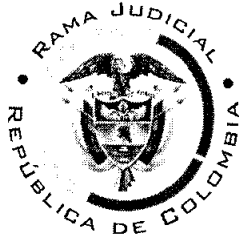


REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

DEMANDANTE: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
DEMANDADO: JOSÉ ROZO MILLÁN
RADICACIÓN: 150013333011201400201-00
MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.1.- La demanda y la tesis del demandante (fl.1-2, 90 vto.):

El Departamento de Boyacá, a través de apoderado judicial, presentó demanda de repetición, prevista en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, en contra del ciudadano Jorge José Rozo Millán, solicitando que se declare la responsabilidad del demandado por haber actuado dolosamente durante el ejercicio de sus funciones como Gobernador de Boyacá.

A título de restablecimiento de derecho, reclamó el reconocimiento y pago de la suma de ciento veinte millones ciento cuarenta y cinco mil quinientos un pesos m/cte. (\$120.145.501), de conformidad con la cuenta de cobro que se aporta.

Para la accionante, con el actuar doloso del ex gobernador del Departamento de Boyacá, materializado en la expedición del Decreto No. 01262 de 09 de septiembre de 2010, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez, se dio lugar a una sentencia judicial condenatoria en contra

de la entidad territorial, en la que se acreditó la falsa motivación y la desviación de poder, motivo por el cual se debe condenar al demandado a reintegrar a favor del Departamento el valor pagado por la condena.

1.2.- Contestación y tesis del demandado (fl. -61-65, 90):

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el actuar del ex gobernador del Departamento de Boyacá, José Rozo Millán, no fue contrario a derecho, pues si bien es cierto los actos administrativos expedidos fueron declarados nulos, dicha circunstancia no es óbice para predicar una responsabilidad objetiva, como quiera que la declaratoria de insubsistencia se hizo conforme a la potestad discrecional del nominador.

Propuso las excepciones que denominó: **i).** inexistencia de nexo causal entre la declaratoria de nulidad de los actos -proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2011-00051- y actuación propia Gobernador de Boyacá José Rozo Millán e **ii).** inexistencia de culpa grave por parte del ex gobernador José Rozo Millán.

1.3.- Alegatos de conclusión:

1.3.1.- Departamento de Boyacá: En el término de traslado para alegar (fl. 429), el Departamento de Boyacá se pronunció (fl.431-434), manifestando que a lo largo del proceso se pudo concluir que se configuró un actuar doloso por parte del demandado, pues por intermedio de sus empleados se materializó una conducta laboral inapropiada que conllevó a que se produjera la condena en contra del Departamento de Boyacá. Agrega que la conducta del agente afectó el normal y adecuado funcionamiento de la Entidad y conllevó a un detrimento de sus recursos.

Expresa que se acreditó que el comportamiento doloso del agente ocasionó un daño antijurídico a la señora Claudia Lucía Barrera y que se reúnen los requisitos necesarios para repetir contra el Exgobernador demandado, dado que se comprobó que la Entidad Publica fue condenada a reparar tales daños antijurídicos ocasionados al particular y que dicha condena ya fue cancelada.

Señala que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 678 de 2001, se presume que existe dolo del agente público, entre otras causas, por obrar con desviación de poder, lo cual se encuentra acreditado, *"...ya que la situación laboral afrontada por la señora Claudia Lucía Barrera se dio*

por la desviación de poder y aprovechamiento de la condición de superioridad que ostentaba el demandado...” (f. 432).

Expresa que de igual forma, la norma precitada prevé las situaciones en que se presume que la conducta es gravemente culposa y que en el presente caso se comprobó la conducta irregular del Gobernador de Boyacá, pues no cumplió con el mejoramiento del servicio, pues es simple observar que quien se nombró en remplazo de la señora CLAUDIA LUCÍA BARRERA RODRÍGUEZ no cumplía con las calidades personales ni el perfil, *“...lo que fuerza concluir que la motivación del acto no fue la real...” (f. 433).*

Concluye que para el presente caso está plenamente establecido que el señor José Rozo Millán, incurrió con su conducta dolosa o gravemente culposa, en un daño antijurídico que debió ser reparado por el Departamento de Boyacá.

1.3.2.- Parte demandada (fl. 435-439): Al presentar sus alegaciones finales, la parte accionada señaló que aunque los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 establecieron unas presunciones sobre el dolo y la culpa grave, en la acción de repetición, para efectos de establecer la responsabilidad del agente no es suficiente invocar la presunción y asumir que nada se debe probar, *“...sino que se deben acreditar los supuestos fácticos de la presunción alegada y sus consideraciones sobre las razones por las cuales considera que la presunción se aplica al servidor o ex servidor en relación con la causal de nulidad del acto administrativo...” (f. 435).*

Sostiene que en la demanda no se señaló y que tampoco se probó, cuál de las causales sobre presunción de culpa o dolo, es la que se debe aplicar al presente caso para invertir la carga de la prueba y poner al demandado en posición de desvirtuar la presunción, toda vez que los planteamientos expuestos por la entidad demandante evidencian que existió una mixtura de personas que intervinieron en la expedición del acto administrativo *“...y como quiera que dicha sentencia no fue apelada por negligencia de la aquí parte accionante, entonces, ésta sola circunstancia debería ser suficiente para que no prosperara la presente acción, porque no puede la jurisdicción contenciosa administrativa, de oficio, entrar a suplirle a la demandante la incorrecta formulación de la demanda...” (f. 436).* Agrega que independientemente de lo expuesto, en el proceso no existen pruebas que acrediten los supuestos fácticos de las presunciones sobre dolo o culpa grave en contra del demandado.

Aduce que si bien es cierto todas las causales de nulidad contempladas en la Ley, suponen la violación, en alguna medida, de las disposiciones

legales, tal circunstancia no puede conducir a que todas ellas suponen que hubo violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, pues si así fuera, *"...absolutamente todas las veces que una entidad pública es condenada como consecuencia de la nulidad de actos administrativos, tendría que iniciarse obligatoriamente la acción de repetición sobre el supuesto de que aplica la presunción de culpa grave..."* (f. 436). Agrega que solo cuando se juzgue el comportamiento del funcionario, con vista de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se actuó, en orden a establecer si hubo una culpa con carácter de grave o dolo, es procedente condenarlo.

Alega que los artículos 2 y 4 de la Ley 678 de 2001 imponen a las entidades públicas que demandan en acción de repetición, la carga de demostrar que se realizó una reunión del Comité de Conciliación donde se analizaron las razones que llevaron a concluir que el funcionario a demandar actuó con dolo o culpa grave, disposiciones que fueron desconocidas en el sub lite, pues en el Acta del Comité no aparecen las constancias de cuáles fueron las actuaciones que por dolo o culpa grave desarrolló el demandado. Agrega que el Comité debió dejar constancia expresa de las razones para iniciar la acción de repetición, explicando qué fue lo que hizo el agente para actuar con dolo o culpa grave.

Finalmente señala que en gracia de discusión y sin que ello implique aceptar las pretensiones de la demanda, en caso de una eventual condena, debe tenerse en cuenta que la decisión que ordenó el reintegro de la señora Claudia Barrera Rodríguez quedó ejecutoriada el 26 de junio de 2012 y el mismo no se cumplió dentro de los treinta (30) días que ordena el artículo 176 del C.C.A., por lo que se carece de fundamento jurídico para pretender el reconocimiento de los intereses de mora que se generaron por la mora de la entidad en el pago de la sentencia, dado que el fallo se cumplió hasta el 25 de junio de 2013.

1.4.- Concepto del Ministerio Público (fl. 440-447): Por su parte, el Agente del Ministerio Público al emitir su concepto indicó que si bien se acreditaron algunos requisitos para la procedencia de la acción de repetición, a saber, la calidad del agente y su conducta determinante en la condena, la existencia de la condena judicial y el pago realizado, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad pues la parte demandante no acreditó la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado ni desarrolló cada una de las presunciones establecidas para la calificación de la conducta del demandado, además que en el escrito introductorio se exteriorizó que la conducta se establecía a título de culpa y en los alegatos se sostiene que es a título de dolo, afirmación que resulta incongruente, desconociendo el derecho al debido proceso o defensa del demandado.

Precisa que el asunto debe ser analizado acorde con la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial y que conforme al artículo 180 del C.P.A.C.A., es preciso determinar si la conducta del ex servidor público se cometió a título de dolo, razón por la cual se tendrán en cuenta las presunciones establecidas en el numeral 3 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, a la luz de lo acreditado en el expediente.

Refiere que el fallo condenatorio determinó que existió desviación de poder, por cuanto la servidora que fue declarada insubsistente contaba con mayor experiencia que la persona que la reemplazó, sin que se hubiera demostrado un desmejoramiento en el servicio, sin que este sea el escenario para debatir tal situación. Resalta que si bien se allegó al plenario la mencionada decisión judicial, no se probó el título de imputación subjetiva, elemento necesario para atribuir responsabilidad al ex funcionario a título de dolo o culpa grave, siendo esta una carga que debió ser asumida por la parte accionante.

Cuestiona el accionar del Comité de Conciliación del Departamento de Boyacá, pues avaló la interposición de la acción de repetición, sin realizar un análisis de los presupuestos para la prosperidad de la misma, así como de los soportes probatorios que permitieran demostrar con certeza el encuadramiento de la conducta en las presunciones establecidas en los artículo 5º y 6º de la Ley 678 de 2001. Para sustentar su argumento, cita apartes de algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, en los que se determinó que el establecimiento de presunciones legales no exime de la carga probatoria a la parte demandante, por lo que debe siempre demostrar los supuestos de hecho de la causal que alega y al demandado le corresponde correlativamente desvirtuarlos para eximirse de responsabilidad.

Explica que pese a que la expedición del acto administrativo enjuiciado estuvo precedido de fines distintos al mejoramiento del servicio, según testimonio recepcionado en el proceso primigenio, no es de recibo que ese tipo de reproche sea el que le da sustento al concepto de violación de la demanda, dando como probada la falsa motivación o desviación de poder, sin individualizar plenamente la conducta del demandado.

Concluye que en el *sub lite* se deben negar las pretensiones, por cuanto no se encuentra acreditado el elemento subjetivo necesario para la prosperidad del medio de repetición, pues no se logró probar la presunción legal de que el demandado haya actuado con desviación de poder o falsa motivación.

II. CONSIDERACIONES:

2.1.- PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial del 14 de enero de 2016 (f.90 s.), corresponde al Despacho determinar si el señor JOSÉ ROZO MILLÁN es responsable, a título de dolo o culpa grave, por los perjuicios ocasionados al Departamento de Boyacá derivados de la condena impuesta en la sentencia proferida el 31 de mayo de 2012 por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja.

2.2.- HECHOS PROBADOS:

De acuerdo al material probatorio obrante en el plenario, fueron acreditados los siguientes supuestos fácticos:

- El señor JOSE ROZO MILLAN fue elegido como Gobernador de Boyacá para el periodo comprendido entre 2008 y 2011 (f. 46).
- La señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ, identificada con C.C. No. 40.033.390 mediante apoderado instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento de Boyacá, con el fin de que se declarara la nulidad del Decreto No. 01262 de 9 de septiembre de 2010, expedido por el Gobernador de Boyacá, por medio del cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de Asesor código 105, grado 03, adscrito a la Secretaría de Cultura y Turismo de Boyacá y como restablecimiento se reintegrara al cargo sin solución de continuidad y se reconociera el pago de salarios y prestaciones, pretensiones que fueron acogidas en fallo de fecha 31 de mayo de 2012, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja. (f. 21-35).
- Para dar cumplimiento al fallo referido, la Tesorería General del Departamento, con base en orden de pago No. 6377 de 3 de julio 2013, pagó el 19 de julio de 2013, la suma de CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS UN PESO M/CTE (\$120.145.501), tal como se verifica en comprobante de egreso No. 10734 de 19 de julio de 2013 (f. 37-40).

2.3.- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE:

- **Fundamento Constitucional y legal de la acción de repetición:**

De conformidad con las previsiones constitucionales contenidas en el art. 90 Superior, la acción de repetición fue consagrada constitucionalmente como un deber atribuido a los entes estatales al disponer que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, previendo que, en el supuesto de que se imponga una condena al Estado como consecuencia de la reparación patrimonial de un daño que haya sido causado por cuenta de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, el Estado deberá repetir contra éste¹.

Dicho planteamiento constitucional fue desarrollado por la Ley 678 de 2001, **por la cual se reglamentó la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, indicando que esta acción está encaminada a** garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, constituyendo un deber de las entidades públicas promover la acción de repetición cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes.

La Ley 678 de 2001, reguló el tema de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través de la acción de repetición y del llamamiento en garantía y finalmente la Ley 1437 de 2011, a través de la cual se adoptó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contempló en su artículo 142 el medio de control de repetición en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 142. Repetición. *Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.*

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones

¹ **ARTÍCULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.

Si bien lo anterior permite afirmar, que en lo que concierne al trámite procesal, es preciso aplicar la normatividad contenida en el C.P.A.C.A., dado el efecto inmediato de las disposiciones procesales, es preciso decantar cuál es la normatividad aplicable en el aspecto sustancial, circunstancia sobre la cual ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que *"...las normas aplicables para dilucidar si el demandado actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo en que tuvo lugar la conducta del agente estatal..."*, posición que se aviene con el principio de legalidad contenido en el artículo 29 superior, el cual establece que *"...Nadie podrá ser juzgado **sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa**, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio..."*.

Atendiendo entonces a la precisión previamente citada, es claro entonces que la responsabilidad del agente público debe efectuarse atendiendo a los parámetros establecidos en la Ley 678 de 2001, pues dicha norma reglamentó lo concerniente a 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 y se expidió el 3 de agosto de 2001, esto es, con anterioridad a la materialización de la conducta que se le endilga al entonces Gobernador de Boyacá, pues era la norma vigente para la época en que se expidió el Decreto 01262 de 2010.

Si bien es cierto, la sentencia condenatoria fue proferida el 31 de mayo de 2012, ha de tenerse en cuenta que la acción de repetición busca determinar la responsabilidad del funcionario con ocasión a su conducta, por ello, el análisis debe tener en cuenta la norma vigente para la época en que se consolidó el hecho que se imputa, que en este caso, como se dijo, es la expedición del Decreto 01262 de 2010 a través del cual se desvinculó del servicio a la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez.

Así las cosas, en relación con los aspectos sustanciales, además de las normas constitucionales pertinentes resultan aplicables al presente caso, las disposiciones previstas en la Ley 678 de 2001, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, para el 9 de septiembre de 2010 y en cuanto a las normas procesales, como se efectuó desde la admisión de la demanda, es claro que se debe aplicar lo dispuesto en el CPACA y la Ley 678 de 2001, vigentes a la fecha en que se instauró la presente demanda.

▪ **De la naturaleza de la acción de repetición:**

El artículo 2 de la Ley 678 de 2001 define la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial que debe ser ejercida en contra del servidor o ex-servidor público que a consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado en virtud de una sentencia condenatoria, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

Para la Corte Constitucional la acción de repetición tiene carácter indemnizatorio, a través de ella el Estado pretende el reintegro de los dineros cancelados a título de indemnización a favor de un particular y en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto². En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que según las voces del precitado artículo 2 de la Ley 678 de 2001, *"...la 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..."*³, acción que de conformidad con el mismo mandato, puede ejercitarse contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Han sido entonces consecuentes las Altas Corporaciones en precisar que la acción de repetición, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella⁴ y que en tal virtud, al tenor de lo previsto por la citada Ley 678, **la prosperidad de la acción de**

² Sobre la naturaleza de la acción, la citada Corporación expuso: "...Como puede observarse, esta acción tiene un carácter claramente indemnizatorio. La Corte Constitucional sostuvo en relación con los elementos y la finalidad de la misma: "De acuerdo con lo anterior, la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. "Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos (sic) causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. "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 condena 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." Sentencia C-832 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil..." C. Constitucional. M.P. Jaime Araujo Rentarías. Sent. C-778/03 del 11 de septiembre de 2003. Exp. D-4477.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755). Actor: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Demandado: Jhon Jairo Parra Rentería. Referencia: Acción de Repetición (Consulta de Sentencia).

⁴ Normas que consonantes con los artículos 6, 90, 95, 121, 122 y 124 de la Constitución Política; los artículos 63 y 2341 del Código Civil; los artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996; el artículo 54 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998.

repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos⁵: **i)** la existencia de condena judicial, acuerdo conciliatorio, transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que imponga una obligación de pagar una suma de dinero a cargo de la entidad estatal correspondiente; **ii)** el pago efectivo realizado por la entidad pública; **iii)** la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas; **iv)** la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa; y **v)** que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

3.- CASO CONCRETO:

De acuerdo con el material probatorio arrimado al proceso y con los lineamientos dados por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, la cual determina que la Administración, por ostentar la calidad de parte demandante, tiene la carga de acreditar oportuna y debidamente los hechos en que se fundamenta la demanda, es preciso establecer si se encuentran reunidos los presupuestos que permitan deprecar la responsabilidad del agente, para lo cual se procederá abordando en primer lugar los requisitos de carácter objetivo bajo las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda y finalmente será analizado el elemento subjetivo conforme a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado, así:

1. EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN IMPUESTA AL ESTADO PARA REPARAR UN DAÑO ANTIJURÍDICO:

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado, *"...El primer presupuesto para que haya lugar a la procedencia de este medio de control consiste en que el Estado se haya visto compelido a la reparación de un daño antijurídico, por virtud de un fallo condenatorio, de una conciliación debidamente aprobada en sede judicial o haya dado reconocimiento indemnizatorio por virtud de otra forma de terminación de un conflicto, tal y como prevé el artículo 2º de la Ley 678 de 2001..."*⁷.

En este caso, se encuentra debidamente acreditado que el Departamento de Boyacá fue condenado por el Juzgado Sexto Administrativo de

⁵ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407; y 26 de febrero de 2014, expediente: 48384.

⁶ C.E. S.3, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sent. 04-12-2006. Rad. 110010326000199900781-01 (16887).

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 31 de mayo de 2012 dictada dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho No. 1500-1333-1002-2011-00051-00, a reintegrar a la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez y a pagar "...los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta la fecha en que se produzca su reintegro efectivo al cargo en las condiciones descritas en la parte motiva de esta providencia..." (fl.34 vto.).

En efecto, en el plenario obra copia de la respectiva sentencia (f. 21-35), cuya constancia de ejecutoria enseña que la misma adquirió firmeza el veintiséis (26) de junio de 2012 (fl.36).

La obligación previamente citada, fue impuesta a través de una sentencia judicial que ordenó al ente territorial hoy demandante, indemnizar el daño que se causó a la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez, como consecuencia de la expedición del Decreto 01262 de 2005 esto es, el acto administrativo por el cual dispuso su retiro del servicio. Lo anterior, evidencia el cumplimiento de la primera de las exigencias, pues está suficientemente demostrado que al Departamento de Boyacá, a través de una sentencia judicial se le impuso una obligación, tendiente a reparar un daño antijurídico sufrido por la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez.

2. PAGO EFECTIVO DE LA CONDENA JUDICIAL:

En lo que concierne al pago efectivo de la condena, se allegó con la demanda copia auténtica de la **Resolución N° 01820 de 25 de junio de 2013**, mediante la cual el ente territorial ordenó el pago de ciento trece millones cuatrocientos cincuenta y siete mil setecientos un pesos (\$113.457.701) a favor del abogado Jorge Enrique Pulido Vega por tener facultad para ello, en su calidad de apoderado de la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez (fl.41-44), a efectos de dar cumplimiento a la condena judicial impuesta por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja.

Se allegaron también, copias auténticas de la **orden de pago No.6377** de fecha 3 de julio (fl.38) y del **comprobante de egreso No. 10734** de fecha 19 de julio de 2013 (fl. 37), por valor de ciento trece millones cuatrocientos cincuenta y siete mil setecientos un pesos (\$113.457.701), por concepto de "...PAGO RESOLUCIÓN NO. 1820/13, SENTENCIA EN EL PROCESO 2011-0051, DEMANDANTE CLAUDIA LUCÍA BARRERA RODRÍGUEZ, APODERADO JORGE ENRIQUE PULIDO VEGA..."

Revisada la prueba documental obrante en el expediente, se pudo verificar que el Departamento de Boyacá adelantó los trámites respectivos para pagar la condena impuesta, sin embargo, la orden de pago y el comprobante de pago suscrito por la Tesorera Departamental no demuestran el recibo del dinero por parte de la acreedora o beneficiario y/o de su apoderado y tampoco obra en el plenario alguna consignación en la cuenta de ésta o el recibo de paz y salvo.

En los términos del artículo 1626 del Código Civil, el pago efectivo como forma de extinguir las obligaciones, es la prestación de lo que se debe, y conforme al artículo 1757 ibídem, corresponde probarlo a quién lo alega, así pues, la entidad tiene la obligación de aportar los elementos de convicción al proceso que permitan al juez llegar a la veracidad de la ocurrencia de este acto por parte del Estado.

No obstante lo anterior, en atención a que con la demanda se allegaron documentos que constituyen un principio de prueba del pago de la condena, el Despacho consideró necesario decretar una prueba de mejor proveer para que el Departamento de Boyacá allegara constancia de pago o documento suscrito por la beneficiaria de la condena o su apoderado en el que conste que efectivamente recibió los dineros producto de la sentencia; requerimiento que fue atendido por la entidad mediante memorial radicado el 26 de abril de 2016 (fl..468 s.), allegando como nuevo elemento probatorio una **consignación por un valor de ciento trece millones cuatrocientos cincuenta y siete mil setecientos un pesos (\$113.457.701)**, suma que fue depositada por el Departamento de Boyacá en la cuenta de ahorros No.61610827-0 de la que es titular el abogado Jorge Enrique Pulido Vega (según consta en el comprobante de egreso -fl. 471-), tal y como se dispuso en la Resolución N° 01820 de 25 de junio de 2013.

De los anteriores documentos, se pudo determinar que el profesional del derecho que fungió como apoderado judicial de la demandante en el trámite del proceso ordinario, recibió un depósito mediante consignación efectuada por el Departamento de Boyacá el día 24 de julio de 2013, por el valor exacto ordenado en el acto administrativo que dio cumplimiento a la sentencia condenatoria, por lo que se demuestra con suficiente claridad, que el Departamento de Boyacá no solo adelantó los trámites respectivos para pagar la condena impuesta, sino que efectivamente la pagó al apoderado de la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez, de manera que se satisface la segunda exigencia a que alude la jurisprudencia, para la procedencia de la condena en repetición.

3. DE LA CALIDAD DEL DEMANDADO COMO AGENTE O EX AGENTE DEL ESTADO O PARTICULAR EN EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS:

Como se señaló para efectos de adelantar el juicio de responsabilidad, es preciso identificar, la calidad del agente, esto es, si para el momento en que se realizó la conducta ostentaba la condición de servidor público o si se trataba de un particular en ejercicio de funciones públicas.

En este caso, el demandado o sujeto cuya responsabilidad se analiza, es el señor José Rozo Millán, persona mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No. 17.143.876 de Bogotá D.C., quien se desempeñó como Gobernador de Boyacá para el período constitucional comprendido entre 2008 y 2011, situación frente a la cual no existe discusión, pues fue tenido como probado por las partes en la fijación del litigio (fl. 90), y en efecto, así lo hizo constar la Directora de Gestión de Talento Humano (fl.46)

4. LA CUALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DETERMINANTE DEL DAÑO REPARADO POR EL ESTADO, COMO DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA:

Además de los tres presupuestos analizados, resulta de vital importancia analizar si la conducta cumplida por el agente en ejercicio de sus funciones es imputable a título de dolo o culpa grave, y si en efecto, ésta ocasionó el daño que dio lugar al pago de una condena judicial.

En este caso, la conducta que sirve de base para imputar responsabilidad al demandado es la expedición del Decreto No.01262 de 9 de septiembre de 2010, a través del cual se decidió declarar insubsistente el nombramiento de la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez en el cargo de Asesor código 105, grado 03, adscrito a la Secretaría de Cultura y Turismo de Boyacá; presupuesto que no fue objeto de contradicción y se encuentra probado documentalmente (ver fl. 45).

Ahora bien, es del caso establecer si se encuentra presente el elemento subjetivo que permite imputar responsabilidad al demandado, esto es, si la actuación del agente que originó la condena contra el Estado, es imputable a título de dolo o de culpa grave.

Como se decantó en precedencia, en este caso el análisis de la conducta del agente, debe efectuarse atendiendo a los parámetros fijados por la norma legal vigente al momento de la realización de la conducta, situación que ha sido depurada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que frente a estas situaciones ha sido enfático en precisar que

"...las normas sustanciales aplicables para dilucidar si el llamado actuó con culpa grave o dolo, serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público ...",⁸ que en este caso, serían las vigentes al momento de la expedición del Decreto 01262 de 2010, a través del cual se decidió declarar insubsistente el nombramiento de la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez.

La precitada normatividad en su artículo 5º señaló que la conducta es dolosa *"...cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado..."*. La norma estableció, que se presume que existe dolo 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.*

De otra parte, el artículo 6 de la precitada Ley, prevé que 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..."*. Acorde con lo señalado por la disposición, se presume que la conducta es gravemente culposa en los siguientes eventos:

1. *Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho;*
2. *Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable;*
3. *Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable;*
4. *Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.*

⁸ *Ibíd.*

Al analizar los mencionados preceptos normativos en sede de constitucionalidad⁹, la Corte Constitucional explicó que **las presunciones legales tienen como finalidad proteger la moralidad y el patrimonio públicos, razón por la cual, fueron establecidas como mecanismos procesales tendientes a hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el artículo 90 Superior, en contra de los servidores públicos que con sus acciones u omisiones han dado lugar a condenas de reparación integral en contra del Estado.**

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en estos eventos, **la Administración en su condición de demandante tiene la carga de probar únicamente los supuestos a los que aluden las normas, pues "...se trata de "presunciones legales"¹⁰ (iuris tantum) y no de "derecho" (iuris et de iure), esto es, de aquellas que admiten prueba en contrario, como lo dispone el artículo 66 del Código Civil y que por lo mismo, de "esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción"...".¹¹**

De esta forma se garantiza el derecho fundamental al debido proceso, pues el agente estatal está posibilitado para presentar prueba en contrario que lo libere de responsabilidad¹². En otras palabras, por tratarse de una presunción legal, esto es que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que se presume, o de las circunstancias en que se configuró.

Frente al tema de **las presunciones en materia de repetición**, el Consejo de Estado realizó un análisis en torno a su alcance, puntualizando, entre otros, los siguientes aspectos:

(...)No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien,

⁹ Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

¹⁰ El profesor Betancur Jaramillo cuestiona el *nomen iuris* adoptado por el legislador de 2001, y afirma que "vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá de concluir que lo que quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su artículo 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente. En otras palabras, cuando la primera norma enuncia cinco hechos (...) no lo hace a título de antecedentes para que de él se infiera o presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados y probados no es que se presume el dolo, sino que existe éste (...) Corrobora la idea de que el artículo 5º no establece presunciones sino que enuncia casos de dolo, la definición misma que sobre éste hace en su inciso 1º, al señalar que el agente actúa con dolo cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado" BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Medellín, Seña Editora, 2013, p. 124 y 125.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Op. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

¹² Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones "se presume", "se reputa", "se considera", "se colige", "se entenderá" u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo.¹³

Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que **están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas¹⁴, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.¹⁵**

Obsérvese, por ejemplo, que **si el agente actuó con desviación de poder no es que se presuma el dolo, sino que esa conducta fue dolosa**, máxime cuando la definición que sobre éste hace el inciso primero del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 se refiere a que el agente actúa con dolo cuando quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado, la cual coincide en líneas generales con **la noción de desviación de poder que consiste en**

¹³ ROCHA, Alvira, Antonio, Op. cit., Pág. 574.

¹⁴ En este sentido sobre este asunto Cfr. BETANCUR, Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Medellín, Séptima Edición, 2009, Págs. 85 y 86. "Ahora la ley no sólo los define, sino que enuncia en sus arts. 5 y 6 unas mal llamadas 'presunciones' más a título de ejemplo que de inferencia. Por eso, vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá que concluir que lo quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su art. 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente./ En otras palabras, cuando la primera norma enuncia 5 hechos (...) no lo hace a título de antecedente para que de él se infiera o se presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste. (...) Igual reflexión cabe hacer con la culpa grave desarrollada en el art. 6. Los cuatro numerales que trae la norma, luego de la definición, son típicos casos de esa culpa grave y no presunciones de la misma (...) sin necesidad de inferencia alguna./ La ley así, como con el dolo, hace de la culpa grave un tipo legal y las conductas que puedan subsumirse en dicho tipo son constitutivas de culpa grave o dolo y no meras inferencias que se deduzcan de hechos conocidos como los enunciados en los antecitados artículos."

¹⁵ Empero, repárese que, incluso, la Corte Constitucional en sentencia C-778 de 11 de septiembre de 2003, encontró algunas incongruencias en el señalamiento de las causales, así: "i) La incompetencia del agente estatal es la conducta que puede considerarse como la más grave, de las varias indicadas, y a pesar de ello da lugar a presunción de culpa grave (Art. 6º. Num. 2) y no de dolo./ ii) La expedición de una resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial genera presunción de dolo (Art. 5º, Num. 5), y la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho origina presunción de culpa grave (Art. 6º, Num. 1)./Se observa que objetivamente se trata de unas mismas conductas, que por el aspecto subjetivo reciben una doble calificación jurídica, en forma contradictoria./ No obstante, estas incongruencias no son relevantes, ya que, tanto en el caso de que el comportamiento se subsuma en la presunción de dolo como en el caso en que el mismo se encuadre en la presunción de culpa grave, los efectos jurídicos son iguales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 90 superior y el Art. 2º de la Ley 678 de 2001 en relación con la acción de repetición."

el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto o ajeno del que la ley quería al otorgarla; por tanto, en este evento, probados los supuestos de la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública) resultará probado el dolo en forma directa y no por simple deducción o inferencia, claro está que admite prueba en contrario (carga del agente público demandado), en aras de garantizar su derecho a la defensa”.

En conclusión, los supuestos contenidos en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, de tal manera, que *“su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el juez –en estos casos- está autorizado a realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.”*¹⁶

Descendiendo al caso concreto, la parte actora indica que al expedir el Decreto No.01262 de 9 de septiembre de 2010, el ex servidor José Rozo Millán actuó con **culpa grave** por haber desconocido el interés de la norma legal vigente, encontrándose configurada la presunción contenida en el numeral 3º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001 (fl. 9).

En otro aparte de la demanda se indica que la conducta fue desplegada con **dolo** por parte del ex mandatario, por haberse comprobado que, **i)** existió falsa motivación por no acatar la normatividad vigente y el manual específico de funciones del cargo que desempeñaba la demandante, pues incurrió en extralimitación de sus funciones por haber nombrado a un funcionario que no cumplía requisitos de estudio que sí habían sido acreditados por la demandante, por lo que finalmente se causó un desmejoramiento del servicio, y **ii)** estuvo viciada por desviación de poder tal y como se demostró en el proceso primigenio en el que se determinó que había existido acoso laboral por parte del superior jerárquico de la accionante. En consecuencia, afirma que se encuentran demostradas con suficiente claridad las presunciones establecidas en los numerales 1º, 2º y 3º del ya referido artículo.

Frente a la presunción de culpa grave no encuentra el Despacho que con el material probatorio allegado con la demanda se haya demostrado que por causa de un error inexcusable, el acto de insubsistencia hubiera omitido las formas sustanciales o de esencia para la validez de mismo,

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

permaneciendo entonces la carga de la prueba en la entidad territorial demandante, la cual debió traer al plenario todos los elementos de prueba que permitieran concluir con grado de certeza, que fue la conducta gravemente culposa del agente, la que indefectiblemente originó la condena en contra de la Entidad, cuestión que no ocurrió en el asunto de la referencia.

No ocurre lo mismo en relación con las presunciones de dolo que invoca la entidad accionante, habida cuenta que en la sentencia proferida en el proceso 2011-0051, que dio origen a la condena, se decidió declarar la nulidad de la Resolución No.01262 de 9 de septiembre de 2010 y el oficio 001687 de 10 de septiembre de 2010, por haber sido expedidos con falsa motivación, por cuanto el primero *"no fue proferido en aras al mejoramiento del servicio, desvirtuando la presunción de legalidad del que se encuentra investido, con lo cual y de acuerdo a lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia, es clara su inconformidad con el ordenamiento jurídico, siendo abiertamente ilegal"* (fl. 33 vto.) y desviación de poder en el entendido de que *"la decisión de la administración por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora no obedeció a razones del buen servicio, sino a las desavenencias y permanentes conflictos suscitados entre el señor RICARDO BAUTISTA PAMPLONA, y la señora CLAUDIA LUCÍA BARRERA RODRÍGUEZ, ...la demandante demostró que los actos objeto de acusación se inspiraron en razones ajenas o distintas al fin señalado por el Legislador"* (fl..34)

En consecuencia, se encuentra satisfecha la carga impuesta a la administración, al haber probado los supuestos a los que aluden los numerales **1º y 3º del Art. 5º de la Ley 678 de 2001¹⁷**; casos en los que se debe presumir que la conducta desplegada por el agente del Estado fue dolosa. No obstante, como ya se indicó, estamos frente a **presunciones legales que admiten prueba en contrario**, a fin de garantizar el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción.

Atendiendo a esta última premisa y como quiera que el demandado aportó y solicitó material probatorio, al Juez de este proceso le está permitido realizar un nuevo análisis de la conducta del ex servidor para determinar si existe responsabilidad de su parte o si por el contrario se logra desvirtuar la presunción de derecho contenida en la citada norma.

¹⁷ **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.

(...)

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.

(...)

En la sentencia dictada dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho No. 1500-1333-1002-2011-00051-00 de fecha 31 de mayo de 2012, que dio origen al presente medio de control, se plasmó lo siguiente:

"...la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRÍGUEZ, anexa copia auténtica del Título Profesional que le confiere la Escuela Superior de Administración Pública como "ESPECIALISTA EN GESTIÓN PÚBLICA", obtenido en septiembre 29 de 2006 (fl.18 cuaderno anexo); por su parte del estudio de la hoja de vida del señor CARLOS JAVIER MORANTES NIÑO, no arroja evidencia que certifique el reconocimiento de Título de Formación Avanzada. Por lo antes expuesto, no se explica el Despacho, como una persona que no cumple con el lleno de los REQUISITOS DE ESTUDIO, señalados en el Numeral IV, del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los Empleados de la Administración Central del Departamento de Boyacá, Decreto No.000147 de 31 de enero del 2008, al ser vinculado al cargo que venía desempeñando la actora, pueda prestar un servicio provisto de mayor eficiencia..." (fl..33)

Y más adelante, se señaló:

"Lo anterior fue corroborado en el testimonio rendido al Despacho, en el proceso de la referencia por el señor RENDEL MAURICIO BUITRAGO SANCHEZ, quien para la fecha de los hechos fue vinculado como contratista a la Secretaría de Cultura y Turismo de Boyacá por OPS, constatando el trato discriminatorio, arbitrario y grosero suministrado por el señor RICARDO BAUTISTA PAMPLONA, Secretario de Cultura y Turismo de Boyacá a la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ (...) Por su parte, el testimonio rendido por el señor JORGE ALBERTO RIVADENEIRA quien se desempeñó como Director Administrativo de la Secretaría de Cultura y Turismo de Boyacá desde abril de 2009, da cuenta de los actos arbitrarios en que suele incurrir el Secretario de Cultura y Turismo de Boyacá, consistentes en maltratar a sus subalternos con su vocabulario, así como en obstaculizar el trabajo de los funcionarios, al no asignarles las labores que el Manual de Funciones les reconoce" (fl..33 vto.)

Ahora bien, cuando fue declarado insubsistente el nombramiento de la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez (fl. 45), ella ocupaba el cargo de Asesor código 105 grado 03 adscrito al Despacho del Secretario de Cultura y Turismo, creado por el Decreto 000147 de 31 de enero de

2008¹⁸; disposición que establecía a la fecha del nombramiento (24 de diciembre de 2008- fl. 193), los requisitos mínimos para ocupar el mencionado cargo, así:

ESTUDIOS	EXPERIENCIA
<i>Título universitario en comunicación social, periodismo, publicista y título de formación avanzada.</i>	<i>Dos (2) años de experiencia profesional</i>

Al corroborar las hojas de vida de los referidos ex funcionarios, se advierten las siguientes diferencias:

	Claudia Lucía Barrera Rodríguez	Carlos Javier Morantes Niño
Título Profesional	Comunicadora social-Periodista (fl.150)	Comunicador social
Título formación avanzada	Especialista en Gestión Pública (fl.150)	
Experiencia	A diciembre de 2008: 8 años y 11 meses (fl.52)	A septiembre de 2010: 31 años y 7 meses (fl. 290) ¹⁹

En el referido fallo se señaló que quién llegó a ocupar el cargo, el señor Carlos Javier Morantes Niño no cumplía con el requisito de formación avanzada, por lo que se había desconocido el manual de funciones y por ende se había desmejorado el servicio. En esta instancia con la finalidad de desvirtuar tal apreciación, la parte accionada solicitó el testimonio de la señora Ángela Hernández Sandoval quién fungió para la fecha de los hechos como Secretaria General, el cual fue recepcionado en la audiencia de pruebas celebrada el día 26 de febrero de 2016 (min.00:00:12 – min.00:34:10 archivo 2), así:

Adujo que la insubsistencia de la Dra. Claudia Lucía Barrera Rodríguez se hizo en ejercicio de la facultad discrecional de la que goza el Gobernador del Departamento de Boyacá. Señaló que la oficina de Talento Humano era la encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de las personas que iban a ocupar los cargos, como fue el caso del señor Carlos Javier Morantes Niño. Sostuvo que este último si cumplía los requisitos, pues atendiendo a

¹⁸ "Por el cual se modifica la Planta de Personal y el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de los empleos de la Administración Central del Departamento de Boyacá, financiados con recursos propios y del Sistema General de Participaciones del Sector Salud"

¹⁹ De los cuales el Despacho encontró acreditado según las certificaciones vistas a folios 304, 315, 325, 332 y 335 del expediente, alrededor de 12 años, sin que se logren establecer las fechas exactas.

la figura de la homologación, el título faltante se suplía con años de experiencia adicional. Manifestó que no entiende como el Director de Talento Humano certificó las razones que motivaron la declaratoria de insubsistencia, cuando dicha función no le había sido delegada. Indicó que nunca conoció de la existencia de las desavenencias entre el Secretario de Cultura y Turismo de Boyacá y la demandante dentro del Comité de acoso laboral del que hacía parte. Señaló que el responsable de cada área presentaba las fichas técnicas ante el Comité de Conciliación, y que en este caso el Dr. Gamboa certificó que dentro de la función pública la acreditación del título en posgrado era homologable con experiencia profesional.

Explicó que los vistos buenos consignados en el acto de insubsistencia dan cuenta de una revisión previa por parte de los asesores del ex mandatario, así mismo indicó que la Oficina de Talento Humano debía revisar de forma previa el cumplimiento de los requisitos cuando se va a efectuar un nombramiento.

También fue allegada la copia íntegra del Acta No. 003 del Comité de Conciliación, en la que se recomendó no conciliar frente a la solicitud de reintegro presentada por Claudia Lucía Barrera Rodríguez. En aquella oportunidad se precisó que *"en la Dirección de Personal una vez se realizó el estudio de los parámetros que exige el cargo, se constató que son cumplidos por quien fue nombrado, pues si bien se pide la acreditación de título en posgrado, dentro de la función pública la experiencia profesional es homologable a este requisito por lo que al acreditar el nuevo asesor de la Secretaría de Cultura y Turismo más de 20 años de experiencia profesional en el medio se encuentra sobre calificado para el desempeño de estas funciones"* (fl..141).

Estando el proceso para proferir sentencia y teniendo en cuenta el material probatorio allegado al proceso, el Despacho consideró necesario decretar una prueba de mejor proveer a fin de establecer la regulación normativa en torno al tema de las equivalencias entre estudios y experiencia. Frente a dicha solicitud, la entidad accionante allegó el manual de funciones vigente en 2010 y apartes del Decreto 785 de 2005, señalando que este último corresponde a la norma de orden nacional aplicable para la época *"por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004"* (fl. 494 s.)

Pues bien, el Despacho advierte que los elementos de prueba allegados al plenario no permiten afirmar que el señor José Rozo Millán en su condición de Gobernador actuó atendiendo a finalidades distintas al

servicio del Estado, contrariando la Constitución y la Ley u omitiendo o extralimitando sus funciones, como se pasa a explicar.

De las pruebas documentales y testimoniales reseñadas en precedencia, se logra establecer que el acto por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez fue expedido en atención a la facultad discrecional con que cuenta el Gobernador para designar a los asesores de Despacho de los Secretarios de su gabinete; no obstante dicho acto y el que comunicó la decisión a la interesada fueron declarados nulos dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2011-0051, en el que se concluyó que el acto de insubsistencia estaba falsamente motivado por cuanto se había desmejorado el servicio por haber contratado a una persona que no cumplía los requisitos mínimos de estudio, y además se comprobó la existencia de desviación de poder motivada por los conflictos suscitados entre el Secretario de Cultura y Turismo de Boyacá y la demandante.

Frente a la presunción de dolo por existir falsa motivación que fue invocada por la entidad accionante, advierte el Despacho que la misma fue desvirtuada, como quiera que los requisitos para el cargo de Asesor código 105 grado 03 adscrito al Despacho del Secretario de Cultura y Turismo, comprendían títulos de formación universitaria y formación avanzada, además de dos (2) años de experiencia profesional, los cuales fueron acreditados por el señor Carlos Javier Morantes Niño al momento de su nombramiento, pues el mismo contaba con el título profesional de comunicador social, dos (2) años de experiencia profesional y pese a que no contaba con título de posgrado, este último fue homologado por los años adicionales de experiencia acreditados por el funcionario, en virtud del artículo 25 del Decreto 785 de 2005²⁰, que reza:

"Artículo 25. Equivalencias entre estudios y experiencia. Las autoridades territoriales competentes, al establecer el manual específico de funciones y de requisitos, no podrán disminuir los requisitos mínimos de estudios y de experiencia, ni exceder los máximos señalados para cada nivel jerárquico. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias:

25.1 Para los empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional:

25.1.1 El título de posgrado en la modalidad de especialización por:

²⁰ "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004"

25.1.1.1 Dos (2) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional, o

25.1.1.2 Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, o

25.1.1.3 Terminación y aprobación de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y un (1) año de experiencia profesional. (Resalta el Despacho)

Advierte el Despacho que si bien tales equivalencias no estaban contempladas en el manual de funciones, la citada disposición es una norma de orden nacional con fuerza material de ley, por lo que es de obligatorio cumplimiento para las entidades territoriales para efectos de establecer el sistema de nomenclatura, clasificación de empleos, de funciones y de requisitos generales de sus cargos; y en consecuencia, ante la ausencia de determinación por parte de la administración frente al tema de las equivalencias en el Decreto 0147 de 2008, la norma aplicable al respecto era el mencionado Decreto 785 de 2005.

Conforme al mismo Decreto Ley, la experiencia profesional corresponde a la *"adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo"*²¹ y como quiera que en el expediente no obra certificación de la terminación de materias, la fecha que se tendrá en cuenta para empezar a contabilizar la experiencia profesional será la de 22 de mayo de 2003 (fecha de obtención del título de comunicador social).

En el *sub lite* se tiene que el mismo acreditó alrededor de seis (6) años de experiencia con posterioridad al título (ver fl. 325, 332 y 335), por lo que en atención a lo expuesto es claro que al tener cuatro (4) años de experiencia adicional a la mínima requerida, ésta resulta homologable al título de especialización exigido para ocupar el cargo.

De tal forma, se desvirtúa que el ex mandatario pretendió desmejorar el servicio pues no es cierto que el señor Carlos Javier Morantes Niño no cumpliera los requisitos y calidades establecidos en el Manual de funciones para ocupar el mencionado cargo, sino que para el caso, fueron aplicadas las equivalencias establecidas por el Gobierno Nacional para tales efectos, verificándose su cumplimiento.

²¹ Decreto 785 de 2005. Artículo 11, inciso 3º.

Ahora bien, frente a la tesis consistente en que el ex servidor José Roza Millán actuó con desviación de poder al declarar la insubsistencia de la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez, precisa el Despacho que la sentencia dictada dentro del proceso ordinario sustentó tal conducta en algunos testimonios, que se dirigieron a demostrar la conducta desplegada por el Secretario de Cultura y Turismo de la época y no la del ex Gobernador por lo que no resultan aplicables al caso concreto. Por lo demás no resultó acreditado en el plenario que el demandado hubiere actuado bajo las premisas que determinan la configuración de una desviación de poder, a saber, ejerciendo una facultad atribuida con un fin distinto del previsto por la ley que la otorgó.

