

281

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 13001-23-31-000-2013-00048-01 (51528)

Actor: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Demandando: SIMÓN HERRERA MACÍA

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN

Temas: ACCIÓN DE REPETICIÓN - Acreditación del pago de la condena impuesta al Estado en vigencia del Código Contencioso Administrativo. Reiteración jurisprudencial / PRUEBA DE PAGO DE LA CONDENA IMPUESTA AL ESTADO - Constituye un deber de la entidad pública para que sea procedente la prosperidad de la acción de repetición / PRUEBA DE PAGO DE LA CONDENA - Debe estar acompañada por prueba de recibo del acreedor, entrega material o efectiva de la suma adeudada

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 3 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El Distrito de Cartagena de Indias, en cumplimiento de lo acordado en una conciliación prejudicial celebrada entre la señora María Eugenia González Ortiz y la Contraloría Distrital, le pagó a aquella \$7'774.275, por la sanción moratoria causada por el incumplimiento en la consignación y pago oportuno de las cesantías correspondientes al año 2000.

El referido ente territorial inició un proceso de repetición en contra del señor Simón Herrera Macía, en tanto estimó que fue él, quien, en ejercicio de sus funciones como Contralor Distrital, no realizó los trámites necesarios para el pago de las cesantías de la empleada.

ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 25 de octubre de 2005 (f. 1-8 c-1), el Distrito de Cartagena de Indias, por conducto de apoderado judicial (f. 9 c-1), presentó demanda de repetición en contra del señor Simón Herrera Macía y de *"quienes fungían como Directores Financiero y Administrativo de la Contraloría Distrital de Cartagena"*, con el fin de que se les condenara a reintegrar \$7'774.275, suma que el ente territorial le pagó a la señora María Eugenia González Ortiz, como consecuencia del pago de una conciliación prejudicial aprobada por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 9 de julio de 2003.

La parte actora solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: que se declare responsable, a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas al Dr. Simón Herrera Macía y, en consecuencia, se le condene a pagar la proporción de dinero expresado como cuantía de esta demanda, o el monto correspondiente de acuerdo con su grado de participación en la producción del detrimento patrimonial del Estado.

SEGUNDA: que se declare solidariamente responsable, a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena de la época en la que se celebró la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero indicada como cuantía de esta demanda, la cual se (sic) constituye un detrimento patrimonial para el erario público y las arcas del distrito de Cartagena de Indias.

TERCERA: que se declare solidariamente responsable, a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Administrativo de la Contraloría Distrital de Cartagena de la época en la que se celebró la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero indicada como cuantía de esta demanda, la cual se (sic) constituye un detrimento patrimonial para el erario público y las arcas del distrito de Cartagena de Indias.

CUARTA: Que se ordene al Dr. Simón Herrera Macía el pago de la suma correspondiente a siete millones setecientos setenta y cuatro mil doscientos setenta y cinco pesos (\$7.774.275) a favor del tesoro distrital, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los artículos 176, 178 y 179 CCA.

QUINTA: Que se ordene al Director Financiero y al Director Administrativo del Concejo (sic) Distrital de la época de la conciliación por este medio repetida, al pago de la suma correspondiente a siete millones setecientos setenta y cuatro mil doscientos setenta y cinco pesos.

Las pretensiones anteriores se fundamentan en los siguientes hechos:

La señora María Eugenia González Ortiz laboró en la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias entre el 25 de abril del 2000 y el 30 de junio de 2008.

El 21 de enero de 2003, la señora María Eugenia González Ortiz celebró un acuerdo conciliatorio con la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, oportunidad en la que se acordó el pago de \$7'774.275, por la sanción moratoria causada por el incumplimiento en la consignación y pago oportuno de las cesantías correspondientes al año 2000.

Mediante auto del 9 de julio de 2003, el Tribunal Administrativo de Bolívar aprobó la conciliación celebrada entre la señora María Eugenia González Ortiz y la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.

En firme el auto de conciliación, la señora María Eugenia González Ortiz se dirigió a la administración distrital, la le cual pagó la suma acordada, mediante desembolso realizado por la Fiduprevisora S.A., el 16 de febrero de 2004.

Se expuso que, al momento de celebrarse el referido acuerdo, quien fungía como representante de dicho órgano de control fiscal era el señor Simón Herrera Macía.

Según la demanda, al no cancelar oportunamente las cesantías definitivas de la señora María Eugenia González Ortiz, el señor Simón Herrera Macía incurrió en una serie de omisiones que comprometieron la responsabilidad patrimonial de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.

2. El trámite en primera instancia

2.1. La demanda fue admitida por el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena mediante providencia del 26 de enero del 2006 (f. 23 c-1), decisión que fue notificada, únicamente¹, al señor Simón Herrera Macía (f. 66 c-1) y al Ministerio Público (f. 23 vto c-1).

2.2. El señor Simón Herrera Macía contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a las pretensiones formuladas por la parte actora (f. 68-83 c-1). Manifestó que la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, en virtud de la Ley 627 de 2000, fue reestructurada en varias oportunidades y, por ello, se redujo su presupuesto y planta de personal.

Afirmó que por los acontecimientos presupuestales ocurridos entre los años 2000 y 2001, el panorama de la Contraloría Distrital era el siguiente:

¹Si bien, la demanda también fue dirigida contra las personas que, para la época de los hechos, fungían como Directores Financiero y Administrativo de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, estos nunca fueron notificados ni vinculados al proceso y, por tanto, no hicieron parte del mismo.

- Las administraciones anteriores omitieron pagar a los trabajadores de la Contraloría Distrital las cesantías causadas entre los años 1996 y 2000.
- El Distrito de Cartagena de Indias no le consignó a la Contraloría el PAC del año 2000, circunstancia que impidió consignar antes del 15 de febrero de 2001 las cesantías causadas.
- Hubo un recorte presupuestal de los gastos de la Contraloría Distrital, que dificultó, entre otras cosas, el pago de las cesantías.
- El Ministerio de Hacienda no transfirió a tiempo los recursos que debía consignar para el pago de las acreencias laborales de los trabajadores desvinculados por la reestructuración que dispuso la Ley 617 de 2000.

Manifestó que, no obstante lo anterior, el señor Simón Herrera Macía dispuso un plan de acción para lograr el pago de las cesantías que se le adeudaban a los trabajadores de la Contraloría Distrital desde el año 1996, como en efecto ocurrió.

Finalmente, expuso que el señor Simón Herrera Macía fungió como Contralor Distrital desde el 2001, y dentro de su gestión administrativa canceló los pasivos presupuestales que dejó su antecesor, por lo que no era posible predicar de sus actuaciones una conducta dolosa o gravemente culposa.

2.3. El 13 de octubre del 2011, el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena dictó sentencia de primera instancia y negó las pretensiones de la demanda (118-130 c-1). Encontrándose el proceso para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 1 abril de 2013, *i)* declaró la nulidad de las actuaciones proferidas por el juzgado; *ii)* dispuso que las pruebas practicadas conservaban valor respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirlas y, *iii)* ordenó repartir el expediente entre los despachos del Tribunal Administrativo de Bolívar por ser los competentes para conocerlo (f. 151-153 c-1).

2.4. Por auto del 29 de julio de 2013, el referido Tribunal avocó conocimiento y, mediante proveído del 7 de octubre de 2013, prescindió del periodo probatorio y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (f. 158 y 183 c-1).

En esta oportunidad procesal, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda (f.183-185 c-1), mientras que el demandado y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 3 de abril del 2014, negó las pretensiones de la demanda (f. 188-192 c-2).

Consideró que en el presente asunto el ente territorial no probó la calidad de servidor público del señor Simón Herrera Macía, dado que al proceso no se allegó el acta de posesión o certificación que acreditara que, en efecto, aquel se desempeñó como Contralor Distrital de Cartagena de Indias para el año 2001.

Por otra parte, argumentó que tampoco se encontraba probado el pago total de la obligación, toda vez que solo *“media comprobante de egreso 1469 de la Fiduprevisora S.A. por el valor de (...) \$3'887.138, siendo la conciliación aprobada por la suma de (...) \$7'774.275”*.

Así las cosas, concluyó que como no se tenían por acreditados los requisitos de carácter objetivo de la acción de repetición, debían negarse las pretensiones de la demanda.

4. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación y solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia (f. 195-198 c-2).

Manifestó que el señor Simón Herrera Macía, en la contestación de la demanda, aceptó que, para el año 2001, fungió como Contralor Distrital de Cartagena de Indias y, por tanto, su condición de ex agente del Estado se encontraba acreditada en el plenario.

