

ACCION DE REPETICION - Condena a Contraloría General de la República por retiro del servicio de empleada / DAÑO ANTIJURIDICO - Condena impuesta mediante sentencia proferida por juez contencioso de segunda instancia en la que se ordenó reintegro y pago de salarios a Jefe de División Seccional Nivel Ejecutivo retirada de la Seccional Territorial Examen de Cuentas en Montería Córdoba

En sentencia del 6 de marzo de 1997, el Tribunal Administrativo de Córdoba declaró la nulidad de la resolución n.º 09597 de 25 de octubre de 1995, mediante la cual el Contralor General de la República –DAVID TURBAY TURBAY- retiró del servicio a la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS. Como consecuencia ordenó su reintegro al cargo que venía desempeñando, al tiempo que condenó a la demandada a pagarle los sueldos, primas, subsidios, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se hiciera efectivo.

DOCUMENTOS PUBLICOS - Valor probatorio a los aportados en copia simple

Es de anotar que si bien los documentos públicos (...) relacionados fueron aportados en copia simple i) se tiene certeza sobre su autoría, pues la señora LÓPEZ HOYOS, quien los suscribe obtuvo la orden de restablecimiento, a la que los mismos se refieren; ii) el original se encuentra en poder de la entidad pública obligada a su conservación y iii) el demandado no los tachó del falsos, antes por el contrario, fundó en ellos su defensa. (...) Documentos estos que analizados en conjunto con el acervo probatorio dan lugar a considerar que los cheques se libraron con el propósito de satisfacer la obligación, sin que resulte necesario exigir la remisión del original, tampoco su autenticación, por tratarse de un título valor girado a nombre de un tercero que reposa en el archivo del banco librado.

ACCION DE REPETICION - Régimen legal / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AGENTES DEL ESTADO - Legislación aplicable. Tránsito de legislación

Sin perjuicio de las particularidades de la regulación del artículo 90 superior, desde antes de su entrada en vigencia, el ordenamiento jurídico contemplaba la posibilidad de obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, con fundamento en los artículos 20, 51 y 62 de la Constitución de 1886 que en correspondencia con el Decreto-ley 01 de 1984 dejaron sentado el marco para establecer la responsabilidad de los funcionarios por los daños ocasionados por sus actuaciones dolosas o gravemente culposas en ejercicio de sus funciones, al tiempo que introdujo la posibilidad de demandar ante la jurisdicción contenciosa a la entidad y al funcionario causante del perjuicio, con la precisión de que, en los eventos en los cuales resultare condenada la entidad, podría repetir lo pagado contra este. Con fundamento en la Constitución Política de 1991, la Ley 80 de 1993 reguló lo atinente a la responsabilidad de los servidores públicos, contratistas, consultores, interventores y asesores con ocasión de la actividad contractual del Estado; la Ley 136 de 1994 incluyó la repetición dentro de los principios rectores de la Administración Municipal; la Ley 270 de 1996 reguló la procedencia de la misma acción frente a funcionarios y empleados judiciales y la Ley 446 de 1998 impuso el deber de acudir en repetición, siempre que las entidades públicas resultaren condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor, para lo cual atribuyó competencia y señaló un término de caducidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 20 / CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 51 / CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 62 / DECRETO LEY 01 DE 1984 / LEY 80 DE 1993 / LEY 136 DE 1994 / LEY 270 DE 1996 / LEY 446 DE 1998

ACCION DE REPETICION - Regulada por la Ley 678 de 2001 norma no aplicable al presente asunto para calificar la conducta observada del Ex Contralor General de la Nación en el mes de octubre de 1995 / RESPONSABILIDAD DE EX CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA. FUNCIONARIO PUBLICO - Se analizó a la luz del artículo 90 constitucional y de los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984 / CADUCIDAD Y PROCEDIMIENTO DE LA ACCION DE REPETICION - Se resolvió con fundamento en la Ley 678 de 2001

A su turno la Ley 678 de 2001 reguló lo concerniente a la acción de repetición, tanto en los aspectos sustanciales y procesales, al tiempo que precisó su alcance. Ahora, sabido es que las leyes sustanciales no tienen efectos retroactivos, salvo en materia penal o laboral, cuando resultan beneficiosas a la parte débil de la relación jurídica que se pretende resolver; de tal suerte que, dado el carácter impositivo y retaliatorio de la ley en comento, en cuanto trata de hacer efectiva una condena de orden patrimonial, las previsiones de la Ley 678 no le resultan aplicables al actor, excepto en los aspectos procesales, estos si de aplicación inmediata, en los términos del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. (...) los aspectos sustantivos, particularmente en lo atinente al marco jurídico para calificar la conducta observada por el ex servidor demandado en el mes de octubre de 1995, cuando el mismo profirió la resolución n.º 09597, la Sala no considerará las previsiones de la Ley 678 de 2001, no obstante, tal como lo demuestra el trámite al que se sujetó desde sus inicios, la ritualidad de este juicio ha seguido en todo las previsiones de la citada disposición. En ese orden de ideas, unas son las normas que se tomarán en cuenta para analizar la conducta del actor en octubre de 1995 y otras las adoptadas para la sustanciación y ritualidad del juicio. Siendo así, para efecto de determinar si el actor deberá ser condenado a responder en repetición, su proceder se analizará a la luz del artículo 90 constitucional y de las previsiones de los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, empero lo que concierne a la competencia, caducidad y procedimiento se resolverá como hasta la fecha, con fundamento en las previsiones de la Ley 678 de 2001

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001 / LEY 153 DE 1887 / DECRETO 01 DE 1984

FACTOR DE COMPETENCIA EN ACCIONES DE REPETICION - Criterio de conexidad. Acogido en la Ley 678 de 2001 / LEY 678 DE 2001 - Disposición contraria a las reglas de competencia funcional en razón de la cuantía regulada en la Ley 446 de 1998 / LEY 678 DE 2001 - Norma que determinó la competencia del juez contencioso para conocer de la acción de repetición / CRITERIO DE CONEXIDAD Y EL FACTOR SUBJETIVO - Desplazaron la determinación de la competencia en razón de la cuantía./ COMPETENCIA PARA CONOCER ACCION DE REPETICION - Por el factor subjetivo corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Para la fecha de presentación de la demanda se encontraba vigente la Ley 678 de 2001 -4 de agosto de 2001-, que reguló lo concerniente a la distribución del factor competencia en las acciones de repetición, acogiendo el criterio de conexidad, disposición contraria a las reglas generales sobre competencia funcional en razón de la cuantía, establecidas en la Ley 446 de 1998 y, aunque la normatividad en la

materia no contiene una derogatoria expresa de esta última, deberá privilegiarse aquella, tanto por ser posterior, como en razón de la especialidad. (...) Siendo así y en consideración a que con la demanda que se resuelve se pretende repetir en contra del ex Contralor DAVID TURBAY TURBAY, en razón de la condena proferida en contra de la entidad actora por esta jurisdicción, atendiendo al factor subjetivo, corresponde a esta Sala establecer si, como en la demanda se sostiene, el 25 de octubre de 1995, el antes nombrado actuó de manera dolosa o gravemente culposa, y debe responder patrimonialmente, en cuanto dispuso el retiro de la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ mediante resolución n.º 09597, anulada por esta jurisdicción.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la competencia para conocer de las acciones de repetición, consultar auto de 21 de abril de 2009 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

PRESUPUESTOS DE LA ACCION DE REPETICION - Para su prosperidad

Para la prosperidad de la acción de repetición se requiere: i) una condena contra el Estado por daños imputables a la acción y omisión de alguna autoridad; ii) que la entidad pública condenada haya cumplido con la víctima y iii) que en la demanda se alegue y demuestre que la condena fue impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del servidor o ex servidor público demandado o del particular mientras ejerció funciones públicas.

