a la condena impuesta en el presente asunto, pues si bien se aporta certificación expedida por el Municipio de Chíquiza donde se demuestra el pago realizado por concepto de condena judicial, el Consejo de Estado ha indicado que además debe acompañarse con un documento que indique que el beneficiario recibió tales rubros a su favor, a más de lo anterior, se debe acompañar del acta del comité de conciliación como requisito de procedibilidad para iniciar la acción de repetición.

3. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 26 de julio de 2018 esta Corporación admitió el recurso de apelación (fl. 435), y a través de proveído de 16 de agosto de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl. 439).

3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1.1 PARTE DEMANDANTE (fl. 441-444)

Luego de hacer un recuento de los argumentos que motivaron la sentencia dentro del trámite de la acción contractual, refirió que la conducta del señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago se enmarca dentro de los postulados establecidos en la Ley 478 de 2001, como quiera que dentro del período de su mandato, suscribió la orden de prestación de servicios con el señor Juan Segundo Aguilar, cuyo objeto era el suministro de 200 viajes de recebo para las vías carreteables del Municipio de Chíquiza por un valor de \$4.000.000 pagaderos en la vigencia fiscal de 2007, del rubro No. 242101 del programa denominado "Programa de Mantenimiento de Vías (fondo Maquinaria).

Que conforme a lo anterior, la conducta asumida por el funcionario se equipara dentro de las establecidas en el artículo 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, por haber obrado con desviación de poder y con violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, máxime cuando la orden de trabajo fue recibida a satisfacción, conforme al Acta de recibido del 26 de diciembre de 2007, sin que el mandatario del momento efectuara el pago correspondiente de los bienes suministrados, lo cual radicaba en una obligación legal constituir la correspondiente cuenta por pagar, en tal medida solicita la confirmación de la sentencia inicial.

3.2.2 PARTE DEMANDADA- CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO (fl. 445-453).

Reitero los argumentos planteados en el escrito de apelación.

3.2.3 EL MINISTERIO PÚBLICO (fls. 455-459).

El agente del Ministerio Público Procurador 45 Judicial II, **emitió concepto N° 062**, luego de hacer un recuento de los antecedentes del caso, destacar apartes de la sentencia de primera instancia y de los argumentos del recurso de apelación, planteó un problema y análisis jurídico en concreto, para lo cual solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, a su criterio por cuanto no se cumple con el presupuesto de la condena impuesta por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de la conciliación u otra forma de terminación de conflictos autorizada por la misma jurisdicción.

Para soportar su postura, indica que el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado ciertos requisitos para que prospere la declaratoria de responsabilidad de los agentes o ex agentes, entre ellos los siguientes: i) la calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena, ii) la existencia de una condena judicial,

una conciliación, una transacción o de cualquier otra forme de terminación de conflictos de genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado, iii) el pago efectivo realizado por el Estado, iv) la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

Que de acuerdo con el artículo 90 superior, así como la Ley 678 de 2001 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado en torno al tema, los pagos que dan fundamento al medio de control de repetición son los efectuados, bien sea por cuenta de una sentencia condenatoria o bien por una conciliación u otra forma de terminación de conflictos, pero en todo caso deben tener como causa el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, es decir, la fuente de la condena o de la obligación no debe ser la aplicación de una norma especial, como por ejemplo el reconocimiento de derechos laborales reconocidos en normas, ni tampoco derechos reconocidos en los contratos válidos, pues en ese caso la condena no deviene del actuar del servidor, sino justamente del reconocimiento de esos derechos, que por demás se reconocen porque el beneficiario prestó un servicio o suministro a la entidad estatal, asimismo consideró que no existe detrimento patrimonial necesario en la acción de repetición.

Que el fundamento de la acción de repetición, consiste en la posibilidad que tiene el estado de recobrar los pagos a los cuales ha sido condenado con ocasión de sentencia que se profieren en su contra, o de conciliaciones en las cuales reconoce su responsabilidad patrimonial. Así conforme al fundamento constitucional de la acción de repetición, el pago a que el Estado tiene derecho a repetir en contra de sus servidores o ex servidores públicos, es el derivado de los daños antijurídicos producto de la responsabilidad patrimonial, ya sea contractual o extracontractual.

Que conforme a lo anterior, no puede el Estado por vía de repetición recobrar los pagos que haya realizado en virtud de sentencias judiciales en las cuales no se haya declarado su responsabilidad con fundamento en el artículo 90 constitucional, pues de acuerdo con esta norma, así como la Ley 678 de 2001, los pagos que dan fundamento al medio de control de repetición, deben tener carácter indemnizatorio, excluyéndose por tanto otros pagos, como serían los derivados del reconocimiento de derechos consagrados en normas especiales como las laborales, o como las obligaciones contraídas mediante los contratos.

Que revisada la sentencia condenatoria, fundamento de la presente acción de repetición, en ella no se declara la responsabilidad del Estado, producto del daño antijurídico en los términos del artículo 90 superior, pues la misma señala los derechos contractuales que demostró el demandante

en virtud del contrato de suministro que había celebrado con el municipio, lo que quiere decir que tales derechos no tienen la condición de ser resarcitorios, presupuesto de la pretensión de repetición, incluso la misma sentencia impugnada reconoce que lo reprochable del demandado fue no haber reconocido oportunamente el precio del contrato de suministro, razón por la cual considera, que lo condenó al pago únicamente de los intereses, como quiera que allí radicaba el daño al Estado.

