

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

Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 19 de octubre de 2022

Radicación número: 41001-23-33-000-2017-00257-01 (65762)
Actor: Municipio de Neiva
Demandado: Herederos indeterminados de Gustavo Penagos Perdomo
Referencia: Acción de repetición – Ley 1437 de 2011-

Temas: ACCIÓN DE REPETICIÓN -Presupuestos -demanda contra herederos- falta de legitimación pasiva en la causa.

Síntesis del caso: Se demanda a los herederos del señor Gustavo Penagos Perdomo, quien falleció el 8 de febrero de 1999. El municipio considera que, en su calidad de alcalde, él obró con culpa grave en los hechos ocurridos en 1997 relativos a la clausura de dos plazas de mercado y su posterior reubicación. Por esos hechos se le impuso al municipio una condena patrimonial en el año 2014.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la Sentencia de 14 de noviembre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Huila, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

La Sala tiene **competencia** para estudiar este asunto por tratarse de un recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia proferida por un Tribunal Administrativo, de conformidad con el artículo 150 y 152.6 del CPACA.

Contenido: 1. Antecedentes; 2. Consideraciones; 3. Decisión.

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante; 1.2. Posición de la parte demandada; 1.3. Sentencia de primera instancia; 1.4. Recurso de apelación.

1.1 Posición de la parte demandante

1. El 5 de junio de 2017, el Municipio de Neiva, interpuso **acción de repetición**¹ contra “los herederos indeterminados” del señor Gustavo Penagos Perdomo. Fueron sus pretensiones (se transcribe):

"PRIMERA: Que se declare a los demandados responsables de los perjuicios derivados de la condena proferida por el Honorable Tribunal Administrativo del Huila y Consejo de Estado, en consecuencia se condene a los HEREDEROS INDETERMINADOS del doctor GUSTAVO PENAGOS PERDOMO (Q.D.P.), como sujetos pasivos de la acción de repetición instaurada por el Municipio de Neiva a
REINTEGRAR AL MUNICIPIO DE NEIVA el valor pagado como consecuencia del cumplimiento de la condena proferida por el Honorable Tribunal Administrativo del Huila y modificada por el Honorable Consejo de Estado, en acción de reparación directa radica (sic) bajo el número 4100012331003-1999-0637-00 (F. 179 t 43), instaurada por Ramiro Abella Plaza y otros, en consecuencia se declare que el exservidor público GUSTAVO PENAGOS PERDOMO (Q.D.P), quien se identificó con la

¹ Folios 1 a 45 del cuaderno 1.

responsable por la condena impuesta al Municipio de Neiva, al declararse administrativamente al Municipio de Neiva responsable por el daño antijurídico sufrido por los demandantes, mediante providencia adiada noviembre 21 de 2003 emanada del Tribunal Administrativo del Huila, contra la decisión se interpuso el recurso de apelación, sentencia confirmada por el Honorable Consejo de Estado en sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección C, de fecha 12 de noviembre de 2014, dentro del proceso en acción de reparación directa, instaurada por el señor Ramiro Abella y otros radicación 410012331000199900637-01 (27578) resolviendo (...)

SEGUNDA: Consecuencialmente a lo anterior, se condene a los HEREDEROS INDETERMINADOS DEL DOCTOR GUSTAVO PENAGOS PERDOMO (Q.D.P) quien se identificó con la cédula de ciudadanía No. 12.125.329 expedida en Neiva (Huila), quien se desempeñó como alcalde de la ciudad de Neiva entre el primero de julio al 31 de diciembre del año 1997, terminando el periodo constitucional 1995 a 1997, a resarcir al Municipio de Neiva a los demandantes en la acción de reparación directa instaurada por Ramiro Abella Plaza y otros, radicación 4100123310001999- 0063700 (F. 179. T 43) cuyo valor ascendió a la suma de TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MLLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 3.277.674.667,44) Mcte., más la indexación correspondiente o intereses respectivos a la fecha de reintegro del valor del dinero reclamado.

TERCERA: Que se declare patrimonialmente responsable al doctor GUSTAVO PENAGOS PERDOMO (Q.D.P) por haber incurrido en culpa grave, en cuanto su conducta dio lugar a la condena impuesta al municipio de Neiva, el hecho de demoler las plazas de mercado sin adelantar el procedimiento establecido quebranta el derecho de defensa, la actuación se realiza con violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, al omitir las formas sustanciales en las actuaciones desplegadas, violación manifiesta e inexcusable del debido proceso, sumado a lo anterior el Honorable Consejo de Estado pudo constatar que con la demolición de las plazas de mercado el Municipio de Neiva con su actuación lesionó la buena fe, confianza legítima y venire contra factum proprium, dignidad humana e igualdad de una población en estado de vulnerabilidad en razón a su condición económica se encontraba en estado de vulnerabilidad y, finalmente, vulneró la libertad económica de los demandantes, en cuanto a que estos se desempeñaban como pequeños comerciantes y ejercían una actividad económica libre. (...)

CUARTO: Se condene a los demandados al pago de intereses moratorios, de no presentarse el pago, una vez se ordene por su Despacho.

QUINTO: Se condene en costas a los demandados"

2. Los hechos que fundamentan las pretensiones se resumen así:

3. 1) El señor Ramiro Abella Plaza y otros, en ejercicio de la acción de reparación directa, demandaron al Municipio de Neiva por las múltiples fallas del servicio, ocurridas en el año 1997, relacionadas con el deber de control y vigilancia que conllevaron al cierre arbitrario y definitivo de las Plazas de Mercado Central y Satélite de Neiva (Huila) y la reubicación indebida y apresurada a la nueva plaza de mercado Central Minorista Mercaneiva.

4. 2) Mediante Sentencia de 21 de noviembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Huila accedió a las pretensiones. Esa decisión fue confirmada por el Consejo de Estado el 12 de noviembre de 2014.

5. 3) El Municipio de Neiva con el fin de dar cumplimiento a la condena, pagó la suma de \$ 3.276.192.191,44.

6. Respecto de la configuración del elemento subjetivo por parte del demandado, indicó "las actuaciones del señor Ex alcalde Gustavo Penagos Perdomo (Q.P.D) se enmarcan dentro de la culpa grave. Conforme a [sus] funciones, quebrantó el artículo 315 numeral 1 de la Carta Superior (...), Ley 137 de 1994 artículo 91, Decretos 1333 de 1989 artículo 1 a 68, presentándose incumplimiento grave de las funciones a su cargo.

Igualmente, se deduce que la actuación fue consciente y voluntaria (...) debido a que la central de mercado, había manifestado que los usuarios de la plazas de mercado debían cumplir las normas sanitarias exigidas, la central Minorista de Mercado Mercaneiva no estaba terminada” Sin embargo, el ex alcalde “resolvió lesionar los intereses del conglomerado que tenía puestos en las plazas de mercado de cuya actividad provenía el sustento para ellos y sus familias, decidiendo empeorar sus condiciones económicas, dejándolos sin sitio adecuado para desarrollar la actividad de venta de productos de mercado”.

1.2 Posición de la parte demandada

7. Los demandados contestaron a través de *curador ad litem*², quien indicó que se atenía a lo probado en el proceso.

1.3 Sentencia de primera instancia

8. En Sentencia de 14 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Huila³ se negaron las pretensiones de la demanda. Si bien se acreditaron los elementos objetivos, no se probó la culpa grave del señor Gustavo Penagos Perdomo. En síntesis, adujo que, aunque la decisión de reparación directa que condenó al municipio, lo hizo con fundamento en una falla del servicio, dado que no aplicaban las presunciones, no podía adoptarse la decisión de repetición con base en esa sentencia. Agregó que no fueron trasladadas la totalidad de pruebas de ese proceso.

9. Finalmente, argumentó que, con las pruebas que se aportaron, no era posible dar por acreditada la culpa grave del entonces alcalde; aseguró que la clausura de la Plaza de Mercado Satélite del Norte y Plaza Central, y el traslado apresurado a la Plaza Minorista Mercaneiva “*no solo fue responsabilidad exclusiva del señor alcalde de la época sino de toda la administración municipal de los ingenieros de la obra y los contratistas de la construcción de tales edificaciones, quien afirmaron y le certificaron al señor*

² Folios 800 a 801 del Cuaderno No. 4

³ Folios 1050 a 1066 del Cuaderno del Consejo de Estado.

alcalde, según aparece en el Informe de Visita Especial practicada el 26 de diciembre de 1997, que los trabajos podían continuarse desarrollando aún estando los inquilinos en dicho centro de mercadeo, situación puesta en conocimiento de los afectados y quienes solo pidieron que se les colocaran unas carpas; es decir, estaban al tanto de lo que sucedía con las obras y las condiciones en las que encontraba la nueva plaza de mercado”.

1.4. Recurso de apelación y trámite relevante en segunda instancia

10. La parte demandante⁴ apeló el fallo de primera instancia. Señaló que, con las pruebas aportadas, especialmente con la Sentencia que resolvió la reparación directa en segunda instancia se probó que el demandado obró con culpa grave. Afirmó que quedó probado que el entonces alcalde conocía que las obras de la plaza de mercado Mercaneiva no estaban terminadas. Sin embargo, realizó de manera arbitraria y apresurada los cierres de la Plaza de Mercado Central y Satélite Norte. Adicionalmente, consignó en los actos administrativos que esa medida era transitoria y las personas “ *fueron llevadas en volquetas a las instalaciones de Mercaneiva*”, las cuales estaban sin terminar. Prueba de ello es que el 18

de noviembre de 1997, mediante oficio 623 el personero municipal, *“solicita al señor alcalde, mediante el cual da traslado del oficio remitido por los inquilinos de la plaza central de mercado, mediante el cual solicita: Suspender cualquier licencia de desalojo de la plaza central de mercado hasta tanto sea construido ensu totalidad y puesta al servicio la Central Minorista Mercaneiva Mercasur, conforme al Acuerdo 011 de 1997”*. Con lo expuesto, pidió que se revocara la sentencia de primera instancia, dado que sí se probó la culpa grave conla que obró el entonces alcalde de Huila.

11. La parte demandante insistió en sus argumentos en los alegatos de conclusión⁵. La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

12. El Ministerio Público rindió concepto⁶ en el que solicitó *“se acceda a las pretensiones de la parte demandante, solo en lo que concierte a la condena pagada a favor de los inquilinos desalojados de la Plaza de mercado Central de Neiva, mas no respecto de lo que se pagó la condena por pertenecer a la Plaza de mercado Satélite del Norte”*. Lo anterior, porque los inquilinos de la Plaza de mercado Satélite del Norte, no fueron desalojados sino hasta marzo de 1998, cuando el señor Gustavo Penagos yano era alcalde y además ya había fallecido.

⁴ Folios 1072 a 1095 del Cuaderno del Consejo de Estado.

⁵ Índice 11 Samai

⁶ Índice 12 Samai

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Exposición del litigio y decisiones que se adoptarán; 2.2. Elementos objetivos 2.. El elemento subjetivo; 2.4 Costas.

2.1. Exposición del litigio y decisiones que se adoptarán

13. La Sala no se pronunciará de fondo en el presente asunto por considerar que no se cumple un presupuesto procesal, esto es, la legitimación pasiva en la causa de los herederos indeterminados que fueron demandados porel Municipio de Neiva.

14. La acción de repetición ha sido definida legalmente como una acción civil de carácter patrimonial⁷, en la medida en que, en principio, solo busca recuperar lo pagado por parte del Estado con ocasión de una conducta dolosa o gravemente culposa cometida por un agente estatal, por lo que, la Corte Constitucional⁸ excluyó del ejercicio de la acción una función sancionatoria⁹.

15. También la Corte Constitucional, mediante Sentencia de Unificación SU- 354 de 26 de agosto 2020, reiteró, entre otras, la función *resarcitoria* de la acción de repetición, en razón a que busca que el responsable del daño asuma el valor de la indemnización.

16. Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en atención justamente a la función resarcitoria y, en esa medida, del carácter patrimonial de la acción de repetición, ha considerado que es posible repetir en contra de los herederos del agente o ex agente estatal aunque

este hubiera fallecido para el momento de presentación de la demanda¹⁰. Lo anterior, de acuerdo con el artículo 2343 del Código Civil según el cual “*es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos*”. Ahora, si el agente fallecía en el curso de proceso, se tenía en cuenta el trámite de la sucesión procesal previsto en el artículo 60 del CPC, cuyo texto fue reiterado en el artículo 68 del CGP.

17. Sin embargo, recientemente, diferentes Subsecciones de la Sección Tercera de esta Corporación han desarrollado argumentos tendientes a limitar la repetición en contra de los herederos de los ex agentes del Estado

⁷ Artículo 2 de la Ley 678 de 2021.

⁸ C-484/02 (se transcribe): “Cabe destacar que la Corte tiene ya por sentado que esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado no es de carácter sancionatorio, sino reparatorio, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia C-309 de 2000, en la cual a propósito de la responsabilidad fiscal de aquellos, se expresó que: “...esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria”, lo cual resulta igualmente predicable en relación con la acción de reembolso que consagra el artículo 90 de la Constitución para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes”.

⁹ Si bien, los anteriores pronunciamientos fueron proferidos con ocasión de la Ley 678 de 2001 y que esta en términos sustantivos no resulta aplicable al caso concreto debido a que los hechos ocurrieron antes de su expedición; son características que ha revestido a la acción de repetición desde su consagración en el artículo 78 del Decreto 1 de 1984, por lo que, la Sala estima que deben ser tenidas en cuenta.

¹⁰ Así lo había considerado esta Subsección en Sentencias de 9 de marzo de 2020, radicado 25000-23-26-000-2003-02017-01(47521) y de 3 de agosto de 2020 radicado, 54001-23-31-000-2003-01087-01(53700). La Subsección “A” a través de Sentencia de 6 de noviembre de 2020, radicado 85001-23-31-000-2003-00194-01(59482). Y la Subsección “C” mediante Sentencia de 15 de diciembre de 2017, radicado 41001-23-31-000-2009-00077-01(53768).

debido a las dificultades que se advierten al dirigir el proceso contra ellos. Tales argumentos han centrado su análisis en la liquidación de la herencia, en la extinción de la acción por la muerte del presunto responsable y en la dificultad para analizar el fundamento subjetivo de la responsabilidad cuando se demanda a los herederos del agente o ex agente del Estado.

18. Frente a la liquidación de la herencia, esta Subsección consideró que, no era procedente repetir contra los herederos en aquellos casos en que la sucesión del agente que falleció hubiera sido liquidada antes de que se presentara la demanda de repetición¹¹. En esta decisión, se fijó un límite y dejó claro que, si para el momento de interponerse la demanda de repetición, ya se ha liquidado el patrimonio de la masa sucesoral no resultaba procedente la interposición de la acción de repetición contra los herederos del causante.

19. En relación con la extinción de la acción de repetición por muerte del presunto responsable, vale destacar que, en un pronunciamiento reciente, uno de los magistrados de la Subsección A de la Sección Tercera salvó voto, porque estimaba que no era procedente ejercer la acción de repetición contra los herederos del agente si este hubiera fallecido antes de la presentación de la demanda, dada su naturaleza declarativa y personal. Frente a la naturaleza declarativa, se argumentó que, previo a la declaración, ningún derecho u obligación existía entre las partes, de manera que, con la muerte del presunto responsable, tal acción se extinguía. Frente a la naturaleza personal se argumentó que la acción de repetición comprende un juicio de responsabilidad sobre un comportamiento doloso o gravemente culposo. En este salvamento, también se aludió a que la defensa de los herederos resultaba imposible y extemporánea¹².

20. Respecto a la dificultad para analizar el fundamento subjetivo de la

responsabilidad cuando se demanda a herederos, a través de Sentencia de 13 de agosto de 2021, la Subsección A declaró la falta de legitimación pasiva en la causa de los herederos del agente estatal por considerar que el ejercicio de la repetición implicaba “un juicio de responsabilidad de naturaleza personal y subjetiva respecto de quien con su comportamiento (doloso o gravemente culposo) causó un presunto daño al Estado,

¹¹ “Liquidado el patrimonio sucesoral, los adjudicatarios de los bienes del causante tienen la condición de propietarios de los bienes que les han sido adjudicados; son propietarios por haberlos adquirido mediante el modo de sucesión por causa de muerte¹¹ y no pueden ser demandados como herederos del causante, cuyo patrimonio quedó liquidado en el proceso de sucesión”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de mayo de 2020, 25000-23-26-000-2009-00160-01 (45417).

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Rad. 64.790 sentencia de 10 de septiembre de 2020. “Bajo la circunstancia anotada, el suscrito Magistrado [José Roberto SÁCHICA] cuestiona que se haya demandado a los herederos del exservidor público ya fallecido, en ejercicio de la acción de repetición, a sabiendas que dicho medio control entrañaba un juicio de responsabilidad de naturaleza personal respecto de quien con su comportamiento (doloso o gravemente culposo) causó un presunto daño al Estado, representado en la condena que éste debió pagar una determinada condena. Así, pretender hacer responsables a sus herederos, no solo por la carga patrimonial que ello implicaba, sino por la imposible y extemporánea defensa de las acciones y omisiones personales imputadas a quien ya ha fallecido, resultaba todo un despropósito, merecedor de la condena en costas y agencias en derecho deprecada, ante la temeridad de la acción así propuesta, frente a la cual el interés público está ausente o por lo menos es carente de todo sentido”.

representado en la condena que éste debió pagar¹³” que no podía recaer sobre los herederos.

21. Expuesto lo anterior, la Sala señala que, aunque comparte que la vinculación de los herederos a la acción de repetición comporta dificultades, para el ponente¹⁴ lo que motiva la decisión de declarar la falta de legitimación pasiva en la causa, es considerar que cuando se demanda, de manera directa, a los herederos indeterminados sin que el agente estatal despliegue su defensa para refutar el elemento subjetivo, la defensa se queda en el plano formal (vinculación de una parte demandada, por regla general, a través de curador ad litem, quien “contesta” la demanda). Ello, por supuesto, porque para el ejercicio efectivo del derecho de defensa resulta indispensable comprender qué hacía el agente, qué debió hacer y, así concluir, si lo hizo de manera adecuada o no, información con la que no cuentan los herederos.

22. En el caso concreto, el ex agente estatal falleció el 8 de febrero de 1999¹⁵, es decir, incluso, antes de que se impusiera la condena al Estado en reparación directa (que se confirmó el 12 de noviembre de 2014) y antes de que se presentara la demanda de repetición (que se presentó el 5 de junio de 2017), esto es, casi 18 años después de su muerte. Luego, continuar la demanda contra los herederos vulneraría de forma insuperable el derecho de defensa.

23. Para defenderse de la culpa grave o el dolo, resulta necesario, por ejemplo, *conocer la función desarrollada por el agente*, toda vez que, solo a partir de saber cuál era la función y qué acciones implicaban obrar con cuidado, diligencia o cumplir el “deber ser”, así como desempeñar el cargo en consonancia con el ordenamiento jurídico, se podría determinar si actuó con dolo o con culpa grave. Además, aunque no se desconoce que el ordenamiento jurídico prevé la existencia de manuales de funciones y, en general, la ley señala determinadas funciones que deben desempeñar, especialmente, los servidores públicos, no resulta válido pensar que, de la revisión de estas funciones se podría verificar o tener certeza de cuál era la labor a desarrollar, en vista de que puede tratarse de una función técnica y específica, o delegada que ni siquiera hubiera reposado, por ejemplo, en un manual. Adicionalmente, no se puede desconocer que, por regla

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 13 de agosto de 2021, radicado: 05001-23-31- 000-2011-01583-01 (53008). En esta oportunidad se indicó: *"En este aspecto la Sala, basada en el texto constitucional (art 90), adopta el criterio según el cual el fundamento de la responsabilidad que se persigue con la acción de repetición, es de índole subjetivo (se requiere determinar el elemento volitivo de culpa grave o dolo) y no objetivo (en el que la obligación de repetición se soporta solo en el daño), por lo que no procede tal acción contra los herederos, en tanto resulta imposible adelantar un juicio de imputación para determinar el elemento volitivo del daño frente al servidor o ex servidor público que ya falleció"*.

¹⁴ En este punto, debe tenerse en cuenta que la Sala mayoritaria de esta subsección estima que, en estos casos, debe declararse la falta de legitimación pasiva en la causa. Sin embargo, para el ponente el motivo lo constituye que no se garantiza una defensa real y efectiva de los herederos (caso concreto y antecedente Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 54001-23-31-000-2007-00149-0101 (52710) noviembre 18 de 2021). Para otro magistrado, también de esta subsección, porque no es posible hacer un reproche de la conducta a los herederos para calificar el elemento subjetivo (Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 68001-23-33-000-2013-00573-01 (60454). Junio 10 de 2022). Sin embargo, el resultado a partir de esas premisas, es la falta de legitimación pasiva en la causa.

¹⁵ De acuerdo con el registro civil de defunción visible a folio 51 del Cuaderno No. 1

general, la función que se desarrolla es personal e intransferible lo que complica que los herederos pudieran estructurar una defensa real y efectiva.

24. *Conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar* sobre las particularidades que conllevaron al agente a adoptar la decisión por la que se repetiría, por ejemplo, directrices dadas por la Administración en el momento de los hechos. Es decir, si en todo caso, se conociera la función, ello no necesariamente implica comprender porque se adoptó una u otra decisión, dado que existen circunstancias de contexto que la determinan. Incluso, en este punto, se desataca que la Corte Constitucional, sin señalar que la repetición no proceda directamente contra herederos (análisis que, hasta el momento, no ha efectuado esa Corporación), sí ha reconocido *"la necesidad de tener en cuenta aspectos propios de la gestión administrativa, así como las particularidades de cada caso"*¹⁶ para analizar el elemento subjetivo. No obstante, los herederos, por razones evidentes de prestación propia del servicio, no podrían dar cuenta de los aspectos propios de la gestión administrativa del ex agente del Estado, así como tampoco de las circunstancias de tiempo, modo y lugar porque no las conocieron y tendrían dificultades para, en virtud de este proceso de repetición, acceder a ellas.

25. *Acceder a las pruebas para defenderse*, pues solo a partir de aquí se puede consolidar una defensa real. Sin embargo, para los herederos la falta de intermediación a las mismas por lo ajenos a la función desarrollada por el agente, sumado al paso del tiempo entre el momento en que ocurrió el daño antijurídico y la interposición de la demanda de repetición, obstaculiza el ejercicio pleno del derecho de contradicción y defensa.

26. Los anteriores constituyen algunos elementos necesarios para lograr una defensa real, efectiva y material (no formal) que, a juicio de la Sala, cuando se involucra herederos, no se estructuran de manera correcta.

27. Ahora bien, es importante mostrar que no se ha olvidado que se está en ante un acción de tipo patrimonial, sin embargo, no se puede obviar que, en aquellos procesos de responsabilidad patrimonial que, por su naturaleza, son transmisibles en virtud del artículo 2343 del Código Civil, no se requiere que la conducta sea calificada, esto es, dolosa o gravemente culposa ni que previamente exista una declaratoria de responsabilidad, contrario a lo que sucede en el juicio de repetición, pues la existencia de la condena al Estado y de una conducta dolosa o gravemente culposa sí determinan su procedencia. De ahí, que en esos procesos no resulte necesario efectuar este análisis que sí necesita la repetición para concluir si hay o no responsabilidad patrimonial.

28. En el caso concreto, debe destacarse que, incluso, la entidad

demandante a pesar de tener cercanía a los medios probatorios y de tener

¹⁶ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación. 259 de 2021

la carga de la prueba¹⁷, no aportó al proceso de repetición el expediente de reparación directa completo que diera cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron origen a la condena en contra del Estado y mucho menos que demostraran que la conducta del agente fue dolosa o gravemente culposa, de tal suerte que, para la Sala, se configura una vulneración insuperable de su derecho de defensa.

29. Entender entonces que, a pesar de esas dificultades, ellos estén legitimados (en forma pasiva) para soportar este juicio que busca declarar una responsabilidad patrimonial contraría el ordenamiento constitucional razón que impone la declaratoria de oficio de falta de legitimación pasiva en la causa y, en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda por estas razones.

2.4. Condena en costas

30. El artículo 188 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone: "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En ese orden, el artículo 365 del Código General del Proceso aplicable al presente proceso consagra que se condenará en costas "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación...".

31. La condena en costas es procedente porque la entidad demandante fue la parte vencida en el proceso. Sin embargo, la Sala considera que no existen elementos que permitan fijar una suma por concepto de agencias en derecho a favor de los demandados porque no comparecieron al proceso¹⁸. En todo caso, de existir costas en virtud de expensas y gastos sufragados durante el proceso, se procederán a liquidar por Secretaría en el caso de que se hubieren causado.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de 14 de noviembre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Huila y, en su lugar:

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la falta de legitimación de los herederos de Gustavo Penagos Perdomo.

¹⁷ Debido a que el régimen jurídico aplicable se determina por los hechos que dieron lugar a la imposición de la condena, en este caso no se podían aplicar las presunciones legales de la Ley 678 de 2001, porque los hechos ocurrieron con anterioridad a su vigencia.

¹⁸ El demandado estuvo representado por curador *ad litem*.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDÉNASE en costas a la parte actora, las cuales serán liquidadas por el tribunal de origen en el caso de que se hubieren causado.

QUINTO: ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Firmado electrónicamente

FREDY IBARRA

MARTÍNEZ

SALVA VOTO

Firmado electrónicamente

ALBERTO MONTAÑA PLATA