CONDENA IMPUESTA A LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Se ordenó pago de sueldos, primas y demás emolumentos dejados de percibir por empleada retirada del servicio en acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Se logró establecer que, en sentencia proferida el 6 de marzo de 1997, el Tribunal Administrativo de Córdoba i) declaró nula la resolución n.º 09597 de 25 de octubre de 1995, mediante la cual el ex contralor General de la República dispuso el retiro del servicio de la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS expedida por Contralor General de la República, al tiempo que ordenó el reintegro de la antes nombrada al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y el restablecimiento de sus derechos patrimoniales, vulnerados, consistente en sueldos, primas, subsidios, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se hiciera efectivo el reintegro. Decisión confirmada en sentencia de 12 de octubre de 2000, proferida por esta Corporación. Aunque se echan de menos piezas fundamentales de la actuación laboral, se infiere que el proceso tuvo origen en la demanda instaurada por la antes nombrada contra la Contraloría General de la República, porque el demandado dispuso su retiro del servicio, alegando que la afectada no alcanzó “el puntaje mínimo aprobatorio previsto en la convocatoria”.

ACTO ADMINISTRATIVO QUE RETIRO DEL SERVICIO A EMPLEADA - Anulado por juez contencioso administrativo de primera instancia por desviación de poder

La Contraloría General de la República resolvió convocar a concurso de méritos a la actora en razón de que ocupaba el cargo y que, como la misma no obtuvo calificación satisfactoria, resolvió retirarla del servicio, mediante acto administrativo que el Tribunal Administrativo de Córdoba anuló. El Tribunal encontró probada la desviación de poder, por cuanto, a su juicio, la desvinculación de la señora LÓPEZ

HOYOS no mejoró el servicio, toda vez que la persona designada en reemplazo no cumplía con los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo, lo que puso de manifiesto la ilegalidad del acto, en tanto los fines perseguidos no tuvieron que ver con el buen funcionamiento del servicio. Decisión que esta Corporación confirmó. Se sostuvo que si bien la actora podía ser removida de su cargo, incluso sin motivación y que el bajo puntaje obtenido por la misma para ingresar a la carrera podía alegarse como necesidad del servicio, no así la designación en su lugar de quien no reunía los requisitos para el ejercicio del cargo.

PAGO DE CONDENA POR LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Se acreditó mediante acto administrativo que ordenó pago a beneficiaria de todos los emolumentos dejados de percibir

Para acreditar el segundo de los requisitos, esto es, el pago de la condena, la entidad demandada allegó al proceso en copia auténtica i) las resoluciones n.º 02566 de 7 y 02579 de 13 de junio de 2001, mediante las cuales se dispuso el reintegro de la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, al cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02, en la Gerencia Departamental de Casanare y ii) la resolución n.º 00816 de 10 de septiembre de 2001, por la cual el Director Financiero de la Contraloría General de la República ordenó pagar a la beneficiaria todos los emolumentos dejados de percibir por valor de \$ 277'455.262,00.

DOLO Y CULPA GRAVE DEL EX SERVIDOR - No los probó la Contraloría General de la República aducidos en contra del Ex Contralor con la expedición del acto administrativo que retiró del servicio a empleada / CULPA GRAVE O DOLO - Exigen manifestación de reproche al sujeto que ocasionó el perjuicio a la administración las que no se acreditaron

En lo que tiene que ver con la conducta del funcionario, analizada en razón de la expedición de la mentada resolución, es menester señalar que bajo la égida de los artículos 90 Constitucional, 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, corresponde al demandante probar la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario que dio lugar a la condena, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. norma que siguiendo el principio generalmente aceptado en materia probatoria dispone que incumbe a cada una de las partes probar los supuestos de hecho que alega. Carga esta que no fue cumplida por la entidad demandante, pues la Contraloría General de la República si bien demostró que el ex contralor retiró a la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, mediante acto administrativo cuya legalidad fue desvirtuada por desviación de poder y el demandado no contradujo su actuación, de ella no se sigue que el servidor actuó con dolo o culpa grave. La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se exige entonces adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino una negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que, no admite comparación ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios. Se concluye entonces que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / DECRETO 1 DE 1984 - ARTICULO 77 / DECRETO 1 DE 1984 - ARTICULO 78 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177

DESVIACION DE PODER - No se demostró con el acto administrativo la nueva designación de la empleada / DESVIACION DE PODER - No se acreditó por la Contraloría General de la República que la designación de la nueva empleada admitía la calificación de dolosa o gravemente culposa / DESVIACION DE PODER - Acaecida en el acto administrativo anulado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no puede ser endilgada al servidor que la profirió con fines de repetición

Resta por considerar la conducta del ex contralor TURBAY TURBAY a la luz de la designación de quien no reunía las calidades mínimas exigidas para el ejercicio del cargo del que la actora había sido retirada. Aspecto este que si bien fue considerado por esta Corporación para fundar en él la desviación de poder, no quedó demostrado en este asunto, pues la Contraloría no arrimó al plenario el acto administrativo correspondiente a la designación, como tampoco los elementos probatorios que habrían permitido a la Sala analizar si la designación de quien reemplazó a la señora LÓPEZ HOYOS, admite la calificación de dolosa o gravemente culposa. (...) Cabe precisar que en el marco de un Estado de derecho, respetuoso de las garantías constitucionales, a cuyo tenor la inocencia y buena fe habrán de ser debidamente desvirtuadas, esto es con sujeción al debido proceso y por ende sin menoscabo del derecho de defensa, no resulta posible imponer una sanción, trayendo a colación aspectos decididos en otro asunto, al que el inculpado no fue convocado.

ACCION DE REPETICION - No puede traerse a esta el cargo de desviación de poder analizada en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que el Ex Contralor General de la República no fue convocado

De suerte que así sobre la validez de la resolución n.º 09597 del 25 de octubre de 1995 no pueda volverse, de ello no se sigue que la desviación de poder establecida en la misma le pueda ser endilgada al servidor que la profirió, con fines de repetición. (...) lo ideal habría tenido que ver con que la señora LÓPEZ HOYOS permaneciera en el cargo hasta ser reemplazada por quien hubiera logrado superarla en méritos, como lo exige el servicio y el respeto a las previsiones constitucionales y legales en la materia, no es dable sostener que el ex Contralor actuó con negligencia inexcusable, porque no aguardo a reemplazar a la funcionaria debidamente, si se considera que, en todo caso el Acuerdo n.º 003 y las convocatorias 01, 02, 03 y 04 del mismo año, además de encontrarse vigentes para cuando se produjo la desvinculación y, amparadas bajo la presunción de legalidad, no estaban siendo cuestionadas por exigir un puntaje mínimo para permanecer en el cargo, -razón esta alegada por el demandado en este asunto para disponer el retiro de la funcionaria-. Aspecto este que si bien no era el único que se debía considerar, al punto que el acto administrativo debió anularse, a juicio de la Sala excluye la culpa grave e impone absolver al demandado de la condena que el ente de control pretende en su contra. (...) toda vez que la señora LOPEZ HOYOS se presentó a la convocatoria, participó y, bajo reglas que no estaban siendo cuestionadas, no superó el puntaje mínimo establecido, lo que condujo a su desvinculación de un cargo para entonces ya calificado de carrera, es decir que debía ser provisto por quien demostrara las mejores condiciones para el efecto. En este punto debe considerarse que al margen de que no se mejoró el servicio, porque el contencioso de nulidad así lo estableció, el punto no se discutió en el sublite, como las garantías del demandado lo exigen, de donde cabe concluir que las imputaciones argüidas por la actora en contra del demandado no fueron probadas.