Por otra parte, adujo que en el expediente se probó el pago parcial de la obligación por \$3'887.138, de conformidad con el comprobante de egreso, por lo que se debía condenar por esa suma.

5. El trámite de segunda instancia

5.1. El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido el 4 de junio de 2014 (f. 200 c-2) y admitido el 6 de agosto siguiente (f. 204 c-2). Posteriormente, mediante providencia del 4 de diciembre del 2014, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (f. 207 c-2).

En esta oportunidad procesal, la parte actora reiteró los argumentos expuestos a lo largo del trámite procesal y solicitó la revocatoria de la sentencia (f. 358-360 c-2).

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

5.2. Por auto del 30 de mayo del 2019, esta Subsección decretó una prueba de oficio y le solicitó a la Fiduprevisora S.A. que remitiera *“las pruebas necesarias en las que se hiciera constar que, efectivamente, la señora María Eugenia González Ortiz o su apoderado recibieron el pago acordado en la conciliación”* (f.229 c-2).

5.3. Mediante memorial radicado el 31 de julio de 2019, la Fiduprevisora S.A. allegó *“los comprobantes de egreso con sus respectivos soportes, mediante los cuales se canceló la suma de \$7'774.275”* (f. 240-274 c-2).

CONSIDERACIONES

1. Prelación de fallo

Mediante Acta N° 15 del 6 de mayo de 2005, la Sala Plena de la Sección Tercera determinó la prelación del fallo para las acciones de repetición sin el rigor del turno, pero respetando el año de ingreso del expediente al Consejo de Estado.

2. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo Bolívar, el 3 de abril del 2014, habida cuenta de que, de conformidad con lo previsto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo² y el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³, los procesos de repetición se tramitarán ante el juez o Tribunal que haya conocido del proceso antecedente, con independencia de la cuantía y, en segunda instancia, ante su superior jerárquico.

2. La caducidad en el caso concreto

La norma aplicable de caducidad, para la época en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a este proceso, era el artículo 11 de la Ley 678 de 2001 (4 de agosto), cuyo contenido era el siguiente:

² “Conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos (...)”

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 21 de abril de 2009, exp. 25000-23-26-000-2001-02061-01(IJ), M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-394 de 2002, declaró exequible de forma condicionada la norma, bajo el mismo entendido indicado en la sentencia C-832 de 2001⁴, esto es, que el término de caducidad de la acción de repetición empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el inciso cuarto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, plazo que empezaría a contarse después de la ejecutoria de la providencia que ordenaba el pago.

Como quedó visto, se toma lo que ocurra primero en el tiempo, esto es, el pago de la suma a que se condenó o por la cual se concilió, o cuyo reconocimiento se realizó, o el vencimiento de los 18 meses a que se refiere el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo sin que se haya realizado el pago de tal suma, como el momento para que empiece a correr el término para ejercer el derecho de acción.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, en el presente caso es necesario determinar -en principio- cuándo se produjo el pago del monto conciliado, lo cual no sólo tiene incidencia para acreditar uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de repetición⁵, sino que, a la vez, es un aspecto fundamental para verificar el presupuesto procesal del ejercicio oportuno del derecho de acción.

En el expediente reposa la copia providencia proferida el 9 de julio de 2003, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar aprobó el acuerdo

⁴ Providencia que declaró exequible de forma condicionada el numeral 9 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

⁵ De acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan, artículos 77 y 78 del C.C.A. y la Ley 678 de 2001, 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 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. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Expediente No. 28.448, Actor: Lotería La Nueve Millonaria de La Nueva Colombia Ltda. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

conciliatorio celebrado el 21 de enero del 2003, entre la señora María Eugenia González Ortiz y la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias (f.16-17 c-1).

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el expediente no obra prueba de la constancia de ejecutoria de dicha decisión, la Subsección aplicará el artículo 331⁶ del Código de Procedimiento Civil, que establecía que las providencias quedaban ejecutoriadas tres días después de notificadas. Como el auto del 9 de julio del 2003 se notificó por estado el 16 de julio de la misma anualidad (f. 20 c-1), el mismo quedó en firme el 22 de julio siguiente⁷ y, por tanto, el término de 18 meses para realizar el pago se vencía el 23 de enero del 2005.

