

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Tunja, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**DEMANDANTE: ESE SANTIAGO DE TUNJA**  
**DEMANDADO: LUZ PATRICIA SANCHEZ ROJAS**  
**RADICACIÓN: 150013333011201500106-00**  
**MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN**

**ASUNTO A RESOLVER:**

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

**I. ANTECEDENTES:**

**1.1. La demanda y la tesis del demandante (fl. 2-9 y 222 vto.):**

La Empresa Social del Estado Santiago de Tunja, a través de apoderado judicial, presentó demanda de repetición, prevista en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, en contra de la ciudadana Luz Patricia Sánchez Rojas, solicitando que se declare la responsabilidad de la demandada por haber actuado culposamente durante el ejercicio de sus funciones como Gerente de la ESE Santiago de Tunja al declarar insubsistente un nombramiento en provisionalidad.

A título de restablecimiento de derecho, reclamó el reconocimiento y pago de la suma de ciento cincuenta y cinco millones quinientos diez mil setecientos veintinueve pesos m/cte. (\$155.510.729), de conformidad con los comprobantes de egresos y cheques girados que se aportan. Adicionalmente, solicita el reconocimiento de intereses comerciales, se indexe la condena y se condene en costas a la demandada.

Adujo que tiene el derecho y el deber de repetir en forma íntegra por las sumas de dinero que tuvo que cancelar a Andrea del Pilar Abello Bolívar con ocasión de la condena impuesta, como quiera que la demandada obró de manera gravemente culposa en los hechos ventilados en el proceso ordinario con radicado No. 2008-0189-01, en razón a que actuó por fuera del marco legal, constitucional y con extralimitación de sus funciones, conducta que conllevó a que se configurara la causal de nulidad de los actos administrativos de falsa motivación del acto que dio por terminado un nombramiento en provisionalidad.

### **1.2. Contestación y tesis de la demandada (fl.140-159 y 222 vto.):**

La demandada se opuso a las pretensiones, por considerar que: **i)** como representante legal, para la época de los hechos de la E.S.E. Santiago de Tunja, estaba plenamente facultada para disponer la terminación de un nombramiento en provisionalidad pues contaba con funciones para nombrar y remover a los subalternos de la entidad que dirigía; **ii)** ajustó sus actuaciones a las normas y leyes establecidas para el efecto, específicamente a lo establecido en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, dejando constancia de la terminación de la provisionalidad de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar en la hoja de vida, retiro que estaba fundamentado en la necesidad de mejoramiento del servicio público prestado y además que actuó conforme a la jurisprudencia aplicable al caso que permitía el retiro de una servidora en provisionalidad sin motivar la causa del retiro dentro del acto administrativo de insubsistencia; **iii)** que el pago de la condena impuesta a la entidad le resulta atribuible a está, como quiera que no existe prueba alguna que acredite que el comité de conciliación, en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante una eventual condena hubiese presentado formula conciliatoria dentro de las oportunidades legales previstas dentro del trámite de primera y segunda instancia para evitar los efectos dañinos del acto, tampoco que se hubieran efectuado los descuentos de la sumas que por concepto de salarios y prestaciones de un empleo público hubiese recibido la demandante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de pago; **iv)** que no se prueba la configuración de alguna de las hipótesis señaladas en el art. 6 de la Ley 678 de 2001, pues la jurisprudencia ha señalado que no basta referirse a un simple error o la enunciación de una supuesta culpa o dolo para endilgar responsabilidad, es necesario comprobar la gravedad de la falta y **v)** que no se puede presumir la conducta gravemente culposa de la ex –servidora, en razón a que los argumentos empleados por las instancias judiciales para declarar la nulidad del acto demandado fue la falta de motivación del acto de retiro del servicio y no la falsa motivación que aduce la entidad que demanda en repetición.

Propuso las excepciones que denominó: **i)** improcedencia de la acción porque la entidad demandante no acreditó los elementos necesarios y concurrentes para la declaratoria de repetición pretendida, **ii)** inexistencia de responsabilidad de Luz Patricia Sánchez Rojas, al encontrarse plenamente desvirtuada la conducta dañina que se le pretende atribuir y **iii)** cobro de lo no debido.

### **1.3. Alegatos de conclusión:**

Corrido el traslado para alegar (fl. 342 s), la entidad demandante guardó silencio y las demás partes se pronunciaron en los siguientes términos:

**1.3.1. La parte demandada (fl. 348 - 361),** dentro del término concedido reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Citó algunos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá para referirse a la necesidad de probar la conducta del agente, adujo que si bien en el presente caso se encuentran enunciados los presupuestos objetivos de la acción de repetición, también lo es, que no se encuentra probado el elemento subjetivo o sea la conducta dolosa o gravemente culposa de la demandada al momento de proferir los actos administrativos que produjeron la desvinculación de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar, pues simplemente se arrió al proceso copia del fallo condenatorio y de los eventuales pagos que tuvo que hacer la entidad sin probar la conducta que se le endilga a la ex-servidora.

Expresó que la actuación desplegada por la demandada estuvo acorde con los preceptos legales vigentes para el momento de los hechos -2007, no obstante la situación varió con el transcurso del tiempo cuando de forma retroactiva y extensiva la jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que debía existir una motivación en el acto administrativo de la causa de la desvinculación y no solo la anotación en la hoja de vida como ocurrió, por lo que considera que no se puede decir que hubo dolo cuando la actuación no se dirigió a causar un perjuicio o un agravio personal respecto del funcionario desvinculado sino por el contrario fue una decisión para mejoramiento del servicio y tan solo existió en su momento como indicó el juzgador una falta en el procedimiento al no consignarse la motivación.

Señaló que tampoco puede endilgarse culpa grave al momento de emitirse el acto administrativo pues insiste en que la actuación desplegada fue acorde con los preceptos legales vigentes para la época de los hechos, tanto así que en el curso del proceso ordinario en el que resultó condenada

la entidad está siempre defendió la actuación de la hoy demandada como apegada a derecho.

Así mismo, hizo alusión a unos fallos del Consejo de Estado relacionados con el elemento subjetivo dentro de la actuación de un agente del Estado y sobre la necesidad de que se pruebe sin asomo de duda la existencia de la culpa o el dolo dentro de las sentencias, que en este caso no se acreditó por lo que solicita se desestimen las pretensiones

### **1.3.2. El Ministerio Público (fl. 362 - 364):**

Por su parte, la delegada del Ministerio Público emitió concepto en el que indicó que las pretensiones del presente medio de control no tienen vocación de prosperidad como quiera que **i)** no existe medio probatorio alguno que demuestre la configuración de alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 6 de la Ley 768 de 2001 y **ii)** no se logró acreditar los supuestos de hecho del elemento subjetivo que se endilga a la demandada en su calidad de ex gerente de la ESE Santiago de Tunja que implique repetir contra su peculio.

Explicó que no basta acreditar la existencia de la decisión judicial y el pago de la condena, sino que se requiere además que se acredite que se actuó con dolo o culpa grave y que dicha conducta fue la causa eficiente y determinante de la condena impuesta al Estado y del consecuente daño patrimonial sufrido por la entidad, por lo que no cualquier equivocación o error de juicio comporta necesariamente la responsabilidad del agente para incoar la acción de repetición.

Precisó que si bien la entidad pretende además del reembolso de lo pago, el pago de intereses moratorios e indexación de los dineros, también lo es, que no se puede endilgar responsabilidad patrimonial frente a la mora en el reconocimiento y pago de las decisiones judiciales, cuando resulta atribuible a terceros, por lo que solicita finalmente se denieguen las pretensiones de la demanda.

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial del 14 de junio de 2016 (fl. 222 y vto.), corresponde al Despacho determinar si el pago que dice la entidad demandante efectuó a la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar en virtud de la condena impuesta a la E.S.E. Santiago

de Tunja en sentencia del 22 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, resulta atribuible a un actuar gravemente culposo de la señora Luz Patricia Sánchez Rojas mientras ejercía el cargo de Gerente de la E.S.E. Santiago de Tunja.

A efectos de resolver el anterior problema jurídico, el Despacho procederá a analizar los siguientes aspectos, en su orden: i) marco constitucional y legal de la acción de repetición y ii) de los requisitos que se requieren para su prosperidad, iii) caso concreto.

## **2. HECHOS PROBADOS:**

- La señora Luz Patricia Sánchez Rojas fue nombrada<sup>1</sup> en el cargo de Gerente de la E.S.E. Santiago de Tunja Código 085 - Grado 06 y laboró desde el 04 de junio de 2002 hasta el 16 de marzo de 2009 (fl. 54).

- Mediante Resolución No. 054 del 19 de mayo de 2003, la Gerente de la E.S.E. nombró en provisionalidad a la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar, en el cargo de bacterióloga código 352, grado 38 (fl. 272 y 273).

-Que mediante Decreto 785 del 2005, la Junta Directiva actualizó la nomenclatura y clasificación de los empleos por niveles y competencias laborales de la planta de personal de la ESE Santiago de Tunja, entre ellos, el cargo de bacterióloga código 352, grado 38 que fue modificado por el de profesional universitario área de la salud código 237, grado 38 (fl. 40).

- La señora Luz Patricia Sánchez Rojas en su calidad de Gerente de la E.S.E., mediante Resolución No. 105 del 04 de abril de 2008 dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar (fl. 14).

- La señora Andrea del Pilar Abello Bolívar promovió demanda de nulidad y restablecimiento de derecho en contra de la E.S.E. solicitado la nulidad de la Resolución No. 105 de 2008, el reintegro al cargo y el pago de salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir.

- A la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho le correspondió el radicado No. 2008-00189-00, que cursó ante el Juzgado Trece Administrativo de Tunja, el cual negó las pretensiones mediante sentencia del 11 de junio de 2010, decisión que en segunda instancia fue revocada por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 22 de febrero de 2012, accediendo a las pretensiones de la demanda (fl. 15-30 y 33-38)

---

<sup>1</sup> *Actos de nombramiento Decretos Nos. 0045 del 14 de marzo de 2003 y 0103 del 13 de marzo de 2006.*

- En cumplimiento de la sentencia condenatoria la E.S.E. expidió la Resolución No. 041 del 29 de abril de 2013, ordenando el reintegro en provisionalidad de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar por seis (6) meses (fl. 39-41 y 275-278).

- Además mediante Resolución No. 084 del 29 de agosto de 2013, ordenó el pago de salarios, prestaciones sociales y seguridad social indexadas más intereses moratorios a favor de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar por un valor de \$139.349.413 y de \$16.161.316 pesos m/cte. (fl. 43-46).

- La E.S.E. canceló la suma total de ciento cincuenta y cinco millones quinientos diez mil setecientos veintinueve pesos m/cte. (\$155.510.729) de la siguiente forma: **i)** ciento treinta y nueve millones trescientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos trece pesos m/cte. (\$139.349.413) por concepto de salarios y prestaciones que fueron pagados en tres contados y **ii)** dieciséis millones ciento sesenta y un mil trescientos dieciséis pesos m/cte. (\$16.161.316) por concepto de aportes a seguridad social (fl. 47-52, 53, 321-323 y 331-336).

- En la audiencia inicial (fl. 225 vto.) se allegó en calidad de préstamo el proceso nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2008-00189, siendo parte demandante la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar y demandada la ESE Santiago de Tunja.

-Según lo certificado por el Gerente (e) de la ESE para el momento de la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no existía comité de conciliación en la entidad toda vez que no se había expedido el Decreto 1716 de 2009, ni tampoco se encontró acta alguna respecto de dicho proceso con posterioridad (fl. 233).

### **3. MARCO JURÍDICO:**

#### **4.1.- Fundamento Constitucional y legal de la acción de repetición:**

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

causado por cuenta de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, el Estado deberá repetir contra éste<sup>2</sup>.

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

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

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

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

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

Si bien lo anterior permite afirmar, que en lo que concierne al trámite procesal, es preciso aplicar la normatividad contenida en el C.P.A.C.A., dado el efecto inmediato de las disposiciones procesales, es preciso decantar cuál es la normatividad aplicable en el aspecto sustancial, circunstancia sobre la cual ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que "...las normas aplicables para dilucidar si el demandado actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo en que tuvo lugar la

---

<sup>2</sup> **ARTÍCULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.  
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

*conducta del agente estatal...”, posición que se aviene con el principio de legalidad contenido en el artículo 29 superior, el cual establece que “...Nadie podrá ser juzgado **sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...**”.*

Atendiendo entonces a la precisión previamente citada, es claro entonces que la responsabilidad del agente público debe efectuarse atendiendo a los parámetros establecidos en la Ley 678 de 2001, pues dicha norma reglamentó lo concerniente a la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición y se expidió el 03 de agosto de 2001, esto es, con anterioridad a la materialización de la conducta que se le endilga a la entonces Gerente de la ESE Santiago de Tunja, pues era la norma vigente para la época en que se expidió la Resolución No. 105 del 2008.

Si bien es cierto, la sentencia condenatoria de segunda instancia fue proferida el 22 de febrero de 2012, ha de tenerse en cuenta que la acción de repetición busca determinar la responsabilidad del funcionario con ocasión a su conducta, por ello, el análisis debe tener en cuenta la norma vigente para la época en que se consolidó el hecho que se imputa, que en este caso, como se dijo, es la expedición de la Resolución No. 105 del 2008 a través del cual se dio por terminado un nombramiento en provisionalidad a la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar.

Así las cosas, en relación con los aspectos sustanciales, además de las normas constitucionales pertinentes resultan aplicables al presente caso, las disposiciones previstas en la Ley 678 de 2001, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, para el 4 de abril de 2008 y en cuanto a las normas procesales, como se efectuó desde la admisión de la demanda, es claro que se debe aplicar lo dispuesto en el CPACA y la Ley 678 de 2001, vigentes a la fecha en que se instauró la presente demanda.

### **3.1. De la naturaleza de la acción de repetición:**

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

Para la Corte Constitucional la acción de repetición tiene carácter indemnizatorio, a través de ella el Estado pretende el reintegro de los



dineros cancelados a título de indemnización a favor de un particular y en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto<sup>3</sup>. En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que según las voces del precitado artículo 2 de la Ley 678 de 2001, "...la de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto..."<sup>4</sup>, acción que de conformidad con el mismo mandato, puede ejercitarse contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Han sido entonces consecuentes las Altas Corporaciones en precisar que la acción de repetición, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella<sup>5</sup> y que en tal virtud, al tenor de lo previsto por la citada Ley 678 de 2001, **la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos<sup>6</sup>: i)** la existencia de condena judicial, acuerdo conciliatorio, transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que imponga una obligación de pagar una suma de dinero a cargo de la entidad estatal correspondiente; **ii)** el pago efectivo realizado por la entidad pública; **iii)** la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas; **iv)** la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado

---

<sup>3</sup> Sobre la naturaleza de la acción, la citada Corporación expuso "...Como puede observarse, esta acción tiene un carácter claramente indemnizatorio. La Corte Constitucional sostuvo en relación con los elementos y la finalidad de la misma: "De acuerdo con lo anterior, la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. "Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos (sic) causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. "Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. "Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública." .Sentencia C-832 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil..."

**C. Constitucional.** M.P. Jaime Araujo Rentería. Sent. C-778/03 del 11 de septiembre de 2003. Exp. D-4477.

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755). Actor: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Demandado: Jhon Jairo Parra Rentería. Referencia: Acción de Repetición (Consulta de Sentencia).

<sup>5</sup> Normas que consonantes con los artículos 6, 90, 95, 121, 122 y 124 de la Constitución Política; los artículos 63 y 2341 del Código Civil; los artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996; el artículo 54 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998.

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

por el Estado, como dolosa o gravemente culposa; y **v)** que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

Así entonces, la no acreditación de los tres primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante, el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad y la calidad del demandado, tornan improcedente la acción y relevan del análisis de la responsabilidad que se imputa.

## **5.- CASO CONCRETO:**

De acuerdo con el material probatorio arrimado al proceso y con los lineamientos dados por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>7</sup>, la cual determina que la Administración, por ostentar la calidad de parte demandante, tiene la carga de acreditar oportuna y debidamente los hechos en que se fundamenta la demanda, es preciso establecer si se encuentran reunidos los presupuestos que permitan deprecar la responsabilidad del agente, para lo cual se procederá abordando en primer lugar los requisitos de carácter objetivo bajo las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda y finalmente será analizado el elemento subjetivo conforme a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado, así:

### **5.1. EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN IMPUESTA AL ESTADO PARA REPARAR UN DAÑO ANTIJURÍDICO:**

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado, *"...El primer presupuesto para que haya lugar a la procedencia de este medio de control consiste en que el Estado se haya visto compelido a la reparación de un daño antijurídico, por virtud de un fallo condenatorio, de una conciliación debidamente aprobada en sede judicial o haya dado reconocimiento indemnizatorio por virtud de otra forma de terminación de un conflicto, tal y como prevé el artículo 2º de la Ley 678 de 2001..."*<sup>8</sup>.

En este caso, se encuentra debidamente acreditado que la E.S.E. Santiago de Tunja fue condenada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en segunda instancia, mediante sentencia de 22 de febrero de 2012, a reintegrar a la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar y a pagar *"... los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta cuando sea reintegrada, de ser posible, o hasta cuando se*

<sup>7</sup>Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. 04-12-2006. Rad. 110010326000199900781-01 (16887). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

presentó por **primera vez** una de las situaciones previstas en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005..." (fl. 38).

En efecto, en el plenario obra copia de la respectiva sentencia como la de primera instancia (fl. 33-38 vto. y 15-30), del expediente radicado No. 2008-00189-00 se advierte que el fallo condenatorio fue notificado por edicto que fue desfijado el 15 de marzo de 2012<sup>9</sup>.

La obligación previamente citada, fue impuesta a través de una sentencia judicial que ordenó al ente territorial hoy demandante, indemnizar el daño que se causó a la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar, como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 105 del 2008, esto es, el acto administrativo por el cual dispuso su retiro del servicio. Lo anterior, evidencia el cumplimiento de la primera de las exigencias, pues está suficientemente demostrado que la ESE Santiago de Tunja, a través de una sentencia judicial se le impuso una obligación, tendiente a reparar un daño antijurídico sufrido por la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar.

## **5.2. PAGO EFECTIVO DE LA CONDENA JUDICIAL:**

En lo que concierne al pago efectivo de la condena, se allegó con la demanda copia auténtica de la Resolución No. 084 del 29 de agosto de 2013, mediante la cual la E.S.E. ordenó el pago de ciento cincuenta y cinco millones quinientos diez mil setecientos veintinueve pesos m/cte. (\$155.510.729), a efectos de dar cumplimiento a la condena judicial impuesta por el Tribunal Administrativo de Boyacá en segunda instancia, los cuales fueron cancelados, de la siguiente forma:

- i) Ciento treinta y nueve millones trescientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos trece pesos m/cte. (\$139.349.413) por concepto de salarios y prestaciones, que fueron pagados en tres contados mediante cheques girados a nombre de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar y
- ii) Dieciséis millones ciento sesenta y un mil trescientos dieciséis pesos m/cte. (\$16.161.316) por concepto de aportes a seguridad social, que según se desprende de la comunicación enviada por Porvenir parte de dicho pago aparece reportado en la cuenta individual de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar como aportes para pensión obligatoria (fl. 53)

Se allegaron también, copias auténticas de los comprobantes de egresos Nos. 8147, 8214 y 8343 de fechas 10 de octubre, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 2013 (fl. 47-52) y de los cheques Nos. 16275-9 del 10 de

---

<sup>9</sup> Ver folio 255 del cuaderno principal expediente nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2008-00189-00.

octubre de 2013, 51169-9 del 14 de noviembre de 2013 y 51226-8 del 27 de diciembre de 2013 por valores de treinta y cuatro millones ochocientos treinta y siete mil trescientos cincuenta y tres pesos m/cte. (\$34.837.353), cincuenta y dos millones doscientos cincuenta y seis mil treinta pesos m/cte. (\$52.256.030) y cincuenta y dos millones doscientos cincuenta y seis mil treinta pesos m/cte. (\$52.256.030) respectivamente, girados a nombre de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar y pagados por el Banco Davivienda (fl. 331-336)

Revisada la prueba documental obrante en el expediente, se pudo verificar que la E.S.E. Santiago de Tunja no sólo adelantó los trámites respectivos para pagar la condena impuesta, sino que efectivamente la pagó a la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar, de manera que se satisface la segunda exigencia a que alude la jurisprudencia, para la procedencia de la condena en repetición.

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

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

En este caso, la demandada o sujeto cuya responsabilidad se analiza, es la señora Luz Patricia Sánchez Rojas, quien se desempeñó como Gerente de la ESE Santiago de Tunja desde el 04 de junio de 2002 hasta el 16 de marzo de 2009, situación frente a la cual no existe discusión, pues fue tenido como probado por las partes en la fijación del litigio (fl. 223), y en efecto, así lo hizo constar la Subgerente de la ESE (fl. 54)

### **5.4. LA CUALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DETERMINANTE DEL DAÑO REPARADO POR EL ESTADO:**

Además de los tres presupuestos analizados, resulta de vital importancia analizar en atención a la fijación de litigio (fl. 223) si la conducta cumplida por el agente en ejercicio de sus funciones es imputable a título de culpa grave, y si en efecto, ésta ocasionó el daño que dio lugar al pago de una condena judicial. No obstante, se advierte que como quiera que de la demanda se desprenden algunos argumentos dispersos dirigidos a atribuir también dolo a las actuaciones desplegadas por la demandada, dicho presupuesto también será analizado por el Despacho.

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

Por consiguiente, como se decantó en páginas anteriores, el análisis de la conducta de la agente, debe efectuarse atendiendo a los parámetros fijados por la norma legal vigente al momento de la realización de la conducta, situación que ha sido depurada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que frente a estas situaciones ha sido enfático en precisar que **"...las normas sustanciales aplicables para dilucidar si el llamado actuó con culpa grave o dolo, serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público ..."**,<sup>10</sup> que en este caso, serían las vigentes al momento de la expedición de la Resolución No. 105 de 2008, a través del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar.

Pues bien, la Corte Constitucional<sup>11</sup> al analizar los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, explicó que las presunciones legales tienen como finalidad proteger la moralidad y el patrimonio público, razón por la cual, fueron establecidas como mecanismos procesales tendientes a hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el artículo 90 Superior, en contra de los servidores públicos que con sus acciones u omisiones han dado lugar a condenas de reparación integral en contra del Estado.

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en estos eventos, la Administración en su condición de demandante tiene la carga de probar únicamente los supuestos a los que aluden las normas, pues *"...se trata de "presunciones legales"<sup>12</sup> (iuris tantum) y no de "derecho" (iuris et de iure), esto es, de aquellas que admiten prueba en contrario, como lo dispone el artículo 66 del Código Civil y que por lo mismo, de "esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción"..."*<sup>13</sup>

De esta forma se garantiza el derecho fundamental al debido proceso, pues el agente estatal está posibilitado para presentar prueba en contrario

---

<sup>10</sup> **Ibidem.**

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

<sup>12</sup> El profesor Betancur Jaramillo cuestiona el nomen iuris adoptado por el legislador de 2001, y afirma que "vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá de concluir que lo que quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su artículo 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente. En otras palabras, cuando la primera norma enuncia cinco hechos (...) no lo hace a título de antecedentes para que de él se infiera o presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados y probados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste (...) Corroborando la idea de que el artículo 5º no establece presunciones sino que enuncia casos de dolo, la definición misma que sobre éste hace en su inciso 1º, al señalar que el agente actúa con dolo cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado" BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Medellín, Señal Editora, 2013, p. 124 y 125.

<sup>13</sup> **CONSEJO DE ESTADO.** Óp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

que lo libere de responsabilidad<sup>14</sup>. En otras palabras, por tratarse de una presunción legal, esto es, que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que se presume, o de las circunstancias en que se configuró.

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

***"(...) No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones "se presume", "se reputa", "se considera", "se colige", "se entenderá" u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo.***<sup>15</sup>

***Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas<sup>16</sup>, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.***<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

<sup>15</sup> ROCHA, Alvira, Antonio, Op. cit., Pág. 574.

<sup>16</sup> En este sentido sobre este asunto Cfr. BETANCUR, Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Medellín, Séptima Edición, 2009, Págs. 85 y 86. "Ahora la ley no sólo los define, sino que enuncia en sus arts. 5 y 6 unas mal llamadas 'presunciones' más a título de ejemplo que de inferencia. Por eso, vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá que concluir que lo quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su art. 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente./ En otras palabras, cuando la primera norma enuncia 5 hechos (...) no lo hace a título de antecedente para que de él se infiera o se presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste. (...) Igual reflexión cabe hacer con la culpa grave desarrollada en el art. 6. Los cuatro numerales que trae la norma, luego de la definición, son típicos casos de esa culpa grave y no presunciones de la misma (...) sin necesidad de inferencia alguna./ La ley así, como con el dolo, hace de la culpa grave un tipo legal y las conductas que puedan subsumirse en dicho tipo son constitutivas de culpa grave o dolo y no meras inferencias que se deduzcan de hechos conocidos como los enunciados en los antecitados artículos."

<sup>17</sup> Empero, repárese que, incluso, la Corte Constitucional en sentencia C-778 de 11 de septiembre de 2003, encontró algunas incongruencias en el señalamiento de las causales, así: "i) La incompetencia del agente estatal es la conducta que puede considerarse como la más grave, de las varias indicadas, y a pesar de ello da lugar a

*Obsérvese, por ejemplo, que si el agente actuó con desviación de poder no es que se presuma el dolo, sino que esa conducta fue dolosa, máxime cuando la definición que sobre éste hace el inciso primero del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 se refiere a que el agente actúa con dolo cuando quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado, la cual coincide en líneas generales con la noción de desviación de poder que consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto o ajeno del que la ley quería al otorgarla; por tanto, en este evento, probados los supuestos de la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública) resultará probado el dolo en forma directa y no por simple deducción o inferencia, claro está que admite prueba en contrario (carga del agente público demandado), en aras de garantizar su derecho a la defensa”.*

En conclusión, los supuestos contenidos en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, sin que se describa un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, pues lo que se define es que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados se presume que el proceder del agente fue doloso o gravemente culposo; presunción que, como ya se dijo, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada con la presentación de pruebas que deben ser valoradas independientemente en sede de repetición por el fallador. De tal manera, que *“su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el juez –en estos casos- está autorizado a realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.”*<sup>18</sup>

En este caso, de acuerdo a los planteamiento de la parte actora, la conducta que sirve de base para imputar responsabilidad a la demandada es la expedición de la Resolución No. 105 del 04 de abril de 2008, a través de la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Andrea del Pilar Abello Bolívar en el cargo de bacterióloga código 352, grado 38; presupuesto que no fue objeto de contradicción y se encuentra probado documentalmente (ver fl. 14).

---

*presunción de culpa grave (Art. 6º. Num. 2) y no de dolo./ ii) La expedición de una resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial genera presunción de dolo (Art. 5º, Num. 5), y la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho origina presunción de culpa grave (Art. 6º, Num. 1)./Se observa que objetivamente se trata de unas mismas conductas, que por el aspecto subjetivo reciben una doble calificación jurídica, en forma contradictoria./ No obstante, estas incongruencias no son relevantes, ya que, tanto en el caso de que el comportamiento se subsuma en la presunción de dolo como en el caso en que el mismo se encuadre en la presunción de culpa grave, los efectos jurídicos son iguales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 90 superior y el Art. 2º de la Ley 678 de 2001 en relación con la acción de repetición.”*

<sup>18</sup> **CONSEJO DE ESTADO.** Óp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

Explicado lo anterior, es del caso entrar a analizar los presupuestos que configuran la conducta i) gravemente culposa y ii) dolosa y si concurren en el caso concreto, así:

**I. Presupuestos para la configuración de culpa grave en el caso concreto:**

Descendiendo al sub lite, la parte actora indica que al expedir la Resolución No. 105 del 04 de abril de 2008, la ex servidora Luz Patricia Sánchez Rojas actuó con **culpa grave** como quiera que "... obró por fuera del marco legal para realizar dichas actuaciones administrativas, debido a que la motivación del mencionado acto administrativo carecía de la presentación de hechos claros, verificables y suficientes que permitieran vislumbrar alguna de las causales de retiro del servicio señaladas en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, configurándose, según el Juez de segunda instancia, una de las causales de nulidad de los actos administrativos, cual es, la falsa motivación, circunstancia esta que evidencia de manera clara que la conducta del ex - agente del Estado es gravemente culposa, por cuanto el daño fue consecuencia de una infracción directa a la Constitución y a la ley y de una inexcusable extralimitación en el ejercicio de funciones, presupuesto establecido en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001 (fl. 5 y 8)".

La entidad accionante fundamenta su afirmación en la sentencia proferida en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 2008-00189, que dio origen a la condena, donde se decidió declarar la nulidad de la Resolución No. 105 del 04 de abril de 2008, por las siguientes consideraciones:

*"(...) En la Resolución No. 105 de 4 de abril de 2008, precisó la entidad lo siguiente:*

*...Que el Honorable Consejo de Estado en reiteradas oportunidades se ha pronunciado respecto de los funcionarios nombrados en provisionalidad, los cuales no gozan de la misma estabilidad que los de carrera administrativa..."*

*Lo anterior fue suficiente para decidir la insubsistencia, es decir que, a juicio de la entidad el sólo hecho de que la demandante no ostentara derechos de carrera implicaba que podía ser retirada discrecionalmente del servicio.*

*Es cierto que, como se precisó en el acto demandado los empleados escalafonados gozan de un derecho adquirido a la inamovilidad relativa, del cual no disfrutaban quienes no han accedido al servicio previa la superación de las distintas etapas del concurso, sin embargo, esa motivación no era la suficiente ni pertinente para decidir la terminación del nombramiento provisional en*



**vigencia de la Ley 909 de 2004.**

**Sin duda, cuando de conformidad con la ley el acto exige motivación, ella tiene que estar consignada en el acto administrativo y, en el caso del retiro del servicio de un empleado, no queda duda, las razones habrán de atinar a aquellas que impliquen situaciones que exigen el mejoramiento del servicio** y, en el caso particular de los nombramientos provisionales, también el hecho de haberse realizado el concurso y por ello la necesidad de proveer el empleo con el ganador del mismo.

(...) Nada distinto de lo expuesto en la jurisprudencia antes trascrita ocurrió en este caso pues, la carencia de fuero de estabilidad de los empleados nombrados en provisionalidad en iguales términos que los empleados inscritos en carrera, no era motivo admisible para dar por terminado el nombramiento. **Ningún fundamento fáctico contuvo la decisión, de manera que el desvinculado pudiera ejercer su derecho de defensa, ninguna situación puntual y eficiente se expuso como razón que justificara la terminación de la vinculación.**

Y, si bien, al contestar la demanda la entidad refirió situaciones que podrían configurar deficiencia en el servicio, no era la oportunidad para hacerlo pues la norma exigía que ello fuera puesto en conocimiento del empleado en el texto mismo del acto de retiro. Como ello no fue así, no cabe examinar tales aspectos en este momento.

Así las cosas, lo expuesto es suficiente para anular el acto demandado lo cual implica que la situación regresa al estado anterior como si el acto nunca hubiera existido y por ello huelga examinar las demás causales de nulidad que le fueron endilgadas." (fl. 36 y vto.) (Negrilla fuera del texto).

Pues bien, se observa que el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, prevé que la conducta del agente del Estado es **gravemente culposa** "...**cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones...**". Acorde con lo señalado por la disposición, se presume que la conducta es gravemente culposa en los siguientes eventos:

- "1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho;
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable;
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable;

4. *Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.*"

Según el artículo 63 del Código Civil, la culpa grave se denomina como aquella negligencia grave o culpa lata, "(...) *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*".<sup>19</sup>

En consecuencia, decantado lo anterior, es necesario analizar si la conducta de la demandada es gravemente culposa y por ende sí se encuadra en los presupuestos que consagra la referida norma y que sean aplicables al caso, así:

**i) El acto administrativo fue expedido con violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.** Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>20</sup> ha indicado que un **error es inexcusable** cuando "**...quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo**"; se explica dicha "**inexcusabilidad es elemento fundamental de la culpa grave, precisando "que 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.**"

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>21</sup> ha indicado que dicho error de derecho es **excusable "cuando se traduce en la ignorancia de normas jurídicas, siempre que las mismas no sean disposiciones penales."** Al respecto el Máximo Tribunal explicó "**La ignorancia de las reglas de derecho, en nuestra sociedad, no solamente no se considera como falta (culpa), sino que parece eminentemente excusable en aquellas personas que carezcan de preparación jurídica. Si la máxima 'a nadie le es lícito ignorar la ley' impera todavía en el derecho penal, se debe a que solamente con ella puede asegurarse el respeto a las reglas de conducta cuyo mantenimiento interesa al orden público.**"

<sup>19</sup> Ver Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera de fecha 27 de noviembre de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01875-01(31975). C.P: Ramiro Saavedra Becerra

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de febrero de 1988. Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento. Citada en la Sentencia C-455 de 2002, de la Corte Constitucional, ya reseñada.

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01875-01(31975). C.P: Ramiro Saavedra Becerra

Y que respecto de la culpa grave endilgada al agente por la anulación en sede contenciosa del acto administrativo por éste expedido y por el cual fue condenada la entidad, aclaró:

**"(...) que no cualquier equivocación en la que incurra el funcionario administrativo en el ejercicio de sus funciones, así ella conduzca a la anulación de actos administrativos, constituye culpa grave, como lo exige la norma constitucional, puesto que debe tratarse de un error de juicio que resulte inaceptable, consideradas todas las circunstancias que rodearon la expedición del acto administrativo. "**

**(...) es claro entonces, que el solo desconocimiento de la ley por parte del operador jurídico encargado de aplicarla a través de la expedición de actos administrativos, resulta insuficiente para deducir su responsabilidad personal, puesto que existe un margen de falibilidad admisible en condiciones normales, cuando de interpretar y ejecutar las normas jurídicas se trata, teniendo en cuenta que ésta es una labor humana, y al no ser infalible el hombre, es apenas lógico que exista la posibilidad de yerro en sus actuaciones.**

**(...) se concluye que, cuando se pregona la responsabilidad derivada de la actuación que fue vertida en actos administrativos posteriormente encontrados ilegales por la jurisdicción contencioso administrativa y por lo tanto anulados, resulta necesario no solamente probar esa anulación, sino también, que la expedición del acto administrativo en esas condiciones de irregularidad se produjo por una conducta del funcionario que lo expidió, ejecutada (...) culpa grave; es decir, que debe acreditarse que el agente estatal sabía que con esa decisión estaba violando la ley y no obstante la profirió; o que no lo sabía, por hallarse en un estado de ignorancia "inexcusable" de las normas legales rectoras de esa función administrativa; porque, se reitera, (...) la culpa grave no se presumen, sino que deben ser acreditados por el demandante."**

Al respecto, en defensa frente a la conducta que le endilga la entidad la demandada indica que el acto de insubsistencia no fue motivado, en razón a que, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 establecían que la autoridad nominadora podía libremente ejercer la facultad discrecional de declarar insubsistente un nombramiento sin necesidad de motivar la providencia; sin embargo, debería dejarse constancia de los hechos y circunstancias en la respectiva hoja de vida, tal como aconteció en el caso de la señora ANDREA DEL PILAR ABELLO, y adicionalmente, argumenta que la jurisprudencia vigente para la época de expedición del acto que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de que se trata, permitía el retiro de un cargo en provisionalidad sin

necesidad de motivar la causa del retiro dentro del acto administrativo de insubsistencia.

Sobre el particular, el Despacho advierte que si bien es cierto dichas normas establecían que el acto de insubsistencia no requería ser motivado y era suficiente dejar constancia en la hoja de vida, tal como lo aceptó por vía jurisprudencial el Consejo de Estado<sup>22</sup> al señalar que *"... el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado"*, también lo es que dicha tesis fue revaluada por el Consejo de Estado<sup>23</sup> que ha reiterado que *"...A partir de la referida Ley 909 de 2004 entonces, la obligación es de carácter legal tal como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha dejado claro. Esta norma modificó como se vio, lo que antaño la misma ley de carrera administrativa preveía respecto de los nombrados en provisionalidad y que permitía su retiro sin motivación. (...)"*.

Así las cosas, para el Despacho es dable colegir que la expedición del acto administrativo que conllevó la condena al Estado por la cual ahora se repite contra la demandada fue producto de un error excusable, como quiera que se fundó en la jurisprudencia del Consejo de Estado *"respecto de que los funcionarios nombrados en provisionalidad, los cuales no gozan de la misma estabilidad de los de carrera administrativa"* (fl. 14) y en las disposiciones contenidas en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 que prevén que la autoridad nominadora podrá libremente ejercer la facultad discrecional de declarar insubsistente un nombramiento sin necesidad de motivar la providencia, normatividad que tal como se desprende de la sentencia de segunda instancia no era aplicable, en razón a que el acto anulado al ser expedido con posterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario, debía regirse en lo que respecta al retiro del servicio allí consignado cuando indica que el acto insubsistencia debe ser motivado.

Al respecto del error en la interpretación o aplicación de la normas cuando no se es docto en la materia, la Corte Suprema de Justicia<sup>24</sup> ha referido que ***"...el escueto error de concepto, doctrina ó interpretación, aún cuando lo haya, no origina aquella responsabilidad sino en tanto se ponga en evidencia la manifiesta infracción de un precepto legal específico cuya***

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 07 de octubre de 2010. Radicación número: 20001-23-31-000-2004-00687-01(0256-09). C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 18 de marzo de 2015. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-02680-02(2698-11). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Providencia del 10 de Marzo de 1998. C.P. German Girado Zuluaga

**preterición no pueda obedecer sino a descuido ó impericia de tal entidad que, para cualquier profesional en disciplinas jurídicas con rectitud de miras y de mediana experiencia resulten imperdonables...."** y que **"no podrá existir error inexcusable cuando se sostiene punto defensible respecto de una materia controvertida en derecho, como quiera que esa incertidumbre en su interpretación lo excusaría."** Adicional a lo anterior, bien sabido es que tanto los nombramientos en provisionalidad como las declaratorias de insubsistencia han suscitado diversas posturas y cambios tanto jurisprudenciales como normativos que en casos como el presente pudieron trascender hasta el punto de hacer incurrir en un yerro, sin que éste en todos los casos llegue a constituir un error inexcusable y menos inferir que el agente demandado sabiendo que el acto era ilegal, aun así lo expidió. Por lo tanto, es procedente arribar a la conclusión explicada reiteradamente por el Consejo de Estado, según la cual **"no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad (...)"**<sup>25</sup>.

**ii) Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.** No concurre este presupuesto en el caso concreto, en la medida en que para proferir la decisión anulada, la demandada ostentaba la calidad de Gerente para la época de los hechos y en atención a lo previsto en el Decreto 1874 de 1994 tenía la facultad nominadora de decidir sobre los nombramientos o darlos por terminados.

**iii) En la expedición del acto de retiro del servicio hubo omisión en las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable,** que según la doctrina y la jurisprudencia<sup>26</sup> son **válidos** cuando en su producción se cumple con los siguientes elementos: la voluntad, la competencia, el objeto, los procedimientos, la motivación y la finalidad sin los cuales están viciados de nulidad, como quiera que el acto de insubsistencia fue declarado nulo por **falta de motivación**, pues no era suficiente ni pertinente tal como lo señaló el juzgador de segunda instancia<sup>27</sup> que se indicara que dicho retiro se daba porque los nombramientos en provisionalidad no cuentan con estabilidad laboral como los de carrera administrativa, por lo que dicha omisión en que incurrió la ex - gerente de la ESE al dar aplicación a unas normas no aplicables al caso y a una jurisprudencia que fue revaluada con la expedición de la Ley 909 de 2004, que como ya se explicó en

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01875-01(31975). C.P: Ramiro Saavedra Becerra

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 30 de enero de 2004. Radicación No.: 11001-03-24-000-2001-00170-01. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

<sup>27</sup> Ver folio 36.

precedencia constituye un error de carácter excusable, por lo que no hay lugar a imputar responsabilidad alguna a la demandada pues no se demostró que hubiera actuado con culpa grave por error inexcusable, por el contrario tuvo justificación la decisión por ésta adoptada, que luego fue declarada nula por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa sin que por dicha decisión judicial pueda darse por cierta tal responsabilidad personal del agente como pretende la entidad pues se reitera se requiere acreditar los presupuestos que configuran la existencia de una conducta gravemente culposa, que como quedó reseñado en renglones anteriores no se logró acreditar.

## **II. Presupuestos para la configuración de una conducta dolosa en el caso concreto:**

Ahora bien, como se dijo en precedencia resta analizar la presunción de dolo que también fue alegada en la demanda, así:

La Ley 678 de 2001 en su artículo 5º señaló que **la conducta es dolosa "...cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado..."**. La norma estableció, que se presume que existe dolo por las siguientes causas:

- "1. Obrar con desviación de poder;*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento;*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración;*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado;*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial."*

Al respecto encuentra el Despacho que con el material probatorio que reposa en el expediente, tampoco se logró demostrar que la demandada hubiera incurrido en una conducta dolosa al expedir el acto de insubsistencia, como se pasará a analizar con cada uno de los presupuestos que consagra la citada norma y sean acordes con el caso, así:

- i) **Obrar con desviación de poder**, entendida ésta como *"aquel vicio de nulidad en que se incurre en la expedición de un acto o decisión administrativa, cuando se emplea la facultad otorgada para el efecto con fines diferentes a los establecidos en la ley, independientemente de que la motivación sea personal del funcionario que lo expidió o incluso*

*dirigida a alcanzar fines de interés general (...)*<sup>28</sup>, por lo que no se prueba que el retiro del servicio se hubiera dado con fines diferentes al mejoramiento del servicio.

ii) **Incurrir en vicios en su motivación o falsa motivación**, esta última la cual *"alude a las causas, razones, opiniones, pensamientos y motivos que a la administración (en cabeza de su agente) le llevan a expedir el acto administrativo como declaración de voluntad que es. Esas razones que pueden ser fácticas y jurídicas o de derecho o sólo jurídicas o de derecho (...) deben corresponder en forma concertada, coordinada y exacta a la decisión que se adopta, como si se tratara de una "congruencia" administrativa frente a su declaración. De tal suerte que esa motivación surgirá falsa, es decir, no acorde o fuera de la realidad, cuando el sustento fáctico no corresponde al apoyo jurídico invocado (falsedad en el derecho) o viceversa (falsedad en el hecho), o cuando teniendo ambos fundamentos (fáctico y jurídico) la declaración de voluntad refiere a tema distinto o contradictorio a su motivo causal (falsedad en la decisión)."*<sup>29</sup>

Al respecto, contrario a lo manifestado por la entidad demandante, no se encuentra acreditada dicha "falsedad" en la decisión adoptada por la ex – gerente concerniente a la declaratoria de insubsistencia, sino que se observa por el contrario, que la condena fue impuesta porque el acto administrativo estuvo viciado de nulidad por falta de motivación, lo cual difiere de la falsa motivación o vicios en la motivación, pues no resultó pertinente y suficiente argumentar que carecían de fuero de estabilidad los nombramientos efectuados en provisionalidad para efectuar el retiro del servicio.

iii) **haber sido declarado a título de dolo, responsable penal o disciplinariamente por los daños causados que sirvieron de fundamento para condenar a la entidad**, permaneciendo entonces la carga de la prueba en la entidad demandante, la cual debió traer al plenario todos los elementos probatorios que permitieran concluir con grado de certeza, que fue la conducta dolosa de la agente, la que indefectiblemente originó la condena en contra de la Entidad, cuestión que no ocurrió en el caso concreto.

Así las cosas, el Despacho advierte que de las pruebas documentales allegadas la ESE Santiago de Tunja no logró acreditar ninguna de las presunciones de derecho por ésta invocadas ni las que oficiosamente se analizaron; adicionalmente, es del caso, señalar que el fallo condenatorio no tiene la suficiente fuerza de convicción para demostrar la existencia de culpa grave ni dolo en el actuar de la entonces Gerente de la ESE Santiago

<sup>28</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 12 de mayo de 2016. Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00059-00. C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

de Tunja, pues aunque es cierto que se declaró la nulidad del pluricitado acto administrativo, también lo es, que como se indicó en precedencia, no es óbice, para dar por cierta la responsabilidad que se endilga a la ex – agente.

Respecto de la carga de la prueba que debe asumir la parte demandante, el Consejo de Estado ha señalado que **las entidades públicas que ejercen la acción de repetición deben realizar una labor probatoria que tienda a demostrar el dolo y culpa grave con el que actuó el funcionario demandado**, exactamente se señaló<sup>30</sup>:

*“No satisface esta conducta procesal cuando la actora se limita a afirmar o incluso, en principio, cuando simplemente allega al expediente la sola sentencia de condena a cargo del Estado, puesto que **en este juicio no se trata de una pretensión ejecutiva, sino de un proceso contencioso y declarativo de su responsabilidad por culpa grave o dolo en su acción u omisión que habría ocasionado un daño que resarciría el Estado, y en el cual el interesado en obtener una sentencia favorable de la jurisdicción deberá desplegar una actividad probatoria prolífica, acorde y proporcional con dicho interés, siendo por tanto indispensable que sea celoso en atender la carga procesal probatoria que implica el acreditamiento de los elementos que han sido explicados, para el éxito y prosperidad de las pretensiones y el aseguramiento de los fines constitucionales y legales de la acción de repetición**, lo cual no se evidenció en el presente caso. Sobre este aspecto, bien señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. (Resalta el Despacho).*

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

Así entonces, aunque la sentencia es condenatoria y el juez administrativo fundó su decisión de instancia en una razón clara y determinada, la cual no es susceptible de discusión en esta instancia, es claro para el Despacho que el razonamiento en que se funda la decisión judicial, aun cuando se encuentre en firme y haga tránsito a cosa juzgada, **no tiene la virtud de demostrar por sí misma la presencia del elemento subjetivo de la**

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006 Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación No 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482).



**responsabilidad, esto es, no demuestra la existencia de un actuar doloso o gravemente culposo de la entonces Gerente de la ESE Santiago de Tunja**, es más del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2008-00189 y su respectiva condena, se advierte que el fallador de segunda instancia analizó estrictamente la legalidad del acto administrativo y no hizo alusión alguna la conducta personal de la demandada, pues allí nada se dijo respecto de la responsabilidad que se endilga a la ex – gerente, por lo que no puede pretender la entidad que con la condena resulte satisfecho el factor subjetivo que está basado en presunciones legales que a su vez, deben ser acreditadas para la prosperidad de la acción de repetición.

Tal como lo precisó el Ministerio Público a través de su delegada, en este caso no se encuentra probado el elemento subjetivo que permite la imputación de responsabilidad, pues la mera existencia de la sentencia condenatoria y su pago, no son demostrativas que la decisión adoptada por la señora Luz Patricia Sánchez Rojas, constituyó un actuar doloso tendiente a causar el daño antijurídico a la empleada retirada y mucho menos se puede afirmar que existió culpa grave al momento de expedir la Resolución No. 105 del 04 de abril de 2008, pues no cualquier equivocación ni cualquier error de juicio comporta necesariamente la responsabilidad del agente para incoar la acción de repetición<sup>31</sup>.

En ese orden de ideas, es claro que no se encuentran demostrados los elementos indispensables para declarar la responsabilidad patrimonial de la señora Luz Patricia Sánchez Rojas, razón por la cual las pretensiones de la demanda serán denegadas.

## **6. DE LAS COSTAS:**

Sobre el particular, es del caso mencionar que el artículo 188 del C.P.A.C.A. trae una excepción a la imposición de costas, esto es en los casos en que en que se ventila un interés público; no obstante, entiende el Despacho que si bien, el medio de control de repetición tiene como finalidad la defensa de los recursos públicos, su interposición acarrea para la parte contraria unas costas y agencias en derecho, conforme lo explicó el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento en el que indicó que **"se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso"** <sup>32</sup>, máxime si se tiene en cuenta que **"la interposición de**

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. Radicación No. 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>32</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C, C.P: William Hernández Gómez, providencia del siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

**estas acciones ante la jurisdicción no puede constituirse de ninguna manera para las entidades públicas en una labor dirigida al cumplimiento de un formalismo legal o en la manera de salvar responsabilidades al no estar expuestos a los juicios administrativos y fiscales de los entes de control”<sup>33</sup>**

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

**“Como puede verse, la norma en cita prevé una excepción a la regla general de condena en costas, excluyendo aquellos procesos en que se ventile un interés público, argumento éste que sirvió de fundamento para que en pronunciamientos anteriores esta Corporación se abstuviera de imponer condena en costas en asuntos de esta naturaleza<sup>6</sup>; no obstante, dirá la Sala que dicha postura será modificada, en la medida en que si bien es cierto que a través de la acción de repetición se pretende la defensa de un interés superior que no puede ser desconocido ni vulnerado y que se concreta en el deber de preservar los recursos públicos, también lo es que tal como lo explicó el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento, la interposición de estas acciones ante la jurisdicción no puede constituirse de ninguna manera para las entidades públicas en una labor dirigida al cumplimiento de un formalismo legal o en la manera de salvar responsabilidades al no estar expuestos a los juicios administrativos y fiscales”**

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

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$ 1.555.107.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, providencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación: 110010326000201300108 00 (48016) Actor: NACIÓN – CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA Demandado: JULIO CÉSAR TURBAY QUINTERO, Asunto: ACCIÓN DE REPETICIÓN (sentencia) Expediente 48.016 Actor: Contraloría General de la República Acción de repetición

**FALLA:**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda instaurada por la ESE Santiago de Tunja, en contra de la señora Luz Patricia Sánchez Rojas, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

**TERCERO:** En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$ 1.555.107.

**CUARTO: Por Secretaría,** devuélvase al Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2008-00189-00 que fue remitido a este Despacho en calidad de préstamo.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ**  
**JUEZ**