RESPONSABILIDAD DEL EX CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - No se configuró conducta dolosa o gravemente culposa con el retiro del servicio de empleada por no aguardar el retiro hasta proveer el cargo por méritos / ACCION DE REPETICION - Finalidad sancionar a administradores que actúan con intención de dañar o con negligencia

El ex contralor TURBAY TURBAY, llamado a direccionar y garantizar la buena marcha del concurso, le correspondía conocer que las convocatorias estaban demandadas y habían sido suspendidas, ello no implica que la sola decisión de retirar del servicio a quien no superó las pruebas para el ingreso configure de suyo una conducta dolosa o gravemente culposa i) como quiera que bien podía considerar, como lo sostuvo esta Corporación en la sentencia de 12 de octubre de 2000, ya referida, que la señora LÓPEZ HOYOS ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción y ii) que el resultado adverso de la prueba daba lugar a retirar a la funcionaria del servicio, sin más. Lo anterior aunque lo deseable tenía que ver con aguardar el retiro hasta proveer el cargo por méritos, es decir con el mejor calificado en el concurso. Proceder que, si bien se echa de menos, no da lugar a imponer la condena que se pretende. En este punto cabe recordar que la acción de repetición no se estableció para sancionar a administradores deficientes, alejados de los ideales del servicio, sino a quienes, al margen de falencias fácilmente advertidas a posteriori, actuaron con intención de dañar o de manera desprovista de toda justificación o actuaron con negligencia lata.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-26-000-2002-00051-01(23670)

Actor: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Demandado: DAVID TURBAY TURBAY

Referencia: ACCION DE REPETICION

Resuelve la Sala la acción de repetición presentada contra el ex contralor General de la República DAVID TURBAY TURBAY.

I. ANTECEDENTES

El 1º de octubre de 2002, la Contraloría General de la República, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de repetición, solicitó declarar patrimonialmente responsable al doctor DAVID TURBAY TURBAY por los perjuicios causados con ocasión del pago que la misma debió asumir por la condena impuesta en las sentencias de 6 de marzo de 1997 y 12 de octubre de 2000 -folio 1 del cuaderno principal-.

1.1. LA DEMANDA

Conforme al texto de la demanda, la entidad demandante pretende las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare administrativamente responsable al Doctor DAVID TURBAY TURBAY por los daños y perjuicios ocasionados a la Nación– Contraloría General de la República-, por su conducta dolosa, al expedir la Resolución n.º09597 del 25 de octubre de 1995, mediante la cual, en su condición de Contralor General de la República, nominador, para la época, retiró del servicio a la doctora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, quien se desempeñaba en el cargo de Jefe de División Seccional, Nivel Ejecutivo, Grado 14–División de Jurisdicción Coactiva, Dirección Seccional Córdoba; actuación que fue declarada nula por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante sentencia del 06 de marzo de 1997 –Expediente n.º 7482.

2.- Que como consecuencia de dicha declaratoria, se condene al Doctor DAVID TURBAY TURBAY al pago o reintegro a favor de la Nación Contraloría General de la República, de las sumas de dinero que se le cancelaron a la doctora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, con fundamento en la referida sentencia de condena, que anuló los actos administrativos proferidos por este, al haberse expedido con notoria desviación de poder, y por negligencia, es decir, en forma gravemente culposa.

3.- Que sobre la suma que se le ordene reintegrar a favor de la Nación Contraloría General de la República, se condene al Doctor DAVID TURBAY TURBAY, a pagar intereses comerciales desde la fecha de ejecutoria de la providencia que pongan fin a este proceso, hasta que dicho pago se haga efectivo.

Para el efecto puso de presente los siguientes hechos:

1.- La señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS se vinculó a la Contraloría General de la República en el Cargo de Jefe de Grupo Nivel Administrativo Grado 12 Seccional Territorial Examen de Cuentas en Montería–Córdoba¹.

2.- Con fundamento en el artículo 110 de la Ley 106 de 1993, el Consejo Superior de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República i) definió los parámetros para realizar el concurso de méritos acorde con el acuerdo 003 de 3 de marzo de 1995; ii) diseñó las convocatorias n.º (s) 01, 02, 03 y 04, limitadas a quienes para entonces se encontraban posesionados en los nuevos cargos de carrera y llenaran los requisitos allí establecidos y iii) señaló el 6 de septiembre de 1995 para adelantar la prueba de conocimientos que efectivamente realizó.

3. Mediante sentencia C-514 del 14 de noviembre de 1994, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la Ley 106 de 1993, que dictó normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, declaró *“INEXEQUIBLES las referencias que, en el artículo 122 (...) se hacen a los siguientes empleos: Jefe de Unidad, Director, Jefe de Unidad Seccional, Jefe de División Seccional, Profesional Universitario grados 13 y 12 y Coordinador”*, por cuya virtud quienes se encontraban desempeñando cargos que en principio eran de libre nombramiento y remoción pasaron a desempeñar cargos de carrera administrativa.

4.- Dentro del marco del ejercicio de la acción pública de nulidad, formulada contra el acuerdo 003 del 3 de marzo de 1995 y las convocatorias n.º (s) 01, 02, 03 y 04, esta Corporación i) decretó la suspensión provisional de las disposiciones demandadas en los términos del auto de 15 de septiembre de 1995, confirmado mediante auto de 4 de diciembre de 1995 y ii) anuló los actos administrativos el 20 de febrero de 1997.

5.- Mediante resolución n.º 09597 del 25 de octubre de 1995, anulada según sentencia de 6 de marzo de 1997, confirmada el 12 de octubre de 2000, el demandado, en su condición de Contralor General de la República, resolvió retirar del servicio a la doctora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS.

6.- En cumplimiento de la decisión judicial, la Contraloría General de la República reintegró a la antes nombrada al cargo de Coordinadora de Gestión, Nivel

¹ Se echa de menos la fecha de ingreso a la Contraloría General de la República.

Ejecutivo, Grado 02 en la Gerencia Departamental de Casanare, mediante resoluciones n.º (s) 02566 de 7 de junio de 2001 y 02579 de 13 de junio del mismo año y, según resolución n.º (s) 00816 del 10 de septiembre de 2001, ordenó cancelar a su favor la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$277'455.262,00) por concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde el momento en que se produjo su desvinculación, hasta cuando efectivamente se dispuso el reintegro.

7.- El 22 de enero de 2002, el Comité de Conciliación de la Contraloría General de la República rindió concepto favorable para el ejercicio de la acción de repetición en contra del doctor DAVID TURBAY TURBAY, fundado en que, el antes nombrado en su condición de contralor y en ejercicio de la facultad nominadora, procedió a retirar del servicio a la doctora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, pasando por alto la declaratoria de suspensión provisional del acuerdo n.º 003 del 3 de marzo de 1995 y de las convocatorias n.º (s) 01, 02, 03 y 04 del 13 de marzo de 1995, posteriormente anuladas mediante sentencia de 20 de febrero de 1997.

8.- Lo último dado el desconocimiento de los postulados de los artículos 13 y 268 de la Carta Política y por violación directa al principio de igualdad; pues se expidieron con el objeto de promover un concurso limitado a quienes se encontraban posesionados en el cargo.

9.- A juicio de la Contraloría, el demandado debió abstenerse de retirar a la funcionaria, pues la decisión de proceder en consecuencia se fundó en decisiones de carácter general, para entonces suspendidas provisionalmente -acuerdo 003 de 1995 y las convocatorias 01 a 04-. Se señala que si bien la decisión no se encontraba en firme, pues, cuando se profirió la resolución 09597 de 1995, la resolución del recurso de reposición aún pendía, la eventualidad de la confirmación debía evaluarse y ello no sucedió. De donde se concluye que el funcionario actuó con desviación de poder.

1.2. INTERVENCIÓN PASIVA

1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado, por conducto de apoderado, se opone a la prosperidad de las pretensiones –folio 71 del cuaderno principal-. De antemano señala i) que las previsiones establecidas en la Ley 678 de 2001, concretamente la presunción de que tratan los artículos 5º y 6º² no le resulta aplicable, pues los hechos de la demanda ocurrieron en vigencia de los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984 y con antelación a que la Ley 446 de 1998 entrara en vigor y ii) que el 25 de octubre de 1995, cuando el mismo tomó la decisión de retirar a la señora LÓPEZ HOYOS, con el objeto de hacer efectivo el derecho de quienes se presentaron y ganaron el curso–curso, adquiriendo una situación laboral que les permitía el ingreso a la carrera administrativa, la presunción de legalidad que amparaba el Acuerdo n.º 003 de 1995 y a las convocatorias no había sido desvirtuada. En consecuencia, para el demandado, la Contraloría General de la República actuó con sujeción a actos administrativos legalmente vigentes, si se considera que la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS no superó el puntaje mínimo establecido en la convocatoria y por esa razón fue retirada del servicio, mediante resolución n.º 09597 de 25 de octubre de 1995.