Dado que en el presente asunto no se demostró el pago de la suma señalada en la conciliación, por las razones que se explicarán más adelante, la Sala tendrá en cuenta, para efectos del estudio de la caducidad, los dos años contados a partir del 23 de enero del 2005 -día siguiente al vencimiento del plazo para pagar-, razón por la cual la demanda debía ser presentada, a más tardar, el 24 de enero del 2007 y, como ello ocurrió el 25 de octubre de 2005 (f. 9 c-1), se concluye que se hizo de manera oportuna.

4. La legitimación en la causa

Si bien, en el presente asunto, el Tribunal Administrativo de Bolívar aprobó la conciliación celebrada entre la señora María Eugenia González Ortiz y la Contraloría Distrital de Cartagena, la acción de repetición fue interpuesta por el Distrito de Cartagena de Indias, sin que obre en el expediente el acto administrativo o prueba que explique esa situación⁸. No obstante, la Sala considera que, en principio, el Distrito está legitimado, por cuanto fue dicha entidad la que adelantó los trámites para cumplir con la obligación, tal como se desprende de los documentos proferidos por la Secretaría de Hacienda del referido ente territorial.

En efecto, al proceso se allegaron, entre otros documentos, las órdenes de pago No. 86 y 464, expedidas por la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena

⁶ARTÍCULO 331. EJECUTORIA. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva. "Las sentencias sujetas a consulta no quedarán firmes sino luego de surtida esta" (Negrilla fuera del texto).

⁷ Los días 19 y 20 de junio del 2003 no fueron días hábiles.

⁸ No se decreta prueba de oficio por considerarse innecesaria dada la decisión que aquí se adoptará, la cual será denegatoria de las pretensiones de la demanda.

de Indias, mediante las cuales se autorizó la “cancelación de intereses moratorios” a favor de la señora María Eugenia González Ortiz (f. 244 vto y 254 c-2).

Igualmente, se cuenta con la Autorización del Distrito de Cartagena de Indias para debitar del contrato de encargo fiduciario lo adeudado por “intereses moratorios a empleados y desempleados de la Contraloría” (f. 243 vto y 253 vto c-2).

Así las cosas, la Sala encuentra que el Distrito de Cartagena de Indias está legitimado en la causa por activa, en los términos del artículo 8° de la Ley 678 de 2001, por ser la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero que se concilió y que fue aprobada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En cuanto a la legitimación por pasiva, se tiene que la demanda se dirigió en contra del señor Simón Herrera Macía, quien, para la época de los hechos, se desempeñaba como Contralor Distrital de Cartagena de Indias y, según la demanda, omitió cancelar oportunamente las cesantías definitivas de la señora María Eugenia González Ortiz.

5. Presupuestos de prosperidad en la acción de repetición. Reiteración de jurisprudencia

Esta acción, como mecanismo judicial que la Constitución y la ley otorgan al Estado tiene como propósito el reintegro de los dineros que por los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular investido de una función pública, hayan debido salir del patrimonio estatal para el reconocimiento de una indemnización, de manera que la finalidad de la misma la constituye la protección del patrimonio estatal, necesario para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho⁹.

Como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política señala que “*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*”.

En tal sentido, la acción de repetición fue consagrada en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, declarado exequible por la Corte Constitucional

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia de 24 de febrero de 2016, exp. 36.310, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

mediante sentencia C-430 de 2000, como un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente en razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo, pueda solicitar de éste el reintegro de lo que hubiere pagado como consecuencia de una sentencia o de una conciliación o de otra forma de terminación de un conflicto.

De conformidad con la disposición legal anotada, el particular afectado o perjudicado con el daño antijurídico por la acción u omisión estatal, está facultado para demandar a la entidad pública, al funcionario o a ambos. En este último evento, la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso correspondiente.

Esta posibilidad ha sido consagrada también en ordenamientos especiales tales como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, la cual, en su artículo 71, consagró que *“en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”*, norma referida, en este caso, a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política encuentra su desarrollo en la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*.

Dicha ley definió la repetición como una acción 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 lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía. Con tales propósitos fijó, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, la noción, las finalidades, el deber de su ejercicio y las especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente, al tiempo que consagró algunas presunciones legales con obvias

incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con los segundos, reguló asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, término de caducidad de la acción, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

Sin embargo, como se advirtió anteriormente, los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición contra funcionarios o ex funcionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales que, aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política.

