

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO DE LA CONTESTACION Y LAS
EXCEPCIONES ART 175 C.P.A.C.A**

SGC

HORA: 8:00 a.m.

MARTES DOCE (12) DE ENERO DE 2016

M.PONENTE: JOSE ASCENSION FERNANDEZ OSORIO
RADICACION: 000-2014-00278-00
MEDIO DE CONTROL REPETICION
DEMANDANTE: GOBERNACION DE BOLIVAR
DEMANDADO: JUACO BERRIO VILLAREAL

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a las partes de la Contestación de demanda presentada el día 09-11 de 2015, por el señor apoderado del Señor JOACO BERRIO VILLAREAL visible a folio 123 del Cuaderno No. 1

EMPIEZA EL TRASLADO: MIERCOLES 13 DE ENERO DE 2016, A LAS 8:00 A.M.


LEANDRO ENRIQUE BUSTILLO SIERRA
Oficial Mayor

VENCE EL TRASLADO: VIERNES 15 DE ENERO DE 2016, A LAS 5:00 P.M.

LEANDRO ENRIQUE BUSTILLO SIERRA
Oficial Mayor

HORA: 8:00 a.m.

MIERCOLES DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2015

*Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718*

Cartagena de Indias D. T y C. 9 de Noviembre de 2015.

Señores Magistrados

H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR –Oralidad-

Magistrado Ponente: Dr. **JOSE FERNANDEZ OSORIO.**

Ciudad

Ref.: Exp. 13001-23-33-000-2014-00278-00
Medio de Control: REPETICIÓN. (Art 142 CPACA)
Demandante: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.
Demandado: JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL

Señor Magistrado Ponente:

WILSON TONCEL GAVIRIA, mayor de edad y de este domicilio, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, con oficina en la calle San Juan de Dios No. 3-121 en la ciudad de Cartagena de Indias, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.145.953 y portador de la tarjeta profesional de abogado No. 18.857, actuando como apoderado especial del Sr. **JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL**, varón, mayor de edad y vecino de Cartagena, un residencia en la Urbanización Barcelona de Indias casa E 3 Kilometro 10 Zona Norte, identificado con la cédula de ciudadanía No 9.094.681, encontrándome dentro de la oportunidad procesal para el efecto, por medio del presente escrito me permito darle **NOTICAR** **A LA DEMANDA** de la referencia, en los siguientes términos:

1

I. TEMPORALIDAD DEL ESCRITO:

El auto admisorio de la demanda fue proferido el 17 de Octubre de 2014 y notificado personalmente al demandante el 24 de Septiembre de 2015, por lo tanto hoy 9 de Noviembre de 2015, me encuentro dentro del término de los treinta (30) indicados en el Art. 175 del CPACA en armonía con el Art. 172 ibidem, para contestar la demanda.

II. A LAS PRETENSIONES:

1. Me opongo rotundamente a que se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de soporte y fundamento legal, pues con el acto administrativo expedido por mi mandante en su condición de Gobernador del Departamento de Bolívar no se violó norma constitucional, NI LEGAL superior alguna, además de haber obrado de buena fe y en

consecuencia, en la sentencia con la cual termine el proceso, se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

2. En contrario que se condene en costas a la entidad demandante.

III. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

HECHO PRIMERO: Me atengo a lo probado en el proceso.

HECHO SEGUNDO: No me consta cual era el salario que devengaba el actor. Me atengo a lo que sea probado en el proceso.

HECHO TERCERO: Es cierto acepto que el señor **ALVARO DE JESUS MATSON CARBALLO** fue declarado insubsistente del cargo que ejercía en el Departamento de Bolívar mediante Decreto 51 expedido el 22 de enero de 2008 por el Sr. Gobernador de Bolívar que a la sazón era **JOACO BERRIO VILLARREAL**.