Sumado a ello, encuentra el Despacho que al plenario no se allegaron ni se solicitaron pruebas que demostraran que entre el ex mandatario y la señora Claudia Lucía Barrera Rodríguez existían divergencias de tipo personal o político que permitieran al Despacho determinar que la declaratoria de insubsistencia estaba viciada por motivos de desviación de poder en cabeza del Gobernador, más aun encontrándose demostrado que lo que hizo el agente fue acudir al concepto de requisitos equivalentes contenidos en la norma previamente citada, al momento de decidir sobre el nuevo nombramiento.

En consecuencia, el fallo condenatorio dictado dentro del proceso ordinario al que hemos venido haciendo alusión, no tiene la suficiente fuerza de convicción para demostrar la existencia de dolo o de culpa grave en el actuar del entonces Gobernador de Boyacá, pues aunque es cierto que se declaró la nulidad de los pluricitados actos administrativos, en esta instancia se presentaron argumentos y elementos probatorios que desvirtuaron con suficiente grado de certeza la presunción de derecho invocada por el Departamento de Boyacá.

Respecto de **la carga de la prueba que debe asumir la parte demandante**, el Consejo de Estado ha señalado que las entidades públicas que ejercen la acción de repetición deben realizar una labor probatoria que tienda a demostrar el dolo y culpa grave con el que actuó el funcionario demandado, exactamente se señaló²²:

*"No satisface esta conducta procesal cuando la actora se limita a afirmar o incluso, en principio, cuando simplemente allega al expediente la sola sentencia de condena a cargo del Estado, puesto que **en este juicio no se trata de una pretensión ejecutiva, sino de un proceso contencioso y declarativo de su***

²² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006 Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación No 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482).

responsabilidad por culpa grave o dolo en su acción u omisión que habría ocasionado un daño que resarció el Estado, y en el cual el interesado en obtener una sentencia favorable de la jurisdicción deberá desplegar una actividad probatoria prolífica, acorde y proporcional con dicho interés, siendo por tanto indispensable que sea celoso en atender la carga procesal probatoria que implica el acreditamiento de los elementos que han sido explicados, para el éxito y prosperidad de las pretensiones y el aseguramiento de los fines constitucionales y legales de la acción de repetición, lo cual no se evidenció en el presente caso. Sobre este aspecto, bien señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que "...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". (Resalta el Despacho).

En tal sentido, la misma Corporación en providencia del 27 de agosto de 2015, proceso 110010326000201300108 00 (48016), señaló que **"lo vital es que quede evidenciado en el plenario que la conducta del servidor público, ex servidor o particular que ejecute funciones públicas fue dolosa o gravemente culposa, es decir, que ese elemento subjetivo enmarcado en el actuar del servidor público se destaque y aflore en la actuación procesal, para que así, la entidad pública pueda sacar adelante sus pretensiones económicas.**

Así entonces, aunque la sentencia es condenatoria y el juez administrativo fundó su decisión de instancia en una razón clara y determinada, la cual no es susceptible de discusión en esta instancia, es claro para el Despacho que el razonamiento en que se funda la decisión judicial, por más que se encuentre en firme y haga tránsito a cosa juzgada, **no tiene la virtud de demostrar por sí misma la presencia del elemento subjetivo de la responsabilidad, esto es, no demuestra la existencia de un actuar doloso o gravemente culposo del entonces Gobernador de Boyacá,** pues por el contrario, vista la forma en que se produjo el nombramiento del nuevo funcionario, se observa que el agente tuvo en cuenta las disposiciones que regulan la equivalencia de los requisitos exigidos para ocupar los cargos.

Tal como lo precisó el Ministerio Público a través de su delegada, en este caso no se encuentra probado el elemento subjetivo que permite la imputación de responsabilidad, pues la mera existencia de la sentencia condenatoria y su pago, no son demostrativas que la decisión adoptada por el señor José Rozo Millán, constituyó un actuar doloso tendiente a causar el daño antijurídico al funcionario retirado y mucho menos se

puede afirmar que existió culpa grave o negligencia al momento de expedir el Decreto 01262 de 9 de septiembre de 2010.

En ese orden de ideas, es claro que no se encuentran demostrados los elementos indispensables para declarar la responsabilidad patrimonial del señor José Rozo Millán, razón por la cual las pretensiones de la demanda serán denegadas.

▪ **DE LAS COSTAS:**

Sobre el particular, es del caso mencionar que el artículo 188 del C.P.A.C.A. trae una excepción a la imposición de costas, esto es en los casos en que en que se ventila un interés público; no obstante, entiende el Despacho que si bien, el medio de control de repetición tiene como finalidad la defensa de los recursos públicos, su interposición acarrea para la parte contraria unas costas y agencias en derecho, conforme lo explicó el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento en el que indicó que ***"se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso"***²³, máxime si se tiene en cuenta que ***"la interposición de estas acciones ante la jurisdicción no puede constituirse de ninguna manera para las entidades públicas en una labor dirigida al cumplimiento de un formalismo legal o en la manera de salvar responsabilidades al no estar expuestos a los juicios administrativos y fiscales de los entes de control"***²⁴

Posición adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en pronunciamiento de fecha 2 de junio de 2016, exp.15001 33 33 004 2012 00104-02, M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros, precisando lo siguiente:

"Como puede verse, la norma en cita prevé una excepción a la regla general de condena en costas, excluyendo aquellos procesos en que se ventile un interés público, argumento éste que sirvió de fundamento para que en pronunciamientos anteriores esta Corporación se abstuviera de imponer condena en costas en asuntos de esta naturaleza⁶; no obstante, dirá la Sala que dicha postura será modificada, en la medida en que si bien

²³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá D.C. siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C. veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación: 110010326000201300108 00 (48016) Actor: NACIÓN - CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA Demandado: JULIO CÉSAR TURBAY QUINTERO, Asunto: ACCIÓN DE REPETICIÓN (sentencia) Expediente 48.016 Actor: Contraloría General de la República Acción de repetición

es cierto que a través de la acción de repetición se pretende la defensa de un interés superior que no puede ser desconocido ni vulnerado y que se concreta en el deber de preservar los recursos públicos, también lo es que tal como lo explicó el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento, la interposición de estas acciones ante la jurisdicción no puede constituirse de ninguna manera para las entidades públicas en una labor dirigida al cumplimiento de un formalismo legal o en la manera de salvar responsabilidades al no estar expuestos a los juicios administrativos y fiscales”

Así pues, encontrándose debidamente acreditados en el proceso con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió el demandado y las agencias en derecho, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$ 1.201.455.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIEGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por el Departamento de Boyacá, en contra del señor José Rozo Millán, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

TERCERO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$ 1.201.455.

CUARTO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

QUINTO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
JUEZ