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual la norma nueva rige hacia el futuro, de manera que aquella sólo rige para los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación. Sólo excepcionalmente las leyes pueden tener efectos retroactivos.

Lo anterior permite entender que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por razón o con ocasión de su conducta calificada a título de dolo o de culpa grave.

De manera que si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público tuvieron ocurrencia con posterioridad a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad hubieren acaecido con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas sustanciales aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público, que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado, en cuyos eventos es necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que plantea el Código Civil.

Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado¹⁰ ha dicho que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política acerca de la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena fe, contenidos en la Constitución Política¹¹ y en la ley, a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia.

Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: 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 calidad del demandado como agente, ex agente del Estado demandado o particular en ejercicio de función pública; iv) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; v) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

En relación con lo anterior, se debe precisar que la no acreditación de los dos primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante y el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad, tornan improcedente la acción y relevan al juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad que se le imputa a los demandados.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 1999, exp. 10.865, M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

¹¹ El artículo 83 Constitucional estipula: *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas"*.

En efecto, los supuestos referidos constituyen el punto de partida para estudiar de fondo los hechos atribuibles a la conducta de quienes han sido demandados, pues el objeto de la repetición lo constituye la reclamación de una suma de dinero que hubiere sido cancelada por la entidad demandante, de manera que la falta de prueba de ese daño desvirtúa totalmente el objeto de la acción, en relación con la cual se habría de concluir que carece de fundamento y, por tanto, en tales casos, se deberán negar las súplicas de la demanda.

6. Problema jurídico

Previo acreditación de la existencia del daño, la Sala examinará si el pago realizado por la entidad pública demandante, como consecuencia del acuerdo conciliatorio celebrado el 21 de enero de 2003, es o no atribuible patrimonialmente, a título de culpa grave, al señor Simón Herrera Macía.

Por razones prácticas y metodológicas, la Sala verificará, en primer lugar, si se cumplen los presupuestos procesales para que proceda la acción de repetición y, en segundo término, en caso de verificarse, establecerá si la demandada actuó con culpa grave, como lo asegura la entidad demandante.

7. Caso concreto

7.1. La existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente

En el presente asunto, la entidad demandante considera que el señor Simón Herrera Macía es responsable a título de culpa grave por la mora en la consignación y pago oportuno de las cesantías definitivas de la señora María Eugenia González Ortiz correspondientes al año 2000.

Lo anterior causó un detrimento patrimonial al Distrito de Cartagena de Indias que se vio reflejado en la audiencia de conciliación prejudicial celebrada el 21 de enero de 2003, entre la señora María Eugenia González Ortiz y la apoderada de la Contraloría Distrital de Cartagena, quienes convinieron conciliar las pretensiones en una suma equivalente a \$7'774.275.

Para acreditar lo anterior, al proceso se allegó, únicamente, copia del auto del 9 de julio de 2003, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar aprobó el referido acuerdo conciliatorio en los siguientes términos (f. 16-17 c-1):

Apruébese la conciliación prejudicial del 31 de enero del 2003, realizada entre el doctor Urías B Cijanes Guerra, en su calidad de apoderado judicial de la señora María Eugenia González Ortiz, y la doctora Victoria Caballero

Restrepo, en su calidad de apoderada judicial de la Contraloría Distrital de Cartagena, por el valor de (...) \$7'774.275.

Así las cosas, se cumple con uno de los presupuestos de la acción de repetición, por cuanto se demostró en el expediente la existencia del acuerdo conciliatorio por el cual se repite.

6.2. El pago de la indemnización por parte de la entidad pública

En el presente asunto, el Distrito de Cartagena de Indias allegó, como única prueba del pago, el comprobante de egreso “No. 346370” del 16 de febrero de 2004, expedido por la Fiduprevisora S.A., por la suma de \$3'887.138 (f. 13 c-1).

Sin embargo, el anterior documento no tenía la entidad suficiente para acreditar el daño alegado en la demanda, por cuanto *i)* el mismo no contenía la respectiva firma del beneficiario y *ii)* la suma relacionada resultaba ser diferente a la afirmada en la demanda.