HECHOS CUARTO, QUINTO Y SEXTO: Es cierto que (i) el Sr. **ALVARO DE JESUS MATSON CARBALLO** solicitó la nulidad del acto que declaró su insubsistencia. (ii) el juzgado del conocimiento fue el 10 Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual profirió sentencia de primer grado el 26 de Octubre de 2009 en la cual ordenó la nulidad del decreto 51 expedido el 22 de enero de 2008 que ordenó la insubsistencia del actor y dispuso los restablecimientos consecuenciales; (iii) El Tribunal Administrativo de Bolívar por sentencia de 10 de Marzo de 2011 confirmó la decisión de primer grado. **AGREGO:** No obstante lo anterior, el **DEPARTAMENTO** demandado y ahora demandante no asumió la defensa en debida forma de la legalidad del decreto 51 expedido el 22 de enero de 2008, de haberlo hecho probablemente y en derecho no debía decretarse la nulidad del citado acto, pues no insistió ante los jueces de instancia que el entonces actor ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción el cual no requería de motivación alguna.

2

HECHOS SEPTIMO y OCTAVO: No son hechos, son transcripciones de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento que promovió el sr. **ALVARO DE JESUS MATSON CARBALLO**, contra la hoy demandante, en las que básicamente se indica que tanto el juez de origen, como el Tribunal Administrativo, cada uno en sus

providencias, señalan que el acto de insubsistencia carece de motivación, y por tanto es contrario a derecho dado que el personal de carrera requiere de causales y procedimientos legales para su retiro del servicio.

HECHO NOVENO y DECIMO: No son ciertos, atiende a meras apreciaciones subjetivas de la apoderada de la entidad demandante, que en todo caso son falsas pues mi mandante, además de haber obrado de buena fe, no actuó contrariando el ordenamiento superior al expedir el Decreto 51 de 22 de enero de 2008, y mucho menos de dicho actuar se puede desprender que exista lugar a la procedencia de la acción de repetición pues como adelante ampliare, para ello se requiere la concurrencia de varios requisitos, entre ellos que se pruebe que el funcionario público actuó con dolo o culpa grave, cuestión que no se encuentra configurada en el caso concreto, pues el acto se expidió teniendo en cuenta la normatividad vigente para la época según la cual el acto que declara la insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivado.

HECHO DECIMO PRIMERO: No es un hecho es una apreciación del actor y transcripción de parte del Art. 305 Constitucional.

HECHO DECIMO SEGUNDO: No me consta que al señor **ALVARO DE JESUS MATSON CARBALLO** le hayan pagado el valor de las sentencias a su favor. Ello deberá demostrarse en debida forma.

3

IV. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA DE REPETICION:

La esencia de la demanda del **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR** la encontramos planteada en los hechos Noveno y Décimo, donde se afirma que **JOACO BERRIO BILLARREAL**, como Gobernador del Bolívar, al expedir el decreto 51 el 22 de enero de 2008 violó el ordenamiento jurídico, por carecer de motivación el acto de insubsistencia, los motivos no están incluidos en el citado acto, y ello es el "hecho dañoso", dice que la falta de motivación violó los artículos 41 y 57 de la ley 909 y la jurisprudencia, generando el reconocimiento de salarios demás prestaciones sociales dejadas de percibir por el entonces actor desde las declaratoria de insubsistencia hasta reintegro efectivo.

Por último, al desarrollar el concepto de violación manifiesta que se encuentran acreditados los elementos que permiten imputar responsabilidad a un servidor por

vía de repetición: actuar con dolo o culpa; que la actuación fuente de condena sea de un servidor público; la existencia de la condena; que se haya acreditado el pago de la condena, un perjuicio. Señalando específicamente que en el presente caso se configura la causal establecida en el numeral 1 del artículo 6 de la ley 678 de 2001 *"la violación directa e inexcusable de las normas de derecho"*

V. FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS DE LA DEFENSA:

De acuerdo a los supuestos facticos sobre los cuales se sustenta la acción de repetición, tenemos que la situación se concreta en lo siguiente:

1. Que siendo mi mandante, **JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL**, Gobernador del **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**, expidió el decreto 51 de 22 de enero de 2008 por el cual declaró insubsistente en el cargo de asesor código 105 grado 02 asignado al despacho del Gobernador – coordinador del fondo territorial de pensiones, sin motivar el citado acto.
2. En razón a ello, - falta de motivación expresa- dentro del término de caducidad (enero a mayo de 2008) el destinatario del acto de insubsistencia, solicitó su nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el juzgado del conocimiento 10 Administrativo del Circuito de Cartagena profirió sentencia en la cual ordenó la nulidad del acto de insubsistencia y dispuso los restablecimientos consecuenciales, sentencia confirmada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, aduciendo en este caso que efectivamente el entonces demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, y que no obstante ser así el mismo no había perdido sus derechos como empleado de carrera administrativa adquiridos desde su inscripción como tal desde julio de 1998 como jefe de la unidad de control interno disciplinario-secretaria general, en virtud de haber sido incorporado en dicho cargo por decisión unilateral de la administración, por lo que en consecuencia el acto debió ser motivado.
3. Que en virtud de dichos fallos, el Departamento pagó al señor **ALVARO DE JESUS MATSON CARBALLO**, los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde su declaratoria de insubsistencia hasta su reintegro, lo que generó un detrimento patrimonial para la entidad demandante.

De conformidad con lo anterior, esta defensa sostiene que en el presente caso y según la situación fáctica expuesta no se configuran los elementos necesarios para la prosperidad de la acción de repetición, por lo que las pretensiones solicitadas no están llamadas a prosperar, de acuerdo con las siguientes:

A. EXCEPCIONES:

- FALTA DE ACREDITACIÓN DE TODOS LOS REQUISITOS DE LEY PARA LA PROSPERIDAD DE LA PRETENSION DE REPETICION

La antigua Acción de Repetición hoy Medio de Control, prevista embrionariamente y sin dientes en el art. 77 del CCA¹ -1984- fue ubicada a la sazón por la jurisprudencia como acción de reparación directa, hoy se desprende del artículo 90 de la Constitución Nacional, denominación de reparación directa retomada por la ley 446 de 1998 que modificó el art. 86 del CCA, luego desarrollada de manera elemental en la ley 678 de 2001 como acción civil de carácter patrimonial² y definida hoy en el art. 142 de la ley 1437 del 2011 como Medio de Control de Repetición.

5

Su finalidad es garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella, por ello dota al Estado de un medio judicial que le permita recuperar de los servidores del Estado o de quien ejerza función pública, cuando hayan actuado con dolo o culpa grave en ejercicio de su función lo que el Estado haya cancelado por consecuencia de ese indebido proceder.

En efecto el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Nacional establece la fuente del medio de Control de repetición, así:

¹ Art. 77 CCA. "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".

² Art. 2º ley 678 de 2001: "Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial."

(...)

“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**”. (Resaltado mío y fue lo que no verificó el Departamento de Bolívar en el Comité de Conciliación que ordenó promover el proceso contra mi mandante)

El art. 142 de la ley 1437 de 2011 CPACA define así ese medio de control judicial:

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

(...)

Quando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño”.

6

De las normas originales y actuales, constitucionales y legales, fluyen los elementos concurrentes y necesarios que deben ser acreditados en juicio para que se pueda declarar condena por repetición a quien ejerza función pública, presupuestos recapitulados por el Consejo de Estado³ y son los siguientes:

1. Calidad del Agente del Estado y su conducta determinante en la condena:

La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 24 de julio de 2013. Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00125-01(46162)

2. La existencia de una condena judicial⁴ o fuente que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado:

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto⁵.

3. Acreditar el pago efectivo realizado por el Estado:

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente⁶ suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.

4. La cualificación de la conducta del agente como dolosa o gravemente culposa:

La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables.

En rigor y conforme a la jurisprudencia que he citado son estos cuatro (4) los requisitos necesarios que de manera concurrente deben deben acreditarse para que se pueda acceder judicialmente a una condena por repetición contra un servidor o contra quien ejerza función pública: (i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena; (ii) La existencia de una condena

⁴ La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente.

⁵ Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327.

⁶ El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil dispone que en los eventos en que se trate de probar el pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito será apreciado como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias especiales en que tuvo lugar el mismo, haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión, situación que no es común debido a la prudencia y diligencia que todas las personas acostumbran observar en sus relaciones jurídicas.

judicial o cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado; (iii) El pago efectivo realizado por el Estado; (iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa, sea, hay tres (3) presupuestos objetivos, los primeros y uno subjetivo, la conducta dolosa o gravemente culposa del agente.

En el caso en estudio no hay forma para que la demandante pruebe que hayan operado simultáneamente todos los requisitos exigidos por la ley para que se pueda condenar a mi mandante. Veamos:

1. Desde la contestación de la demanda **SE ACEPTA** que **JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL** tenía la calidad de Agente del Estado y fue él quien expidió el acto de insubsistencia. Este requisito está relevado de prueba, no es materia de discusión.
2. No se discute la existencia de una condena judicial. **SE ACEPTA**. Este requisito tampoco es materia de debate judicial. Sin embargo se insiste en que para al momento de la declaratoria de insubsistencia el sr. **ALVARO DE JESUS MATSON CARBALLO** se encontraba ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, y había perdido sus derechos de carrera al aceptarlo dicho nombramiento por lo que al no ser empleado de carrera el acto mediante el cual se declaró su insubsistencia no debió ser motivado, tesis que no fue defendida cabalmente por el DEPARTAMENTO dentro del proceso de nulidad y restablecimiento.
3. El pago efectivo realizado por el **DEPARTAMENTO DE BOLIVAR** debe probarse en debida forma para aceptar este requisito.
4. **INEXISTENCIA DE DOLO O CULPA GRAVE** en la conducta de **JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL** al expedir decreto 51 expedido el 22 de enero de 2008 por el cual declaró insubsistente del cargo que ejercía el señor **ALVARO MATSON CARBALLO**. Tampoco se acepta el supuesto actuar gravemente culposo que se le achaca en la demanda, por el contrario, su conducta fue de buena fe y no violó norma jurídica alguna. Debe probarse en debida forma la estructuración de este requisito.

Es posible destacar además que en la demanda jamás se analizan las razones que sustenta la calificación de la conducta del demandado como una culpa grave, pues la demandante solo se limitó a enunciar que con la expedición del decreto 51 de 22 de enero de 2008 se violó directamente la ley sin expresar las razones de su dicho, de las cuales se pueda tener por probada la configuración de dicho elemento para la procedencia de la acción de repetición.

- FALTA DE CULPA GRAVE EN LA CONDUCTA DEL DEMANDADO

Tal como se expresó al inicio, en la demanda se sostiene que con la expedición del decreto 51 de 22 de enero de 2008, el cual fue declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el hoy demandado incurrió en la conducta descrita como culpa grave en el numeral 1 del artículo 6 de la ley 678 de 2001, es decir violación directa e inexcusable de las normas de derecho.

Frente al tema de la culpa grave el Consejo de Estado ha manifestado que el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

9

Asimismo ha sostenido que es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley.

Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.⁷

En el caso concreto resulta fácil demostrar que la conducta de **BERRIO VILLARREAL** no fue dolosa ni culposa, en ningún grado, ni siquiera hubo culpa levísima, leve y mucho menos grave, pues se insiste, i) al momento de la

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C
Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384)

expedición del Decreto 51 de 22 de enero de 2008, el sr. Matson Carballo, se encontraba ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción por lo que según lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 41 de la ley 909 de 2004, la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado; ii) tal como lo conceptuó la Comisión Nacional del Servicio Civil en el año 2007 oficio que fue aportado a al proceso de nulidad y restablecimiento referido, por el Departamento de Bolívar, según lo señalado en el artículo 133 del Decreto 1572 de 1998, el sr. Matson Carballo, perdió los derechos de carrera administrativa que adquirió al ser incluido en el registro de carrera el 29 de julio de 1998 como jefe de unidad código 3005 grado 03 de control interno disciplinario – secretaria general, cuando acepto el nombramiento en libre nombramiento y remoción en el cargo de Asesor de la Comisión de servicio civil código 110 grado 01 para Octubre de 1998, por lo que en su desvinculación no debía recibir trato de empleado de carrera administrativa, por lo que el acto de declaratoria de insubsistencia no debía ser motivado; y iii) el **DEPARTAMENTO** demandado y ahora demandante, no asumió la defensa en debida forma de la legalidad del decreto 51 expedido el 22 de enero de 2008, pues de haberlo hecho probablemente y en derecho no debía decretarse la nulidad del citado acto, pues aunque no es motivo de discusión ante esta sede judicial, no existe duda ni ayer ni hoy, que el acto que declara la insubsistencia de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivado, mas cuando dentro de dicho trámite se probó con creces, que al momento de la desvinculación del sr. **MATSON CARBALLO**, este se encontraba ocupando un cargo de dicha naturaleza.

10

De acuerdo a lo anterior, y actuando de buena fe bajo las premisas antes expuesta y con la firme creencia de estar actuando bajo el sustento de las normas jurídicas imperantes para la fecha de expedición del acto, el hoy demandado suscribió dicho decreto en uso de sus facultades constitucionales y legales, accionar que de ninguna manera constituye una actuación intencionada encaminada a violentar derechos laborales del entonces desvinculado sr. **MATSON CARBALLO**, y que de concluirse lo contrario, la omisión de motivar el acto, en el caso concreto no es de tal entidad que pueda concluirse que se actuó de mala fe y con la firme intención de transgredir el ordenamiento jurídico, en la expedición del mismo.

Cabe anotar que el Consejo de Estado ha sostenido que la ley 678 de 2001 en sus artículos 5 y 6, contiene las definiciones de dolo y culpa grave, y es con aquellas definiciones que se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición.

El citado artículo 6º define como gravemente culposa la conducta del agente del *"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"*. La misma se presume, entre otras causas, cuando hay **"Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho"**.

Según la norma citada se requiere que con el comportamiento del agente se viole en forma directa o se desconozca explícitamente una norma jurídica, para que entonces sí se pueda calificar como gravemente culposa la conducta del agente, pero eso no fue lo que ocurrió en nuestro caso, donde **JOACO BERRIO NO DEJO DE APLICAR NORMA ALGUNA**, sino contrario a ello y de conformidad con lo dispuesto en las normas sobre retiro de la función pública y pérdida de los derechos de carrera administrativa suscribe el acto de declaratoria de insubsistencia sin motivarlo pues el cargo ocupado en ese momento por el sr. Matson era de libre nombramiento y remoción y es la misma ley la que dispone expresamente que la facultad de retiro en este caso es discrecional y no requiere motivación. Ahora cosa distinta pudiéramos afirmar, si el acto declarado nulo lo hubiere sido por una falsa motivación o por una equivocada calificación de los motivos frente a los cuales podríamos pensar en la existencia de una culpa grave o hasta un dolo en el actuar del funcionario público, que no es nuestro caso.

11

Sumado a lo anterior, y teniendo en cuenta que se trataba de un empleo de libre nombramiento y remoción, cuya declaratoria de insubsistencia es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, al expedirse el acto se actuó con la certeza de que el mismo era ajustado al ordenamiento jurídico, sin que sea posible demostrar lo contrario en el sentido de pensarse que se actuó bajo la intención burda y grosera de transgredir el ordenamiento jurídico y en consecuencia generar la violación de los derechos laborales del entonces accionante.

Por lo que de conformidad con lo anterior, resulta pertinente preguntarse si ¿puede calificarse de dolosa o gravemente culposa la actuación de quien obra

aplicando las normas vigentes para el caso concreto, más si se tienen en cuenta que las normas regulan situaciones abstractas de cuya aplicación concreta pueden surgir criterios de interpretación distintos en cada persona pudiendo incurrirse en errores?; es evidente que no, pues para la configuración en el caso concreto de una violación directa e inexcusable del ordenamiento jurídico, se requiere precisamente que el error sea de abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones u omisiones por parte del funcionario público no puede configurar dicha causal.

Frente a lo anterior resulta pertinente finalmente citar lo expresado por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del numeral 1 del artículo 6 de la ley 678 de 2001, que reza:

“Pese a lo abstruso de los argumentos del demandante, esta Corte encuentra que la inclusión del término inexcusable en las disposiciones atacadas es razonable e identifica, precisamente, el tipo de error que permite catalogar la culpa como grave.

Como lo dice la Corte Suprema de Justicia, no cualquier error tiene la potencialidad de comprometer la responsabilidad del agente estatal: sólo aquel que por sus dimensiones no pudo haber sido cometido sino mediante total o crasa negligencia del sujeto que emite el acto, podría ser juzgado con esa calificación. En este sentido, es cierto que si el error no es inexcusable, no existe responsabilidad patrimonial por parte del agente del Estado. No obstante, como se vio, esto no debilita los alcances del artículo 90 de la Constitución, porque al Estado lo ata, no la culpa del agente, sino la antijuridicidad del daño.

12

Por similares razones, el calificativo de “manifiesto” tampoco resulta atentatorio del artículo 90 de la Carta. Si se siguen los mismos criterios expuestos en relación con el numeral último del artículo 5º de la Ley 678, se entenderá que la manifestabilidad es requisito del concepto de culpa grave, ya que no cualquier error, en este caso uno poco evidente, recóndito o nimio, podría ser constitutivo de aquel tipo especial de culpa. Como se dijo en aquel otro contexto, si el error no es manifiesto sino que procede del normal desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, la culpa por él engendrada no tendría por qué ser catalogada como grave.

El numeral 1º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001 será declarado exequible, con fundamento exclusivo en los cargos aquí analizados.”⁸

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-455/02. Referencia: expediente D-3826. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

VI. CONCLUSIÓN:

De acuerdo a las consideraciones anteriores es posible concluir que en el presente caso con se encuentran configurados todos los elementos para la prosperidad de acción de repetición, que además de ello no es posible calificar con la expedición del decreto 51 de 22 de enero de 2008, por parte del sr. **JOACO BERRIO**, tal conducta como constitutiva de culpa grave y mucho menos de violación directa e inexcusable de las normas del ordenamiento jurídico, pues reitero la declaratoria de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción no debe ser motivada y en el caso concreto el accionante en ese entonces ya había perdido los derecho de carrera desde el año 1998 al aceptar un cargo de libre nombramiento y remoción según lo establecido en la ley 443 de 1998 que regía para esa época y sus decretos reglamentarios.

VII. PRUEBAS Y ANEXOS:

A. DOCUMENTALES:

Al presente escrito anexo, los siguientes documentos para que se tengan como prueba:

13

1. Poder para actuar anexo al expediente

OFICIOS:

Solicito se oficie a la secretaria de talento humano de la Gobernación de Bolívar con el fin que certifique si para el año 2008 fecha en que se expidió el decreto 51 de 1998 el empleo de Asesor Código 105 grado 2 asignado al Despacho del Gobernador era o no de libre nombramiento y remoción.

B. TESTIMONIALES:

Solicito se decrete el testimonio del sr. **RAMIRO NAVARRO**, mayor de edad con domicilio y residencia en la ciudad de Cartagena, quien fungía como jefe de personal en la Gobernación de Bolívar para la época de expedición del Decreto 51 de 22 de enero de 2008, con el fin de que deponga sobre los hechos manifestados al contestar la demanda en especial sobre las circunstancias bajo las cuales se declaró la insubsistencia del sr. Álvaro Matson Carballo en la Gobernación de

Bolívar y a quien presentare ante su despacho en el día y la hora que usted señale, quien en todo caso puede ser citado en mi dirección de oficina, ubicada en el Centro, Calle San Juan de Dios No. 3-121

VIII. NOTIFICACIONES:

Mi mandante y el suscrito como su apoderado recibimos notificaciones electrónicas en mi mail wilsonj45@hotmail.com, o en mi dirección de oficina, ubicada en el Centro, Calle San Juan de Dios No. 3-121, teléfono 315-7317015 en esta ciudad.

De los Señores Magistrados, con el respeto acostumbrado,



WILSON TONCEL GAVIRIA

SECRETARIA TRIBUNAL ADM

TIPO: CONTESTACION DE DEMANDA

REMITENTE: EDWING BERRIO PIZZA

DESTINATARIO: JOSE A. FERNANDEZ OSORIO

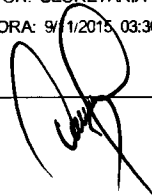
CONSECUTIVO: 20151124029

No. FOLIOS: 15 — No. CUADERNOS: 0

RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM

FECHA Y HORA: 9/11/2015, 03:30:50 PM

FIRMA:



Cartagena de Indias D. T y C. Octubre 22 de 2014

Señores Magistrados
H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR –Oralidad-
Magistrada Ponente: Dr. Dr. **JOSE FERNANDEZ OSORIO**
Ciudad

Ref: Exp 13001-23-33-000-2014-00278-00

Medio de Control: **REPETICIÓN.** (Art 142 CPACA)
Demandante: **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**
Demandado: **JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL**

Señor Magistrado Ponente:

JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL, varón, mayor de edad y vecino de Cartagena, identificado con la cédula de ciudadanía No 9.094.681 expedida en Cartagena, con todo respeto manifiesto que mediante el presente escrito otorgo poder especial, amplio y suficiente al doctor **WILSON TONCEL GAVIRIA**, abogado titulado, inscrito y en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.145.953 y Tarjeta Profesional de Abogado No. 18.857, quien tiene su oficina en esta misma ciudad de Cartagena, en la Calle San Juan de Dios No. 3-121, para que en mi nombre y representación se haga parte dentro del proceso ordinario promovido por el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, en uso del medio de control de **REPETICION** previsto en el Art 142 del CPACA en mi contra, para que defienda mis derechos oponiéndose a la pretensiones dinerarias que plantea.

Confiero al Dr. **WILSON TONCEL GAVIRIA** todas las facultades que emanan del artículo 70 del C. de P.C. en especial, contestar la demanda, excepcionar, solicitar pruebas, recurrir y en general hacer uso de todas las potestades procesales para defender mis derechos, como también podrá sustituir y reasumir el mandato.

Agradezco al H. Magistrado Ponente reconocerle personería a mi abogado, dentro de los términos y para los efectos de este mandato.

Del Señor Magistrado Ponente, con todo respeto,


JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL

Acepto el Poder

WILSON TONCEL GAVIRIA

**Notaría Segunda del Círculo de Cartagena
Diligencia de Presentacion Personal**

Ante la suscrita Notaria Segunda del Círculo de Cartagena
fue presentado personalmente este documento por:

JOACO BERRIO VILLARREAL

Identificado con C.C. **9094681**

Cartagena:2014-10-23 10:17

amiranda



1901399212

Para verificar sus datos de autenticacion ingrese a la página
Web www.notaria2cartagena.com en el link <EN LINEA>
ingrese el número abajo del codigo de barras.