² ARTÍCULO 5o. DOLO. *La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.

2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. *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.*

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

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. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Violar ~~manifiesta o inexcusablemente~~ el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Agrega que, si bien el acto en mención sería anulado posteriormente, no se puede negar que se expidió con el ánimo de respetar los derechos adquiridos de quienes ganaron el concurso; al amparo de actos cobijados bajo presunción de legalidad. En este orden el demandado concluye que las pretensiones deben negarse, pues no se le puede endilgar dolo o culpa grave, aunado a que la Procuraduría lo absolvió por los mismos cargos y la Fiscalía General de la Nación precluyó la investigación en su contra, mediante providencia del 10 de agosto de 2001.

1.3 ALEGATOS

1.3.1. PARTE ACTORA

En sus intervenciones finales, la parte actora insiste en las pretensiones de la demanda, –folio 280 del cuaderno principal-, fundada en que están probados los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición. Esto porque i) la Contraloría General de la República fue condenada por haber retirado del servicio a la doctora Luisana del Carmen López Hoyos y en consecuencia a reintegrarla al cargo y reconocerle los perjuicios causados; ii) el monto de la condena fue pagado oportunamente; iii) la conducta del demandado fue gravemente culposa, en tanto incurrió en evidente “desviación de poder”, pues para reemplazar a la funcionaria antes nombrada designó a quien no cumplía los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del cargo, contrariando la motivación que le servía de sustento y iv) fundó la actuación en actos que habían sido suspendidos por esta Corporación.

Para la entidad demandante las normas aplicables al caso concreto, en lo que tienen que ver con la conducta del demandado, son las previsiones del artículo 90 de la Constitución Política y los artículos 77, 78 y 86 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto se ocupan de la responsabilidad de los agentes estatales que, por razón de su actuar doloso o gravemente culposo, causan un perjuicio a la entidad en la que se desempeñaban. Concluyó que los presupuestos para la acción de repetición no varían, en vigencia de la Ley 678 de 2001, aunque si las presunciones de culpa grave y dolo, estas últimas solo aplicables para juzgar conductas acaecidas en vigencia de la misma.

Por último, la Contraloría precisa, en cuanto a la oportunidad, que la acción fue instaurada a tiempo, pues el pago se realizó el 20 de noviembre de 2001 y la demanda se presentó el 1º de octubre de 2002.

1.3.2. MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado intervino para solicitar que se denieguen las súplicas de la demanda –folio 287 del cuaderno principal-, en tanto no se demostró la conducta dolosa o gravemente culposa de ex-funcionario, aunado a que los documentos aportados, relativos al pago, no merecen ser considerados, pues fueron aportados en copia simple, es decir sin cumplir los requisitos de autenticidad que exige la ley.

En ese orden de ideas sostuvo:

“La declaración de nulidad de los actos administrativos, la condena impuesta en sentencia ejecutoriada, así como la acreditación del pago de las sumas de dinero, dejarían establecida la existencia de los dos primeros elementos. La demostración de dolo o culpa grave de los ex servidores en la expedición de los actos, establecería el tercer elemento.

Se allegaron los siguientes documentos, en original:

Sentencia de 6 de marzo de 1997,....

Sentencia de 12 de octubre de 2000,....

Resolución No. 00816 de 10 de septiembre de 2001,....

Los elementos de juicio referidos, permiten tener como probada la nulidad del acto administrativo que expidió quien es demandado en este proceso, así como la orden de reintegro de la empleada, la condena a pagarle lo dejado de devengar desde el retiro hasta que ese reintegro se produjera, la expedición de las resoluciones respectivas expedidas por la Entidad demandada para dar cumplimiento al fallo del Consejo de Estado.

Sin embargo de lo anterior, se observa que no se acreditó el pago de tales sumas.

En efecto, se allegaron en fotocopia simple, las constancias de paz y salvo a favor de la Contraloría General de la República, en la que se hace constar que Luisana López recibió la suma de \$141.000.000, representada en el cheque 092277 del banco Santander; con fecha 23 de octubre de 2001 y \$130.827.380, representado en cheque 092278, de 20 de noviembre de 2001, del Banco Santander (fls. 45 a 49).

Como tales documentos fueron aportados en fotocopia simple, no sirven para acreditar el hecho que se pretende, por cuanto, por regla general, las partes están obligadas a aportar los originales de los documentos que se requieran para soportar sus pretensiones o medios de defensa; excepcionalmente, y en los casos señalados expresamente por el legislador, se autoriza la prestación de copia de los mismos, bajo el estricto cumplimiento de las formalidades allí establecidas, esto es, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 253 y 254

del C.P.C. sin el lleno de esas exigencias, mal podría dársele mérito probatorio a las copias de documentos, sin incurrir en error de derecho.¹

Así las cosas, como los documentos referidos, soporte de las pretensiones, no se encuentran en los casos previstos en las disposiciones del estatuto Procesal Civil, no tienen alcance jurídico y, por ende, no pueden ser apreciados porque carecen de todo valor probatorio.

Estas falencias probatorias no permiten obtener claridad sobre la oportunidad para demandar ni sobre la legitimación de la entidad para hacerlo, por cuanto no se acreditó que efectivamente se hubiera realizado el pago de la condena que impuso el Consejo de Estado, lo cual constituye el fundamento para repetir contra el ex-Contralor General.

No obstante lo anterior, y si bien esas circunstancias serían suficientes para denegar las pretensiones de la demanda, se observa igualmente, que el tercer elemento, esto es que la condena fuera producto de la actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario que expidió el acto y que ahora es demandado en acción de repetición, tampoco se encuentra demostrado, toda vez que la nulidad del acto de retiro y sus consecuencias de orden económico, per se no llevan a darle tal calificación a la conducta del funcionario.

(...)

En el sub iudice, para el Ministerio Público, los elementos de juicio aportados al proceso no permiten afirmar que el comportamiento asumido por el entonces Contralor General de la República, fuere doloso o gravemente culposo, como quiera que no se acreditó que el ex-funcionario en este preciso evento hubiere obrado en contra de las finalidades del servicio, o trasgredido en forma manifiesta la Constitución o la ley, o incurrido en una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.²

En primer lugar, una es la relación procesal que surgió con ocasión de la demanda de la nulidad de la resolución 09597 de 1995, y otra ésta en que se pretende que el servidor público que las expidió responda patrimonialmente. Esta circunstancia, implica que las conclusiones a que haya arribado el juez de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para determinar la nulidad del acto, no obligan ni determinan necesariamente la decisión de juez de la acción de repetición para establecer el dolo o la culpa grave, cuya acreditación resulta esencial para la prosperidad de esta acción.

¹ Sentencia de 13 de marzo de 1996, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. 4708. "(...) conforme a lo dispuesto por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, es posible aportar documentos al proceso, en copias, las cuales tienen el mismo valor probatorio del original, tan sólo en los casos específicamente señalados en la última de las normas mencionadas. Ello significa, entonces, que asignarles mérito probatorio a copias o reproducciones mecánicas de documentos que no reúnan los requisitos indicados en uno cualquiera de los tres numerales del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, implica que por el sentenciador se incurra en un error de derecho. (...)" (Subrayas fuera de texto).

² En punto a la culpa grave y el dolo, el artículo 83 del C.C., dispone: "Clases de culpa y dolo – La Ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

(...)

La prosperidad de la acción de repetición, exige que se demuestre verdadera y determinadamente la culpa grave o el dolo con que actuó el servidor en la creación y/o expedición del acto de la administración, sin que sea jurídicamente admisible tener como único soporte de la misma la sentencia mediante la cual se declaró la nulidad de las resoluciones, toda vez que en ese debate procesal el hoy demandado, no tuvo derecho a pedir pruebas, ni a contradecir los hechos y los medios probatorios solicitados, aportados y/o practicados a instancia de quienes si eran partes en ese otro proceso.