Por lo anterior, mediante auto del 30 de mayo de 2019, esta Subsección decretó una prueba de oficio y le solicitó a la Fiduprevisora S.A. -entidad financiera que, según la demanda, realizó el pago- remitiera con destino a este proceso todos los documentos en los que se acreditara que, efectivamente, la señora María Eugenia González Ortiz o su apoderado recibieron el pago acordado en la referida conciliación (f. 229 c-2).

Mediante memorial radicado el 31 de julio de 2019, la Fiduprevisora S.A. manifestó que al señor Benjamín Guerra Urías, apoderado de la señora María Eugenia González Ortiz, se le realizaron dos pagos, cada uno por \$3'887.138 y, para tal efecto, allegó *“los comprobantes de egreso con sus respectivos soportes, mediante los cuales se canceló la suma de \$7'774.275”* (f. 240-274 c-2).

Respecto del primer pago – egreso 346370 de febrero de 2004

Además del auto que aprobó el acuerdo conciliatorio y el poder con el cual se verifica que, en efecto, el señor Benjamín Guerra Urías era el apoderado de la señora María Eugenia González Ortiz y que tenía la facultad de *“recibir”*, la entidad financiera allegó los siguientes documentos (f. 247-249 c-2):

- *“Solicitud de disponibilidad presupuesta”* y *“solicitud de registro presupuesta”* presentadas por el Distrito de Cartagena de Indias por concepto de *“cancelación de intereses moratorios a empleados y desempleados de la Contraloría – abono del 50% de lo adeudado”* (f. 245 c-2).

- Certificado de registro presupuestal No. 88 de la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena de Indias por un valor de \$3'887.138 para la *"cancelación de intereses moratorios a empleados y desempleados de la Contraloría"* (f. 246 c-2).
- Orden de pago No. 86, expedida por la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena de Indias, a favor del señor Benjamín Guerra Urías, por concepto de *"cancelación de intereses moratorios a empleados y desempleados de la Contraloría. Abono del 50% de lo adeudado. María Eugenia González Ortiz"* (f.244 vto c-2).
- Autorización del Distrito de Cartagena de Indias para debitar del contrato de encargo fiduciario *"la suma de (...) \$479'578.437, para el pago de los intereses moratorios a empleados y desempleados de la Contraloría"* (f. 243 vto c-2).
- *"Relación de pago planillas"* de la Fiduprevisora S.A. por un total de \$146'023.097; en la planilla se incluyó el nombre del señor Benjamín Guerra Urías como beneficiario del primer pago por un valor de \$3'887.138 (f. 243 c-2).
- Memorial enviado al Banco Colpatria mediante el cual la Fiduprevisora S.A. autorizó *"debitar de la cuenta de ahorros (...) la suma de \$146'023.097 (...) y elaborar cheques de gerencia a nombre de las personas que se encuentran en la relación adjunta [planilla], pagar por ventanilla y/o consignación vía ACH, o abono en cuenta Colpatria según convenio"* (f. 242 c-2).
- Comprobante de egreso "No. 346370" del 16 de febrero de 2004, expedido por la Fiduprevisora S.A., por la suma de \$3'887.138 y a favor del señor Benjamín Guerra Urías, el cual no fue firmado por el beneficiario (f. 242 c-1).

Respecto del segundo pago – egreso 351647 de marzo de 2004

- *"Solicitud de disponibilidad presupuestal"* y *"solicitud de registro presupuestal"* presentadas por el Distrito de Cartagena de Indias por concepto de *"saldo final de las sanciones moratorias a funcionarios y exfuncionarios de la Contraloría"* (f. 255 c-2).
- Certificado de registro presupuestal No. 317 de la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena de Indias por un valor de \$3'887.138, para cancelar el *"saldo final de las sanciones moratorias a funcionarios y exfuncionarios de la Contraloría"* (f. 254 vto c-2).

- Orden de pago No. 464, expedida por la Secretaría de Hacienda del Distrito de Cartagena de Indias, a favor del señor Benjamín Guerra Urías, por concepto de *"saldo final de las sanciones moratorias a funcionarios y exfuncionarios de la Contraloría. María Eugenia González Ortiz"* (f. 254 c-2).
- Autorización del Distrito de Cartagena de Indias para debitar del contrato de encargo fiduciario *"la suma de (...) \$545'130.069, para el pago de los intereses moratorios a funcionarios y exfuncionarios de la Contraloría"* (f. 253 vto c-2).
- *"Relación de pago planillas"* de la Fiduprevisora S.A. por un total de \$153'534.071; en la planilla se incluyó el nombre del señor Benjamín Guerra Urías como beneficiario del segundo pago por un valor de \$3'887.138 (f. 243 c-2).
- Memorial enviado al Banco Colpatria mediante el cual la Fiduprevisora S.A. autorizó *"debitar de la cuenta de ahorros (...) la suma de \$153'534.071 (...) y elaborar cheques de gerencia a nombre de las personas que se encuentran en la relación adjunta [planilla], pagar por ventanilla y/o consignación vía ACH, o abono en cuenta Colpatria según convenio"* (f. 242 c-2).
- Comprobante de egreso ilegible; por tanto, no es posible identificar el numero de referencia del mismo, el monto, su beneficiario y su firma (f. 251 c-1).

Por otra parte se tiene que la Fiduprevisora S.A. allegó una consignación vía ACH a favor del señor Benjamín Guerra Urías la cual tiene su firma y huella. La transferencia fue por un monto de \$46'008.106 y no se sabe a qué *"facturas"* corresponden, pues dicho aparte resulta ilegible (f. 250 c-2).

La Sala considera que, a pesar del esfuerzo probatorio realizado en esta instancia, no fue posible acreditar que la señora María Eugenia González Ortiz o su apoderado recibieron el pago acordado en la conciliación.

En efecto, de conformidad con lo certificado por la Fiduprevisora S.A., para cumplir con la referida obligación se realizaron dos pagos cada uno por \$3'887.138, lo cual se hizo a través de los comprobantes de egreso No. 346370 de febrero de 2004 y No. 351647 de marzo de 2004; sin embargo, tal como se advirtió, el primer comprobante no tiene la firma del beneficiario y el segundo es totalmente ilegible. Además, según la transferencia electrónica allegada por la entidad financiera oficiada, el apoderado de la señora María Eugenia González Ortiz recibió la suma de \$46'008.106, pero se desconoce el origen de ese pago y, por tanto, no es

posible afirmar que en dicho monto se encuentra incluida la suma por la que se pretende repetir.

Finalmente, se tiene que las demás pruebas allegadas por la Fiduprevisora S.A. corresponden a documentos que fueron emanados por la misma entidad demandante en los cuales se ordenaba el pago.

Ahora bien, sobre la facultad oficiosa con la que cuenta el juez de lo contencioso administrativo para decretar pruebas en el proceso, la Sala aclara que dicha prerrogativa, contemplada en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, sirve para esclarecer las dudas que se derivan de la actividad probatoria desplegada por las partes, más no para relevirlas de su carga probatoria, consagrada en el artículo 177 del C. de P. C.

En el presente asunto, con las pruebas allegadas por la parte actora no era posible establecer si, en efecto, la señora María Eugenia González Ortiz o su apoderado hubieran recibido el pago y, por tanto, para despejar dicha duda, la Sala acudió a su facultad oficiosa y le solicitó a la Fiduprevisora S.A. que remitiera las pruebas que así lo acreditaran, pero con los documentos arrimados no fue posible probar que la suma por la que se repite efectivamente se canceló.

Lo anterior, para concluir que en el presente asunto resultaría inoficioso decretar otra prueba de oficio y, además, porque se estaría supliendo la carga probatoria de la parte demandante quien tenía el deber de demostrar los hechos que acreditaran el fundamento de sus pretensiones.

Así las cosas, considera la Sala que los documentos allegados al proceso no son suficientes para demostrar el pago total de la suma convenida en el acuerdo conciliatorio celebrado entre la señora María Eugenia González Ortiz y la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, toda vez que, para demostrar el cumplimiento de la exigencia a la que se viene haciendo referencia, se debió allegar, además de los documentos que reconocieran y ordenaran el desembolso y la correspondiente certificación de pago proferida por la misma entidad, la evidencia de que el beneficiario recibió el dinero acordado a satisfacción, aspecto del cual carece el proceso.