Concluyó el Agente del Ministerio Público, que en el presente asunto no se cumple con el presupuesto de la condena impuesta por la primera instancia, adicionalmente por cuanto a su consideración, existe una contradicción cuando reprocha actuaciones del demandado al suscribir la orden de suministro sin contar con la apropiación presupuestal correspondiente y de otra parte el no pagar oportunamente el precio del contrato, con lo cual no se precisa si el daño patrimonial consistió en la celebración y ejecución del contrato sin contar con todos los requisitos para ello o si el mencionado daño provino de la tardanza en el pago del precio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Control de legalidad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad-quem* en lo que respecta a la apelación. Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el Juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de

solicitarle al Juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

“Artículo 320. Fines de la apelación.

*El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.*

(...)”

En este orden de ideas, resulta claro que para el Juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*¹.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar: si la conducta del Señor CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO, en su condición de Alcalde del Municipio

¹ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

de Chíquiza, para el período 2003-2007, esta subsumida en el dolo o culpa grave que lo haga responsable para asumir el pago derivado de la sentencia judicial proferida por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja y confirmada por el Tribunal de Boyacá, como consecuencia de los hechos que dieron lugar a la acción contractual radicado No 2009-0329 que declaró el incumplimiento del contrato de fecha 30 de julio de 2007 y condenó al Municipio de Chíquiza al pago de lo pactado en el contrato más los intereses de que tratan el artículo 4 de la ley 80 de 1993, o si del material probatorio se logró desvirtuar tal presunción.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso por parte de la Entidad demandante, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

- **Tesis argumentativa propuesta por la Sala**

La decisión de la Sala es confirmar la sentencia objeto de apelación, como quiera que se encontró probada la responsabilidad del ex servidor público, por la omisión de sus deberes legales, al suscribir una orden de servicios sin acompañarse del registro presupuestal ni certificado de disponibilidad presupuestal, lo que demuestra flagrantemente el descuido de la observancia de la norma de contratación Estatal.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A efectos de resolver los interrogantes planteados en el problema jurídico, es imperioso traer al plenario, la base legal y jurisprudencial que regula el tema propuesto en la alzada.

4.1. DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

El artículo 90 de la Constitución Política, constituye en el ordenamiento jurídico la base del principio de responsabilidad patrimonial; adicionalmente, prescribe de manera expresa la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, de los particulares que cumplen funciones públicas y de los contratistas de la administración, que con su actuar doloso o gravemente culposo, hayan causado un daño antijurídico inicialmente imputable al Estado, así:

"ART. 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."

Asimismo, el artículo 6° de la Constitución expresa:

*"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.**"* (Negrilla fuera del texto).

De igual manera, el artículo 91 de la Carta Política, sobre la responsabilidad de los servidores públicos, dispone:

"En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta." (Negrilla fuera del texto)

Las normas transcritas determinan los aspectos generales de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y las características de la acción de repetición, ya que de conformidad con el artículo 124² de la Constitución, el legislador es el competente para regular esta materia y fue precisamente en cumplimiento de este mandato que expidió la Ley 678 de 2001.

Bajo este entendido, la acción de repetición es el mecanismo judicial dispuesto por la Constitución y desarrollado por la Ley, mediante el cual el Estado recupera de sus servidores o ex-servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas, los dineros que ha pagado en virtud de las condenas impuestas a través de una sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, para resarcir los daños antijurídicos que le han sido imputados³.

Según el artículo 2° de la Ley 678 de 2001, la 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. Acorde con el citado mandato, la misma

² Art. 124, Constitución Política. "La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva."

³ **CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.** Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018). **Radicación número: 15001-31-33-007-2012-00294-01 (55607)**

acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

En consonancia con este precepto, el artículo 3º *ibídem* determinó que dicho medio de control tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.

4.2. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan, Ley 678 de 2001, se tiene que deben concurrir elementos objetivos y subjetivos para que la entidad perjudicada pueda, en ejercicio de la acción de repetición, acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa contra el funcionario o exfuncionario que con su acción u omisión dolosa o gravemente culposa realice un daño antijurídico⁴, que implica un menoscabo del patrimonio público. La jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado en sentencia de 26 de febrero de 2009, con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Saavedra Becerra señaló⁵:

*"(...) **La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública**, o de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto; El pago realizado por parte de la Administración; y La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa. Los tres primeros son de carácter objetivo, frente a los cuales resultan aplicables las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, según se explicó. Por su parte, la conducta*

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006. Radicado: 28448; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. "De acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación; y c) Que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas. Los dos primeros corresponden a los elementos objetivos para impetrar la acción y el último al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente".

⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009 con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Saavedra Becerra en el radicado 25000 2326 000 2003 02608-01 (30329)

dolosa o gravemente culposa es un elemento subjetivo que se debe analizar a la luz de la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante del pago por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición." (Resaltó la Sala)

Por lo anterior, la Ley 678 de 2001, es aplicable al sub *judice* para **concretar el elemento subjetivo de la acción**, requisito éste que atiende el recurso de apelación que ahora se desata. Teniendo claro qué normatividad es aplicable, es preciso revisar **los presupuestos procesales** de la acción de la referencia, establecidos en el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, que si es procedente en su aplicación, cuyo tenor es el siguiente:

"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. (...)"

Así entonces, tal como lo señaló el Ministerio Público en su concepto, los elementos a analizar, en relación con la acción de repetición, son: i) la calidad de agente del Estado y la conducta desplegada, determinante de la condena; ii) la existencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; iii) el pago realizado por parte de la entidad; y iv) la calificación de la conducta dolosa o gravemente culposa del Agente Estatal.