Cuando se demanda por vía de repetición, la entidad actora tiene la carga de demostrar el presupuesto de la actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario cuya actuación dio lugar a la condena, y sobre quien recae la presunción de inocencia, máxime en la época en que ocurrieron los hechos, cuando no existía una definición legal de presunciones de dolo o culpa grave – aparecieron luego con la Ley 270 de 1996 y la Ley 678 de 2001. La entidad no puede limitarse, como en este caso, a enunciar los actos administrativos, su nulidad y el pago de la indemnización decretada; el proceso se debe enmarcar en hechos concretos sobre la responsabilidad del servidor y, por sobre todo, las pruebas que así lo demuestren. En este evento no se acreditó la conducta endilgada al demandado, y por tanto las pretensiones no tienen vocación de prosperidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala resolver si el ex Contralor de la República DAVID TURBAY TURBAY, debe ser condenado a reintegrar las sumas efectivamente pagadas, en cuanto expidió la resolución n.º 09597 de 1995, anulada por esta jurisdicción, mediante sentencias de 6 de marzo de 1997 y 12 de octubre de 2000, que dieron lugar al restablecimiento de los derechos de la servidora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS por concepto de salarios dejados de percibir, desde el momento en que se produjo su desvinculación hasta cuando fue reintegrada al servicio. Deberá en consecuencia la Sala establecer si el demandado actuó con dolo o culpa grave, pues sólo así estará obligado a responder en los términos del artículo 90 constitucional.

2. HECHOS PROBADOS

2.1. Cuestión previa

Las pruebas documentales aportadas en las oportunidades procesales respectivas serán valoradas, por cumplir los requisitos legales. Igualmente los documentos con apoyo en los cuales el demandado fundamentó su defensa. No siendo de recibo la observación de la Procuraduría General de la Nación sobre la aportación en copia simple de los documentos relativos al pago, si se considera que fueron allegados por la entidad pública, en cuyo archivo reposan los originales y su validez no fue confrontada en el proceso.

2.1.1. En sentencia del 6 de marzo de 1997, el Tribunal Administrativo de Córdoba declaró la nulidad de la resolución n.º 09597 de 25 de octubre de 1995, mediante la cual el Contralor General de la República –DAVID TURBAY TURBAY- retiró del servicio a la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS. Como consecuencia ordenó su reintegro al cargo que venía desempeñando, al tiempo que condenó a la demandada a pagarle los sueldos, primas, subsidios, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se hiciera efectivo el reintegro – copia auténtica visible a folio 13 del cuaderno principal-, así:

1.- Declárese la nulidad de la resolución n.º 09597 de octubre 25/95, expedida por el Contralor General de la República mediante la cual se retiró del servicio a la demandante.

2.- Ordénase el reintegro de LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y remuneración.

3.- Ordénase a la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA reconocer y pagar a la actora los sueldos, primas, subsidios, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta cuando sea reintegrada al servicio.

4.- La suma que resulte de la condena anterior será actualizada de acuerdo con la variación del IPC entre la fecha de desvinculación y la ejecutoria de esta providencia. Dichos valores devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria y moratorios después de este término.

5.- Declárese que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la actora, desde el momento de su desvinculación hasta la fecha en que se produzca su reintegro.

Para el efecto puso de presente los siguientes argumentos:

La demandante se encontraba vinculada a la Contraloría General de la República en el cargo de Jefe de División Seccional, Nivel Ejecutivo, grado

14, que de conformidad con el artículo 122 de la Ley 106/93 era de libre nombramiento y remoción. En sentencia C-514 de 16 de noviembre de 1994 la Corte constitucional, al revisar la constitucionalidad del referido artículo, dejó sentado que dicho cargo no es de libre nombramiento y remoción sino de carrera. En razón de ese fallo el Consejo Superior de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República convocó, en marzo 3/95 según acuerdo 003, un concurso para vincular a la carrera administrativa a los funcionarios que desempeñaban los empleos señalados por la decisión de la Corte Constitucional.

La actora participó en el concurso y no alcanzó el puntaje mínimo para clasificar, por lo cual mediante la resolución acusada se produjo su retiro del servicio, en octubre 25/95.

El acuerdo 003 que convocó a concurso fue demandado en acción de nulidad y fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado por auto de septiembre 15/95; decisión que fue recurrida y solo quedó en firme en diciembre 4/95.

Vistos los anteriores antecedentes, se tiene:

No está demostrado que la actora se encontrara inscrita en carrera administrativa, cuando fue desvinculada del servicio.

Según el inciso segundo del artículo 110 de la Ley 106/93 para el desempeño de los cargos de carrera establecidos en dicha ley, a los que se agregan los indicados como tales por la sentencia C-514/94 de la Corte Constitucional, tendrán prelación los empleados vinculados a la Contraloría, quienes podrán ser inscritos en el escalafón de la carrera administrativa en período de prueba, con el cumplimiento previo de los requisitos establecidos para cada cargo y las evaluaciones que determine el Contralor. En razón de ello se convocó el concurso que fue suspendido posteriormente por el Consejo de Estado.

Como la suspensión provisional solo quedó en firme en diciembre 4/95, cuando ya se había producido la resolución acusada, dicho fallo no afectará la situación jurídica por él creada. Por lo que tienen validez los actos realizados en cumplimiento del concurso convocado para proveer dichos cargos.

La cuestión a resolver es: ¿se podrá retirar del servicio al funcionario no inscrito en carrera, que no aprobó el concurso en el cual participó para optar al cargo de carrera que desempeña?

No ganar el concurso lo que impide es la designación del aspirante en período de prueba en el cargo, pero no conduce directamente a que se le desvincule si lo ejerciere, pues ello no está constituido como causal específica de retiro del servicio en el artículo 149 de la Ley 106/93; la desvinculación se produce cuando se designe a quien ganó el concurso (subrayas de la Sala).

Pero si nadie obtuvo calificación aprobatoria el concurso deberá declararse desierto y hacerse nueva convocatoria, de conformidad con los artículos 126 y 134 de la misma ley; sin embargo el nominador continúa con la facultad de retirar al funcionario ineficiente mediante declaratoria de insubsistencia del

nombramiento, sin necesidad de motivar el acto y para mejorar el servicio, de conformidad con el artículo 107 del Decreto 1950/73.

En el caso estudiado lo procedente ha debido ser designar en período de prueba a quien obtuvo calificación aprobatoria o convocar a nuevo concurso si nadie la obtuvo; y en este último caso también podía declarar insubsistente el nombramiento del funcionario para mejorar el servicio. Pero no ocurrió así, pues se retiró del servicio a la demandante aduciendo “no haber alcanzado el puntaje mínimo aprobatorio previsto en la convocatoria” y más tarde, en otro acto administrativo, se designó en provisionalidad en el mismo cargo a otra persona, quien no acreditó el cumplimiento de los requisitos mínimos para el desempeño del empleo. (Folios 22, 227, 230, 233), lo que es indicativo de que no se mejoró el servicio, siendo que la demandante demostró buen desempeño en la institución y haber participado en seminarios y cursos de capacitación (subrayas de la Sala).

El artículo 9 de la Ley 27/93, que establece que el nombramiento del empleado escalafonado en la carrera deberá declararse insubsistente cuando haya obtenido calificación de servicios insatisfactorio, no es aplicable en el caso analizado pues él regula una situación propia de los empleados inscritos en carrera administrativa y la actora no lo estaba.

Se concluye de lo anterior que el acto acusado no fue expedido para mejorar el servicio, por lo que deberá accederse a las pretensiones de la demanda.

