

ACCION DE REPETICION - Evolución legislativa / ACCION DE REPETICION - Requisitos. Código Contencioso Administrativo / ACCION DE REPETICION - Requisitos. Ley 678 de 2001

Sea lo primero manifestar que los hechos por los cuales fue condenada la entidad actora en sentencia que ahora da lugar a este proceso, sucedieron en el año 1987, es decir, antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, motivo por el cual se resalta que los mismos se estudiarán al amparo de los artículos 77 y 78 del Decreto – ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, normas que desarrollaron legalmente la acción de repetición con anterioridad a aquélla. En efecto, fue en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto – ley 01 de 1984) en los que se consagró como vía judicial la posibilidad de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena y además se señaló que en el evento de la declaratoria de responsabilidad, la sentencia siempre dispondría que los perjuicios fueren pagados por la entidad, rompiendo con el concepto de la responsabilidad solidaria a que se refería la normativa anterior. (...) En este orden de ideas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, 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; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas. Cabe advertir que la Ley 678 de 2001, en desarrollo del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, como las definiciones de dolo y culpa grave con las que se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales en las que estaría incurso el funcionario, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, 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. Nota de Relatoría: Ver Sección Tercera, Sentencia de 9 de diciembre de 1993, Exp. 7818, C.P. Daniel Suárez Hernández. Sección Tercera, Auto de 22 de octubre de 1997, Exp. 13977, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo. Dolo. Culpa grave / CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO - Acción de repetición. Dolo. Culpa grave / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Acción de repetición. Culpa grave. Dolo

Estas situaciones pretéritas que son sometidas y susceptibles de conocimiento de la jurisdicción, tal y como ocurre en el presente evento, cuyos hechos, según la demanda, datan del año de 1987, son las que plantean un conflicto de leyes en el tiempo, derivados del tránsito normativo, tema que resulta de trascendental importancia jurídica en la medida en que, como se señaló, la Ley 678 de 2001, a manera de ejemplo, en sus artículos 5 y 6, contiene definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se debe analizar la conducta del agente en el juicio de

repetición y además consagra una serie de presunciones legales en las que estaría incurrido el funcionario, preceptos de suyo más rigurosos que lo previsto en las normas anteriores aplicadas en esta materia (artículos 63 y 2341 del Código Civil). Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, se tiene suficientemente averiguado por la jurisprudencia y la doctrina que la regla general es que la norma nueva rige hacia el futuro, al porvenir, esto es, se aplica a los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; por excepción, puede ser retroactiva, esto es, cobijar hechos o situaciones ocurridas en el pasado y con anterioridad a su vigencia. Este postulado según el cual, en principio, la ley rige hacia el futuro y no puede ser retroactiva, da a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continuarán rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de dolo o culpa grave, de manera que en aras de garantizar el derecho al debido proceso, se impone lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Constitución Política. En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar de conformidad con las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo. Norma de orden público

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. Es decir, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua. Colígese de lo anterior que la Ley 678 de 2001, se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, la responsabilidad del agente público se debe analizar conforme a la normativa anterior; y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998. Nota de Relatoría: Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 31 de agosto de 2006, Expediente Rad. No. 17.482 Actor: Nación – Ministerio De Defensa Nacional - Ejército Nacional, Demandado: Manuel Jesús Guerrero Pasichana; y Expediente No. 28.448, Actor: Lotería La Nueve Millonaria de La Nueva Colombia Ltda. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

ACCION DE REPETICION - Prueba del pago de la condena / PAGO - Prueba. Acción de repetición

En este contexto, tal y como arriba se anticipó, como quiera que los hechos que suscitan este proceso son anteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, e incluso a la Constitución Política de 1991 (29 de mayo de 1987), fuerza concluir que la normativa que resulta aplicable para determinar los aspectos sustanciales de la responsabilidad del agente público, los elementos objetivos de la acción y analizar si en ese momento el demandado actuó con culpa grave o dolo, es la vigente a la fecha en que ellos ocurrieron y no aquélla que fue expedida con posterioridad a los mismos. De ahí que en aplicación de lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, las condiciones objetivas para que proceda la acción de repetición, como se señaló en esta providencia, consisten en que el Estado haya sido condenado o visto compelido conforme a la ley a la reparación de un daño antijurídico, y que se haya pagado el perjuicio o indemnización impuesto en la condena, todo lo cual debe ser acreditado en el plenario por la entidad pública demandante en el proceso, mediante el aporte de copias auténticas de la sentencia ejecutoriada y copias auténticas de los actos administrativos y demás documentos o pruebas idóneas que demuestren la cancelación de la indemnización del daño; de lo contrario, esto es, si no se cumplen esas dos condiciones y no se acreditan en forma legal dentro del proceso, el Estado no puede ni tiene la posibilidad de sacar avante la acción contra el agente estatal y menos aún la jurisdicción declarar su responsabilidad y condenarlo a resarcir. En el presente proceso, la Sala estima que no se cumplió con uno de los requisitos y presupuestos objetivos antes descritos, dado que existen serias deficiencias probatorias en relación con la acreditación del pago por parte de la entidad demandante. Aplicadas las reflexiones que anteceden al sub examine, se puntualiza que los documentos aportados, esto es, la copia auténtica de la Resolución 4876 de 7 de marzo de 1996, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se da cumplimiento a la sentencia de 1 de octubre de 1993 y la certificación de fecha 3 de mayo de 1996 expedida por la propia entidad deudora -Ministerio de Defensa Nacional- del pago del monto reconocido en la sentencia, no constituyen por sí solas pruebas idóneas a partir de las cuales se pueda deducir que existió el pago, toda vez que no se allegó junto con ellas un recibo, consignación, paz y salvo o comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que la cancelación efectivamente se produjo, razón por la cual no se logró acreditar tal desembolso y el detrimento patrimonial de la entidad. Nota de relatoría: Ver sección tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006, Radicación No. 25000232600020000145401 (28.238), Actor: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Demandado: Juan Pablo Melo Ospina, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

ACCION DE REPETICION - Documento del deudor. Prueba de pago / CERTIFICACION DE PAGO - Valor probatorio. Acción de repetición

Es decir, la mera certificación, constancia o manifestación que expide el deudor aseverando que realizó el pago, no es prueba idónea y suficiente del mismo, dado que en esos eventos se carece de la constancia de recibo, consignación, paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor, o la declaración o manifestación de éste respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma. Cabe precisar sobre las certificaciones que expiden las entidades públicas, que su contenido está limitado por el artículo 262 del C. de P. Civil que al otorgarles la calidad de documentos públicos, sólo lo hace para aquellas expedidas por los directores de oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos. Frente a esa norma puede concluirse: i) la

certificación sólo puede expedirse por el Director de la Oficina Pública, ii) sólo puede certificar en relación con: a) la existencia de una actuación o procedimiento y b) sobre su estado. Por contera, la "certificación" expedida por la propia entidad deudora, en relación con datos tales como: que se produjo un pago, el monto del mismo, el valor y la fecha en que se produjo, no está amparada por la presunción de autenticidad que para los documentos públicos establece el artículo 252 del C. de P. Civil, por cuanto se insiste, por tal presunción sólo está amparada la certificación expedida en los términos del numeral 2° del artículo 262 ibidem. Nota de Relatoría: Ver Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ACCION DE REPETICION - Admonición a la entidad pública demandante. Carga de la prueba / ADMONICION A LA ENTIDAD PUBLICA DEMANDANTE - Acción de repetición. Carga de la prueba

Bajo las circunstancias antes descritas, es pertinente llamar la atención en cuanto a la carga de la prueba que le corresponde a las entidades públicas de demostrar los requisitos para la prosperidad de la acción de repetición, para lo cual la Sala reitera la admonición que ha hecho en otras sentencias. Nota de Relatoria: Ver Sentencia 31 de Agosto de 2006, Exp. 17482, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 27001-23-31-000-1998-00078-01(18621)

Actor: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

Demandado: GUILLERMO DUQUE LOPEZ

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (REPETICION)

Atendiendo la prelación dispuesta por la Sala en sesión del 5 de mayo de 2005, según consta en el Acta No. 15 de esa fecha, se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de 27 de abril de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante la cual se declaró responsable a Guillermo Duque López y se le condenó a pagar las sumas que la Nación canceló por concepto de perjuicios morales a William Bechara Mendoza.

En la Sentencia que será revocada, se decidió:

“PRIMERO. Declárese al Oficial GUILLERMO DUQUE LOPEZ, responsable civilmente de la totalidad de los daños causados a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

“SEGUNDO: Condénase al Oficial GUILLERMO DUQUE LOPEZ a pagar a la Nación, las sumas que ésta canceló por concepto de perjuicios morales al señor William Bechara Mendoza, sin actualizar, pues esta no fue solicitada por la parte actora.

“TERCERO: Sin costas.

“La anterior decisión fue discutida y aprobada según consta en acta número 053 de la fecha”

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 17 de marzo de 1998, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, formuló demanda en contra de Guillermo Duque López, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que los señores (sic) GUILLERMO DUQUE LOPEZ identificado con cédula de ciudadanía No.79.151.579, es Responsables (sic) por Culpa Grave o Dolo en su actuar el día 29 de mayo de 1987 frente a los hechos que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra la Nación – Policía Nacional proferida por el h. Consejo de Estado.

“2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al señor GUIILLERMO EUSTORGIO DUQUE LOPEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79.151.759, al pago total o parcial de la suma que la Nación – Policía Nacional fue condenada a pagar a los beneficiarios de los perjuicios o del monto pagado que le correspondiere, según lo que estime la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pago que debe realizar a favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, en la tesorería de esta Institución.

“3. Que la sentencia que ponga fin al presente proceso, sea de aquellas que reúna los requisitos exigidos por los artículos 68 del C.C.A. y 488 del CPC, es decir, que en ella conste una obligación, clara, expresa y actualmente exigible a fin de que preste mérito ejecutivo.

“4. Que el monto de la condena que se profiera contra el señor GUILLERMO DUQUE LÓPEZ identificado con la cédula de

ciudadanía No. 79.151.759, sea actualizado hasta el monto del pago efectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

“5. Que se condene en costas a los demandados (sic).

“6.- Que me sea reconocida personería jurídica para actuar como apoderada de la parte demandante de este proceso.”

2. Fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda son únicamente, los siguientes:

“El día 29 de mayo de 1987, aproximadamente a las 9:30 o 10:00 A.M., en desarrollo de una manifestación que se realizó en la población de Quibdó, en ocasión de los actos de protesta que allí tuvo ocurrencia cuando la ciudadanía reclamaba servicio mas eficiente de agua y energía eléctrica se dio lugar a la muerte a bala del señor Hamleth Bechara Cuesta a mano del oficial de la Policía Guillermo Duque López, a pesar de que en forma reiterada la señora Gobernadora del Departamento señora (sic) Eva María Álvarez de Collazo, había solicitado a la fuerza pública abstenerse de hacer uso de las armas de dotación.

“El joven desaparecido era hijo de los señores William Bechara Mendoza y Dency Cuesta Asprilla (QPD) y tenía como hermanos Ian de Jesús Bechara Cuesta, Catherine Bechara Cuesta, Munir José Bechara Cuesta”.

3. La oposición del demandado

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que la sentencia a través de la cual se le impuso la condena a la Nación, no mencionó como factor determinante de responsabilidad la culpabilidad del ahora demandado además, porque según el proceso penal que se adelantó por los mismos hechos, se le exoneró de responsabilidad por encontrar demostrado que actúo en legítima defensa.

Sostuvo que, si bien es cierto en hechos ocurridos el 29 de mayo de 1987 falleció el señor Hamleth Bechara Cuesta, también lo es que, dicho incidente se produjo como consecuencia de una violenta manifestación popular en el sector comercial de Quibdó, en la que participaba la víctima quien era una de las personas que mas atacaba y agredía a la fuerza pública.

Advirtió que la protesta duró aproximadamente cinco días, en los cuales la situación fue tan grave que la Policía del Chocó debió acudir a la búsqueda de apoyo del Departamento de Policía Metropolitana y del Ejército de Medellín.

Señaló que la actitud de la Policía fue extremadamente prudente y serena al punto de exponer la integridad física de sus propios hombres antes que arremeter contra los manifestantes, quienes sin medir sus consecuencias, asaltaron el comercio y agredieron la fuerza pública.

Por último afirmó que la razón por la cual se contrarió la sugerencia emitida por la Gobernadora del Departamento del Chocó, en el sentido de que las autoridades de Policía debían abstenerse de hacer uso de las armas de dotación, fue la orden categórica dada por el Mayor Alberto Ramírez.

Propuso las excepciones de: (i.) Inexistencia de la culpa grave o dolo, toda vez que en el proceso penal se reconoció que su conducta fue lícita al actuar en legítima defensa y por tanto estar lejos de cualquier cuestionamiento sobre su culpabilidad; (ii.) La no conformación del litisconsorcio necesario en la demanda, por responsabilidad solidaria, dado que la acción de repetición no debió dirigirse sólo contra el señor Duque López, sino contra las autoridades del nivel nacional y departamental, el Comandante del Departamento de Policía del Chocó y el Mayor Alberto Ramírez Gómez quien tenía bajo su responsabilidad el operativo; y (iii.) Caducidad de la acción, por considerar que en conformidad con el artículo 136 inciso 4° del Código Contencioso Administrativo, los términos se encuentran vencidos, si se toma como base la fecha de ejecutoria de la sentencia proferida por el Consejo de Estado –27 de octubre de 1.993-.

4. Actuación procesal

4.1. Por auto de 8 de julio de 1998 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las documentales que acompañó la actora con la demanda.

4.2. Mediante auto de 13 de noviembre de 2003 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

La parte demandada reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y afirmó que en el proceso no obran pruebas que permitan tipificar como dolosa o

gravemente culposa su conducta. Sostuvo que la demandante a través del proceso adelantado al interior de la entidad lo absolvió penal y disciplinariamente con fundamento en la licitud de su conducta al haber actuado en legítima defensa, tanto así que no surgió mérito en el proceso contencioso en el cual se condenó a la Nación, para que fuere llamado en garantía.

Señaló que debido a la insolvencia económica del demandado sería altamente ruinoso una condena en este proceso.

La parte demandante reiteró los argumentos señalados en la demanda, y adujo que la Administración debe repetir contra el agente suyo cuya conducta calificada en los términos de dolosa o gravemente culposa sea causa de la condena de reparación patrimonial del daño antijurídico causado, ya sea llamando en garantía o porque inicie la acción de repetición luego de terminado el proceso.

Afirmó que en el proceso disciplinario iniciado en contra del demandado se le sancionó por encontrar probado el actuar doloso y gravemente culposo.

Por último, señaló que el oficial demandado fue imprudente al disparar su arma en una manifestación, máxime cuando por parte de las personas que participaban en la protesta no se estaba utilizando armas de fuego, sino que se reclamaba un beneficio común como lo era la prestación del servicio de agua y energía.

Por su parte, el Ministerio Público manifestó que en la sentencia del Consejo de Estado en la cual se condenó a la Nación, se dejó claro que el procedimiento empleado por el oficial Duque López no fue el adecuado para dispersar la reunión tumultuaria en la que falleció el señor Hamleth Bechara Cuesta, por lo que solicitó se condenara al demandado a reintegrar al Estado lo que éste pago como consecuencia de la actuación gravemente culposa atribuible al demandado.

5. La sentencia recurrida

El Tribunal *a quo* en Sentencia de 27 de abril de 2000, luego de realizar el planteamiento general de la cuestión litigada y el desarrollo del proceso, declaró responsable al oficial Guillermo Duque López de los daños causados a la Nación, Ministerio de Defensa - Policía Nacional, con la condena que se le impuso en sentencia de 1 de octubre de 1993 y, en consecuencia, lo condenó a pagar a la

Nación las sumas que ésta canceló por concepto de perjuicios morales con ocasión de la muerte del señor William Bechara Mendoza.

Los fundamentos de la sentencia fueron en síntesis los siguientes:

En relación con la excepción de caducidad, sostuvo que al tenor de lo previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término para intentar la acción debe empezar a contarse a partir del momento que la Administración tiene conocimiento del perjuicio sufrido, que no es propiamente la condena, sino cuando realiza el pago a los damnificados por el hecho de su agente, es decir, a partir de la Resolución No. 4876 de 27 de marzo de 1997, y como la demanda fue presentada el 17 de marzo de 1998, no habían transcurrido los dos años señalados para el efecto.

Afirmó que del material probatorio obrante en el expediente se deduce la responsabilidad del oficial Duque López, toda vez que la providencia del Consejo de Estado permite establecer en forma clara la conducta gravemente culposa del ahora demandado, por cuanto el disparo que efectuó el oficial debió ser al aire y no directamente a la víctima.

Señaló que la actuación del demandado también transgredió las normas internas de la entidad, dado que se encuentra prohibido el uso de las armas de fuego y solamente están autorizadas para el caso de legítima defensa. Además que el hecho de que la justicia penal hubiera exonerado al oficial por legítima defensa, no lo exonera de la responsabilidad administrativa.

6. Recurso de apelación

La parte demandada interpuso el 10 de mayo de 2000, recurso de apelación contra la sentencia de 27 de abril de 2000, con el fin de que fuera revocada.

Para sustentar el recurso afirmó que existe falta de legitimación en la causa por activa, dado que el poder que otorgó la demandante para representarla lo fue en nombre de la Nación - Policía Nacional y no del Ministerio de Defensa. Afirmó que quien realizó los desembolsos para el pago de la condena fue el Ministerio de Defensa y, por tanto, quien debió intervenir en el proceso fue esta entidad y no la Policía Nacional.

Además señaló que no existió culpa grave o dolo, por cuanto la actuación del demandado se circunscribió a la legítima defensa, cumpliendo así con el mandato dado por la Policía Nacional y con las normas internas de dicha entidad, según las cuales las armas de dotación oficial solamente están autorizadas para estos eventos.

Sostuvo que las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon aquellos hechos fueron ampliamente debatidas en el proceso penal militar, habiendo sido definida su situación jurídica favorablemente, por haber encontrado su conducta ajustada a derecho. Agregó que el comportamiento del demandado no encuadra dentro de los supuestos de la culpa grave señalada en el artículo 90 de la Constitución Política, en consideración a que se le investigó y juzgó en un proceso penal en el cual no se encontró responsable, de manera que el proceso contencioso administrativo desconoce el principio de cosa juzgada y la presunción de inocencia del oficial que no resultó desvirtuada a la luz del acervo probatorio.

El recurso fue concedido por el Tribunal el 25 de mayo de 2000.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. El recurso de apelación fue admitido por auto de 8 de septiembre de 2000, por haberse interpuesto y sustentado oportunamente.

7.2. Mediante providencia de 3 de noviembre de 2000, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían.

7.3. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

La parte demandada en sus alegaciones, manifestó que el Código Contencioso administrativo adoptado por el Decreto 01 de 1984 no contempla la acción de repetición de las entidades públicas contra los servidores públicos, la cual fue establecida en el artículo 31 de la Ley 446 de 1998 que no tiene aplicación retroactiva, motivo por el cual no es aplicable a los supuestos de hecho imputados al demandado, los cuales tuvieron su ocurrencia el 29 de mayo de 1987.

Por otra parte, sostuvo que la sentencia recurrida desconoce que entre las partes – Policía Nacional y Guillermo Duque López- se surtió un proceso penal que concluyó con sentencia ejecutoriada y en firme, en la cual se declaró que el demandado obró en relación con los hechos en legítima defensa, es decir, sin culpa grave o dolo.

Por último, reiteró que la acción se encuentra caducada, toda vez que los términos para intentar la acción deben empezarse a contar desde la fecha del fallo o subsidiariamente desde la presentación de la cuenta de cobro, pero no desde la fecha de pago de la indemnización, toda vez que la mora en que incurre la administración no le puede ser cargada al demandado en su propio perjuicio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala, tal y como se manifestó, revocará la sentencia apelada, por los motivos que se exponen a continuación:

1. OBJETO DEL RECURSO

El presente proceso en el cual se acogieron las súplicas de la demanda, lo apeló la parte demandada, razón por la cual la Sala entiende la apelación interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, de conformidad con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

En tal virtud, y según lo establecido en el artículo 305 *ejusdem*, el análisis se referirá a los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, para concluir si de los mismos se deducen o no los presupuestos para la procedencia de la acción de repetición contra el señor Guillermo Duque López.

Para tal efecto, la Sala analizará, en primer término, algunas generalidades de la acción de repetición y los presupuestos para su interposición y prosperidad; en segundo lugar, hará referencia a lo demostrado en el presente proceso; y finalmente se adoptará la decisión.

2. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LOS PRESUPUESTOS PARA SU INTERPOSICIÓN Y PROSPERIDAD

2.1. Sea lo primero manifestar que los hechos por los cuales fue condenada la entidad actora en sentencia que ahora da lugar a este proceso, sucedieron en el año 1987, es decir, antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, motivo por el cual se resalta que los mismos se estudiarán al amparo de los artículos 77 y 78 del Decreto – ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, normas que desarrollaron legalmente la acción de repetición con anterioridad a aquélla.

En efecto, fue en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto – ley 01 de 1984) en los que se consagró como vía judicial la posibilidad de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena y además se señaló que en el evento de la declaratoria de responsabilidad, la sentencia siempre dispondría que los perjuicios fueren pagados por la entidad, rompiendo con el concepto de la responsabilidad solidaria a que se refería la normativa anterior.¹

El artículo 77 señaló que *“[s]in perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.”*

En consonancia con la norma anterior, el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, estableció que:

“Artículo 78.- Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexas. Los perjudicados podrán demandar, ante la

¹ Es de anotar que, antes de la consagración a nivel constitucional de esta institución, el ordenamiento jurídico en el nivel legal había regulado la responsabilidad patrimonial del servidor público en relación con los perjudicados y las entidades por los daños causados a éstas. En efecto, el Decreto – ley 150 de 1976, da cuenta de la acción de responsabilidad patrimonial contra los agentes públicos, bajo el título de “responsabilidad civil”, en los artículos 194 y ss., pero circunscrita únicamente al desarrollo de la actividad contractual de la administración, esto es, por los perjuicios que se causaran a los contratistas o terceros por acciones u omisiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales a título de culpa grave o dolo a propósito de la celebración, ejecución o inejecución indebidas de los contratos. En ese entonces, el artículo 197 ibidem facultó al contratista o al tercero lesionado, para demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o al exfuncionario responsable o a los dos en forma solidaria, en cuyo caso la sentencia determinaría de manera precisa la responsabilidad de cada uno de los demandados. Cuando el perjuicio se causaba a la entidad contratante se contaba con igual acción, que podía ser ejercida por su representante legal o el Ministerio Público (artículo 196 ídem). Posteriormente, se expidió el Decreto – ley 222 de 1983, estatuto de contratación de la administración, en cuyos artículos 290 y ss., subrogó la anterior normativa, aunque reguló esta acción de responsabilidad patrimonial con similares alcances y también sólo en materia de actividad contractual del Estado.

jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.”²

En relación con esta norma, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

“Si bien es cierto por expreso mandato legal (art. 78 del C.C.A.) se puede en este tipo de acción demandar a la entidad pública o al funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad del ente al cual está adscrito o a ambos (como sucedió aquí), no es menos cierto que en esta última eventualidad no puede hablarse de solidaridad entre la persona pública y su servidor, porque, en el fondo, este último es la administración misma; en otros términos, porque la persona pública y su funcionario son una sola persona, ya que aquélla actúa a través de éste y para que exista la solidaridad debe darse, por activa, o por pasiva la pluralidad de sujetos.

“No obstante lo dicho la antecitada norma permite demandar al funcionario cuando éste con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones, cause perjuicios que deban resarcirse.

“Es esa la razón que les permite a los perjudicados demandar, ante esta jurisdicción, a la entidad pública, al funcionario o ambos como pasa a explicarse:

“a) Si se demanda sólo a la entidad y no se hace llamamiento en garantía, la condena será contra ésta. Si dentro del proceso se infiere que la responsabilidad del ente se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, podrá la administración demandar en acción de repetición a dicho funcionario.

“b) Si se demanda sólo a la entidad, esta podrá llamar en garantía al funcionario que la comprometió con su conducta dolosa o gravemente culposa. Aquí la condena, frente al demandante se entiende, será sólo contra la entidad. Pero, si además se comprobó dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario, la sentencia deberá disponer que la entidad repita contra dicho funcionario por lo que le corresponde.

² La expresión subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-430 de 2000, en la cual se señaló, entre otros aspectos que: “Ello es así, porque la responsabilidad por el daño antijurídico es del Estado y no propiamente de su agente; lo que sucede es que la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, determinante del daño, tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado...”

“c) Si se demanda a la entidad y al funcionario y se considera que éste debe responder, en todo o en parte, se impondrá la condena contra aquélla, debiendo ésta repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera, una vez efectuado el pago.

“Lo precedente permite afirmar que en tales eventos por voluntad de la ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, en donde de manera expresa la ley (art. 293 del decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario.

“Se insiste que en los eventos de responsabilidad extracontractual o de reparación directa, la posibilidad de demandar al funcionario se da cuando a éste pueda imputársele dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (art. 77 del c.c.a.).

“Hechas las precisiones precedentes, se anota:

“Los artículos 77 y 78 del C.C.A., aunque anteriores al art. 90 de la nueva carta, continúan vigentes porque no solo no coliden con éste, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal, como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicios.

“Se estima, entonces, que para la prosperidad de la repetición deberá no sólo resultar probada la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, sino que, precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó daño a la persona demandante. Se entiende, asimismo, que una vez cumplida la obligación por la entidad, esta deberá repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera.

“Lo precedente tiene su apoyo, como se dijo, en el artículo 78 del C.C.A., armonizado con el 77 del mismo estatuto”.³

Como puede apreciarse, de acuerdo con la norma explicada en precedencia, el perjudicado podrá demandar el resarcimiento de perjuicios a la entidad, al funcionario o a ambos, sólo que el agente público incurrirá en responsabilidad en el evento de que prospere la demanda contra la entidad o contra ambos. En estos últimos casos, la sentencia declarará tanto la responsabilidad de la entidad pública

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de diciembre de 1993, Exp. 7818, C.P. Daniel Suárez Hernández.

por el daño antijurídico irrogado a la víctima, como la responsabilidad del funcionario por su conducta dolosa o gravemente culposa que ocasionó el daño, pero dispondrá que los perjuicios sean pagados por aquélla y no por éste, contra quien la entidad deberá repetir lo pagado. De ahí que la Sala en anterior oportunidad concluyó que:

“La acción de repetición busca responsabilizar patrimonialmente frente al Estado, al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con la víctima, para evitar un proceso o terminarlo anticipadamente. En ambos casos el patrimonio del Estado se disminuye y es precisamente la disminución del patrimonio estatal como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, la fuente de la acción de repetición.”⁴

En este orden de ideas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, 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; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas.

2.2. Cabe advertir que la Ley 678 de 2001, en desarrollo del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política⁵, reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, como las definiciones de dolo y culpa grave con las que se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales en las que estaría incurso el funcionario, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación,

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 22 de octubre de 1997, Exp. 13977, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

⁵ El Artículo 90 de la C.P. es del siguiente tenor: “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.”

desistimiento, procedimiento, caducidad, 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, 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 exfuncionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado, como se dijo, por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados hoy en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política.⁶

Estas situaciones pretéritas que son sometidas y susceptibles de conocimiento de la jurisdicción, tal y como ocurre en el presente evento, cuyos hechos, según la demanda, datan del año de 1987, son las que plantean un conflicto de leyes en el tiempo, derivados del tránsito normativo, tema que resulta de trascendental importancia jurídica en la medida en que, como se señaló, la Ley 678 de 2001, a manera de ejemplo, en sus artículos 5 y 6, contiene definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición y además consagra una serie de presunciones legales en las que estaría incurrido el funcionario⁷, preceptos de suyo más rigurosos que lo previsto en

6 A manera de ejemplo los artículos 63 y 2341 del Código Civil; artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo; artículos 6, 90, 95, 121, 122, 124 de la Constitución Política; artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de Administración de Justicia"; artículo 54 de la Ley 80 de 1993, derogado expresamente por el artículo 30 de la Ley 678 de 2002; artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998.

7 El artículo 5o. define que "La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado", y la presume así: 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; y 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Por su parte el artículo 6o. señala 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", y la presume por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; 2. Carencia o abuso de competencia para proferir 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; y 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

las normas anteriores aplicadas en esta materia (artículos 63⁸ y 2341 del Código Civil).

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, se tiene suficientemente averiguado por la jurisprudencia y la doctrina que la regla general es que la norma nueva rige hacia el futuro, al porvenir, esto es, se aplica a los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; por excepción, puede ser retroactiva, esto es, cobijar hechos o situaciones ocurridas en el pasado y con anterioridad a su vigencia.

Este postulado según el cual, en principio, la ley rige hacia el futuro y no puede ser retroactiva, da a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continuarán rigiéndose por la normatividad anterior⁹, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de

8 El artículo 63 del Código Civil, es del siguiente tenor:

"ARTICULO 63. [CULPA Y DOLO]. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

"Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

"El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro."

La jurisprudencia de esta Corporación, con antelación a la expedición de la Ley 678 de 2001, para determinar si las conductas de los agentes públicos se subsumían en culpa grave o dolo, únicas modalidades que comprometen su responsabilidad personal y patrimonial frente al Estado en materia de repetición y llamamiento en garantía, utilizó las nociones previstas en la norma civil anterior y asimiló la conducta del agente al modelo del buen servidor público (Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo). Posteriormente, agregó, que estas previsiones debían ser armonizadas con lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política, que se refiere a la responsabilidad de los servidores públicos por infringir la Constitución y las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones; con el artículo 91 ibídem, según el cual no se exime de responsabilidad al agente que ejecuta un mandato superior, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona; y con la particular asignación de funciones señaladas en el reglamento o manual de funciones (Sentencia de 31 de julio de 1997, Exp. 9894. C.P. Ricardo Hoyos Duque).

9 Así lo entendió el Ejecutivo en la publicación intitulada "Cartilla Instructiva de Acción de Repetición y Llamamiento en Garantía", en la que señala que: "...Ello resulta lógico, pues en el momento que se analiza los elementos de la responsabilidad civil necesariamente se deben examinar los hechos que dieron lugar a la conciliación o demanda contra la entidad para poder determinar, primero, la individualización de la responsabilidad del estado en uno de sus funcionarios y segundo para establecer si existió o no falla o culpa personal del funcionario para lo cual resulta indispensable analizar, entre otros documentos, las funciones que tenía asignadas en el momento de los hechos..." Cfr. Ministerio de Justicia y del Derecho y Programa de Lucha Contra la Corrupción. Op cit. Pág. 21

dolo o culpa grave, de manera que en aras de garantizar el derecho al debido proceso, se impone lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Constitución Política, por cuya inteligencia:

“...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”.
(Subrayado de la Sala).

De acuerdo con la norma anterior, cabe efectuar las siguientes precisiones:

- a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público, son posteriores 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 2 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).
- b) Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas 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 fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado.
- c) Por consiguiente, si los hechos o actuaciones que dieron origen a la demanda y su posterior condena, son anteriores a la Carta Política de 1991, la normatividad aplicable será la vigente al momento de la conducta del agente público, que para la fecha correspondía a los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo.

En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar de conformidad con las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u

omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

Es decir, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua.

Colígese de lo anterior que la Ley 678 de 2001, se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001¹⁰, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, la responsabilidad del agente público se debe analizar conforme a la normativa anterior; y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998.

En consecuencia, por versar el *subjudice* sobre hechos que se remontan al 29 de mayo de 1987, la normativa sustancial bajo la cual se examinará corresponde a la vigente para aquella época y a la luz de los conceptos expuestos a propósito de las mismas en esta providencia.¹¹

10 Según Diario Oficial No. 44.509 de 4 de agosto de 2001.

11 En relación con lo anteriormente expuesto por la Sala ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 31 de agosto de 2006, Expediente Rad. No. 17.482 Actor: Nación –

3. LA DECISIÓN EN EL CASO CONCRETO

3.1. La Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional formuló demanda de repetición contra el oficial Guillermo Duque López, por considerar que como agente público suyo, actuó con culpa grave en los hechos ocurridos el 29 de mayo de 1987, en los que resultó muerto el señor Hamleth Bechara Cuesta, como consecuencia del disparo efectuado por el oficial demandado, en una manifestación en la ciudad de Quibdó, Chocó.

Aduce la entidad demandante que el incidente se debió fundamentalmente a la imprudencia del agente suyo al disparar el arma de dotación oficial en una manifestación, máxime cuando por parte de las personas que participaban en la protesta no se estaba utilizando armas de fuego, sino que se reclamaba un beneficio común como lo era la prestación del servicio de agua y energía.

Lo anterior sustenta la pretensión del actor, según la cual debe condenarse al demandado al pago total o parcial de la suma que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional reconoció como indemnización a los beneficiarios de los perjuicios por la muerte de Bechara Cuesta.

El Tribunal *a quo* consideró que el demandado incurrió en una conducta gravemente culposa, dado que en el expediente obran pruebas que acreditan esta situación, como lo son el “manual de procedimiento operacional policial para el control de las alteraciones del orden público urbano” que prohíbe el uso de las armas de dotación oficial, salvo en los casos de legítima defensa, y la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 1 de octubre de 1993 mediante la cual se condenó a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional por la muerte de Hamleth Bechara Cuesta en hechos ocurridos el 29 de mayo de 1987.

En el recurso de apelación, se arguyó que no existió culpa grave o dolo en la actuación del demandado, toda vez que actuó en legítima defensa tal como se demostró en el proceso penal militar en el que se encontró su conducta ajustada a derecho, y que por tanto el proceso contencioso administrativo desconoce el

principio de cosa juzgada y la presunción de inocencia que no fue desvirtuada a la luz del acervo probatorio.

3.2. En este contexto, tal y como arriba se anticipó, como quiera que los hechos que suscitan este proceso son anteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, e incluso a la Constitución Política de 1991 (29 de mayo de 1987), fuerza concluir que la normativa que resulta aplicable para determinar los aspectos sustanciales de la responsabilidad del agente público, los elementos objetivos de la acción y analizar si en ese momento el demandado actuó con culpa grave o dolo, es la vigente a la fecha en que ellos ocurrieron y no aquélla que fue expedida con posterioridad a los mismos.

De ahí que en aplicación de lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, las condiciones objetivas para que proceda la acción de repetición, como se señaló en esta providencia, consisten en que el Estado haya sido condenado o visto compelido conforme a la ley a la reparación de un daño antijurídico, y que se haya pagado el perjuicio o indemnización impuesto en la condena, todo lo cual debe ser acreditado en el plenario por la entidad pública demandante en el proceso, mediante el aporte de copias auténticas de la sentencia ejecutoriada y copias auténticas de los actos administrativos y demás documentos o pruebas idóneas que demuestren la cancelación de la indemnización del daño; de lo contrario, esto es, si no se cumplen esas dos condiciones y no se acreditan en forma legal dentro del proceso, el Estado no puede ni tiene la posibilidad de sacar adelante la acción contra el agente estatal y menos aún la jurisdicción declarar su responsabilidad y condenarlo a resarcir.

3.3. En el presente proceso, la Sala estima que no se cumplió con uno de los requisitos y presupuestos objetivos antes descritos, dado que existen serias deficiencias probatorias en relación con la acreditación del pago por parte de la entidad demandante, según se desprende de lo probado así:

i) Se encuentra demostrado que la entidad pública demandante fue condenada mediante Sentencia de 1 de octubre de 1993 proferida por el Consejo de Estado, en la que se declaró patrimonialmente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por la muerte del señor Hamleth Bechara Cuesta ocurrida el 29 de mayo de 1987 en la ciudad de Quibdó, y en consecuencia se le condenó a pagar la suma de 1.000 gramos oro a título de indemnización por

perjuicios morales a favor del señor William Bechara Mendoza en su calidad de padre de la víctima, y a pagar la suma de \$1.277.567,93 por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Así consta en las copias auténticas aportadas al proceso de la sentencia (visibles a folios 36 a 56 del cd. 1), y notificada a las partes mediante edicto de 20 de octubre de 1993 (folio 57 cd. 1).

En consecuencia, se cumple con la demostración de uno de los supuestos generadores de la acción de repetición, cual es que el Estado se haya visto compelido de acuerdo con la ley, a la reparación de un daño antijurídico causado a un particular, a través de una sentencia condenatoria, en la que se vincula su responsabilidad patrimonial por los hechos ocurridos el 29 de mayo de 1987 a que hace referencia este proceso.

ii) Sin embargo, no se acreditó en el plenario que la entidad haya pagado a la víctima del daño una suma de dinero como indemnización impuesta mediante una sentencia condenatoria, por cuanto con la demanda tan sólo se aportaron:

1) Copia auténtica de la Resolución 4876 de 7 de marzo de 1996, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se da cumplimiento a la condena impuesta a favor de William Bechara Mendoza, que obra a folios 390 a 393 del cuaderno No. 1. En este acto administrativo se liquida el valor del capital de los perjuicios morales a que hace referencia la sentencia (1.000 gramos oro) más \$1.277.567,93 por perjuicios materiales, más los intereses corrientes para un total a pagar de \$27.160.919,38, y en consecuencia se dispuso el pago de esta suma de dinero; y 2) Certificación de fecha 3 de mayo de 1996 expedida por el Tesorero Principal del Ministerio de Defensa Nacional, Fabio Muñoz Pardo, en la que hace constar que la Resolución No. 4876 de 7 de marzo de 1996, fue cancelada con el cheque No. 263 el Banco Ganadero (fl. 389 cd. 1).

Sobre la importancia de acreditar el pago en el juicio de repetición y su prueba, la Sala estima oportuno reiterar las precisiones que en tal sentido se hicieron en sentencia de 5 de diciembre de 2006:¹²

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 5 de diciembre de 2006, Radicación No. 25000232600020000145401 (28.238), Actor: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Demandado: Juan Pablo Melo Ospina, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“El artículo 1625¹³ del Código Civil establece una enumeración, no taxativa, de los modos de extinción de las obligaciones dado que toda obligación esta llamada a ser cumplida y por lo tanto a extinguirse a través de la ejecución de la prestación debida¹⁴. Dentro de ese listado previsto en la norma está contemplado el pago¹⁵, modo de extinción de la obligación entendido como la ejecución total de la prestación debida. Es decir, para que exista el pago es menester la preexistencia de una obligación entendida como el vínculo jurídico existente entre dos sujetos de derecho, en la cual se busca la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor a través de la materialización de una prestación¹⁶ de dar, hacer o no hacer.

“Y, respecto de ésta relación jurídica y de su extinción, el artículo 1757 del Código Civil señala que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”* O sea, que el acreedor deberá probar la existencia de la prestación con miras a hacerla valer ante su deudor y *contrario sensu*, el deudor debe probar la extinción de la misma, es decir, su liberación como sujeto pasivo dentro de la relación obligacional.

“En otras palabras, el acreedor debe demostrar el surgimiento de la obligación con la prueba del hecho jurídico generador de la misma y el deudor debe demostrar la ocurrencia del hecho extintivo, lo que aplicado en el caso en concreto, para efectos del cumplimiento de los requisitos de la acción de repetición se materializa en el deber, por parte de una entidad pública de probar el pago efectivo de la indemnización contenida en una sentencia a la víctima.

“Por consiguiente, al analizar el artículo 1626 del Código Civil *“...el pago efectivo es la prestación de lo que se debe...”* con lo cual se extingue la obligación, en consonancia con el artículo 1757 *ibídem* en el que se señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta; se concluye que corresponde a la entidad demostrar el pago, y en virtud de esa carga aducir, dentro de las oportunidades legales, los elementos de convicción al proceso, que

¹³ Artículo 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o parte:

- 1) Por la solución o pago efectivo
 - 2) Por la novación
 - 3) Por la transacción
 - 4) Por la remisión
 - 5) Por la compensación
 - 6) Por la confusión
 - 7) Por la pérdida de la cosa que se debe
 - 8) Por la declaración de nulidad o por la rescisión
 - 9) Por el evento de la condición resolutoria
 - 10) Por la prescripción.
- (...)

¹⁴ Entendiéndose que la ejecución de la prestación debida – pago- no es la única forma de extinción de la obligación pero si es la que encierra una mayor relevancia, dado que existen otros modos que tienen como finalidad finiquitar la obligación como la novación, la transacción, la remisión etc.

¹⁵ Artículo 1626 del Código Civil. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

¹⁶ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002.

permitan al juez llegar a la veracidad de la ocurrencia de este acto por parte del Estado, en este caso por una conciliación aprobada judicialmente.

“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 pago,¹⁷ y en derecho comercial, el recibo¹⁸, documentos que reflejan que la obligación fue satisfecha.¹⁹”

Aplicadas las reflexiones que anteceden al *sub examine*, se puntualiza que los documentos aportados, esto es, la copia auténtica de la Resolución 4876 de 7 de marzo de 1996, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se da cumplimiento a la sentencia de 1 de octubre de 1993 y la certificación de fecha 3 de mayo de 1996 expedida por la propia entidad deudora -Ministerio de Defensa Nacional- del pago del monto reconocido en la sentencia, no constituyen por sí solas pruebas idóneas a partir de las cuales se pueda deducir que existió el pago, toda vez que no se allegó junto con ellas un recibo, consignación, paz y salvo o comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que la cancelación efectivamente se produjo, razón por la cual no se logró acreditar tal desembolso y el detrimento patrimonial de la entidad²⁰.

Es decir, la mera certificación, constancia o manifestación que expide el deudor aseverando que realizó el pago, no es prueba idónea y suficiente del mismo, dado que en esos eventos se carece de la constancia de recibo, consignación, paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor, o la declaración o manifestación de éste respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma.²¹

17 Artículos 1628, 1653, 1654 y 1669 del Código Civil.

18 Artículos 877 y 1163 del Código de Comercio.

19 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.”

20 Además de que se observa que las cifras entre uno y otro de estos documentos no coinciden (Ver fls. 389 y 392 cd 1).

21 “A juicio de la Sala, los documentos provenientes del propio deudor afirmando haber realizado el pago, no constituyen prueba suficiente para acreditarlo, máxime si se tiene en consideración la trascendencia que reviste el pago efectivo y total -no sólo como presupuesto material de la sentencia estimatoria, sino, incluso, para los efectos mismos de computar el término de caducidad-, cuando se trata de instaurar una acción de repetición, buscando real y seriamente la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Cabe precisar sobre las certificaciones que expiden las entidades públicas, que su contenido está limitado por el artículo 262 del C. de P. Civil que al otorgarles la calidad de documentos públicos, sólo lo hace para aquellas expedidas por los directores de oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos.

Frente a esa norma puede concluirse: i) la certificación sólo puede expedirse por el Director de la Oficina Pública, ii) sólo puede certificar en relación con: a) la existencia de una actuación o procedimiento y b) sobre su estado.

Por contera, la “certificación” expedida por la propia entidad deudora, en relación con datos tales como: que se produjo un pago, el monto del mismo, el valor y la fecha en que se produjo, no está amparada por la presunción de autenticidad que para los documentos públicos establece el artículo 252 del C. de P. Civil, por cuanto se insiste, por tal presunción sólo está amparada la certificación expedida en los términos del numeral 2° del artículo 262 *ibidem*.

Es importante recordar que la limitación al contenido de las certificaciones, no se da exclusivamente para aquellas expedidas por directores de oficinas públicas, basta repasar el ordenamiento procesal para encontrar que en el mismo sentido el artículo 116 del C. de P. Civil, impone límites a los jueces en cuanto a la expedición de certificaciones, cuando dispone:

“Los jueces pueden expedir certificaciones sobre la existencia de procesos, la ejecutoria de la resoluciones judiciales, y sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones de que no haya constancia escrita; también en los demás casos autorizados por la ley”.

De otra parte, tampoco se observa, en este caso, que se haya solicitado la práctica de alguna prueba tendiente a demostrar el pago, diferente a los documentos antes citados por la entidad demandante.²²

En consecuencia, no se cumplió con el segundo requisito para la procedencia de la acción de repetición, esto es, la prueba del pago de la condena que le habría sido impuesta a la entidad pública en una sentencia en su contra y con base en la cual se sustentan las pretensiones del demandante en su escrito de postulación.

²² La prueba del pago puede ser incluso la confesión del acreedor beneficiario de la indemnización de haberlo recibido.

4. CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, no existen en el expediente los elementos de juicio con base en los cuales se demuestren la totalidad de los presupuestos de la acción, en particular el pago de una condena impuesta en una sentencia, de manera que permita comprobar que en el asunto litigioso que fue sometido a la jurisdicción se cumple con los requisitos que constituyen la acción de repetición, lo que conduce, en estricto derecho, a que la decisión que deba dictarse sea adversa a las pretensiones de la parte sobre la que recae la carga de la prueba, que en el *sub examine* es la entidad pública demandante.

Vale decir que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” y, en acatamiento del mismo, es menester reiterar la observancia de la carga procesal que le atañe a la entidad demandante, de probar en las acciones de repetición los requisitos configurativos de la acción, como noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.²³

Por lo tanto, como la entidad no cumplió con la carga probatoria que le era exigible, concluye la Sala que en el *sub lite* se debe revocar la sentencia apelada, es decir, la emitida por el Tribunal Administrativo del Chocó, el 27 de abril de 2000 y en su lugar negar las súplicas de la demanda, toda vez que el presente proceso se encuentra huérfano de material probatorio que demuestre el pago de la indemnización impuesta en la sentencia para la procedencia y éxito de la acción de repetición, falencia que hace innecesaria cualquier consideración sobre la existencia de dolo o culpa grave en la actuación del demandado que generó la condena en contra de la actora.

23 “La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autoresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos...”. PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, pág 242. Y, “...Frente a las partes, se afirma que la carga de la prueba es una norma de conducta para éstas porque indirectamente les señala los hechos que a cada una le interesa probar si quiere sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable...” BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, pág 147.

Finalmente, es de resaltar que la Sala no se ocupara de las excepciones propuestas por el demandado, toda vez que con la excepción oficiosa de no acreditación del respectivo pago, se enervan totalmente las pretensiones de la demanda.

5. ADMONICIÓN A LA ENTIDAD PÚBLICA DEMANDANTE

Bajo las circunstancias antes descritas, es pertinente llamar la atención en cuanto a la carga de la prueba que le corresponde a las entidades públicas de demostrar los requisitos para la prosperidad de la acción de repetición, para lo cual la Sala reitera la admonición que ha hecho en otras sentencias en los siguientes términos:

“Es del caso advertir a la entidad demandante que el derecho - deber de ejercer la acción de repetición contra los funcionarios y exfuncionarios o particulares que ejerzan funciones públicas, comporta el desarrollo efectivo de la carga de la prueba tanto al incoar la acción como durante las etapas previstas para ello dentro del proceso, con el fin de demostrar judicialmente los presupuestos objetivos (sentencia condenatoria y pago) y la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público, por la cual debe reparar al Estado las sumas que éste canceló dentro de un proceso indemnizatorio, lo que además se traduce en garantizar el derecho de defensa dentro del proceso al demandado servidor o ex servidor público o particular que ejerció función pública, de suerte que le permita presentar sus pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra para responsabilizarlo por los hechos que originaron una indemnización o el pago de una condena.

“(…)

“En esta labor, dicho sea de paso, también resulta importante la actuación e intervención del Ministerio Público bien sea promoviendo los procesos judiciales de repetición o interviniendo en los mismos, conforme a las funciones que le han sido asignadas por la Constitución Política y la ley en defensa del orden jurídico, los derechos y garantías fundamentales y el patrimonio público (No. 7 del artículo 277 de la C.P., artículo 8 de la Ley 678 de 2001 y Decreto 262 de 2000)”.²⁴

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

F A L L A:

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 31 de Agosto de 2006, Exp. 17482, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es la proferida el 27 de abril de 2000 por el Tribunal Administrativo del Chocó, y en su lugar se dispone:

PRIMERO. Niéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA