**COPIAS SIMPLES - Valor probatorio**

De acuerdo con el criterio establecido por la Sala Plena de Sección Tercera, según la cual, cuando las reproducciones informales de documentos han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, pueden ser valoradas y son idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Acción de repetición - Contabilización del término**

Para establecer la caducidad de una acción de esta naturaleza, es necesario determinar la fecha en la que la entidad demandante efectuó el pago de la suma cuyo reembolso se demanda. En ese orden de ideas, se advierte que hay dos momentos desde los cuales debe iniciarse la contabilización del término procesal para el ejercicio oportuno de la acción. El primero de ellos, lo señala el numeral 9 del artículo 136 ibídem, el cual es de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha en que se produce el pago total de lo ordenado por la sentencia judicial. El segundo momento, cuando se vencen los 18 meses previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo para que la entidad pública cumpla la obligación indemnizatoria, según lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001 que declaró exequible la expresión “contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad” del numeral 9 del artículo 136 ibídem.

**ACCIÓN DE REPETICIÓN - Sustento normativo - Finalidad**

Sobre el fondo del asunto, se debe recordar que la acción de repetición encuentra su principal sustento normativo en el segundo inciso del artículo 90 de la Constitución Política, que indica que las entidades estatales deben obtener de sus agentes el reembolso de las indemnizaciones por condenas que declaren su responsabilidad patrimonial, cuando ello se haya producido en virtud de su actuación dolosa o gravemente culposa. Sin embargo, aunque la acción de repetición se elevó a rango constitucional en virtud de dicha norma, la acción no se originó con ella, pues ya se encontraba prevista en el ordenamiento jurídico colombiano desde mucho antes.

**ACCIÓN DE REPETICIÓN - Regulación**

El legislador profirió la Ley 678 del 3 de agosto del 2001, en la cual se reguló específicamente la acción de repetición y el llamamiento en garantía de agentes estatales con fines de repetición, se concretaron los conceptos de dolo y culpa grave para efectos de determinar la responsabilidad del agente, y se establecieron algunos requisitos para la procedencia de la acción, así como elementos de procedimiento aplicables a los procesos de este tipo.

**ACCIÓN DE REPETICIÓN - Clasificación - Conducta de agentes estatales**

Respecto de la calificación de la conducta de los agentes estatales demandados como dolosa o gravemente culposa, en virtud de que los hechos ocurrieron antes de la Ley 678 del 2001, no son aplicables los conceptos y presunciones contenidos en ella para dicha calificación, por lo que la Sala debe auxiliarse con las definiciones de las normas vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos, es decir, las incluidas en el artículo 63 del Código Civil.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Anticipo - Conductas reprochables - Agentes de la administración**

La Sala advierte que, en efecto, el I.D.R.D. incumplió las obligaciones a su cargo dentro de la ejecución del contrato n.º 042 de 19990, en el que era contratista el señor Aníbal Franco Gómez, que consistieron básicamente, en la mora en el pago de las cuentas de cobro, tanto del anticipo como parciales de obra. la mora se originó desde el momento de la adjudicación del contrato -3 de mayo de 1990- y aún para la fecha de su suscripción -22 de mayo de 1990-, el instituto no contaba con el rubro presupuestal para realizar los pagos que se derivaron de aquel. (…) Por lo tanto, es del caso precisar que para las referidas fechas, ninguno de los demandados estuvo en posición de decidir o desplegar actuaciones en torno de la ejecución contractual, toda vez que en el caso del señor Hernando Alfonso Prada, se posesionó como director del I.D.R.D. el 1 de junio de 1990 y ejerció el cargo hasta el 2 de mayo de 1991 (ver supra pár. 12.7). Por su parte, el señor René Fernando Triana Ayala, asumió el cargo de director de la entidad, el 7 de mayo de 1991 (ver supra pár. 12.8) y, finalmente, el señor Germán Salcedo Díaz, fue nombrado como interventor, el 16 de julio de 1990. (…) Frente a las funciones del señor Germán Salcedo Díaz, como interventor del contrato n.º 042 de 1990, se tiene que consistían, entre otras, en controlar el buen manejo de inversión de los anticipos mediante la apertura de una cuenta corriente y las enunciadas en la resolución n.º 403A del 23 de septiembre de 1988. En concordancia con lo hasta aquí expuesto, es evidente que ninguno de los demandados, tuvo injerencia en la etapa precontractual y en el desembolso del 50% del anticipo para el inicio de la obra, que consistía en la construcción de una concha acústica. (…) Se reitera, que respecto de la calificación de la conducta de los agentes estatales demandados como dolosa o gravemente culposa, en virtud de que los hechos ocurrieron antes de la Ley 678 del 2001, no son aplicables los conceptos y presunciones contenidos en ella para dicha calificación, por lo que la Sala debe auxiliarse con las definiciones de las normas vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos, es decir, las incluidas en el artículo 63 del Código Civil. (…) se reitera que de conformidad con la sentencia proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el marco de la acción contractual, las razones para declarar el incumplimiento del contrato n.º 042 de 1990 por parte del I.D.R.D., obedecieron a que se encontró probado que la entidad “no pagó a tiempo el valor del anticipo” y “decidió, primero, prorrogar el contrato sesenta días, y luego suspender la obra por cambios en el proyecto de la concha acústica, de tal suerte que la demora en la ejecución del contrato, tuvo origen en hechos atribuidos a la contratante”

**DOLO Y CULPA GRAVE - Contenido**

Según esta norma el dolo está determinado como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, mientras que la culpa grave “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”.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D. C., cinco (5) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02467-01(39722)

Actor: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE -I.D.R.D.-

Demandado: RENÉ FERNANDO TRIANA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN (APELACIÓN SENTENCIA)

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 2 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

Mediante providencia del 10 de junio de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, profirió sentencia dentro del proceso contractual radicado 93-D-9057, en el que declaró el incumplimiento del contrato n.° 042 de 1990 y, en consecuencia, condenó al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte –IDRD-, al pago de $41 382 245. La entidad pagó la condena previo acuerdo conciliatorio, razón por la cual procedió a demandar en repetición a los funcionarios que participaron en la ejecución del referido contrato.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se demanda**

1. Mediante escrito presentado el 1 de diciembre de 2003 ante el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera, el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte –I.D.R.D.-, a través de apoderado, presentó demanda de **repetición** contra los señores Hernando Alfonso Prada Gil, René Fernando Triana Ayala y Germán Sánchez Díaz, con el fin de que se hicieran las siguientes *declaraciones y condenas* (f. 5-6 c. 1):

*1. Que se declare administrativamente responsable a los doctores HERNANDO ALFONSO PRADA GIL identificado con la c.c. n.° 79 328 670, RENÉ FERNANDO TRIANA AYALA identificado con la c.c. n.° 19 146 169, GERMÁN SALCEDO DÍAZ identificado con la c.c. n.°60 061 099, quienes son responsables de la conducta culposa que desplegaron frente a la condena de que fue objeto el IDRD al no haber dado estricto cumplimiento al pago del contrato 042/90, según fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 10 de junio de 1999, que declaró en su artículo primero el incumplimiento del contrato 042 de 1990, condenando al IDRD al pago de la suma de $41 382 945, apelada.*

*Y como consecuencia de la Conciliación adelantada ante el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –proceso 17068- que en providencia del 15 de noviembre de 2001, ordenó al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte a pagar a ANIBAL FRANCO GÓMEZ la suma de $85 000 000, por concepto de la “indemnización derivada del incumplimiento del contrato celebrado entre las partes y que alude el proceso en referencia”.*

*2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a los señores HERNANDO ALFONSO PRADA GIL identificado con la c.c. n.° 79 328 670, RENÉ FERNANDO TRIANA AYALA identificado con la c.c. n.° 19 146 169, GERMÁN SALCEDO DÍAZ identificado con la c.c. n.° 60 061 099, al pago de la suma de $85 000 000, que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, IDRD, canceló al señor ANÍBAL FRANCO GÓMEZ.*

*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 C.P.C., es decir que en ella conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible a fin de que preste mérito ejecutivo.*

*4. Los demandados darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*

*5. Se ordene en el sitio en que se encontraren los bienes de los demandados, la adopción de medidas cautelares contra los mismos, hasta el monto de la cuantía de esta demanda.*

*6. Que el monto de la condena que se profiere contra los señores HERNANDO ALFONSO PRADA GIL identificado con la c.c. n.° 79 328 670, RENÉ FERNANDO TRIANA AYALA identificado con la c.c. n.° 19 146 169, GERMÁN SALCEDO DÍAZ identificado con la c.c. n.° 60 061 099, sea actualizado hasta el pago efectivo de conformidad con lo dispuesto en artículo 178 del C.C.A.*

*7. Que se condene en costas a los demandados.*

*8. Que me sea reconocida personería para actuar como apoderado de la parte demandante en este proceso.*

1.1. En el marco de la licitación pública n.° 008 de 1990, el I.D.R.D. y el señor Aníbal Franco Gómez, suscribieron el contrato de obra n.° 042 de 1990, para la construcción de la concha acústica del parque El Salitre, por valor de $36 744 621,60. Para dicha fecha, el señor José Alfredo Molina Tovar era el director del instituto.

1.2. El 1 de junio de 1990, el señor Hernando Alfonso Prada Gil, se posesionó como director del I.D.R.D.

1.3. El señor Prada Gil, en la calidad referida de manera precedente, expidió la resolución n.° 0378 del 16 de julio de 1990, por medio de la cual nombró al señor Germán Salcedo Díaz, como interventor del contrato n.° 042 de 1990.

1.4. El 7 de mayo de 1991, el señor Fernando Triana Ayala se posesionó como director del I.D.R.D.

1.5. El señor Aníbal Franco Gómez demandó al I.D.R.D. por incumplimiento del contrato n.° 042 de 1990, alegando que no se le canceló de manera oportuna el anticipo, que el acta de iniciación se suscribió solo hasta el 4 de enero de 1991, que no se le entregaron los planos ni le definieron los precios para la ejecución del contrato y, finalmente, que la entidad no atendió los requerimientos del contratista.

1.6. Con ocasión de la demanda interpuesta por el contratista, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia de primera instancia el 10 de junio de 1999, en la que accedió a las pretensiones y condenó al I.D.R.D. al pago de $41 382 945; consideró que el instituto, incurrió en mora en el pago de las cuentas de cobro, que presentó el señor Aníbal Franco Gómez durante la ejecución del contrato.

1.7. La providencia fue objeto de apelación. En el curso de este trámite, se celebró audiencia de conciliación judicial el 15 de noviembre de 2001, en la que las partes acordaron el pago de $85 000 000, que fueron cancelados a través de cheque entregado el 6 de diciembre de 2001.

**II. Trámite procesal**

2. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda[[1]](#footnote-1), los demandados contestaron en los siguientes términos:

2.1. El señor Germán Salcedo Díaz se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las siguientes: i) *falta de legitimación en la causa,* con fundamento en que según el artículo 8 de la Ley 678 de 2001, la acción debió ejercitarse por el I.D.R.D. dentro de los 6 meses siguientes al pago, situación que no ocurrió en el caso de la referencia; ii) *caducidad de la acción* dado el vencimiento de los 6 meses para incoar la acción, por lo que el único legitimado para su presentación era el Ministerio Público sin que se hubiese ejercido esa facultad; iii) *carencia de Litis consorcio necesario* porque el legitimado en la causa es el Ministerio Público y porque no se demandó a la totalidad de personas que intervinieron en la celebración y ejecución del contrato n.° 042 de 1990; *falta de causa* respecto de él, porque en su calidad de interventor solo estaba obligado a cumplir sus funciones, las cuales ejerció de manera oportuna y por lo tanto, no tuvo injerencia en la mora que llevó a la condena contractual; v) *violación al debido proceso* en consideración a que en el acta del comité de conciliación de la entidad, no se justificó en debida forma la decisión de adelantar esta acción (f. 57-77 c.1)

2.2. El señor Hernando Alfonso Prada Gil, previo pronunciamiento de los hechos que le constaban y los que no, puso de presente que llamaba la atención que el I.D.R.D., en el trámite de la conciliación, aceptó actualizar el valor de las pretensiones de la demanda contractual, con lo que se triplicó el valor del contrato de obra. Agregó que el comité de conciliación de la entidad omitió cumplir el deber de dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamentaba el inicio de la acción de repetición y que la condena no fue por $85 000 000, sino que esa suma fue la que aceptó pagar el I.D.R.D. en el trámite de la conciliación (f.101-196 c.1).