En otros términos, la entidad demandante en este proceso debió aportar el recibo de pago o consignación, o el paz y salvo suscrito por la señora María Eugenia González Ortiz o su apoderado judicial con los correspondientes soportes; lo anterior, con miras a brindar certeza sobre el efectivo cumplimiento de la

obligación convenida. Sobre el particular, esta Corporación, en sentencia del 26 de noviembre de 2006, precisó lo siguiente:

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada. La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial o en la conciliación, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario. El pago, en los términos del artículo 1626 del Código Civil, es la prestación de lo que se debe y debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1757 ibídem. Conforme a lo anterior, no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación¹².

Así, para cumplir con la exigencia señalada, es necesario acreditar que la obligación ha sido efectivamente satisfecha, de modo que no exista duda alguna en relación con el hecho de que el beneficiario de la condena, conciliación o transacción ha recibido lo adeudado.

Por consiguiente, a la entidad interesada le correspondía allegar el documento pertinente que acreditara que el pago fue efectivamente realizado, aspecto sobre el cual la jurisprudencia de esta Corporación, de manera pacífica y reiterada, ha sostenido que:

En materia probatoria, a pesar de la consagración del principio de libertad probatoria y de apreciación conforme a las reglas de la sana crítica, la prueba por excelencia del pago es, de conformidad con nuestro Código Civil, la carta de pago¹³, y en derecho comercial, el recibo¹⁴, documentos que reflejan que la obligación fue satisfecha^{15,16}.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de noviembre de 2006, exp. 25.749, M.P. Alier Hernández Enríquez, posición jurisprudencial reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 28 de septiembre de 2017, exp. 36.162, M.P. (e) Marta Nubia Velásquez Rico.

¹³ Cita del original. Artículos 1628, 1653, 1654 y 1669 del Código Civil.

¹⁴ Cita del original. Artículos 877 y 1163 del Código de Comercio.

¹⁵ El inciso segundo del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil señala que: "Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 18.621, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, posición jurisprudencial reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 28 de septiembre de 2017, exp. 36.162, M.P. (e) Marta Nubia Velásquez Rico.

En igual sentido, en sentencia del 11 de febrero de 2010, exp. 16.458, esta Corporación dijo:

Lo anterior, por cuanto quien alega haber efectuado un pago, debe probar plenamente que así fue (art. 1626 y 1757, C.C.), siendo insuficiente su sola afirmación en tal sentido; conforme lo dispone el C.P.C. (art. 232), en principio la prueba de los pagos realizados debe constar por escrito, pero en casos como el presente, no basta que la entidad pública, parte demandante en el proceso, interesada en obtener la condena del demandado, aporte documentos emanados de sus propias dependencias, tales como el acto administrativo de reconocimiento de la obligación, la liquidación de la misma y la orden de pago al acreedor o beneficiario, si en ellos no consta la manifestación expresa de éste sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación.

En las anteriores circunstancias, y ante la ausencia de la prueba del pago efectivo de la indemnización a la que fue judicialmente condenada la entidad demandante, requisito que es fundamental para la prosperidad de las pretensiones, como que es el que habilita a la Administración para repetir en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, resulta imposible acceder a las mismas¹⁷.

De modo que, para acreditar el pago no bastaba con que al proceso se allegaran documentos emanados que fueron proferidos por la misma entidad demandante en los cuales se ordenaban el pago de una suma de dinero, si en ellos no consta la manifestación expresa del acreedor o beneficiario de haberlo recibido a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza –se insiste– acerca de la extinción de la obligación.

En suma, en el expediente no obra el soporte de la supuesta consignación que la parte actora debió efectuar al apoderado de la beneficiaria, a pesar del esfuerzo probatorio realizado en esta instancia.

Por lo expuesto, se tiene que en el presente caso no se acreditó que la entidad demandante hubiera pagado la suma de \$7'774.275, en cumplimiento de una conciliación prejudicial, lo que hace infructuoso el estudio de los demás requisitos para la prosperidad de la presente acción de repetición, razón por la cual se

falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 18.621, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, posición jurisprudencial reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 28 de septiembre de 2017, exp. 36.162, M.P. (e) Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2010, exp. 16.458, M.P. Enrique Gil Botero, posición jurisprudencial reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 28 de septiembre de 2017, exp. 36.162, M.P. (e) Marta Nubia Velásquez Rico.

deberá confirmar la sentencia de primera instancia.

6. Condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Bolívar el 3 de abril de 2014 en el proceso de la referencia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda. Lo anterior de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁZQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA