

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, dieciséis (16) de junio de dos mil diecisiete (2017)

DEMANDANTE: MUNICIPIO DE TURMEQUÉ
DEMANDADO: VÍCTOR ORLANDO OSORIO ROBAYO
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2013 00196 - 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. 2-8 y 883):

El Municipio de Turmequé, a través de apoderado judicial, presentó demanda de repetición, prevista en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, en contra del ciudadano Víctor Orlando Osorio Robayo, solicitando que se declare la responsabilidad del demandado por haber actuado culposamente durante el ejercicio de sus funciones como Alcalde Municipal de Turmequé al retirar del servicio por razón de una reestructuración administrativa a una funcionaria de carrera que se encontraba en estado de embarazo.

A título de restablecimiento de derecho, reclamó el reconocimiento y pago de la suma de setenta y ocho millones trescientos cincuenta y ocho mil trescientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$78.358.398), de conformidad con los comprobantes de egresos y cheques girados que se aportan. Adicionalmente, solicita se indexe la condena y se condene en costas al demandado.

Adujo que el señor VÍCTOR ORLANDO OSORIO ROBAYO es civil y extracontractualmente responsable a título de culpa, toda vez que incurrió en una infracción directa de las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 13, 43 y 54, y legales como el artículo 51 de la Ley 909 de 2004 al desvincular del servicio a la Señora Blanca Lilia Gómez Molina, quien se encontraba en estado de embarazo, lo que conllevó la imposición

de una condena a cargo del Municipio de Turmequé contenida en sentencia del 24 de marzo de 2011 proferida por este Despacho y confirmada por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de 28 de febrero de 2012, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2006-01881-00.

1.2. Contestación y tesis del demandado (fl. 123-134, 883 y vto.):

El demandado se opuso a las pretensiones, por considerar que: **i)** con la reforma administrativa que se adelantó al interior del Municipio de Turmequé en su calidad de alcalde, nunca actuó con culpa o dolo pues la misma se ajustó a la legalidad; **ii)** pues actuó dentro de sus funciones constitucionales, legales y en cumplimiento de las órdenes impartidas por el Concejo Municipal, en lo que se refiere a la reforma administrativa del Municipio de Turmequé; **iii)** dicha reforma se agotó cumpliendo todas las etapas necesarias, contó con un estudio técnico elaborado por personal idóneo y teniendo en cuenta los criterios guía del Departamento Administrativo de la Función Pública, además tuvo como fundamento las necesidades del servicio y razones de modernización de la administración pública; **iv)** tanto así, que de los ocho funcionarios que fueron desvinculados, a siete de ellos les fueron negadas las pretensiones de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho interpuestas, prosperando tan solo la que generó la presente acción de repetición y **v)** respecto de la funcionaria desvinculada aclara que esta no optó por ser reincorporada al servicio y por ello se le reconoció la indemnización que establece la ley. Adicionalmente, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho cuya condena da origen a la presente acción de repetición, se profirió en un fallo *extra petita*, dado que el fuero de maternidad no fue alegado como causal de nulidad de los actos demandados.

Propuso las excepciones que denominó: **i).** Inexistencia de los requisitos estructurales de la acción de repetición: el dolo y la culpa grave e **ii)** Inexistencia de la mala fe.

1.3. Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar (fl. 943), las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

1.3.1. La entidad demandante (fl. 965-970), dentro del término concedido reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Señaló que en el presente caso concurren los elementos de la responsabilidad objetiva y subjetiva establecidos por la ley para la

prosperidad del medio de control de repetición, a saber: **i)** el Municipio de Turmequé fue condenado al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones por la desvinculación de la señora Blanca Lilia Gómez Molina, según se desprende de las sentencias de primera y segunda instancia que obran en el expediente; **ii)** que mediante Resolución No. 311 del 10 de octubre de 2011 la entidad territorial procedió a pagar la condena que le fue impuesta, según consta en la certificación suscrita por la Tesorería Municipal donde se evidencia el pago de la suma de setenta y ocho millones trescientos cincuenta y ocho mil trescientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$78.358.398) a favor de la víctima; **iii)** la condena fue producto de la conducta gravemente culposa del ex-alcalde Víctor Orlando Osorio Robayo, como quiera que al expedir la comunicación de fecha 27 de enero de 2006, mediante la cual le comunicó a la señora Gómez Molina la supresión de su cargo, transgredió el artículo 51 numeral 4º de la Ley 909 de 2004 que dispone la protección a la maternidad, por lo que era su deber legal y constitucional proteger los derechos de las mujeres en estado de embarazo en el ámbito laboral y por ende la protección constitucional del fuero de maternidad y periodo de lactancia que tenía la empleada pública que fue desvinculada de la Administración Municipal de Turmequé.

Aclaró que la conducta del demandando se enmarca también en las causales previstas para la configuración de la conducta dolosa, toda vez que vulneró el modelo de buen servidor público al suprimir el cargo de una empleada pública que se encontraba en estado de embarazo. Por lo que solicitó se declare la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

1.3.2. La parte demandada (fl. 971-977): Dentro del término concedido insistió en que su actuar estuvo ajustado a la ley, que el hecho de que se hubiera presentado un fallo *extra petita* en contra del municipio no es indicativo de que su actuar hubiera sido doloso o gravemente culposo, por el contrario, señala que la ex-funcionaria fue quien optó por una indemnización a cambio de su derecho a continuar en la nómina, por lo que tal situación no le puede ser atribuible, como quiera que su conducta estuvo amparada en una de las causales de justificación conocida como error invencible, dada su formación de arquitecto y porque su accionar se desplegó en atención a lo que sus asesores le indicaron para ese entonces.

Alegó que frente a los requisitos que se deben reunir para ejercer la acción de repetición no concurren dos de ellos en el proceso de la referencia, a saber: **i)** no se identificó de manera precisa al demandado, pues no se allegó su acto de nombramiento sino el de posesión cuando se estaba ante un acto complejo que era necesario allegar de manera completa para lograr la plena identificación del ex-agente estatal y **ii)**

tampoco se prueba la existencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del accionado cuando se desempeñó como alcalde municipal de Turmequé, por lo que han de negarse las pretensiones por no cumplir con la carga de la prueba.

Finalmente, señaló que en el presente caso existe duda a favor del demandado, como quiera que en varios pronunciamientos judiciales que analizaron su conducta en los hechos relacionados con la implementación de la reforma administrativa del Municipio de Turmequé en aquella época, señalaron que su conducta estuvo estrictamente ceñida a la ley, por lo que no hay certeza de que su conducta hubiera sido dolosa o gravemente culposa y por ende, debe ser exonerado de toda sanción.

1.3.3. El Ministerio Público (fl. 948-955):

Por su parte, el Delegado del Ministerio Público emitió concepto en el que indicó que las pretensiones del presente medio de control tienen vocación de prosperidad, como quiera que se encuentran acreditados los tres primeros elementos relacionados con la responsabilidad objetiva, esto es, la calidad del agente, la condena judicial y el pago, de igual manera considera que ha de tenerse probado el elemento subjetivo a título de culpa grave, toda vez que: **i)** lo que condujo a la responsabilidad del Estado no fue el proceso de reestructuración administrativa que conllevó al retiro de una empleada en carrera, sino el hecho de que estuviera en estado de embarazo, pues el fallo judicial se enmarcó sobre las garantías de estabilidad laboral que debían brindarse a las mujeres en estado de gravidez al momento de hacerse efectiva la desvinculación del cargo; **ii)** la conducta desplegada por el demandado infringió normas de rango constitucional tales como los artículos 43 y 53, el artículo 51 numeral 4 de la Ley 909 de 2004, así como la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, la sentencia SU-070 de 2013 relacionada con la protección que debe darse a las mujeres embarazadas tanto en el ámbito laboral como el no laboral; y **iii)** al retirarse del servicio a la señora Gómez Molina, la administración incumplió el deber de tomar las previsiones del caso en aras de materializar y garantizar las estabilidad propia del fuero de maternidad, teniendo la posibilidad de reubicarla y no lo hizo. Finalmente, solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda y se ordenará la restitución de los dineros que fueron pagados con ocasión de la condena impuesta.

II. CONSIDERACIONES:

1.- PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial del 04 de agosto de 2016 (fl. 883 vto.), corresponde al Despacho determinar si la condena impuesta al MUNICIPIO DE TURMEQUÉ en sentencias del 24 de marzo de 2011 y 28 de febrero de 2012, que se afirma, fue cancelada a la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA en cuantía de \$78.358.398, resulta atribuible a un actuar culposo del señor VÍCTOR ORLANDO OSORIO ROBAYO, en su calidad de Alcalde Municipal de Turmequé para el período 2004-2007.

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, **ii)** de los requisitos para la prosperidad de las pretensiones en acción de repetición, y **iii)** análisis del caso concreto.

2.- MARCO JURÍDICO:

2.1.- 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 éste¹.

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, contempló en su artículo 142 el medio de control de repetición en los siguientes términos:

¹ ARTICULO 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.

"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. Al respecto, el Consejo de Estado, ha precisado 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 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 el análisis de 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, normativa expedida el 03 de agosto de 2001, esto es, con anterioridad a la materialización de la conducta que se le endilga al entonces Alcalde Municipal de Turmequé, pues era la norma vigente para la época en que se expidió de la comunicación sin número, del 27 de enero de 2006, a través del cual se notificó a la señora Blanca Lilia Gómez Molina la supresión de su cargo de carrera por un proceso de reestructuración de la Administración Municipal.

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 27 de enero de 2006 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.

2.2.- 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 y 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 conflicto². 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..."*³, 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.

² 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.

³ 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).

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 ella⁴ 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 requisitos⁵**: **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 por el Estado, como dolosa o gravemente culposa; y **v)** que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

Luego, 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.

3.- CASO CONCRETO:

De acuerdo con el material probatorio arrojado al proceso y los lineamientos dados por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, referida a que la Administración, por ostentar la calidad de parte demandante tiene la carga de acreditar oportuna y debidamente los hechos en que se funda la demanda, es preciso establecer si se encuentran reunidos los presupuestos que permitan deprecar la responsabilidad del agente del Estado, así:

3.1. 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*

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. 04-12-2006. Rad. 110010326000199900781-01 (16887). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*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...”*⁷.

En este caso, se encuentra debidamente acreditado que el Municipio de Turmequé fue condenado por este Despacho en primera instancia mediante sentencia del 24 de marzo de 2011, a reintegrar a la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA al "cargó que ocupaba o a uno de igual o superior jerarquía" y al pago de "todos los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta el momento en que sea efectivamente reintegrada"; decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 28 de febrero de 2012 (fl. 23 vto. y 42).

En efecto, en el plenario obra copia de las sentencias de primera y segunda instancia (fl. 12-24 y 26-42) y del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2006-01881-00 donde se advierte que el fallo proferido por el *ad quem* que confirmó la condena impuesta fue notificado por edicto que fue desfijado el 15 de marzo de 2012 (fl. 44).

Así, 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 BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA, como consecuencia de la expedición de la Comunicación sin número, de fecha 27 de enero de 2006, por medio del cual se le notificó la supresión de su cargo de auxiliar administrativo (bibliotecario), como consecuencia de un proceso de reestructuración de la Administración Municipal. Lo anterior, evidencia el cumplimiento de la primera de las exigencias para la prosperidad del medio de control, pues está suficientemente demostrado que al Municipio de Turmequé, a través de una sentencia judicial se le impuso una obligación, tendiente a reparar un daño antijurídico sufrido por la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA.

3.2. Pago efectivo de la condena judicial:

En lo que concierne al pago efectivo de la condena, se allegó con la demanda copia de la Resolución No. 311 del 10 de octubre de 2012, mediante la cual el Municipio de Turmequé resolvió un recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la señora Blanca Lilia Gómez Molina en contra de la Resolución No. 255 del 31 de agosto de 2012 que dispuso el cumplimiento de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia proferidas por este Despacho y por el Tribunal Administrativo de Boyacá, y ordenó el pago de la suma de setenta y ocho

⁷ Consejo de Estado. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

millones trescientos cincuenta y ocho mil trescientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$78.358.398), los cuales fueron cancelados en dos contados en atención al acuerdo de pago celebrado el 16 de octubre de 2015 (fl. 45-52 y 67-68), de la siguiente forma:

- i)** Treinta millones de pesos m/cte. (\$30.000.000), valor que se entregó mediante cheque No. 002214 de fecha 26 de octubre de 2012, girado a nombre de la abogada Deyanira Botía Zuñiga en representación de la señora Blanca Lilia Gómez Molina (fl. 999-1000)
- ii)** Cuarenta y ocho millones trescientos cincuenta y ocho mil trescientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$48.358.398), suma que se entregó mediante cheque No. 000050 del 21 de marzo de 2013, girado a nombre de la abogada Deyanira Botía Zuñiga en representación de la señora Blanca Lilia Gómez Molina (fl. 1001 y 1002).

Se allegaron también, copias de las Resoluciones Administrativas Nos. 2012000487 y 2013000515 de fechas 16 de octubre de 2012 y 21 de marzo de 2013 respectivamente, por medio de las cuales se reconoció la deuda y se ordenó el pago a la apoderada de la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA de lo acordado en atención a la condena impuesta en contra del Municipio de Turmequé, de los comprobantes de egresos Nos. 2012000564 del 16 de octubre de 2012 y 2013000128 del 21 de marzo de 2013 (fl. 989 y 992) por valores de treinta millones de pesos m/cte. (\$30.000.000) y cuarenta y ocho millones trescientos cincuenta y ocho mil trescientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$48.358.398) respectivamente, girados a nombre de la abogada Deyanira Botía Zuñiga en representación de la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA, habiéndose aportado constancia de recibido, y de los cheques Nos. 002214 y 000050 correspondientes a las sumas anteriores que fueron cobrados el 26 de octubre de 2012 y 31 de marzo de 2013 por la abogada Deyanira Botía Zuñiga en representación de la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA.

Revisada la prueba documental obrante en el expediente, se pudo verificar que el Municipio de Turmequé no sólo adelantó los trámites respectivos para pagar la condena impuesta, sino que efectivamente la pagó a la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA a través de su apoderada judicial autorizada para el efecto, según se desprende del acuerdo de pago (fl. 68 y 988), de manera que se satisface la segunda exigencia a que alude la jurisprudencia, para la procedencia de la condena en repetición.

3.3. 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.

Pues bien, se advierte que la parte demandada alega que no se identificó de manera precisa al demandado, pues no se allegó su acto de nombramiento sino el de posesión, cuando se estaba ante un acto complejo que era necesario allegar de manera completa para lograr la plena identificación del ex-agente estatal, por lo que considera que no se reúnen los presupuestos y requisitos para ejercer la acción de repetición.

Sobre el particular, es necesario aclarar que en casos similares como el que nos ocupa, el Consejo de Estado ha dado por acreditada la calidad de ex – alcaldes municipales con la sola existencia del acta de posesión⁸, sin que sea indispensable, tal como alega la parte demandada, acreditar también la existencia del acto de elección para poder establecer la calidad del agente, pues no se está ante un acto complejo; adicionalmente, para acreditar la calidad de un ex – servidor público, la ley y la jurisprudencia han concedido cierto grado de libertad probatoria para acreditar documentalmente tal situación, pues en algunos casos con la sola certificación de tiempo de servicios, se ha tenido como cierta tal calidad⁹.

Así las cosas, se tiene acreditado que el demandado o sujeto cuya responsabilidad se analiza, es el señor VÍCTOR ORLANDO OSORIO ROBAYO, quien se desempeñó como Alcalde Municipal de Turmequé desde el 01 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2007, según se desprende del acta de posesión suscrita por la Notaria Única de Turmequé (fl. 11), de la certificación suscrita por la Secretaría de Gobierno de fecha 08 de junio de 2007 en la que hizo constar que el demandado se había desempeñado en forma ininterrumpida como Alcalde desde el 1º de enero de 2004 (fl. 436¹⁰), como de la Resolución No. 211 del 2006 suscrita por el demandado por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de una indemnización a favor de la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA con ocasión de la supresión de su cargo (fl. 797 s); documentos que acreditan la calidad de servidor público que ostentaba el demandado al momento de los hechos.

Adicionalmente, al folio 993 del expediente, obra copia auténtica de la credencial de elección suscrita por la Registraduría del Estado Civil de

⁸ Ver sentencias del 09 de septiembre de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00257-01-(37823). C.P.: Hernán Andrade Rincón (E). Actor: Municipio de Villeta y del 26 de agosto de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01802-01(35962). C.P.: Hernán Andrade Rincón (E). Actor: Municipio de Sivanía.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02240-01(38800). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁰ Del cuaderno principal del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, expediente 150013331011-2006-01881-00, demandante: Blanca Lilia Gómez Molina, teniendo en cuenta como prueba trasladada.

Turmequé con la cual se confirma que el demandado fue elegido Alcalde Municipal de Turmequé para el periodo 2004-2007.

3.4.- Cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado:

Además de los tres presupuestos analizados en precedencia, resulta de vital importancia examinar si la conducta desplegada por el agente en ejercicio de sus funciones es imputable a título de culpa grave, y si en efecto, éste ocasionó el daño que dio lugar al pago de una condena judicial. No obstante, se advierte en las alegaciones algunos argumentos dirigidos a atribuir también dolo a las actuaciones desplegadas por el demandado, por lo que dicho presupuesto también será estudiado por el Despacho, de forma subsidiaria, en caso de que no se acredite la conducta culposa.

Así entonces, es del caso establecer si se encuentra presente **el elemento subjetivo que permite imputar responsabilidad al demandado**, esto es, si la actuación del 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 del 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 ..."**,¹¹ que en este caso, serían las vigentes al momento de la expedición de la Comunicación sin número de fecha 27 de enero de 2006, a través del cual se le informó a la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA la supresión de su cargo por una reestructuración de la Administración Municipal.

Pues bien, se observa que el artículo 5º de la Ley 678 de 2001 señala 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;*

¹¹ *Ibidem.*

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."*

Por su parte, el artículo 6 de la referida ley, 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*"¹².

La Corte Constitucional¹³ 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*

¹² 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

¹³ Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

legales"¹⁴ (*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"...¹⁵.

De esta forma se garantiza el derecho fundamental al debido proceso del demandado, pues el agente o ex - agente estatal queda habilitado para presentar prueba en contrario que lo libere de responsabilidad¹⁶. 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 el hecho para justificar su actuación y liberarse de responsabilidad.

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.¹⁷

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

¹⁴ 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 (...) Corrobora 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, Seña Editora, 2013, p. 124 y 125.

¹⁵ Consejo de Estado. Dp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755). Ver también providencia de la Sección Tercera Subsección C del 27 de agosto de 2015. Radicación: 110010326000201300108 00 (48016). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

¹⁷ ROCHA, Alvira, Antonio, Op. cit., Pág. 574.

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 calificadas¹⁸, 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.¹⁹

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

¹⁸ 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.”

¹⁹ 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 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.”

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."*²⁰

Finalmente, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo²¹ ha reiterado que la responsabilidad personal del agente en procesos de repetición solo puede predicarse en la medida en que se acredite, al considerar que *"... el criterio que tiene el juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial del Estado no ata al juez de la repetición²², ya que en esta sede judicial puede hacer una valoración y calificación distinta, en la medida en que ya no se ocupa de evaluar la responsabilidad del Estado sino la conducta del agente."*

En este caso, de acuerdo a los planteamiento de la parte demandante, la conducta que sirve de base para imputar responsabilidad al demandado es la expedición del Oficio sin número, de fecha 27 de enero de 2006, a través del cual se comunicó a la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA - quien se encontraba en estado de embarazo- la supresión de su cargo de carrera como resultado de una reestructuración de la Administración Municipal; presupuesto que no fue objeto de contradicción y se encuentra probado documentalmente (ver fl. 22²³ y 188²⁴).

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

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

Descendiendo al sub lite, es pertinente memorar que la parte demandante indica que al retirar del servicio a la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA que se encontraba en estado de embarazo, el ex servidor público VÍCTOR ORLANDO OSORIO ROBAYO actuó con **culpa grave** como quiera que *"...transgredió manifiestamente normas de derecho como lo es la establecida en (...) los artículos 13, 43, 54 de la Constitución Política y (...) el artículo 51 numeral 4º de la Ley 909 de 2004 que dispone la protección*

²⁰ Consejo de Estado. Óp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

²¹ Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección B. sentencia del 08 de julio de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2008-10548-01(42419). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 41001233100019980000101 (29.222), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²³ Del cuaderno principal del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, expediente 150013331011-2006-01881-00, demandante: Blanca Lilia Gómez Molina, tenido en cuenta como prueba trasladada.

²⁴ Ibídem.

a la maternidad, pues está acreditado el estado de embarazo de la señora Blanca Lilia Gómez Molina al momento de su desvinculación y era necesario por parte del municipio darle una protección especial por el deber legal constitucional de proteger los derechos de las mujeres embarazadas en el ámbito laboral.” (fl. 872 y 969)

La entidad accionante funda su planteamiento en la sentencia proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2006-01881-00, que dio origen a la condena, donde se decidió declarar la nulidad de la comunicación sin número de fecha 27 de enero de 2006, por las siguientes consideraciones:

“(…) El Despacho observa que en el presente caso la gravidez de la demandante no es materia de controversia, como quiera que la entidad demandada reconoció el estado de gestación en oficio remitido a la demandante el 8 de febrero de 2006 (fl. 464 Anexo 1), en el cual le señaló que se procedería a realizar el pago la indemnización por su estado de embarazo y si bien la demandante laboró hasta el 27 de enero de 2006 (fl. 243 Anexo 1), la Administración en ningún momento manifestó que su conocimiento sobre el estado de gravidez de la actora fuese posterior a la supresión del cargo.

En el plenario se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 007 del 6 de marzo de 2001 (fl. 313 y 314 del anexo 1) se le encargaron a la demandante las funciones de secretaria de la Administración del Régimen Subsidiado, lo que igualmente se acredita con la certificación expedida por la Secretaría de Gobierno del Municipio de Turmequé en la que constata que la demandante desempeñó las funciones de Secretaria de la Administración del 06 de marzo de 2001 al 27 de enero de 2006 (fl. 243 anexo 1), de donde se colige que la demandante no se encontraba desempeñando las labores de bibliotecario, sino funciones eminentemente secretariales.

Así mismo, se encuentra acreditado que en el Decreto No. 007 del 26 de enero de 2006 (fl. 17 — 20), se crearon cuatro (04) cargos de técnico administrativo y dos asistenciales uno de ellos de secretario. De igual manera, en el Decreto No. 008 del 26 de enero de 2006, que estableció el Manual Específico de Funciones (fl. 5 — 95 del anexo 1) se verificó que tales cargos exigían como requisitos de estudio y experiencia para los cargos técnicos la terminación y aprobación de cuatro años de educación básica secundaria y curso específico de mínimo sesenta horas relacionado con las funciones del

cargo y un año de experiencia relacionada con las funciones del cargo.

Por su parte el nivel asistencial secretario tenía previsto la terminación y aprobación de tres años de educación básica primaria y dos años de experiencia específica con las funciones del cargo; **sin embargo la Administración no acreditó su imposibilidad de revincularla a cualquiera de los mencionados cargos.**

Lo anterior implica que la Administración no acreditó la imposibilidad jurídica de reubicar a la demandante, por lo que incumplió su deber de tomar las previsiones para que, en razón al fuero que la cobijaba fuese re vinculada, en los términos del numeral 4 del artículo 51 de la Ley 909 de 2005. -sic-

Por las razones expuestas el Despacho considera que si bien el Decreto 007 de 2006 conserva su presunción de legalidad, como quiera que no se acreditó que la supresión del cargo desempeñado se hubiese realizado en forma ilegal, **no ocurre lo mismo con el oficio por medio del cual se comunicó la supresión a la demandante y se le retiró del servicio.**

En efecto, dado el deber de protección a la maternidad en atención al fuero de maternidad consagrado constitucional y legalmente, la entidad demandada no podía retirar a la demandante sin acreditar la imposibilidad jurídica de su revinculación razón por la se encuentra afectado de nulidad, razón por la cual se impone acceder a tal pretensión y por ende al restablecimiento solicitado.” (fl. 22 vto. y 23) (Negrilla fuera del texto).

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 28 de febrero de 2012 confirmó la decisión anteriormente adoptada, en los siguientes términos:

“En efecto, el Juzgador de primera instancia no desbordó los límites del asunto puesto a su conocimiento, puesto que la demandante señaló que al momento de implementar la reestructuración se encontraba en estado de embarazo, factor que parecía haber sido el determinante para excluirla de reincorporación a la nueva planta global del Municipio.

Ahora bien, la anterior situación fue controvertida por la parte pasiva de la discordia, quien en la contestación del libelo introductorio de la demanda señaló que la funcionaria Blanca Lilia Gómez Molina, al momento de su retiro se encontraba en estado de embarazo, sin que el Municipio desconociera sus derechos, pues a la luz del artículo 51 numeral 4 de la Ley 909 se le reconocieron los valores indemnizatorios.

Lo anterior permite evidenciar, que la accionante enunció dentro de la causa petendí que su retiro del servicio se produjo en estado de gravidez, por lo que en su sentir le fue vulnerado el derecho al trabajo, a la igualdad, a la estabilidad en el empleo, aduciendo igualmente que fue quebrantado el artículo 125 de la Carta Superior en el sentido de haber sido retirada en forma ilegal del servicio.

Así las cosas, la Sala observa que el debate judicial estuvo delimitado por el aducido en la demanda...” (fl. 41) (Negrilla fuera del texto).

Acorde con lo anterior, es imperioso analizar si la conducta del demandado es gravemente culposa y por ende, determinar si 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 Justicia²⁵ 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.”**

Ahora, 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:

²⁵ 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.

"(...) 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 error 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, el demandado indica que si bien adelantó un proceso de reestructuración administrativa al interior de la Alcaldía Municipal de Turmequé que se materializó con la expedición del Decreto No. 007 de 2006, destaca que la citada reforma administrativa se ajustó a derecho, según lo señalado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en siete (7) fallos de segunda instancia que confirmaron la negativa de prosperidad de las pretensiones en contra del Municipio de Turmequé, al considerar que la acción desplegada por el ex-alcalde obedeció a lo ordenado por el Concejo Municipal de Turmequé y en atención a la autorización otorgada para el efecto; además, precisa que dicha

decisión contó con un estudio técnico elaborado por un profesional idóneo que tuvo en cuenta los criterios guía del Departamento Administrativo de la Función Pública, como las necesidades del servicio y por razones de modernización de la Administración Pública.

En lo que respecta al despido de la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA considera el demandado que fue producto de la reforma administrativa adelantada con fundamento en un estudio técnico que la avaló y que recomendó suprimir el cargo de bibliotecaria que ella ostentaba, ya que en dicha oportunidad no se contaba con biblioteca municipal haciendo innecesario mantener dicho cargo, que en lo que respecta a su estado de embarazo fue oportuna e integralmente indemnizada por la Administración Municipal conforme a la ley (artículo 51 numeral 4 de la Ley 909 de 2004), es más, alega que la indemnización obedeció a que la citada señora no quiso hacer uso de su derecho preferencial que ofrecen las normas de carrera para ser incorporada o reubicada en un empleo igual o equivalente en la nueva planta de personal, pues guardó silencio frente a la comunicación dentro del término previsto en la norma, por lo que hubo que indemnizarla en los términos que prevé el artículo 30 del Decreto 760 de 2005.

Sobre el particular, el Despacho advierte que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 909 de 2004²⁶ es causal de retiro del servicio la supresión del cargo, **que frente a los empleados de carrera administrativa que sean suprimidos sus cargos de los cuales sean titulares "...tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización..."**

En lo que respecta aquellas empleadas en carrera administrativa que se encuentren en estado de embarazo y su cargo haya sido suprimido, la citada norma en su artículo 51 plantea una protección a la maternidad en los siguientes términos:

"... 4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la

²⁶ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."

remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 1o. *Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el artículo 44 de la presente ley.*

PARÁGRAFO 2o. *En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación."*

Por su parte, el Decreto 760 de 2005²⁷ establece el procedimiento a seguir con ocasión de la supresión de cargos de carrera administrativa, en su artículo 28 y ss., al regular el derecho preferencial que tiene los empleados de carrera para ser incorporados o reincorporados en un empleo igual o equivalente, y que en caso de que no sea posible la incorporación o reincorporación tendrá derecho al reconocimiento y pago de una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

De igual forma, se señala que ante la imposibilidad de llevarse a cabo la incorporación "en la nueva planta de personal de la entidad en donde se suprimió el empleo, ya sea porque no existe cargo igual o equivalente o porque aquella fue suprimida" deberá: **i)** comunicarse por escrito esta circunstancia al ex empleado, indicándole, además, el derecho que le asiste de optar por percibir la citada indemnización o por ser reincorporado a empleo de carrera igual o equivalente al suprimido, o de acudir a la Comisión de Personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004²⁸ (artículo 29 ibídem), **ii)** el ex empleado deberá manifestar su decisión

²⁷ "Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones."

²⁸ "d) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser vinculados, cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos;

e) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos;"

de aceptar la indemnización u optar por la revinculación, mediante escrito dirigido al jefe de la entidad u organismo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación. Si no manifestare su decisión dentro de este término se entenderá que opta por la indemnización (artículo 30 *ibídem*).

Se aclara que dicha indemnización se reconocerá y pagará al ex - empleado mediante acto administrativo motivado dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia de alguno de los siguientes hechos: **i)** cuando el ex empleado hubiere optado expresamente por la indemnización; **ii)** cuando el ex empleado no hubiere manifestado su decisión de ser reincorporado; **iii)** cuando al vencimiento de los seis (6) meses para ser reincorporado, no hubiere sido posible su reincorporación en empleo igual o equivalente al suprimido. Y será notificado al interesado y contra ella procede el recurso de reposición (artículo 32 *ibídem*.).

Para el caso que nos ocupa, se advierte lo siguiente:

La reestructuración administrativa estuvo precedida por un estudio técnico que recomendó la supresión de unos cargos, entre ellos, el de la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA de auxiliar administrativo (bibliotecaria²⁹) frente al cual se adujo: *"...no se hace necesario ya que en la alcaldía no existe un volumen considerable de documentos ni biblioteca, por esta razón este cargo no tiene procesos ajustados a su perfil sino que en cambio viene ejerciendo funciones de Secretaria en la Personería"* (fl. 432), situación está que ya había sido estudiada en el Decreto No. 034 del 29 de noviembre de 2002 *"por medio del cual se ajusta el manual de funciones y requisitos mínimos por cargo de la administración municipal"*³⁰, donde se registró la inoperatividad del cargo y la necesidad de que se le asignaran otras funciones, en los siguientes términos: *"...la Biblioteca Municipal no se encuentra funcionando y el funcionario encargado de dicha dependencia viene desempeñándose como auxiliar de la Secretaría de Planeación encargado de administrar las actividades correspondientes al Sisben se le debe reasignar funciones de esa Dependencia"* (fl. 122 s³¹).

El 22 de diciembre de 2005, la señora GÓMEZ MOLINA le comunicó al demandado que estaba embarazada (fl. 188³²).

²⁹ Nominada en periodo de prueba en el cargo de mecanógrafo (bibliotecario), código 5180, grado 05, mediante la Resolución No. 402 del 25 de junio de 1996, luego fue encargada de las funciones del cargo de Secretaria de la Administración del Régimen Subsidiado y Sisben de la Secretaría de Planeación del municipio de Turmequé a través de la Resolución No. 007 del 06 de marzo de 2001 en la que se señaló que se desempeñaba como Auxiliar Administrativo (bibliotecaria), código 550, grado 3 (fl. 367, 379, 397- 398 del cuaderno principal y 243 del anexo 1 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, expediente 150013331011-2006-01881-00, demandante: Blanca Lilia Gómez Molina, tenido en cuenta como prueba trasladada).

³⁰ Cuaderno de anexo 1 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, expediente 150013331011-2006-01881-00, demandante: Blanca Lilia Gómez Molina, tenido en cuenta como prueba trasladada.

³¹ *Ibídem*.

³² Del cuaderno principal del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, expediente 150013331011-2006-01881-00, demandante: Blanca Lilia Gómez Molina, tenido en cuenta como prueba trasladada.

Finalmente, la citada reestructuración se materializó el 26 y 27 de enero de 2006 con la expedición de los **Decretos: No. 006** "Por medio de la cual se establece la estructura orgánica interna y se establecen funciones para la misma." (fl. 485 s); **No. 007** "Por el cual se modifica la planta de personal del Municipio de Turmequé..", y se ordenó la supresión de 18 cargos, incluidos el de la señora Gómez Molina (auxiliar administrativo – bibliotecario, código 550, grado 03) y creó 11 cargos (2 directivos, 3 de profesional, 4 técnicos y 2 asistenciales) (fl. 504 s); **Nos. 008 y 009** por los cuales "se modificó el manual de funciones y requisitos y se ajusta al Manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal del alcaldía de Turmequé Boyacá" (fl. 509 s) y **010 de 2006** "por medio del cual se adopta la nomenclatura y clasificación de los empleos de la planta de personal, y se fijan la escalas de remuneración de las distintas categorías del municipio de Turmequé" (fl. 590 s).

Como consecuencia de lo anterior, el 27 de enero de 2006, el demandado le comunicó a la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA que su cargo había sido suprimido por una reestructuración de la planta personal de la Administración Municipal, en los siguientes términos:

"Por medio de la presente se le notifica que el cargo del cual usted es titular en la administración municipal de turmequé ha sido suprimido a partir del día 27 de enero obedeciendo a:

5. Un estudio técnico de reestructuración elaborado por la administración municipal
6. Los decretos 022 de 17 de agosto de 2005 "por medio del cual se amplía al señor alcalde, el plazo para adelantar el proceso de reestructuración administrativa
7. Decreto 06 de 26 de enero de 2006 por medio del cual se establece la estructura orgánica interna y se establecen funciones para la misma.
8. Decreto 07 del 26 de enero de 2006 por (sic) **Por el cual se modifica la planta de personal del Municipio de Turmequé y se dictan otras disposiciones".**

Como empleado de carrera administrativa usted tiene derecho a lo estipulado en la Ley 909 de 2004, Artículo 44. **Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación,**

reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

La respuesta a esta notificación se debe dar en los términos del Código Contencioso Administrativo.” (fl. 22³³). (Subrayado fuera del texto)

Decantado lo anterior, advierte el Despacho que el daño que se le imputa al demandado y por el cual fue condenada la entidad territorial, no se deriva del proceso de reestructuración administrativa - propiamente dicho- llevado a cabo al interior de la entidad, ya que la Corte Constitucional *“ha sostenido que, la Administración, por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, puede suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos, razón por la cual cuando existen motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que puedan oponérsele los derechos de laborales de los trabajadores afectados con esa medida ya que éstos deben ceder ante el interés general.”*³⁴

Por el contrario, la conducta que se reprocha al demandado es que aun sabiendo que la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA se encontraba en estado de embarazo decide materializar la supresión del cargo sin proceder previamente a incorporarla en un cargo igual o equivalente de la nueva planta de personal que estuviera relacionado con las funciones secretariales que ella en últimas estaba desempeñando debido a la improductividad del cargo de bibliotecaria en el que fue nombrada, pues tal como lo adujo el fallador de la acción ordinaria, podía haberla reubicado en uno de los 4 cargos de técnico administrativo o en el de asistencial de secretario, pero no lo hizo, ni tampoco acreditó en este proceso ni en el de nulidad y restablecimiento del derecho, la imposibilidad jurídica que tuvo para no poderla reincorporar en uno de los cargos que fueron creados con la reestructuración administrativa.

³³ Del cuaderno principal del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, expediente 150013331011-2006-01881-00, demandante: Blanca Lilia Gómez Molina, tenido en cuenta como prueba trasladada.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 9 de septiembre de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00257-01-(37823). C.P.: Hernán Andrade Rincón (E).

Sencillamente, omitió su deber como primera autoridad del Municipio de brindar protección especial a la mujer embarazada, y pretendió trasladar a la ex - empleada de carrera la decisión de escoger entre ser incorporada o ser reubicada en un cargo igual o equivalente de la nueva planta de personal, o de recibir la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, sin dar aplicación a las disposiciones legales de protección a la mujer en estado de embarazo antes citadas, para luego justificar su accionar omisivo con el argumento de que actuó conforme a la ley, ya que como guardó silencio la interesada a ser incorporada había sido autorizado tácitamente a dar aplicación a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 760 de 2005, por lo que procedió a reconocerle la indemnización con ocasión a la supresión del cargo (Resolución No. 211 del 28 de febrero de 2006) (fl. 797 s).

Además de lo anterior, y como quiera que la señora GÓMEZ MOLINA fue retirada del servicio el 27 de enero de 2006, el demandado posteriormente profiere una comunicación el 08 de febrero de 2006 en la que le informaba que le iba a conceder una indemnización por su fuero de maternidad, así:

*"Por intermedio del presente, le comunico que esta Entidad dará cumplimiento a lo contemplado en el ARTICULO 51, numeral 4 de la Ley 909 de 2004, que a la letra dice: **"Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley."** (fl. 820)*

En este caso, se acreditó que dicha indemnización fue cancelada, según se desprende de la certificación suscrita por la Secretaría de Hacienda de Turmequé (fl. 437)³⁵.

No obstante, con el pago de la indemnización mencionada no puede pretender el demandado justificarse con el argumento de que con dicha actuación saneó su omisión de haberla retirado del servicio sin haberle garantizado su protección a la maternidad consagrada constitucional y legalmente en el ámbito laboral, pues es evidente que infringió de forma manifiesta e inexcusable las normas que regulan la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de gravidez³⁶, tal es el caso del artículo 43 constitucional, que prohíbe toda forma de discriminación en contra de la mujer embarazada y lactante, del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo que prohíbe el despido de la mujer en estado de gravidez y de la Ley 909 de 2004 que consagra a favor de las trabajadoras embarazadas una protección especial que prevalece sobre el fuero de carrera y que consiste en la posibilidad de ser reubicadas una vez se produzca la supresión del cargo, ya que el hecho de que una mujer gestante sea retirada de su empleo sin justa causa constituye una forma de discriminación por razón de sexo que jurídica y socialmente es reprochable, porque es una obligación garantizarles la estabilidad en el empleo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que está prohibido el retiro de las empleadas públicas durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto; no obstante, ha planteado como una excepción a la regla que es procedente dicha desvinculación siempre y cuando exista justa causa comprobada y la misma se lleve a cabo mediante resolución motivada en el caso de una empleada pública, así:

*"Al respecto la jurisprudencia constitucional ha denominado que una de las formas de protección de la mujer trabajadora gestante es el fuero de maternidad, que comprende "(i) el derecho de la mujer a acceder a los servicios de salud necesarios para el cuidado de su salud y la su hijo por nacer, (ii) una licencia remunerada por tres meses para atender a su hijo recién nacido, y (iii) **el derecho a gozar de estabilidad laboral reforzada, es decir, a no ser despedida de su trabajo en razón de su***

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ "... la Constitución Política consagra formas especiales de protección a la mujer en estado de gravidez, que tienen la finalidad de garantizar algunos derechos derivados de su situación. Esta salvaguarda pretende proteger al que está por nacer y la vida en condiciones materialmente dignas de la madre gestante. Las normas superiores que contienen este amparo de forma clara y evidente respecto a las mujeres en embarazo se observan en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política. Así mismo, las medidas de protección se encuentran en el bloque de constitucionalidad en estricto sentido, esto es, en los convenios internacionales del trabajo³⁶, debidamente ratificados por Colombia, que forman parte de la legislación interna."

embarazo, durante o después, cuando se encuentra disfrutando la licencia³⁷.

*(...) Ha dicho la Corte Constitucional que "la maternidad no puede ser utilizada como escudo perfecto que permita amparar cualquier conducta de la trabajadora, independientemente de su correspondencia con los términos del contrato de trabajo o de la ley".*³⁸

*En este sentido, el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y 39 del Decreto 1848 de 1969 han prescrito la prohibición del despido de las empleadas públicas o trabajadoras oficiales durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto, y prevén que el despido solo podrá efectuarse por justa causa comprobada y mediante resolución motivada en el caso de empleada pública, por ende, la facultad de remover a una empleada en estado de gravidez es reglada y no discrecional.*³⁹

Luego, para el caso que nos ocupa, la supresión del cargo de auxiliar administrativo (bibliotecaria), que ostentaba la señora GÓMEZ MOLINA en estado de embarazo, hubiera sido legítima si el demandado hubiera comprobado la imposibilidad jurídica para incorporarla en otro cargo igual o equivalente de la nueva planta de personal, pero como tal situación no se comprobó a fin de atacar la referida presunción legal de culpa, se confirma en esta instancia que el acto administrativo que se declaró nulo fue expedido por el demandado con violación manifiesta de la Constitución, de la ley y de la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, en cuanto refiere el demandado que su conducta estuvo amparada en una de las causales de justificación conocida como error invencible, dada su formación de arquitecto y porque su accionar se desplegó en atención a lo que sus asesores le indicaron para ese entonces, es pertinente citar el criterio del Consejo de Estado⁴⁰ que al respecto ha sido claro en señalar que no sirve de excusa para quienes ostentan cargos de dirección o manejo alegar el desconocimiento de las normas de carrera administrativa y de las situaciones administrativas y laborales del personal a su cargo, en razón a que tienen la obligación de asesorarse con las dependencias correspondientes sobre la real situación del trabajador o de buscar asesoría sobre el tema. Así mismo, indicó "... que quienes ejercen

³⁷ Sentencia T-180 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸ Sentencia T-961 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1 de septiembre de 2016. Radicación número: 25899-33-31-001-2007-00432-01(55294). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E).

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2017. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01645-01(43492). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera

cargos de dirección o manejo cuentan con los conocimientos suficientes y la experiencia necesaria para el cumplimiento de sus funciones (experiencia que debe llevarlos al menos a consultar lo que no sepan o respecto de lo cual tengan duda), de suerte que, en los términos de los artículos 6⁴¹ y 121⁴² de la C. P., las omisiones de aquéllos en el cumplimiento de sus deberes los torna responsables de los daños que sus actos llegaren a causar.⁴³, por tanto, tal desconocimiento alegado por el demandado debido a su profesión de arquitecto para justificar su accionar carece de todo fundamento y por ende no es oponible frente al actuar culposo que se presume en su contra.

Adicionalmente, no se advierte del acto administrativo declarado nulo que en la producción del mismo hubiese intervenido otro funcionario diferente al demandado, ni tampoco existe prueba que demuestre que el demandado solicitó concepto de sus asesores para que haya que concluir que fue erróneamente asesorado y por ende atribuirle también responsabilidad, sino por el contrario está claro que el demandado fue el responsable de la conducta que contravino las disposiciones constitucionales y legales, actuando con culpa grave al no garantizarle la estabilidad del empleo a una mujer en condición de embarazo.

Así las cosas, es dable colegir que la expedición del acto administrativo que conllevó la condena al Estado por la cual ahora se repite contra el demandado fue producto de una vulneración manifiesta e inexcusable de las disposiciones legales, toda vez que el demandado tomó la determinación de suprimir el cargo de auxiliar administrativo (bibliotecaria) que ostentaba la señora GÓMEZ MOLINA sin haberle garantizado el fuero de maternidad, pues no existe prueba alguna que corrobore la imposibilidad jurídica que tuvo para su reubicación en la nueva planta de personal antes de retirarla del servicio, y posteriormente indemnizarla.

Decantado lo anterior, se encuentra claro que el demandado incurrió en una conducta gravemente culposa por violación manifiesta e inexcusable de las disposiciones legales que amparan la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada; no obstante, a fin de ahondar en razones que acreditan el cumplimiento del elemento subjetivo establecido para lograr la prosperidad de la acción repetición, se emprenderá también un análisis de las restantes tres presunciones que prevé la norma para imputar responsabilidad a título de culpa grave, a saber:

⁴¹ "Artículo 6.- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

⁴² "Artículo 121.- Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

⁴³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2017. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01645-01(43492). C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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 de conformidad con el artículo 315 numeral 7º de la Constitución Política y el artículo 91, literal d), numeral 4º de la Ley 136 de 1994 le corresponde al Alcalde "*Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes...*", adicionalmente el exalcalde hoy demandado, según se desprende del Acuerdo No. 022 de 2005 estaba autorizado por el Concejo Municipal de Turmequé para ejercer pro tempore funciones para adelantar la reestructuración administrativa (fl. 364 s), por lo que se entiende que tenía la facultad de suprimir los empleos de las dependencias de la Alcaldía Municipal.

iii) En la expedición del acto de supresión del cargo 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 jurisprudencia⁴⁴ son válidos cuando en su producción se cumple con los siguientes elementos: la voluntad, la competencia⁴⁵, el objeto⁴⁶, los procedimientos⁴⁷, la motivación⁴⁸ y la finalidad⁴⁹ sin los cuales están viciados de nulidad.

Para el caso que nos ocupa el acto que comunicó la supresión del cargo fue declarado nulo por infringir el fuero de maternidad, esto es, por no acreditarse la imposibilidad jurídica para revincularla a cualquiera de los cargos creados con la reestructuración administrativa, lo cual tiene que ver con la motivación del mismo la cual no fue suficiente ya que no se comprobó la justa causa para su retiro, esto es, no se adujo adicional a la supresión del cargo cual era la imposibilidad jurídica para reubicarla en la nueva planta de personal ni tampoco se probó la misma, omisión que devino en la expedición

⁴⁴ 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.

⁴⁵ "La competencia, entendida como una serie de poderes, de facultades y de atribuciones otorgadas por la Constitución y las leyes, conllevan a que en un momento dado un servidor público tenga o no capacidad para definir determinado asunto y " se vincula a los hechos y antecedentes del hecho y del Derecho aplicable"⁴⁵ 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.

⁴⁶ "El objeto del acto administrativo, no es otro sino el responder al administrado todas las cuestiones propuestas, y aún las que no lo han sido, y debe responder a la finalidad señalada en las normas que entregan competencia al servidor público que lo emite." 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.

⁴⁷ "Se vincula como elemento del acto administrativo, el procedimiento a seguir como regla previa a cumplir por parte de la administración, en la medida en que asegura la intervención del destinatario de la decisión administrativa en defensa de sus intereses, en los eventos en que se puedan afectar sus derechos adquiridos o de imposición de cargas u obligaciones, haciendo del particular un colaborador dentro de la actuación administrativa." 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.

⁴⁸ "La motivación del acto administrativo se considera obligatoria, aún cuando la misma puede surgir del texto de la decisión o de los antecedentes que dieron origen al acto." 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.

⁴⁹ "En cuanto a la finalidad, entendida como de bien común, es también enunciada como elemento esencial del acto administrativo, al indicarse que éste debe cumplir con la finalidad que surja de las normas que otorgan competencia al funcionario, sin que sea lícito perseguir fines, públicos o privados, distintos a los que justifiquen determinada decisión. 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.

La necesidad de que el acto administrativo cumpla con todos los elementos esenciales que se han mencionado atañe, no solo a la correcta gestión pública, sino, además, al interés del destinatario de la decisión administrativa; en tal medida su omisión ha sido calificada como vicio de nulidad." 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.

irregular del acto administrativo en razón a que se vulneró los derechos y garantías del fuero de maternidad al suprimirse el cargo sin consideración alguna.

iv) Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal, al respecto se advierte que no se emprenderá un estudio del mismo, como quiera que no es aplicable al caso.

En consecuencia, está claro que el demandado con su accionar incurrió en una conducta gravemente culposa desconociendo inexcusablemente preceptos constitucionales y legales que regulan la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, en este caso de la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA, protección comúnmente denominada fuero de maternidad y del periodo de lactancia, que prohíbe el despido o retiro del servicio por motivo o con ocasión del embarazo; además, al expedir el acto administrativo que suprimió el cargo omitió las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable, esto es, no adujo ni acreditó en el acto administrativo la imposibilidad jurídica que tuvo para no haberla reubicado en la nueva planta de personal, sino que decidió suprimir el cargo e indemnizarla en atención a las normas de carrera sin garantizarle su fuero de maternidad, por lo que tal accionar confirma una vez más la conducta gravemente culposa del ex -agente del Estado y habilita a este estrado judicial para proferir condena en su contra en sede de repetición, por la suma de dinero que tuvo que pagar la entidad territorial por la condena que le fue impuesta en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2006-01881-00.

Advierte el Despacho que se releva de abordar un análisis de las presunciones del dolo, como quiera que al haberse acreditado la conducta gravemente culposa del demandando se satisface el elemento subjetivo que señala la norma para declarar la responsabilidad personal del ex - agente y ordenar el reintegro de los dineros que fueron cancelados a título de indemnización por la entidad territorial, siendo innecesario emprender otro estudio adicional.

Finalmente, en relación con la carga de la prueba que debe asumir la parte demandada cuando se invierte dicha obligación, el Consejo de Estado ha señalado que debe probarse **"la inexistencia del hecho o de las circunstancias del cual se infieren para liberar su responsabilidad patrimonial"**⁵⁰. Se observa que el demandado no

⁵⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de septiembre de 2016. Radicación número: 40001-23-31-000-2010-00311-01(51946). C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E).

logró controvertir la presunción de culpa que le fue endilgada por la entidad demandante pues se centró en justificar la legalidad de la reestructuración administrativa que fue adoptada en su mandato, cuando el error consistió en haber desconocido las disposiciones legales que garantizaban estabilidad laboral reforzada por estado de embarazo a la señora GÓMEZ MOLINA, pues no probó la imposibilidad jurídica que tuvo para reubicarla en la nueva planta de personal. En ese orden de ideas, es claro que se encuentran demostrados los elementos indispensables para declarar la responsabilidad patrimonial del señor VÍCTOR ORLANDO OSORIO ROBAYO, por lo perjuicios que le fueron ocasionados al Municipio de Turmequé con la condena que le fue impuesta debido a la conducta gravemente culposa desplegada por el ex -agente cuando ejercía el cargo de Alcalde Municipal.

4. De la cuantificación de la condena.

Se procede a cuantificar la condena de conformidad con lo previsto en el **artículo 14 de la Ley 678 de 2001**, que prevé: *"Cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo o la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición."*

Para el efecto, se advierte que el acto administrativo que fue declarado nulo -Oficio sin número del 27 de enero de 2006- y por medio del cual se le comunicó a la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA la supresión del cargo, fue expedido por el Alcalde hoy demandado pues se reitera no existe prueba alguna en el expediente que acredite la participación de otro servidor público en la producción del mismo. Adicionalmente se insiste que se encuentra acreditado que la conducta del agente fue gravemente culposa como quiera que quebrantó las normas de protección constitucional y legal del fuero de maternidad y del periodo de lactancia en el ámbito laboral y no existe prueba alguna que libere de responsabilidad al demandado, por lo que le se condenará a restituir a la entidad demandante la suma de setenta y ocho millones trescientos cincuenta y ocho mil trescientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$78.358.398), valor que deberá actualizarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., esto es, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

Finalmente, se dará aplicación a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 678 de 2001⁵¹ y como quiera que no existe petición alguna que señale el plazo de cumplimiento de la obligación, el Despacho dispondrá de oficio como plazo para el pago de la condena seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, lo cual guarda coherencia con lo decidido recientemente por el Tribunal Administrativo de Boyacá⁵² al precisar que: *"...siguiendo lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 678 de 2001 y, como quiera, que ninguna de las partes se pronunció frente al plazo para cumplir la condena, la Sala establecerá de oficio, como plazo para el pago de la condena, ciento ochenta (180) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia..."*; adicionalmente se advierte a la entidad demandante que en atención a lo previsto en el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 678 de 2001, una vez se cumpla el referido plazo sin que se haya acreditado por parte del demandado el pago de la condena que le fue impuesta, deberá promover el correspondiente proceso ejecutivo ordinario de conformidad con lo previsto en el artículo 306 del CGP.

5. 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 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"***⁵³, máxime si se tiene en cuenta que ***"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 de los entes de control"***⁵⁴.

⁵¹ **ARTÍCULO 15.** Ejecución en caso de condenas o conciliaciones judiciales en acción de repetición. En la sentencia de condena en materia de acción de repetición la autoridad respectiva de oficio o a solicitud de parte, deberá establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002

Una vez vencido el término sin que el repetido haya cancelado totalmente la obligación, la jurisdicción que conoció del proceso de repetición continuará conociendo del proceso de ejecución sin levantar las medidas cautelares, de conformidad con las normas que regulan el proceso ejecutivo ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil. **Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002**

⁵² Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 20 de abril de 2017. Radicado No. 15001333301320140002301. M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

⁵³ 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).

⁵⁴ 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

Posición adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en pronunciamiento de fecha 02 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 naturaleza⁶⁵; **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 entidad demandante 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 2003⁵⁵, fíjese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda⁵⁶, esto es, la suma de setecientos ochenta y tres mil quinientos ochenta y tres pesos con noventa y ocho centavos (\$ 783.583,98).

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,

⁵⁵ "Artículo 6. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...) III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 3.1. ASUNTOS. (...) 3.1.2. Primera instancia. (...) Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."

⁵⁶ Fl. 7 del expediente.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable al señor VÍCTOR ORLANDO OSORIO ROBAYO en su calidad de ex – alcalde del Municipio de Turmequé a título de culpa grave, como consecuencia de la condena que le fue impuesta a la entidad territorial con ocasión de la declaratoria de nulidad del oficio sin número del 27 de enero de 2006, por medio del cual se comunicó la supresión del cargo de la señora BLANCA LILIA GÓMEZ MOLINA, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR al señor VÍCTOR ORLANDO OSORIO ROBAYO, a pagar la suma de setenta y ocho millones trescientos cincuenta y ocho mil trescientos noventa y ocho pesos m/cte. (\$78.358.398). Suma que deberá ser indexada con fundamento en los índices de precios al consumidor, esto es, en los términos del artículo 187 del CPACA y deberá ser pagada en el plazo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia. Vencido dicho término sin que el demandado haya acreditado el pago de la condena que le fue impuesta, la entidad deberá promover el correspondiente proceso ejecutivo ordinario en los términos del artículo 306 del CGP.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

CUARTO: 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 setecientos ochenta y tres mil quinientos ochenta y tres pesos con noventa y ocho centavos (\$ 783.583,98).

QUINTO: Por Secretaría, devuélvase al Archivo de la Rama Judicial ubicado en el Barrio Santa Rita de la ciudad de Tunja el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 150013331011-2006-01881-00 que se encuentra relacionado en los procesos que fueron archivados por este Despacho y que fue remitido en calidad de préstamo.

SEXTO: 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.

SEPTIMO: RECONOCER personería jurídica a la abogada PAOLA SOFIA BARAJAS BAUTISTA como apoderada del Municipio de Turmequé, de acuerdo al poder obrante a folio 962 del expediente.

OCTAVO: 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