2.2.1. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las siguientes: i) *caducidad de la acción*, bajo el entendido que del comprobante de pago, se deducía que el plazo para incoarla venció el 30 de noviembre de 2003 y como la demanda se presentó el 1 de diciembre siguiente, se configuró el referido fenómeno; ii) *pérdida de legitimación* porque pasaron más de los seis meses previstos en el artículo 8 de la Ley 678 de 2001; iii) *extralimitación de las funciones del comité interno de conciliación,* dado que no contaba con directrices institucionales para la celebración de la conciliación ante esta Corporación ni aportó la resolución por medio de lo cual se conformó aquel, ni las fichas técnicas que debieron elaborar frente a este tema, ni se tuvo en cuenta la observación del jefe de la oficina jurídica, sobre la falta de delimitación de responsabilidad respecto de cada uno de los funcionarios aquí demandados; iv) *falta de integración de Litis consorcio necesario* porque no se vinculó la totalidad de miembros de la junta directiva para la fecha en que se ejecutó el contrato n.° 042 de 1990; v) *cobro de lo no debido,* porque no existe fundamento legal para el pago del anticipo y primera cuenta de cobro, según quedó consignado en la decisión de la acción contractual ejercida por Aníbal Franco Gómez; vi) *nadie está obligado a lo imposible,* ante la situación presupuestal que encontró el señor Prada Gil en el momento en que se posesionó como director del instituto, conforme a la cual, era imposible girar la totalidad de los recursos comprometidos; vii) *ausencia de dolo y culpa*, porque no participó en la etapa precontractual y el pago de la suma final obedeció a una serie de sucesos en los que intervinieron diferentes autoridades.

2.3. El señor René Fernando Triana Ayala[[2]](#footnote-2), propuso como excepciones las de *caducidad de la acción,* con fundamento en que según el comprobante de pago, este se efectuó el 29 de noviembre de 2001 y la demanda se presentó el 1 de diciembre de 2003, cuando ya había fenecido el término para el efecto; *violación al buen nombre del demandado,* toda vez que el señor Triana se posesionó nueve meses después de adjudicado el contrato y, en consecuencia, nada tuvo que ver con las demoras que se presentaron para el inicio de la ejecución; *Litis consorcio incompleto,* ya que debió demandarse al señor José Alfredo Molina Tovar, quien era director del instituto cuando se hizo la licitación, adjudicación y suscripción del contrato n.° 042 de 1990 (f.197-206 c.1).

3. El *a quo* decretó pruebas mediante providencia del 11 de agosto de 2005 (f.208-209, 212 c.1). No obstante, con la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el proceso fue remitido a esos despachos, en donde se profirió sentencia de primera instancia el 2 de octubre de 2009 (f.292-300 c.1), la cual fue objeto de apelación, por lo que regresó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, en donde se decretó la nulidad de todo lo actuado, con la salvedad de que las pruebas practicadas conservarían su validez y se corrió traslado para **alegar de conclusión**(f. 301, 308-312, 321-323 c.1), tiempo en el que las partes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en las contestaciones (f. 324-327, 328-330, 331, 345-356 c. 1).

3.1. Por su parte, el Procurador Doce Judicial II Administrativo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, emitió concepto en el que señaló, que dado que los hechos que originaron la acción se produjeron entre 1990 y 1991, no le eran aplicables los elementos consagrados en las Leyes 446 de 1998 y 678 de 2001, razón por la que el análisis debía realizarse conforme a los artículos 90 de la Constitución Política y 77, 78 y 86 del Decreto 01 de 1984. Adujo que la entidad acreditó el pago y la sentencia que contiene la condena, sin embargo, frente a la conducta dolosa o gravemente culposa de los demandados, señaló que atendiendo a las funciones y a la época en que ejercieron los cargos, no se podía predicar aquella de los señores Germán Salcedo Díaz, en calidad de interventor del contrato n.° 042 de 1990, ni de René Fernando Triana Ayala, en calidad de director del I.D.R.D., porque su posesión acaeció con posterioridad a los hechos que dieron origen a la controversia (f.333-344 c.1).

3.1.1. Del señor Hernando Alfonso Prada Gil, manifestó que si bien había fungido como director del I.D.R.D. en la época de los hechos, la entidad no logró demostrar que actuó de forma dolosa o gravemente culposa y que del expediente se desprendía que el incumplimiento contractual devino de circunstancias administrativas de la institución.

4. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia de primera instancia** el 2 de junio de 2010, en la que resolvió denegar las pretensiones de la demanda (f.358-370 c. ppal.).

4.1. Encontró acreditada la legitimación en la causa por activa, porque si bien, entre el pago y la presentación de la demanda, habían transcurrido más de los 6 meses previstos en el parágrafo segundo del artículo 8 de la Ley 678 de 2001, esta circunstancia no hacía que el instituto perdiera la facultad de demandar a los funcionarios que presuntamente dieron origen a la condena, sino que consistía en una causal de destitución para el director de la entidad. En ese mismo sentido, consideró que los demandados estaban legitimados en la causa por pasiva, al ser los funcionarios que presuntamente dieron lugar al incumplimiento contractual que originó la condena a la demandante.

4.2. No prosperó la excepción de caducidad de la acción, toda vez que según el artículo 11 de la Ley 678 de 2001, el término es de dos años contados a partir del pago total efectuado por la entidad, que en el caso concreto, ocurrió el 6 de diciembre de 2001, y como la demanda se presentó el 1 de diciembre de 2003, no se configuró dicho fenómeno, sumado a que si se contara desde el 29 de noviembre de 2001, como lo pretendían los demandantes, tampoco habría caducidad, porque los días 29 y 30 de noviembre de 2003, fueron inhábiles.

4.3. Precisó que los aspectos procesales aplicables al caso eran los contenidos en la Ley 678 del 3 de agosto de 2001 –la demanda se presentó el 1 de diciembre de 2003- pero no en lo sustancial, porque los hechos ocurrieron entre 1990 y 1993.

4.4. Con base en las pruebas aportadas, esto es, con las copias auténticas del acta de conciliación del 15 de noviembre de 2001, en la que el contratista y el I.D.R.D. acordaron el pago de $85 000 000, como indemnización derivada del incumplimiento, y el comprobante de egreso, de cheque y los documentos que dan cuenta del trámite de las cuentas de cobro de la tesorería de la entidad, con la correspondiente imputación presupuestal, encontró acreditada la condena y el pago.

4.5. Argumentó que no estaba probado que la condena se impuso como consecuencia de la conducta de los demandados, en consideración a que los documentos obraban en copia simple y que aún si en gracia de discusión se valoraran, de aquellas no se deprendían los elementos que permitieran sostener que actuaron con culpa grave ni dolo en el ejercicio de las funciones de directores e interventor del contrato n.° 042 de 1990.

4.6. Aclaró que no operaban las presunciones de la Ley 678 de 2001, sino las nociones de dolo y culpa consagradas en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo y 63 y 2341 del Código Civil, porque los hechos ocurrieron con anterioridad a la expedición de la referida ley, de modo que se requería prueba fehaciente de su existencia, como lo había explicado la jurisprudencia.

4.7. Agregó que para establecer si hubo culpa grave o dolo, también se debían tener en cuenta los artículos 6 y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, así como la asignación de las funciones contempladas en los reglamentos o manuales correspondientes.

4.8. Concluyó que la entidad no cumplió con la carga de probar que la conducta de los demandados se enmarcó en la culpa grave o dolo, según la definición legal y jurisprudencial, de donde tampoco se observó lo establecido en los artículos 2 y 4 de la Ley 678 de 2001, sobre la función de los comités de conciliación de las entidades estatales, razones para negar las pretensiones de la demanda.

5. La decisión fue apelada y sustentada oportunamente por la parte actora (f.374-381 c. ppal.) con fundamento en lo siguiente:

5.1. Expresó su reparo respecto del hecho de que en la sentencia de primera instancia, no se valoraron unos documentos porque obraban en copia simple y, en consecuencia, se desestimaron los argumentos de la demanda, conforme a los cuales, la condena se derivó del actuar del servidor o ex servidor público. Adujo que los documentos provenían en su mayoría de la misma jurisdicción, de modo que si era del caso, el *a quo* debió subsanar la falencia, porque se trataba de una acción tendiente a proteger el patrimonio público. En ese mismo sentido, aseguró que se denegó justicia y se incurrió en violación a los principiosde *“prevalencia del derecho sustancial sobre el formal* y de *impulso procesal y oficiosidad en materia de pruebas por parte del juez”.*

5.2. Agregó que el *a quo* desconoció que los demandados sí dieron origen a la condena por su conducta omisiva frente a los compromisos contractuales que debían cumplir en virtud del contrato n.° 042 de 1990, máxime porque el dictamen pericial que fue rendido en el proceso contractual, dio cuenta de la mora en el pago de las cuentas y la entrega de los planos, por lo que no se dieron en tiempo los requisitos para el pago del anticipo y el inicio de obras.

5.3. Frente al interventor, especificó que demoró el pronunciamiento técnico que le correspondía para agilizar el reconocimiento de la actualización de precios que solicitó el contratista y el pago de las cuentas de cobro.

6. Dentro del término para **alegar de conclusión** en segunda instancia, las partes reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del proceso y en el recurso de apelación. El señor Germán Salcedo Díaz, manifestó que no se pueden valorar los elementos probatorios del proceso de condena como prueba de la presunta conducta dolosa o gravemente culposa como lo pretende el recurrente. De la misma forma, el señor Hernando Alfonso Prada Gil, alegó que no está de acuerdo con los argumentos del recurso y, en consecuencia, solicitó que se confirme la decisión (f. 388-390, 391-398, 399-400 c.ppal.).

7. Por su parte, la Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación, indicó que debían negarse las pretensiones de la demanda, en consideración a que no se cumplió con la carga de acreditar los supuestos exigidos para que prospere la acción de repetición. Indicó que los documentos con los que se esperaba acreditar el pago, no brindan certeza del mismo, porque no dan cuenta de la entrega y pago al acreedor, tampoco se allegó certificación en la que el beneficiario del cheque, indicara que el I.D.R.D. estaba a paz y salvo por la indemnización en los términos del acuerdo conciliatorio (f. 404-408 c. ppal.).

8. Mediante auto del 28 de septiembre de 2016 se aceptó el impedimento manifestado por el consejero Ramiro Pazos Guerrero y, en consecuencia, se le separó del conocimiento del presente asunto (f.420, 421 c. ppal.).

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

9. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse de un recurso de apelación presentado contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su naturaleza, debía ser iniciado en ese tribunal en primera instancia y ser conocido en esta Corporación de ser impugnado.

10. Téngase en cuenta que el artículo 7 de la Ley 678 del 2001, aplicable en los aspectos procesales al caso a resolver desde su entrada en vigencia, establece un factor de conexidad que implica que la acción de repetición debe iniciar su trámite ante el mismo tribunal o juez que hubiese expedido la sentencia condenatoria o su equivalente, el cual, claramente, es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera. Además, la naturaleza del asunto hace que el proceso tenga vocación de doble instancia sin importar su cuantía, de acuerdo a lo previsto por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998[[3]](#footnote-3).

**II. Validez de los medios de prueba**

11. En atención a las conclusiones que fueron consignadas por el *a quo* en la sentencia de primera instancia, la Sala pone de presente que si bien a esta actuación fueron allegadas copias simples de algunas piezas procesales relacionadas con: i) la demanda contractual en la que resultó condenada la parte actora, ii) la vinculación de los demandados a la entidad y iii) las actas del comité de conciliación de la institución (f. 6-18, 19-29, 30-31, 32-35, 36-48, 49-52, 53-60, 73-81, 96, 98, 97 c.2), las mismas podrán ser valoradas de acuerdo con el criterio establecido por la Sala Plena de Sección Tercera, según la cual, cuando las reproducciones informales de documentos han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, pueden ser valoradas y son idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal[[4]](#footnote-4).

11.1. En consecuencia, contrario a lo expuesto por el tribunal, en el caso bajo examen hay lugar a valorar la totalidad de los documentos allegados en el curso de la primera instancia.

**II. Hechos probados**

12. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

12.1. El señor Aníbal Franco Gómez, en calidad de contratista, presentó demanda en contra del I.D.R.D., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en la que solicitó que se declarara que el instituto incumplió el contrato n.º 042 del 22 de mayo de 1990. Se fundamentó en que no se le canceló de manera oportuna el anticipo, la consecuente demora en la suscripción del acta de inicio, el incumplimiento de la entrega de planos y la no definición de los precios para la ejecución del contrato (copia de la demanda presentada por el contratista el 12 de agosto de 1993 -f. 6-18 c.2-)

12.2. El proceso se tramitó ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se resolvió (copia de la sentencia del 10 de junio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera en el expediente n.º 93-D-9057 –f. 19-29 c. 2-):

***PRIMERO:*** *Declárase el incumplimiento del contrato 042 de 1990 por parte del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte por la mora en el pago de las cuentas de cobro.*

*En consecuencia condénase a pagar a la entidad demandada la suma de cuarenta y un millones trescientos ochenta y dos mil novecientos cuarenta y cinco peso ($41 382 945,oo).*

*La suma sin actualizar devengará unos intereses legales civiles desde la fecha de esta providencia hasta la fecha de ejecutoria de la misma.*

***SEGUNDO:*** *Deniéguense las demás súplicas de la demanda.*

***TERCERO:*** *Sin costas.*

12.3. Durante el trámite de la segunda instancia en la Sección Tercera de esta Corporación, el 15 de noviembre de 2001, se adelantó audiencia de conciliación judicial por solicitud de la Procuraduría Quinta Delegada, en la que el I.D.R.D. y Aníbal Franco Gómez llegaron a un acuerdo en el que la entidad aceptó pagar la suma de $85 000 000,oo que fue aprobado por la Sala de Decisión (copia del acta de la audiencia de conciliación, en la que se impartió la aprobación del acuerdo logrado por las partes –f. 49-52 c. 2).

12.4. En virtud de dicha providencia, el I.D.R.D. tramitó la cuenta de cobro correspondiente por valor de $85 000 000 y emitió el cheque a favor del señor Aníbal Franco Gómez, quien en constancia de su recibo, suscribió el comprobante de egreso el 6 de diciembre de 2001 (copia de la cuenta de cobro n.º 2649 del 28 de noviembre de 2001, del comprobante de cheque n.º 10853-6 del Banco Davivienda y comprobante de egreso n.º 49630 del 29 de noviembre de 2001, en donde consta que el señor Franco Gómez lo recibió el 6 de diciembre de 2001 –f. 15-18 c. 2).

12.5. El contrato 042 de 1990 se adjudicó el 3 de mayo de 1990 (acta n.º 011 del 3 de mayo de 1990, f.53-60 c.2-).

12.6. El señor Germán Salcedo Díaz fue nombrado como interventor del contrato n.° 042 de 1990, mediante resolución n.º 0378 del 16 de julio de 1990. Las funciones a su cargo estaban establecidas en la resolución n.º 403 A del 23 de septiembre de 1988 (copia de las referidas resoluciones –f. 63 y 64 c.1, 98 c.2-).

12.7. Por su parte, el señor Hernando Alfonso Prada Gil, fungió como director del I.D.R.D., entre el 1 de junio de 1990 y el 2 de mayo de 1991 (copia del acta de posesión del 1 de junio de 1990 y certificado laboral –f.96 c.2, 134-135 c.1-).

12.8. Finalmente, el señor René Fernando Triana Ayala, se posesionó como director del I.D.R.D., el 7 de mayo de 1991 (copia del acta de posesión del 1 de junio de 1990 –f.97 c.2-).

**III. Problema jurídico**

13. Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso se cumplen los requisitos para repetir económicamente en contra de los señores Hernando Alonso Prada Gil, René Fernando Triana Ayala y Germán Sánchez Díaz, con ocasión de la conciliación aprobada por la Sección Tercera de esta Corporación, el 15 de noviembre de 2001.

**IV. Análisis de la Sala**

**14. Cuestión previa**

14.1. En consideración a que los demandados propusieron como excepción la de caducidad de la acción de repetición, la Sala considera pertinente reiterar, que dicho aspecto se encuentra regulado por el Código Contencioso Administrativo en el numeral 9 del artículo 136[[5]](#footnote-5).

14.1.2. Para establecer la caducidad de una acción de esta naturaleza, es necesario determinar la fecha en la que la entidad demandante efectuó el pago de la suma cuyo reembolso se demanda. En ese orden de ideas, se advierte que hay dos momentos desde los cuales debe iniciarse la contabilización del término procesal para el ejercicio oportuno de la acción. El primero de ellos, lo señala el numeral 9 del artículo 136 *ibídem*, el cual es de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha en que se produce el pago total de lo ordenado por la sentencia judicial. El segundo momento, cuando se vencen los 18 meses previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo para que la entidad pública cumpla la obligación indemnizatoria, según lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001 que declaró exequible la expresión *“contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad”* del numeral 9 del artículo 136 *ibídem.*

14.1.3. En el caso bajo examen consta que la conciliación celebrada entre el I.D.R.D. y el señor Aníbal Franco Gómez, demandante en el proceso de controversias contractuales, que inició con ocasión del contrato n.º 042 de 1990, se aprobó el 15 de noviembre de 2001 (ver supra pár. 12.2) y en cumplimiento de lo allí acordado, la entidad tramitó la cuenta de cobro correspondiente por valor de $85 000 000, por lo que entregó el cheque a su beneficiario el 6 de diciembre de 2001 (ver supra pár. 12.2).

14.1.4. De conformidad con lo anterior, es evidente que el pago se dio previamente al vencimiento de los 18 meses contados a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la providencia –lo cual ocurriría el 20 de noviembre de 2001-, por lo cual se deberá contabilizar el término de ejecutoria desde la fecha del pago, es decir, desde el 6 de diciembre de 2001.

14.1.5. En consecuencia, el I.D.R.D. tenía plazo para presentar la respectiva demanda de repetición hasta el 7 de diciembre de 2003, de donde se desprende que al haberla ejercido el 1 de diciembre anterior, no había fenecido el término para el efecto.

14.2. Ahora bien, frente al vencimiento de los 6 meses de que trata el artículo 8 de la Ley 678 de 2001, circunstancia según la cual, el I.D.R.D. perdió la legitimación en la causa por activa para presentar la demanda de la referencia, la Sala reitera que dicha norma no tiene carácter restrictivo, esto es, contrario a lo señalado por los demandados, lo que hace es permitir al Ministerio Público y al Ministerio de Justicia y del Derecho*,* que actúen de manera subsidiaria a la entidad para el ejercicio de la acción. En efecto, el criterio expuesto por esta Subsección es el siguiente[[6]](#footnote-6):

*4.1 Los magistrados Ana Luz Escobar Lozano, Mario Fajardo Dorado y Amanda Lorza Vélez propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, toda vez que la Nación - Rama Judicial dejó vencer el término de seis meses de que trata el artículo 8 de la Ley 678 de 2001 para presentar la demanda, de donde el único autorizado para el efecto, era el Ministerio de Justicia y del Derecho.*

*4.2 Al respecto, el mencionado enunciado normativo señala:*

*“Legitimación. En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley[[7]](#footnote-7).*

*Si no se iniciare la acción de repetición en el término y por la entidad facultada que se menciona anteriormente, podrá ejercitar la acción de repetición:*

*1. El Ministerio Público.*

*2. Modificado por el art. 6, Ley 1474 de 2011. El Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional.*

***PARÁGRAFO 1º.****Cualquier persona podrá requerir a las entidades legitimadas para que instauren la acción de repetición, la decisión que se adopte se comunicará al requirente.*

***PARÁGRAFO 2º.****Si el representante legal de la entidad directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero a que se refiere este artículo no iniciare la acción en el término estipulado, estará incurso en causal de destitución.*

*4.3 Para la Sala, la norma en cita, en lugar de restringir la legitimación en la causa por activa, como lo sugiere la parte demandada, amplia los sujetos autorizados para la acción de repetición, pues advierte que pasados seis meses el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y del Derecho podrán hacer uso de este mecanismo, lo que no significa que estos últimos desplazan a las entidades directamente afectadas sino que pueden actuar en subsidio, en todo caso dentro del término de dos años contados a partir del pago efectivo de la condena.*

*Una interpretación restrictiva, como la que plantea la parte demandada, no es aceptable, pues además de alejarse de la literalidad de la norma, iría en detrimento de los fines de la acción de repetición orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, (sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo que le son inherentes) razón por la cual la excepción así formulada habrá de negarse.*

14.2.1. Con base en los mismos argumentos, se resuelve el argumento conforme al cual, en este caso no se integró en debida forma el contradictorio, porque la demanda no fue ejercida por el agente del Ministerio Público, ni hace parte del proceso, porque, se reitera, aquel actuaría de forma subsidiaria y no en reemplazo del I.D.R.D.

14.3. La Sala advierte que los demás argumentos de la defensa, son propios del juicio de responsabilidad, toda vez que si bien fueron planteados por los demandados como excepciones, en realidad controvierten de fondo los presupuestos de la demanda.

**15. Del régimen aplicable**

15.1. Sobre el fondo del asunto, se debe recordar que la acción de repetición encuentra su principal sustento normativo en el segundo inciso del artículo 90 de la Constitución Política, que indica que las entidades estatales deben obtener de sus agentes el reembolso de las indemnizaciones por condenas que declaren su responsabilidad patrimonial, cuando ello se haya producido en virtud de su actuación dolosa o gravemente culposa. Sin embargo, aunque la acción de repetición se elevó a rango constitucional en virtud de dicha norma, la acción no se originó con ella, pues ya se encontraba prevista en el ordenamiento jurídico colombiano desde mucho antes.

16. El Decreto 150 de 1976, en el que se establecieron normas relativas a la contratación con la Nación y sus entidades descentralizadas, previó la responsabilidad civil de los funcionarios por sus actuaciones, siempre que se demostrara su culpa grave o dolo, según se dispuso en sus artículos 198[[8]](#footnote-8) y 201[[9]](#footnote-9).

17. De igual forma, el Decreto 222 de 1983 incluyó disposiciones en el mismo sentido en sus artículos 290 y siguientes, exigiendo como requisito, de la misma forma que lo hiciera la norma anteriormente enunciada, la actuación dolosa o gravemente culposa de quienes se reputaran responsables.

18. Posteriormente el Código Contencioso Administrativo, adoptado a través del Decreto 01 de 1984, extendió esta responsabilidad al ámbito extracontractual en cabeza de los servidores y agentes por daños causados en el ejercicio de sus funciones y creó la acción de repetición como mecanismo judicial para hacerla efectiva al indicar en sus artículos 77 y 78:

*Art. 77.- Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.*

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

19. De la lectura de esta norma puede concluirse que para que la acción de repetición prospere en eventos como el presente es necesario acreditar: i) la conducta desplegada por el agente estatal, la cual debe ser determinante en la producción de la condena o la conciliación; ii) la existencia de una condena judicial en contra de la entidad pública, o una conciliación, en la que conste la obligación de pagar una suma de dinero; iii) el pago realizado por la entidad y iv) la calificación de la conducta del agente estatal como dolosa o gravemente culposa[[10]](#footnote-10).

20. Posteriormente el legislador profirió la Ley 678 del 3 de agosto del 2001, en la cual se reguló específicamente la acción de repetición y el llamamiento en garantía de agentes estatales con fines de repetición, se concretaron los conceptos de dolo y culpa grave para efectos de determinar la responsabilidad del agente, y se establecieron algunos requisitos para la procedencia de la acción, así como elementos de procedimiento aplicables a los procesos de este tipo.

21. Sin embargo, dado que la fecha de producción de los hechos, esto es, el desarrollo del contrato n.°042 de 1990 que originó la posterior aprobación del acuerdo conciliatorio en sede de segunda instancia, en el que se consignó la erogación presupuestal, se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678 del 2001, no podrán ser tenidos en cuenta sus aspectos sustanciales, particularmente las definiciones previstas en sus artículos 5 y 6 acerca del dolo y la culpa grave. Por ende, la conducta de los demandados deberá calificarse de acuerdo a las definiciones propias de la normatividad civil, específicamente el artículo 63 del Código Civil[[11]](#footnote-11).

22. Definido lo anterior, la Sala procede a examinar el material probatorio obrante en el proceso para determinar si se acreditó la responsabilidad endilgada a los demandados en el presente asunto.

23. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró el incumplimiento del contrato n.º 042 de 1990, con fundamento en los siguientes argumentos (f.19-29 c.2):

*(…)*

*Del acervo probatorio se observa fácilmente que el IDU (sic) incumplió los términos del contrato desde la fecha de suscripción.*

*En efecto, las partes acordaron que el pago de la obra se haría mediante un anticipo del 50% que se entregaría una vez legalizado y perfeccionado el contrato, y que el saldo se pagaría contra entrega de la obra a entera satisfacción.*

*(…)*

*A pesar de las obligaciones contractuales el IDU (sic) no pagó a tiempo el valor del anticipo, pues la cuenta de cobro se presentó el 30 de mayo de 1990 y el pago se realizó el 28 de diciembre siguiente, es decir, 7 meses después de su presentación.*

*Está probado que el IDU (sic) decidió, primero, prorrogar el contrato sesenta días, y luego suspender la obra por cambios en el proyecto de la concha acústica, de tal suerte que la demora en la ejecución del contrato, tuvo origen en hechos atribuidos a la contratante.*

*Esta es la razón por la cual la entidad deberá responder a los perjuicios que con su incumplimiento hubiere causado al demandante, ordenando para ello que las cuentas de obra, deberán cancelarse con reajuste de precios, pues uno es el costo de una obra ofertada en abril de 1990 para ejecutarla en tres meses y otro el que la ejecución se prorrogue por más de 12 meses, dado que ésta solo se recibió en el mes de agosto de 1991.*

*Para efectos de hacer la liquidación a los posibles perjuicios, la Sala ordenará el pago de los reajustes de precios de cada una de las cuentas de cobro, tomando como índice inicial la fecha de la propuesta, abril de 1990, y el final, la fecha en que efectivamente se realizó el pago.*

*(…)*

*Sin embargo no se ordenará reajuste del valor del anticipo, por cuanto este no constituye un pago anticipado de la obligación a cargo del contratante, sino que es una financiación que otorga la entidad para que el contratista inicie las obras, es decir, es una ayuda económica que proporciona el dueño de la obra al constructor.*

*(…)*

24. Por su parte, la Sección Tercera de esta Corporación, aprobó el acuerdo al que llegaron las partes el 15 de noviembre de 2001 y, en consecuencia, la entidad desembolsó y entregó el pago correspondiente (ver supra pár. 12.3 y 12.4.), con lo que se encuentra acreditado el primero de los presupuestos de la repetición.

25. La Sala advierte que, en efecto, el I.D.R.D. incumplió las obligaciones a su cargo dentro de la ejecución del contrato n.º 042 de 19990, en el que era contratista el señor Aníbal Franco Gómez, que consistieron básicamente, en la mora en el pago de las cuentas de cobro, tanto del anticipo como parciales de obra.

26. No obstante, la mora se originó desde el momento de la adjudicación del contrato -3 de mayo de 1990- y aún para la fecha de su suscripción -22 de mayo de 1990-, el instituto no contaba con el rubro presupuestal para realizar los pagos que se derivaron de aquel. En efecto, consta en el expediente que para el 3 de mayo de 1990, en el acta n.º 011 de 1990, se dejó constancia de la adjudicación de la licitación pública n.º 008/90 –construcción concha acústica- y de que el “*auditor expresa que se expidió la disponibilidad presupuestal n.º 468 del 28 de febrero para la construcción de la concha acústica, la cual se encuentra vencida, por lo que se hace necesario volver a expedir otra por la misma suma, es decir por $49 millones”.*

27. Por lo tanto, es del caso precisar que para las referidas fechas, ninguno de los demandados estuvo en posición de decidir o desplegar actuaciones en torno de la ejecución contractual, toda vez que en el caso del señor Hernando Alfonso Prada, se posesionó como director del I.D.R.D. el 1 de junio de 1990 y ejerció el cargo hasta el 2 de mayo de 1991 (ver supra pár. 12.7). Por su parte, el señor René Fernando Triana Ayala, asumió el cargo de director de la entidad, el 7 de mayo de 1991 (ver supra pár. 12.8) y, finalmente, el señor Germán Salcedo Díaz, fue nombrado como interventor, el 16 de julio de 1990 (ver supra pár. 12.6).

28. Frente a las funciones del señor Germán Salcedo Díaz, como interventor del contrato n.º 042 de 1990, se tiene que consistían, entre otras, en controlar el buen manejo de inversión de los anticipos mediante la apertura de una cuenta corriente y las enunciadas en la resolución n.º 403A del 23 de septiembre de 1988. Dentro de aquellas, las relacionadas con el pago son las enlistadas en el literal g) y k) (f. 98 c.2 y 63 y 64 c.1):

*(…)*

*g) Rechazar o no aceptar para el pago, la totalidad o parte de la obra ejecutada por el contratista, que no cumpla con los planos y especificaciones técnicas, o si en su construcción no se emplearon materiales o procedimientos adecuados.*

*(…)*

*k) Elaborar y suscribir en el momento oportuno, las actas que sean necesarias durante el desarrollo y liquidación de los contratos.*

*(…)*

29. En concordancia con lo hasta aquí expuesto, es evidente que ninguno de los demandados, tuvo injerencia en la etapa precontractual y en el desembolso del 50% del anticipo para el inicio de la obra, que consistía en la construcción de una concha acústica.

30. Como sustento de tal afirmación, la señora Lorenza Mejía Florián, quien fungió como subdirectora administrativa del I.D.R.D. desde 1990 a 1996, indicó en su testimonio que coincidió con la época en que Hernando Alfonso Prada Gil, estuvo como director del mismo instituto, explicó que cuando presentaron la cuenta de cobro referente al anticipo del contrato n.º 042, en mayo [de 1990], por la adjudicación de la concha acústica, no existía el dinero para sufragarla, en consideración a que todo el presupuesto ya estaba comprometido en gran parte, porque lo entregaban por doceavas partes y el orden de pago era cronológico, según el orden en que se presentaban las cuentas, razón por la cual, aquella fue cancelada en diciembre cuando tuvieron fondos para el efecto. La testigo explicó que era ella quien autorizaba los pagos, sin embargo, no hizo parte de la adjudicación (f.176-178 c.2).

31. Por su parte, el señor Carlos Gustavo Gómez Romero, quien se desempeñó como jefe de la oficina de Planeación desde julio de 1990 hasta julio de 1992, también coincidió con el señor Prada Gil mientras fue director del instituto, manifestó de igual forma, que el presupuesto de la entidad era girado por doceavas partes, esto es, no contaban con ingresos propios sino con los entregados por la administración distrital y que cuando ingresó, el presupuesto de inversión estaba altamente comprometido. Puso de presente que el contrato n.º 042 de 1990, fue adjudicado en el último mes de la administración anterior a la del señor Prada Gil. Agregó que la cuenta de cobro del anticipo del referido contrato, se canceló en diciembre cuando se tuvieron fondos, que antes de esa fecha resultó imposible (f.178-180 c.2).

32. Se reitera, que respecto de la calificación de la conducta de los agentes estatales demandados como dolosa o gravemente culposa, en virtud de que los hechos ocurrieron antes de la Ley 678 del 2001, no son aplicables los conceptos y presunciones contenidos en ella para dicha calificación, por lo que la Sala debe auxiliarse con las definiciones de las normas vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos, es decir, las incluidas en el artículo 63 del Código Civil.

33. Según esta norma el dolo está determinado como *“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”*, mientras que la culpa grave “*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”.*

34. Por lo tanto, la parte demandante debía probar que la condena derivada del proceso que se adelantó en ejercicio de la acción de controversias contractuales, fue producto de la intención positiva de los señores Hernando Alfonso Prada, René Fernando Triana Ayala y Germán Salcedo Díaz -evento en el que se configuraría una conducta dolosa-, o de un ostensible e injustificado descuido de su parte -conducta gravemente culposa-.

35. En ese sentido, se reitera que de conformidad con la sentencia proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el marco de la acción contractual, las razones para declarar el incumplimiento del contrato n.º 042 de 1990 por parte del I.D.R.D., obedecieron a que se encontró probado que la entidad “*no pagó a tiempo el valor del anticipo”* y“*decidió, primero, prorrogar el contrato sesenta días, y luego suspender la obra por cambios en el proyecto de la concha acústica, de tal suerte que la demora en la ejecución del contrato, tuvo origen en hechos atribuidos a la contratante”* (ver supra pár. 23).

36. No obstante, como se explicó en líneas precedentes, si bien los demandados estuvieron vinculados con la ejecución del contrato n.º 042 de 1990, la entidad no aportó material probatorio que permita afirmar que alguno de ellos actuó con dolo o culpa grave, esto es, no se acreditó en el proceso que sus actuaciones u omisiones tuvieron injerencia en la mora en el pago del anticipo o las cuentas de cobro parcial, ni en la prórroga y posterior suspensión *por cambios en el proyecto de la concha acústica.*

37. Debe recordarse que conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar los hechos planteados y en el presente caso, la parte actora omitió su deber de aportar las pruebas que permitieran establecer una actuación dolosa o gravemente culposa de los demandados. En efecto, no existen elementos conforme a los cuales, se pueda establecer que los demandados dejaron de tramitar las cuentas de cobro presentadas por el contratista, que propiciaran los cambios en el proyecto que llevaron a la suspensión de la obra o que desconocieran la apropiación presupuestal dirigida a la financiación del contrato, como lo concluyó el juez del contrato para declarar su incumplimiento.

38. Se reitera que ninguno de los demandados, tuvo injerencia en la etapa precontractual y en el desembolso del 50% del anticipo para el inicio de la obra, sumado a que no existen elementos que permitan asegurar que los hechos que generaron el referido incumplimiento contractual, devinieron de la omisión de las funciones que les fueron asignadas en virtud del contrato, máxime si se tiene en cuenta, que la condena se originó, básicamente, por las falencias en la planeación, de la que no hicieron parte los señores Hernando Alfonso Prada, René Fernando Triana Ayala y Germán Salcedo Díaz.

39. Finalmente, sin desconocer que la entidad aseguró, de manera extemporánea en su recurso de apelación, que el interventor se demoró en el pronunciamiento técnico que le correspondía, para agilizar el reconocimiento de la actualización de precios que solicitó el contratista y el pago de las cuentas de cobro, tampoco está acreditada tal circunstancia, de modo que no se predica de su parte dolo o culpa grave por esas razones.

40. En otros términos, la sentencia por medio de la cual se condenó a la entidad por el incumplimiento contractual y el auto por medio del cual se aprobó el acuerdo al que llegaron las partes en la conciliación judicial solicitada por el Ministerio Público en el curso de la segunda instancia, dan cuenta de la mora en el pago de las cuentas generadas en la ejecución del contrato y el ánimo de la entidad de cumplir con la condena impuesta. No obstante, esa circunstancia por sí sola no determina que los directores del instituto durante esa época, ni el interventor, incurrieron en actuaciones dolosas o culposas, de modo que no se cumple con el último requisito necesario para acceder a las pretensiones de repetición. Por lo tanto, se confirmará la decisión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones aquí expuestas.

**VI. Costas**

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

**FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia del 2 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

###### CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala de la Subsección**

**(Impedido)**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. El auto admisorio de la demanda se profirió por el Tribunal el 11 de marzo de 2004 (f.37-38 c.1). Con auto de la misma fecha, se abstuvo de decretar las medidas cautelares solicitadas en la demanda (f.39-40 c.1). [↑](#footnote-ref-1)
2. La Sala pone de presente que fue representado por curador *ad litem* (f.94). [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 21 de abril del 2009, expediente 25000-23-26-000-2001-02061-01(IJ), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Artículo 136. Caducidad de las acciones: // (…) // 9. La de repetición al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad. // (…)* [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, providencia del 31 de mayo de 2016, expediente 35022, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-6)
7. [12] *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-338 de 2006, por los cargos examinados.* [↑](#footnote-ref-7)
8. *“Artículo 198.- Cuando dentro del proceso en que hubiese sido demandada únicamente la entidad contratante, apareciere clara la responsabilidad de un funcionario o ex funcionario, de oficio o a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, se ordenará su comparecencia y se fallará conforme a lo que resultare probado”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. *“Artículo 201.- La responsabilidad a que se refieren los artículos anteriores, se deducirá exclusivamente en los casos de culpa grave o dolo.”* [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 25 de marzo de 2010, expediente 36489, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; 22 de julio del 2009, expediente 25659, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 10 de junio del 2009, expediente 19487, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-10)
11. “*Art. 63.- 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 levísimo 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”.* [↑](#footnote-ref-11)