2.1.2. En sentencia de 12 de octubre de 2000, el Consejo de Estado confirmó la decisión anterior. Para el efecto sostuvo que la entidad incurrió en desviación de poder –folio 22 del cuaderno principal-, en estos términos:

“Son tres los argumentos centrales de la actora para solicitar la nulidad del acto demandado: primero que se violaron sus derechos como funcionaria inscrita en carrera; segundo que el acto es ilegal por cuanto a la fecha de su expedición el acuerdo y la convocatoria al concurso habían sido suspendidos provisionalmente en razón a que la norma exigía que los concursos fueran abiertos; y tercero que se desmejoró el servicio por cuanto en su reemplazo fue nombrada una persona que no reunía los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

En cuanto al primero de los aspectos, en reiteradas ocasiones esta Sala ha expresado que no existe escalafonamiento automático en carrera, y que para ingresar a ella es necesario que se agoten todas y cada una de las etapas previstas por la norma; el pilar de la carrera administrativa está en la elección por meritos y la capacidad de quien es seleccionado para ingresar en ella.

En Sentencia C-030 de 1997 la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 5 y 6 de la Ley 61 de 1987 y 22 de la Ley 27 de 1992 que determinaban que, quienes a su entrada en vigencia ocuparan cargos de carrera podían inscribirse solo demostrando su cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo. Dijo la Corte:

“...esas normas facilitan el ingreso y permanencia en la carrera administrativa de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (desempeñando un cargo de carrera), no requieren someterse a un proceso

de selección para evaluar sus méritos y capacidades. Así se desconocen, no solo el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, sino los principios generales que éste sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia de la administración pública (artículos 13 y 209 de la Constitución)".

No es de recibo pues, la argumentación del accionante sobre su escalafonamiento en la carrera administrativa. Para ingresar a ella es menester cumplir los requisitos que para el efecto señala la ley, lo cual ha debido probar. Como no lo hizo, debe entonces considerarse como funcionaria de libre nombramiento y remoción (subrayas de la Sala).

Respecto al segundo de los argumentos, esta Sala, al resolver un caso similar, en sentencia del 19 de noviembre de 1998, expediente No. 16645, ACTOR: JOSÉ ENRIQUE FERNÁNDEZ VALDEZ, con ponencia de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas, dijo:

"...En cuanto al cargo de que el acto fue expedido cuando la convocatoria al concurso había sido suspendida provisionalmente por la jurisdicción contencioso administrativa, dirá la Sala que ello no es cierto. Como da cuenta el plenario a folio 35 vto, la providencia quedó en firme el 11 de diciembre de 1995 al desatarse el recurso de reposición interpuesto y el acto acusado, como es sabido, fue proferido el 25 de octubre anterior.

Pero además, ningún reparo hizo el actor a la convocatoria para que fuera inaplicada por ilegalidad o inconstitucionalidad, lo que llevaría a tener como consolidada su situación jurídica frente al concurso..."

Circunstancias de hecho similares a las transcritas anteriormente se presentan en este caso ya que el acto acusado fue proferido también el 25 de octubre de 1995, es decir antes de la suspensión provisional del acuerdo.

Sin embargo, mediante sentencia del 20 de febrero de 1997, Expediente No. 11690, Actor. Rafael Bolívar Guerrero, fueron declarados nulos el acuerdo 03 de 1995 y la convocatoria 03 del mismo año. Se dijo entonces:

"Es por lo anterior que los actos acusados resultan contrarios a los anteriores postulados, pues al convocar a concurso y exigir como presupuesto sine quanon que sus aspirantes se encontraran debidamente posesionados, viola de manera ostensible la aludida provisión de empleo de carrera en forma democrática, limitando el ingreso a la misma de las personas que no están posesionadas en tales empleos, contrariando el principio de igualdad ante la ley que inspira el régimen constitucional colombiano (artículo 13 C.N.)"

Como es sabido la sentencia que recae en la acción de nulidad surte efectos frente a todas las personas en cuanto declara la nulidad y retrotrae la situación como si el acto nunca hubiese existido, sin perjuicio de las situaciones consolidadas.

Pero en el caso de la demandante mal puede hablarse de situación consolidada aunque el acto hubiera sido proferido con anterioridad a la declaratoria de nulidad del acuerdo y la convocatoria que dieron lugar a su desvinculación pues esa decisión, la del retiro, fue demandada

oportunamente argumentando la contrariedad de los actos anulados con la Constitución y la Ley.

*Así las cosas, se tiene que la actora participó y no superó las pruebas en un concurso que fue declarado nulo, es decir, que los resultados obtenidos no tendrían validez **para estos efectos.***

Pero ello no obsta para examinar la situación atendiendo su condición que, como se dijo, era de empleada de libre nombramiento y remoción, estudio encaminado a establecer si se presentó el alegado desmejoramiento del servicio, lo cual podría llevar a una desviación de poder, tercer vicio que la demandante endilga al acto acusado.

Cuando se dispuso el retiro, la actora no estaba escalafonada en carrera, no tenía período fijo, ni gozaba de ninguna otra forma de relativa estabilidad en su empleo (subrayas de la Sala).

Siendo ello así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador (subrayas de la Sala).

Como se sabe, cuando se adopta una medida semejante se supone inspirada en razones de buen servicio, finalidad principal de la función pública, y el acto que la contenga lleva implícita la presunción de legalidad, que desde luego admite prueba en contrario.

Según se expresa en la resolución número 09597 de 1995, el Contralor General de la República decidió retirar del servicio a la actora porque no obtuvo el puntaje requerido para superar el concurso a que se refirió la convocatoria número 03 de 1995, para proveer el cargo que ocupaba.

Significa lo anterior, que el nominador quien legalmente podía reservarse los motivos que lo llevaron a remover de su empleo a la señora López Hoyos, pues ésta ostentaba la condición de funcionaria de libre nombramiento y remoción, hizo explícito el motivo que lo indujo a adoptar esa determinación.

A juicio de la Sala, bien podía el nominador esgrimir como fundamento para retirar a la demandante del cargo, en el caso sub lite, el resultado de una evaluación. Tal razón no se opone al buen servicio; todo lo contrario, pues es innegable que la buena marcha de la administración pública depende un gran medida del recurso humano, el cual debe ser idóneo y calificado para prestar el servicio que demanda la gestión pública.

La demandante señala que el acto no estuvo encaminado al mejoramiento del servicio ya que la persona designada en su reemplazo no cumplía los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del empleo. Cree la Sala que este argumento está llamado a prosperar por las siguientes razones.

Conforme a la convocatoria 03/95 que obra a folio 163 del Cuaderno 2, los requisitos para ocupar el cargo de jefe de división seccional era título profesional universitario y formación de postgrado o dos años de experiencia profesional o relacionada.

Examinada la evaluación de la hoja de vida de la demandante (fls. 169 a 171 C.2), que comprendió experiencia profesional o relacionada (hasta 5 puntos),

cursos y títulos (hasta 20 puntos), y distinciones (hasta 10 puntos) se encuentra que le fueron asignados 20,5 puntos. Sin embargo al resolverse el recurso de reposición mediante la resolución 470 del 5 de octubre de 1992 (fls. 165 a 167 del Cuaderno 2)) se modificó tal valor para reconocer por este aspecto los 35 puntos posibles. Es decir, que la demandante cumplía cabalmente, aún más superaba, los requisitos mínimos para ocupar el empleo y de su hoja de vida se desprende que era una funcionaria calificada.

De otra parte, según obra al cuaderno 2, su reemplazo fue designado mediante resolución 11346 del 12 de diciembre de 1995 (fls. 441 y 442), tomando posesión el 8 de febrero de 1996 (fl. 446), sin ostentar título profesional según se señala en el oficio de la misma fecha suscrito por la Jefe de la División de Registro y Control (fl. 448).

En sana lógica, si para determinar la permanencia de un funcionario en el empleo la entidad consideró definitiva la evaluación, entre otros, de su hoja de vida, lo cual supone, por lo menos, el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para su desempeño, no tiene sentido alguno reemplazarlo por otro que no los cumpla.

Si bien, no superara una evaluación que la entidad estima necesaria para desempeñar el empleo, puede aceptarse como una razón acorde con las necesidades del buen servicio para el retiro del funcionario, resulta contradictorio que en su reemplazo se designe a una persona que ni siquiera hubiera podido aspirar a someterse a tal evaluación por no reunir las condiciones mínimas necesarias para ocupar el cargo, pues se presume que el retiro de la actora buscaba la prestación de un mejor servicio con un recurso humano, idóneo y calificado (subrayas de la Sala).

Si bien ha sido criterio de la Sala que los actos de retiro y nombramiento son independientes entre sí, y las calidades que pueda ostentar el reemplazo no necesariamente afectan la validez de la declaratoria de insubsistencia, en este caso, atendiendo los motivos dados por la entidad, se llega a la conclusión de que el servicio se vio desmejorado precisamente por esa razón, lo cual conduce a una desviación de poder.

En resumen, considera la Sala que se desvirtúan las necesidades del mejor servicio cuando de la motivación se infiere el interés de la entidad por prestar el servicio con personas de las mejores calidades que las de la demandante, y, sin embargo, se deja sin proveer el empleo por más de tres meses y se designa a un empleado que no reúne siquiera los requisitos mínimos exigidos para su desempeño.

2.1.3. La Contraloría General de la República, en cumplimiento de la decisión anterior, profirió la resolución n.º 02566 de 7 de junio de 2001 para disponer el reintegró a la señora López Hoyos –folio 35 del cuaderno principal-. En estos términos:

Artículo Primero: *Reintegrar a LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, al cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 01, en la Gerencia Departamental de Casanare de la Contraloría General de la República, de conformidad con la parte motiva de esta Resolución.*

Artículo Segundo: La señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS deberá asumir sus funciones dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación de la presente.

2.1.4. Mediante resolución n.º 02579 de 13 de junio de 2001, la Contraloría General de la República aclaró la resolución que antecede –folio 64 del cuaderno principal-.

Artículo Primero: Aclarar la Resolución 02566 del 07 de Junio de 2001, artículo 1º, la cual quedará así: Reintegrar a LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, identificada..., en el cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02, en la Gerencia Departamental de Casanare.

2.1.5. Consta además que en los términos de la resolución n.º 00816 de 10 de septiembre de 2001, el Director Financiero de la Contraloría General de la República ordenó pagar a la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS la suma de \$ 277'455.262,00, correspondiente a los emolumentos dejados de percibir, en cumplimiento de la orden de restablecimiento –folio 39 del cuaderno principal-.

2.1.6. El pago de la condena se hizo efectivo en dos contados, el primero por valor de \$ 141.000.000,00 el 23 de octubre de 2001, según paz y salvo y constancia de recibo de la misma fecha –copia simple visible a folio 46 del cuaderno principal-, que dice:

“PAZ Y SALVO A FAVOR DE LA NACIÓN-CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Yopal (Casanare), Octubre 23 del 2001

De: Contraloría General de la República
Gerente Departamental- Carlos Cárdenas O.

Para: Luisana Del Carmen López Hoyos

Que recibí la suma de CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$141'000.000), representados en el cheque No. 092277 del Banco Santander, de fecha 23 de octubre de 2001, por concepto de la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Córdoba,....

Que el reconocimiento y pago de la mencionada cantidad fue ordenado mediante Resolución No.00816 del 10 de septiembre de 2001, emanada de la Contraloría General de la República.

LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS

CARLOS CARDENAS ORTÍZ
Gerente Departamental de Casanare

2.1.6.1. El segundo contado por valor de \$130'827.380,00 se hizo efectivo el 20 de noviembre de 2001, según paz y salvo expedido por la beneficiaria –copia simple visible a folio 48 del cuaderno principal-:

“PAZ Y SALVO A FAVOR DE LA NACIÓN-CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Yopal (Casanare), Noviembre 20 del 2001

De: Contraloría General de la República
Gerente Departamental–Carlos Cárdenas O.

Para: Luisana Del Carmen López Hoyos

Que recibí la suma de CIENTO TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$130'827.380), representado en el cheque No. 092278 del Banco Santander, de fecha 20 de noviembre de 2001, por concepto de la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Córdoba,....

Que el reconocimiento y pago de la mencionada cantidad fue ordenado mediante Resolución No.00816 del 10 de septiembre de 2001, emanada de la Contraloría General de la República.

LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS

CARLOS CARDENAS ORTÍZ
Gerente Departamental de Casanare

Es de anotar que si bien los documentos públicos antes relacionados fueron aportados en copia simple i) se tiene certeza sobre su autoría, pues la señora LÓPEZ HOYOS, quien los suscribe obtuvo la orden de restablecimiento, a la que los mismos se refieren; ii) el original se encuentra en poder de la entidad pública obligada a su conservación y iii) el demandado no los tachó del falsos, antes por el contrario, fundó en ellos su defensa.

2.1.7. Obran copia de los cheques girados por las mismas cantidades a favor de LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS –copia simple visible a folios 45 y 47 del cuaderno principal-.

BANCO SANTANDER
Cheque No. 092277
200 –10–23
\$141'000.000.00
LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS

BANCO SANTANDER
Cheque No. 092278
2001-11-20
\$130.837.380.00
LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS

Documentos estos que analizados en conjunto con el acervo probatorio dan lugar a considerar que los cheques se libraron con el propósito de satisfacer la obligación, sin que resulte necesario exigir la remisión del original, tampoco su autenticación, por tratarse de un título valor girado a nombre de un tercero que reposa en el archivo del banco librado.

2.1.8. Consta que el 23 de enero de 2002, el Comité de Conciliación de la Contraloría General de la República resolvió iniciar acción de repetición en contra del doctor DAVID TURBAY TURBAY, fundado en que los actos anulados fueron expedidos con *“falsa motivación, expedición irregular y quebrantamiento de normas jurídicas de superior jerarquía”* –folio 49 del cuaderno principal-. Se destaca:

“Los miembros del Comité de Conciliación acogen el estudio que se trajo a esta sesión y en consecuencia se dictamina a favor de la procedencia de instaurar la acción de repetición en contra del Contralor General de la República de la época doctor DAVID TURBAY TURBAY. Este caso es similar a otros que han convocado en anteriores oportunidades la atención del comité de conciliación en cuanto que también tiene que ver con la nulidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante, decisión producida por el doctor DAVID TURBAY TURBAY aprovechando que el Acuerdo No. 003 de 1995 se encontraba vigente pues a pesar de que el Consejo de Estado lo había suspendido en forma provisional, en su contra se interpuso el recurso de reposición que estaba pendiente de ser resuelto para la fecha en que se emitió el acto de insubsistencia. En consecuencia hay méritos suficiente para iniciar la acción de repetición en contra del doctor DAVID TURBAY TURBAY, toda vez que se observa que la decisión por él emitida estaba afectada por los motivos de falsa motivación, expedición irregular y quebrantamiento de normas jurídicas de superior jerarquía. Se recuerda que mediante el Acuerdo 003 del 3 de Marzo de 1995, el Consejo Superior de convocatorias 01, 02, 03 y 04, en el que sólo podían participar los empleados que se encontraban debidamente posesionados en los nuevos cargos de carrera y llenaran unos requisitos que allí se establecían. En relación con el accionante se había argumentado que su salida de la entidad obedecía al hecho de que no había aprobado el concurso en el cual había participado para optar el cargo de carrera que ella desempeñaba. Adicionalmente en el fallo del Tribunal se dejó expresa constancia que el doctor DAVID TURBAY TURBAY había obrado al declarar insubsistente el nombramiento de la actora por razones diferentes al buen servicio (...)” (subrayas de la Sala).

Previamente a resolver la Sala se ocupará de los siguientes aspectos: I) la legislación aplicable; II) la competencia para conocer de la acción de repetición y III) los presupuestos para la prosperidad de la misma; para luego resolver las pretensiones.

3. LA LEGISLACIÓN APLICABLE

Dado el tránsito legislativo en la materia, resulta pertinente detenerse en el marco normativo que rige la acción instaurada por la Contraloría General de la República en contra del ex contralor DAVID TURBAY TURBAY, el 1º de octubre de 2002, por un acto administrativo proferido el 1º de octubre de 1995, es decir en vigencia de la carta constitucional que hoy nos rige; empero antes de que se expidiera la Ley 678 de 2001.