Los **tres primeros corresponden a los elementos objetivos** para impetrar la acción y el **último al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente**⁶, requisitos que como ya se dijo, deben acreditarse en su

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 09 de junio de 2010; Radicación: 37722; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez (E). "La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto; La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto; El pago realizado por parte de la Administración; y La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa. Los tres primeros requisitos son de carácter objetivo, frente a los cuales resultan aplicables las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, según se explicó. Por su parte, la conducta dolosa o gravemente culposa corresponde a un elemento subjetivo que se debe analizar a la luz de la

totalidad, para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, así lo precisó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 28 de febrero de 2011, cuando señaló:

"Por consiguiente, tales requisitos deben ser objeto de prueba para la prosperidad de la acción de repetición, esto es, la sentencia judicial que condena a la entidad pública a pagar una indemnización o la conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; el pago total y efectivo del valor de la indemnización impuesta; la calidad de servidor o ex servidor público del Estado al que se imputa la responsabilidad patrimonial y la conducta dolosa o gravemente culposa del mismo, mediante el aporte en estado de valoración (copias auténticas) de la sentencia ejecutoriada, de los actos administrativos correspondientes y demás documentos públicos o privados, así como de todas aquellas pruebas idóneas que se alleguen o soliciten en las oportunidades probatorias correspondientes."⁷ (Negrilla de la Sala).

En consecuencia, atendiendo los argumentos propuestos en la alzada, respecto al cumplimiento de tales requisitos, será necesario precisar si en el *sub-judice* se encuentra el material probatorio suficiente, para la prosperidad de las pretensiones.

5. EL CASO CONCRETO

Previo a analizar el fondo del asunto, debe advertir la Sala que en el recurso de apelación se discute además de la ausencia de los requisitos para la prosperidad de la acción de repetición, dos aspectos adicionales que hacen parte del trámite procedimental realizado en la primera instancia; el primer asunto señalado por el apelante gravita sobre la falta de prueba de la calidad en que actúa el señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago dentro de la presente litis, pues a juicio de la alzada se presenta un vicio de nulidad, conforme a las disposiciones establecidas en los artículos 127 y ss del CGP, para lo cual pidió la nulidad de lo actuado, al considerar que no se aportó en el expediente prueba de la calidad en que actúa el demandado.

normativa vigente al momento de la ocurrencia de la actuación u omisión determinante del pago por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición."

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia 28 de febrero de 2011. Radicación No. 1100103230002007-00074-00 (34816). Actor: NACIÓN-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS. Demandado: JORGE AURELIO NOGUERA COTES.

El segundo aspecto versa en el hecho de la negativa de vinculación a la litis de la funcionaria que ejercía como secretaria de Hacienda en el Municipio de Chíquiza para el período de 2007, tiempo este en el que se realizó la entrega y empalme de la nueva administración por la terminación del periodo electoral del señor Carlos Antonio Pacheco.

Frente a lo anterior, debe advertir la Sala que en concordancia con los límites a los cuales se ve compelido el ad quem, señalado en precedencia, en el caso de autos, dentro del trámite de la audiencia inicial realizada por la primera instancia, se surtieron cada una de las etapas correspondientes, conforme a las formalidades dispuestas en el artículo 207 y concordantes del CPACA, sin que las partes afirmaran la ocurrencia de vicios o nulidades que pudieran afectar el proceso y en efecto así se dejó manifestado en la audiencia inicial, resultado de ello es que el trámite de la segunda instancia no es la etapa correspondiente para traer argumentos que no se manifestaron en la oportunidad correspondiente, no habiendo lugar entonces a pronunciarse sobre la nulidad que en esta etapa intenta debatirse en el recurso de alzada.

Lo mismo ocurre en cuanto a la manifestación de debatirse nuevamente la falta de integración del litis consorcio necesario, situación que fuera analizada por la primera instancia en el momento de resolverse las excepciones propuestas por el demandado, sin que el apoderado judicial presentara recurso alguno, quedando en firme la decisión asumida, por tal razón esta instancia queda vedada de reabrir el debate finalizado en el trámite de la acción, pues la segunda instancia solamente puede resolver asuntos netamente concernientes a la decisión asumida en el fallo de primera instancia, sin que le esté permitido reabrir debates concluidos en el trámite surtido en cada etapa procesal correspondiente, más aun cuando no se ejercieron los recursos procedentes.

Ahora bien, atendiendo los demás aspectos de inconformismo señalados por la parte recurrente, procede la Sala a resolverlos de la siguiente manera:

En cuanto al argumento relacionado con que en el presente caso no se trató del resarcimiento de un daño antijurídico, por la conducta dolosa o culposa del agente Estatal, que diera paso a la acción de repetición, sino eventualmente una responsabilidad fiscal, por no haberse tenido especial cuidado con el manejo de los dineros públicos, que para el caso radica en no haberse dejado por parte del funcionario competente, -secretaría de hacienda- la disponibilidad y el registro presupuestal y haber dejado como cuenta por pagar en el momento del empalme, la Sala advierte que sobre la naturaleza de la repetición, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-484 de 2002 señalando lo siguiente:

"(...) Cabe destacar que la Corte tiene ya por sentado que esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado [contemplada en el inciso 2º del artículo 90 Superior] no es de carácter sancionatorio, sino reparatorio, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia C-309 de 2000, en la cual a propósito de la responsabilidad fiscal de aquellos, se expresó que: '...esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria', lo cual resulta igualmente predicable en relación con la acción de reembolso que consagra el artículo 90 de la Constitución para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

El carácter reparatorio del medio de control implica que no se trata de una facultad derivada del *ius puniendi* que ostenta el Estado, así que no es necesario aplicar con todo su rigor los principios en los que se fundamenta el derecho sancionatorio. En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha afirmado que el medio de control de repetición en realidad se traduce en una reparación directa a favor del Estado⁸ con elementos cualificados, como la específica calidad de las partes (el demandante siempre será el Estado y el demandado un agente o exagente suyo), del daño irrogado (afectación al patrimonio público) y de los títulos de imputación de responsabilidad (dolo y culpa grave).

Bajo este entendido, los elementos para la prosperidad de la pretensión de repetición han sido sistematizados por la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, así:

"(...) i) la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ii) el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; iii) la magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor impuesto en la condena; iv) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado demandado para la fecha en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la condena o la conciliación patrimonial en contra de la

⁸ CE 3, 23 Nov. 2005, e20001-23-31-000-1997-03311-01(15745), R. Saavedra: **"(...) Por su naturaleza, la repetición constituye una acción de reparación directa a favor del Estado, y de acuerdo con ello, ésta tiene una caducidad de dos años, término que deberá contarse, teniendo en cuenta lo ya expuesto, a partir del pago. (...)"** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Administración; v) **la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; vi) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.** (...)”⁹ (Negrilla fuera del texto original)

Estos elementos, en esencia, corresponden a los de los juicios de responsabilidad civil¹⁰ y del Estado¹¹. En este orden de ideas, los primeros cuatro -elementos objetivos- hacen alusión al daño y el hecho dañoso, esto es, **la afectación al erario ocasionada por una condena judicial**, acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación de un conflicto; mientras que los dos restantes -elementos subjetivos- se refieren a la imputación de la lesión desde los planos fáctico y jurídico, es decir, que la aludida afectación sea atribuible al accionado y éste haya actuado con dolo o culpa grave.

La imputación jurídica del daño con base solamente en esos dos títulos de carácter subjetivo, lo cual es una exigencia constitucional, ha hecho que el Consejo de Estado indique que no cualquier error da lugar a la responsabilidad por vía de repetición, debido a que una concepción contraria podría llegar incluso a paralizar la acción administrativa:

*“(...) 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 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

⁹ CE 3A, 5 Oct. 2016, e11001-03-26-000-2014-00058-00 (50743)A, H. Andrade.

¹⁰ CSJ Civil, 30 Sep. 2016, rSC13925-2016, A. Salazar: “(...) Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: la presencia de un daño jurídicamente relevante; que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas). (...)”

¹¹ CE 3C, 26 Abr. 2017, e73001-23-31-000-2008-00655-01(41326), J. Santofimio: “(...) En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración. (...)”

imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública. (...)¹² (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Con el fin de acreditar este último requisito y no hacer inoperante el medio de control, la Ley 678 de 2001 introdujo una serie de presunciones de dolo y de culpa grave, las cuales son las que a continuación se transcriben:

"(...) 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**.*

*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.***

¹² CE 3C, 26 Feb. 2016, e25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), J. Santofimio.

2. **Carencia o abuso de competencia para proferir la 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 tachado inexecutable> **Violar manifiesta—e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. (...)**" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por ende, cuando los hechos que dan lugar a la repetición se encuadren en alguno de los supuestos arriba relacionados -hecho indicador- se genera, por una parte, una inferencia lógica -presunción- cuya consecuencia radica en la acreditación por vía indirecta del elemento subjetivo del análisis -hecho indicado o presumido-, y por otra, la inversión de la carga de la prueba, ya que será el demandado quien deberá demostrar que su actuación fue diligente o, por lo menos, no fue dolosa o gravemente culposa.

No obstante, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que la prueba del elemento subjetivo no se circunscribe únicamente a las presunciones antes mencionadas, sino que el dolo y la culpa grave también deben ser examinados tanto a la luz de las definiciones contenidas en el primer inciso de los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, como de las contempladas en el artículo 63 del CC¹³, sin dejar de lado los preceptos Constitucionales y los que al respecto se consagren en normas especiales¹⁴.

Así las cosas, **si el supuesto fáctico de la pretensión de repetición no se encuadra en ninguno de los que generan presunción, eso no significa que no pueda ser declarada la responsabilidad del agente o ex agente estatal, sino que la prueba del elemento subjetivo deberá ser directa y su examen deberá realizarse a partir del conocimiento e intencionalidad del**

¹³ "(...) ARTÍCULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, 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**. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

(...)

El **dolo** consiste en la **intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro**. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

¹⁴ CE 3A, 22 Feb. 2017, e25000-23-26-000-2002-01882-01(41232)A, H. Andrade: "(...) la Corporación ha sostenido 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 6 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. (...)"

sujeto y del grado de diligencia exteriorizado frente al cumplimiento del deber objetivo de cuidado radicado en su cabeza¹⁵.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, encuentra la Sala en el sub lite que, la razón de ser de la presente acción de repetición deviene como consecuencia del fallo judicial dentro del proceso contractual 2009-0325, cuya decisión fue proferida por el Juzgado Doce Administrativo de Tunja y confirmada por este Tribunal, en donde se declaró el incumplimiento del contrato, contenido en la orden de suministro de fecha 30 de julio de 2007 y se condenó al Municipio de Chíquiza a pagar la suma de \$4.000.000, por concepto del valor pactado en el contrato incumplido; asimismo se ordenó en dicha decisión que el municipio de Chíquiza debería pagar al contratista los intereses moratorios del valor pactado en el contrato, aplicando para ello el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, es decir actualizando el monto desde el 26 de diciembre de 2007 y aplicando el doble de interés legal civil sobre el valor resultante.

Así las cosas, se observa que la acción deriva de una condena judicial impuesta por el incumplimiento de un contrato, lo cual se acompasa con uno de los presupuestos de la acción de repetición, que impuso la obligación a la Entidad Estatal de pagar lo incumplido dentro del pluricitado contrato.

Además de lo anterior, se observa que la sentencia dentro del trámite contractual, no solamente impuso al Municipio el pago del valor contratado, sino que además señaló la carga adicional de pagar al contratista los intereses moratorios derivados del incumplimiento del contrato, lo que se asemeja al pago de la indemnización por el deber incumplido¹⁶, en tal sentido, contrario a lo manifestado en la alzada, en

¹⁵ CE 3B, 1° Ago. 2016, e54001 23 31 000 2002 01529 01(40476), D. Rojas: "(...) la Sala ha explicado que, para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas – actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar, y aun así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–. (...)"

¹⁶ La inobservancia o violación de los principios "lex contractus, pacta sunt servanda" y buena fe en la ejecución de contratos, consagrados positivamente en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional, y en tal caso, la ley impone el deber de reparar integralmente a la parte cumplida el daño causado, y para ello la faculta para exigir las obligaciones insatisfechas y defender los derechos que emanan del contrato en procura de satisfacer el objeto primario del mismo o, en su defecto por no ser éste posible en el tiempo (causa oportuna), su equivalente, y obtener el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos. En tal virtud, los efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato concretamente consisten en que, de una parte, el deudor incumplido queda expuesto a ser compelido o constreñido judicialmente a cumplir con su objeto o su equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios y, de otra parte, surge el derecho correlativo del perjudicado a obtener ante el juez del

el presente caso no deriva la actuación puramente de una responsabilidad fiscal, por la falta de diligencia y cuidado de los dineros públicos, sino que además la consecuencia indemnizatoria para reparar a un tercero, la ubica dentro de los presupuestos de la acción de repetición, lo cual claramente causó una afectación al erario público, por cuanto tuvo que pagar más de lo que se había pactado contractualmente, razón por la cual no comparte la Sala el argumento esgrimido por la parte apelante, siendo entonces la acción de repetición el medio adecuado para resolver la litis.

Ahora bien, resueltos los puntos anteriores, procede la Sala a verificar los demás presupuestos con los que debe debatirse la existencia de responsabilidad del funcionario o ex funcionario a quien se le atribuye la responsabilidad en la presente acción de repetición.

Así las cosas, la Sala procederá a estudiar de forma separada cada uno de los requisitos para la prosperidad de la pretensión:

1.1. Existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente.

Como fuera referido ut supra, en el presente asunto se encuentra acreditado que el 25 de noviembre de 2011 el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, dictó sentencia de primera instancia dentro de la acción contractual iniciado por el señor Juan Segundo Aguilar Matta, contra el Municipio de Chíquiza, proveniencia dentro de la cual se declaró el incumplimiento del contrato contenido en la orden de servicios de fecha 30 de julio de 2007, y consecuentemente, se ordenó el pago del valor acordado en el contrato, por valor de \$4.000.000 y adicionalmente se condenó al Ente Municipal al pago de los intereses moratorios causados por la mora en el pago acordado dentro del contrato (fl. 105-120).

Contra esta decisión fue interpuesto recurso de apelación siendo resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en Sala de Decisión de Descongestión No. 9 de fecha 24 de enero de 2013, en la que se confirmó la decisión inicial (fl. 161-176).

En criterio de la Sala, con los anteriores documentos se acredita la condena judicial y obligación a cargo de la entidad estatal¹⁷, cumpliéndose entonces con este requisito.

contrato la realización de la prestación debida de ser ello posible o perseguir su subrogado y el resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito.

¹⁷ CE 3B, 4 Mar. 2019, e76001-23-31-000-2003-04977-02 (52106), A. Montaña.

5.1. Pago de la indemnización por parte de la entidad pública.

Para probar este requisito, la parte actora allegó certificación expedida por la Secretaría de Hacienda del Ente Municipal, en la que consta que "el Municipio de Chíquiza realizó el pago del proceso contractual No. 2009.325 Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión, el día 31 de marzo de 2014, por valor de **OCHO MILLONES CUATROCIENTOS UN MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS M.C (\$8.401.306.67)** a favor del demandante **JUAN SEGUNDO AGUILAR MATA**" (fl. 47).

Conforme a lo anterior, el artículo 142 No. 2º del CPACA, ha establecido que la certificación del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual consta que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición, luego entonces, este requisito también fue acreditado.

5.2. Magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado.

Frente a este aspecto, el párrafo del artículo 11 de la Ley 678 de 2001 indica lo que sigue sobre el contenido económico de la pretensión de repetición:

"(...) PARÁGRAFO. La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaron a causar. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Por lo tanto, los intereses moratorios de la deuda no pueden ser cobrados por vía de repetición al agente o ex agente estatal, debido a que no se originan en su conducta dolosa o gravemente culposa sino en el grado de agilidad de la entidad para proceder al pago del reconocimiento indemnizatorio¹⁸.

¹⁸ CE 3C, 10 Nov. 2016, e25000-23-26-000-2006-01637-01(51397) A, J. Santofimio: "(...) esta Corporación **no tendrá en cuenta el valor correspondiente al pago de intereses de la condena, dado que el cobro de estos no pueden ser endilgados al demandado en repetición, si no (sic) a la entidad demandada en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el no pago oportuno de la sentencia, debiendo esta asumir su negligencia.** (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, en el *sub lite* se evidencia que la condena dentro de la acción contractual dispuso el pago de la suma neta por concepto de lo pactado en el contrato incumplido, (\$4.000.000) más los intereses moratorios derivados de la suma anterior, **en los términos del numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993**, como consecuencia de dicho incumplimiento. Lo anterior a diferencia del concepto expuesto por el Ministerio Público, cuando los intereses que causen como consecuencia del no pago oportuno de una sentencia judicial, son diferentes a los intereses de que trata el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, siendo estos últimos una forma de sanción por el contrato que fue incumplido en cabeza de la entidad Estatal, **lo que supone un componente indemnizatorio adicional a lo que de haberse pagado oportunamente no hubiera ocurrido**, frente a lo anterior, el Consejo de Estado¹⁹, haciendo el análisis diferencial entre la indexación y los intereses moratorios señaló:

*“Con fundamento en la corrección monetaria, la jurisprudencia tiene determinado que la indexación, en estricto sentido, no es una sanción que suponga un componente indemnizatorio adicional, **como sí ocurre con los intereses legales o por mora en el pago de las obligaciones**²⁰, ni supone pagar más de lo adeudado, pues tiene como propósito mantener el poder adquisitivo de la moneda...”*

Y frente a la naturaleza de los intereses moratorios la Corte Constitucional²¹ ha referido que *“En Colombia **el interés moratorio tiene un contenido indemnizatorio distinto a la simple corrección monetaria**, situación que no puede ser desconocida por el legislador al momento de determinar las tasas a las cuales lo vincula, por lo cual los intereses moratorios deberán contemplar un componente inflacionario o de corrección monetaria y uno indemnizatorio, que podrá variar teniendo en cuenta la existencia de diversos regímenes en cuanto a las tasas de interés, tal como sucede en relación con los intereses civiles y comerciales...”*. (Resaltado fuera de texto original)

Conforme a lo anterior, considera la Sala que en el presente asunto sí se configuró la existencia de un pago indemnizatorio, consecuente de la condena judicial, en tal sentido, no comparte la Sala la posición asumida por el Agente del Ministerio Público, por cuanto los intereses moratorios que tuvo que sufragar el Ente Territorial derivan del incumplimiento del contrato, lo que ocasionó una erogación adicional duplicada de lo

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2004-02025-01 (43247)

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 1988, Rad. 30327 y de 21 de octubre de 2009, Rad. 37.243.

²¹ Sentencia C-604/12

pactado como contraprestación del bien suministrado, lo que causó en efecto un detrimento patrimonial del Estado, pues como se señaló en precedencia, de haberse pagado el valor pactado oportunamente, la entidad no hubiese tenido una afectación económica, toda vez que solamente se hubiese pagado lo correspondiente al contrato.

En tal sentido considera la Sala que en este aspecto sí se cumple el presupuesto de pago por concepto de fallo judicial, causado como detrimento patrimonial.

5.3. Calidad del demandado como agente o ex agente del Estado demandado para la fecha en que ocurrieron los hechos.

Al expediente fue aportado el acta de posesión como Alcalde Municipal de Chíquiza del señor Carlos Antonio Pacheco Suarez, identificado con la C.C. No. 6.759.223 de Tunja, para el período 2004-2007 (fl. 306-307), con lo que se demuestra claramente la calidad del demandado como ex agente del Estado en su calidad de Alcalde del Municipio de Chíquiza.

5.4. Culpa grave o el dolo en la conducta del demandado y que esa conducta hubiere sido la causante del daño antijurídico.

La Sala agrupa estos dos requisitos debido a que en su conjunto hacen alusión al juicio de imputabilidad del daño irrogado al Estado.

En primer lugar, no cabe duda que, desde el plano fáctico, la lesión antijurídica es imputable al demandado debido a que fue quien, en su calidad de primer mandatario para el período 2003-2007 suscribió la orden de prestación de servicios de fecha 30 de julio de 2007, con el señor JUAN SEGUNDO AGUILAR MATTA para el suministro de recebo para las vías carretables del Municipio de Chíquiza, por valor de \$4.000.000 (fl. 233).

Asimismo suscribió el acta de recibo del objeto contratado el 26 de diciembre de 2007 (fl. 234). Sin embargo, esto por sí solo no genera su responsabilidad, debido a que es menester que el daño le sea jurídicamente imputable a título de dolo o culpa grave.

Al respecto, la defensa esgrimida en el recurso de alzada radica en primer lugar a que el escrito de demanda no señaló claramente el título que se le imputa al demandado, de dolo o culpa grave, pues a su juicio tal situación no deviene del análisis oficioso que haga el Juez sino que debe ser manifestado de forma clara por el accionante; en segundo lugar, gravita el inconformismo en cuanto a que el actuar del agente estatal no fue negligente, en tanto la función de empalme y entrega de los conceptos financieros a la siguiente administración correspondía a la

Secretaría de Hacienda del Ente Municipal, delegación está la cual omitió el deber legal del ejercicio de sus funciones; además establece igualmente la responsabilidad del Alcalde entrante, periodo 2008-2011, quien considera pudo requerir al Alcalde saliente si encontraba vicisitudes con la información entregada, conforme lo dispone la Ley 951 de 2005.

En cuanto al primer argumento, advierte la Sala que el hecho de que no se establezca desde la presentación de la demanda con precisión el título de imputación que se le pretende otorgar al demandado, no es causal de rechazo de las pretensiones resarcitorias. En primer lugar, porque al no ser de carácter sancionatorio el juicio de repetición, la determinación del título de imputación de responsabilidad no reviste la misma rigidez que impera en las acciones que son una expresión del *ius puniendi* del Estado, de modo que su enunciación o la falta de ella en nada ata o limita el análisis que debe llevar a cabo el Juez.

En segundo lugar, debido a que en los medios de control diferentes a los de naturaleza anulatoria de actos administrativos es aplicable el principio *iura novit curia*, que conlleva que sea el Juez quien dispense el derecho correspondiente a partir de los hechos acreditados por las partes, con el fin de garantizar el acceso efectivo -no solo formal- a la Administración de Justicia:

"(...) Por averiguado se tiene que es deber del juez, en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción.

Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración, eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda. (...)"²² (Negrilla fuera del texto original)

Específicamente sobre la aplicabilidad del principio *iura novit curia* en las demandas de repetición, el Consejo de Estado, tomando como sustento la doctrina autorizada, ha expresado lo que por su relevancia se transcribe *in extenso*:

²² CE 3C, 26 Abr. 2017, e25000-23-26-000-2012-00482-01(49.974), J. Santofimio.

"(...) 'Con todo, se observa que el rigor que se da frente a las acciones que giran en torno a los actos administrativos se quiebra en el actual código en relación con las demandas propias de las acciones de reclamación, puesto que en éstas el requisito 'fundamentación jurídica' se cumplirá simplemente 'indicando los fundamentos de derecho de las pretensiones', sin ningún formalismo especial.

'En otras palabras, en estas acciones, vgr. las de reparación directa, algunas contractuales, **las de repetición** y las de rango constitucional (tutela, cumplimiento, populares, de grupo, desinvestidura de Congresistas), como señala la doctrina, ese requisito no difiere del exigido en el código de procedimiento civil para las controversias que se siguen ante la justicia ordinaria (art. 75 ord. 7 del c. de p. c.); en el cual, tal como sucede con el enunciado inicial del nl. 4 del art. 137 del c.c.a., (los fundamentos de derecho de las pretensiones), ha dicho que **basta que el actor haga la explicación de sus razones jurídicas, con cierta libertad, apoyado en citas de la doctrina o de la jurisprudencia, en el enunciado simple de la ley, o en conceptos de juristas especializados, etc. para que se tenga como satisfecho dicho requisito.**

'Aunque parezca un poco exagerado, **en la fundamentación jurídica de estas demandas, como las que se ventilan ante la jurisdicción civil, tiene mayor importancia la formulación misma de los hechos que hace el actor, que la normatividad que quiere éste que se le aplique. Porque en estas acciones el juez aplicará el derecho en función de los hechos debidamente probados que lo permiten. Al fin de cuentas, aquí juega el principio iura novit curia, según el cual el juez conoce la ley vigente y deberá aplicarla así no haya sido invocada por la parte demandante en el libelo.** Por eso se entiende también que en estas mismas acciones el juez maneje, implícitamente, el postulado: 'Dadme los hechos que yo os daré el derecho'. Frente a estas demandas de reclamación, la cosa juzgada, como se verá luego, también es similar a la que se da frente a las sentencias de la justicia ordinaria.' (...)'' (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En tercer lugar, otro motivo para que la enunciación del título de imputación de responsabilidad en las demandas de repetición no sea atable o invariable en la sentencia, radica en la finalidad del medio de control, que no es otro que proteger el patrimonio público y preservar la moralidad de los agentes estatales. En este sentido, limitar la posibilidad que tiene el Juez de analizar el ingrediente subjetivo de la conducta del servidor o ex servidor público a partir de lo descrito en el libelo sobre este

aspecto en particular restringiría injustificadamente la posibilidad de hacer efectivo el propósito de la acción.

Ahora, en cuanto a la conducta incurrida por el señor Carlos Antonio Pacheco, encuentra la Sala que tal como lo definiera la primera instancia, al suscribir la orden de suministro del 30 de julio de 2007 dispuso en la parte inferior del escrito lo siguiente:

"DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL: el trabajo se efectuará con cargo al presupuesto de la presente vigencia (2007) rubro 242101 denominado programa MANTENIMIENTO VÍAS (FONDO DE MAQUINARIA)" (fl. 233).

Asimismo, encuentra esta Corporación que el Municipio de Chíquiza no suscribió el certificado de disponibilidad presupuestal ni de ni registro presupuestal, tal como fuera señalado por el *a quo*, soportándose además en la sentencia proferida por esta misma Corporación en la acción contractual, de tal manera que ante la ausencia de dichos requisitos necesarios para la suscripción de contratos por las entidades estatales conforme lo dispone el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, "el certificado de disponibilidad presupuestal, es un requisito previo, accidental al acto administrativo **que afecte la apropiación presupuestal, el cual, debe entenderse como a cargo del servidor público, cuya omisión, en los casos en que se requiera, genera responsabilidad personal y pecuniaria según indica el inciso final del mismo artículo 49 ya citado**".²³

En tal sentido, comparte la Sala la decisión de primera instancia, al referir que la omisión del cumplimiento de los deberes legales para suscripción de los contratos estatales, sin el cumplimiento de los requisitos, que para el presente caso fueron desatendidos de manera superlativa, pues es inexcusable que se suscribiera un contrato de suministro sin tener registro presupuestal para ello y se expidiera además acta de recibido del suministro entregado, sin el menor requisito para su perfeccionamiento, lo que implicaría sin dubitación alguna que desde el momento en que se suscribió dicho contrato se desatendería las formas legales para su pago, pues al no existir certificado de disponibilidad ni reserva presupuestal, no se explica de qué forma se pretendía sacar un rubro presupuestal sin el cumplimiento de los deberes legales de la contratación Estatal.

A más de lo anterior, en la orden de suministro se indicó que se pagaría con reserva presupuestal 2007, que como ya se mencionó se encontró

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565)

dentro de las pruebas aportadas por el municipio la existencia de tal reserva presupuestal, como tampoco se dejó destinado presupuesto para la vigencia siguiente, que pudiera permitir al siguiente mandatario efectuar las asignaciones correspondientes, de tal suerte que cuando se elevó la petición por parte del contratista, no pudo cancelar la cuenta pendiente, lo que se acompasa con el debido cuidado de las funciones encomendadas en su momento, por el señor Jairo Pacheco Suarez, quien fungiera como alcalde del período 2008-2011.

Conforme a lo anterior, la primera instancia acertó en que la conducta del señor Carlos Antonio Pacheco Buitrago se clasifica como gravemente culposas, porque no actuó con prudencia, no fue cuidadoso ni diligente con el fin de evitar vulnerar las normas de la contratación estatal, como quiera que resultó suficientemente probado que no tuvo el menor cuidado en el momento de suscribir la orden de servicio de fecha 30 de julio de 2007, pues a simple vista se encuentra la suscripción de contrato sin el menor cumplimiento de requisitos contemplados en la norma de contratación estatal, lo que muestra sin lugar a dudas el descuido de los deberes legales encomendados, así como la omisión del debido cuidado al erario público el cual se encontraba a su cargo, siendo este, como Alcalde del Municipio de Chíquiza el ordenador del gasto²⁴.

Así las cosas no es de recibo ni excusable que tal responsabilidad recaería en cabeza de la Secretaría de Hacienda del Municipio, pues si bien es cierto las funciones la secretaría tiene como objeto gestionar y administrar la consecución de los recursos económicos y financieros del Municipio, asegurando la correcta asignación de los mismos, no menos cierto es que quien suscribe los compromisos económicos y el cumplimiento de los cometidos económicos del ente municipal es el primer mandatario, quien administra tales recursos y quien directamente esta investido por la Ley para ordenar el pago de los compromisos contratados.

Así las cosas concluye la Sala que existen razones que ameriten la confirmación de la decisión de primera instancia, pues se encuentra que dentro del sub lite se encontraron probados cada uno de los comportamientos que dan por probada la existencia de la responsabilidad del funcionario o exfuncionario para que sea condenado en repetición, conforme fuera señalado por la primera instancia.

²⁴ El numeral 9º del artículo 315 superior, consagra como atribución del alcalde la de "ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto". La jurisprudencia constitucional tiene dicho que "el concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado - limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto..."

6. Actualización de la condena.

Como quiera que se confirma la decisión proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, la cual ordenó al pago de \$4.401.306.67, tomando como base el cálculo del valor que tuvo que cancelar el Municipio de Chíquiza por concepto de los intereses moratorios de que trata el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, actualizado según la fórmula del Consejo de Estado, dicho valor debe ser actualizado, tomando como índice inicial el vigente al momento en que se efectuó el pago por parte de la Entidad Municipal (31 de marzo de 2014) y como índice final, el vigente al momento de dictarse este fallo, aplicando la fórmula empleada por el Consejo de Estado, así:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$R = \$ 4.401.306.67 \times \frac{103.43 \text{ (octubre 2019)}}{80.45 \text{ (febrero 2014)}}$$

$$Ra = \$ 5.658.510.24$$

De acuerdo con lo anterior, el monto a cancelar por el demandado es de **CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS, CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$5.658.510.24).**

Asimismo, la Sala advierte que se adicionará un numeral en el sentido de precisar que el pago de dicha suma por parte del demandado, deberá pagarse en el plazo de seis (6) meses, que se contarán desde la ejecutoria de esta sentencia, en virtud de la disposición contenida en el artículo 15 de la Ley 678 de 2001.

7. De las costas en segunda instancia:

El artículo 188 del CPACA consagra "**Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil**" (Resaltado fuera de texto original).

La acción de repetición se fundamenta en el interés público de la protección del patrimonio público del cual depende la realización de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho. Sobre el particular, el máximo órgano de cierre en materia constitucional en sentencia C-831 de 2001, precisó:

"Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condenó impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública".

Este medio procesal —medio de control de repetición- se erige como el instrumento idóneo para garantizar los principios de moralidad administrativa y eficiencia de la función pública cuando el Estado ha incurrido en erogaciones que no se sustentan en la realización efectiva de sus fines sino en una conducta dolosa o gravemente culposa de un representante suyo que generó un daño antijurídico. No hay lugar a vacilaciones sobre el interés público que fundamenta a la acción de repetición y por ende el juez al momento de definir el caso que se sometió a su conocimiento, debe aplicar la excepción a la regla general contemplada en el artículo 188 del CPACA y no condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley se

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, el tres (03) de noviembre de 2017, conforme las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: El monto a cancelar por el demandado **CARLOS ANTONIO PACHECO BUITRAGO**, es de **CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS, CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$5.658.510.24)** de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: FIJAR el término de seis (6) meses, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta providencia, para el cumplimiento de esta sentencia por parte del demandado, en virtud de la disposición contenida en el artículo 15 de la Ley 678 de 2001.

CUARTO: Sin condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

QUINTO: En firme la presente decisión, devuélvase el proceso al Despacho de origen, dejándose las anotaciones y constancias de rigor.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE QUINDÍO
CALLE DE LA PAZ POR ESTADO
CALLE DE LA PAZ POR ESTADO
No. 193 de la 14 NOV 2019
Se notifica