Ahora, sin perjuicio de las particularidades de la regulación del artículo 90 superior, desde antes de su entrada en vigencia, el ordenamiento jurídico contemplaba la posibilidad de obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, con fundamento en los artículos 20³, 51⁴ y 62⁵ de la Constitución de 1886 que en correspondencia con el Decreto-ley 01 de 1984 dejaron sentado el marco para establecer la responsabilidad de los funcionarios por los daños ocasionados por sus actuaciones dolosas o gravemente culposas en ejercicio de sus funciones⁶, al tiempo que introdujo la posibilidad de demandar ante la jurisdicción contenciosa a la entidad y al funcionario causante del perjuicio⁷, con la precisión de que, en los eventos en los cuales resultare condenada la entidad, podría repetir lo pagado contra este.

Con fundamento en la Constitución Política de 1991, la Ley 80 de 1993 reguló lo atinente a la responsabilidad de los servidores públicos, contratistas, consultores,

³ Art. 20.- *Los particulares no son responsables ante la autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas"*

⁴ Art. 51.- *Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este título.*

⁵ Art. 62.- *La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y el modo de hacerla efectiva.*

⁶ Artículo 77 del C.C.A.

⁷ Artículo 78 del C.C.A.

interventores y asesores con ocasión de la actividad contractual del Estado⁸; la Ley 136 de 1994 incluyó la repetición dentro de los principios rectores de la Administración Municipal⁹; la Ley 270 de 1996 reguló la procedencia de la misma acción frente a funcionarios y empleados judiciales¹⁰ y la Ley 446 de 1998 impuso el deber de acudir en repetición, siempre que las entidades públicas resultaren condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor, para lo cual atribuyó competencia y señaló un término de caducidad¹¹.

A su turno la Ley 678 de 2001 reguló lo concerniente a la acción de repetición, tanto en los aspectos sustanciales y procesales, al tiempo que precisó su alcance:

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

Ahora, sabido es que las leyes sustanciales no tienen efectos retroactivos, salvo en materia penal o laboral, cuando resultan beneficiosas a la parte débil de la relación jurídica que se pretende resolver; de tal suerte que, dado el carácter impositivo y retaliatorio de la ley en comento, en cuanto trata de hacer efectiva una condena de orden patrimonial, las previsiones de la Ley 678 no le resultan aplicables al actor, excepto en los aspectos procesales, estos sí de aplicación inmediata, en los términos del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

A este respecto esta Corporación, en lo atinente a las normas aplicables para determinar si el servidor actuó con dolo o culpa grave ha señalado¹²:

“De acuerdo con lo anterior, cabe efectuar las siguientes precisiones:

⁸ Ley 80 de 1993, Art. 54, derogado por el artículo 30 de la ley 678 de 2001. La norma derogada introdujo por primera vez en el ordenamiento el concepto “acción de repetición”.

⁹ Ley 136 de 1994, Art.5º.

¹⁰ Ley 270 de 1996, Arts 71 a 74.

¹¹ Ley 446 de 1998, Artículos 31, 42 numeral 8, 44 numeral 9.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007- Exp.24.953.

a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter "civil" que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquella y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

b) Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado.

En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar conforme con las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Es decir, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua. (...).

En conclusión, en los aspectos sustantivos, particularmente en lo atinente al marco jurídico para calificar la conducta observada por el ex servidor demandado en el mes de octubre de 1995, cuando el mismo profirió la resolución n.º 09597, la Sala no considerará las previsiones de la Ley 678 de 2001, no obstante, tal como lo demuestra el trámite al que se sujetó desde sus inicios, la ritualidad de este juicio ha seguido en todo las previsiones de la citada disposición.

En ese orden de ideas, unas son las normas que se tomarán en cuenta para analizar la conducta del actor en octubre de 1995 y otras las adoptadas para la sustanciación y ritualidad del juicio.

Siendo así, para efecto de determinar si el actor deberá ser condenado a responder en repetición, su proceder se analizará a la luz del artículo 90 constitucional y de las previsiones de los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, empero lo que concierne a la competencia, caducidad y procedimiento se resolverá como hasta la fecha, con fundamento en las previsiones de la Ley 678 de 2001.

4. La competencia para conocer de la acción de repetición

Como quedó explicado, para la fecha de presentación de la demanda se encontraba vigente la Ley 678 de 2001 -4 de agosto de 2001-, que reguló lo concerniente a la distribución del factor competencia en las acciones de repetición, acogiendo el criterio de conexidad, disposición contraria a las reglas generales sobre competencia funcional en razón de la cuantía, establecidas en la Ley 446 de 1998 y, aunque la normatividad en la materia no contiene una derogatoria expresa de esta última, deberá privilegiarse aquella, tanto por ser posterior, como en razón de la especialidad.

Dispone la Ley 678:

***ARTÍCULO 7o. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición.*

Será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo.

Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto.

***PARÁGRAFO 1o.** Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación,*

Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Cuando la acción de repetición se ejerza contra miembros del Consejo de Estado conocerá de ella privativamente en única instancia la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.

Igual competencia se seguirá cuando la acción se interponga en contra de estos altos funcionarios aunque se hayan desvinculado del servicio y siempre y cuando el daño que produjo la reparación a cargo del Estado se haya ocasionado por su conducta dolosa o gravemente culposa durante el tiempo en que hayan ostentado tal calidad.

PARÁGRAFO 2o. *Si la acción se intentara en contra de varios funcionarios, será competente el juez que conocería del proceso en contra del de mayor jerarquía.*

La Sala Plena de esta Corporación analizó el tema de la competencia para conocer de las acciones de repetición, a la luz de las disposiciones que se transcriben y concluyó que el criterio de conexidad y el factor subjetivo desplazaron la determinación de la competencia en razón de la cuantía. Preciso la Corporación¹³:

*“Visto el anterior panorama, hay lugar a concluir, reafirmando el criterio de interpretación adoptado por la Sala Plena de esta Corporación en el auto antes citado en esta providencia, que el legislador, en relación con la asignación de competencias para las acciones de repetición excluyó las normas generales que en materia de **competencia en razón de la cuantía** se encuentran señaladas en el C.C.A., artículos 132 y 134B, razón por la cual, para determinar cuál es el juez llamado a conocer de las acciones de repetición cuando tengan su origen en un proceso judicial que hubiere cursado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en virtud del cual hubiere resultado comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado, deberá acudir, única y exclusivamente, al artículo 7° de la Ley 678 de 2001, cuyo contenido consagra el criterio de conexidad, ello sin perjuicio del criterio subjetivo de atribución de competencias establecido de manera especial para los dignatarios con fuero legal (parágrafo artículo 7 Ley 678 de 2001).*

“Con fundamento en esta interpretación normativa, conviene puntualizar que para determinar cuáles asuntos son susceptibles de ser tramitados en dos instancias, no resulta procedente tampoco acudir a las normas generales de

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 21 de abril de 2009, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02061-01(IJ), Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

competencia en razón de la cuantía, debido a las incongruencias y diferencias de tratamientos injustificados que tal aplicación comportaría.

(...)

“Pues bien, para los juicios que corresponden a las acciones de repetición, ocurre que la mencionada Ley 678 únicamente se ocupó de definir la procedencia de una sola y única instancia cuando la demanda se dirija contra aquellos altos dignatarios del Estado taxativamente señalados en el parágrafo 1º de su artículo 7º, lo cual evidencia que el legislador excluyó las sentencias que se profieran en esos específicos eventos de la posibilidad de ser apeladas; sin embargo, en relación con los demás casos que se tramiten en ejercicio de la acción de repetición nada dijo el legislador acerca de la posibilidad de tramitar, o no, una segunda instancia, lo cual obliga a destacar que, de conformidad con la regla general que establece el transcrito artículo 31 constitucional, los fallos que se profieran en el desarrollo de tales actuaciones deben ser susceptibles de apelación, independientemente de la cuantía del proceso o de que el conocimiento del mismo corresponda, en primera instancia y por virtud del señalado criterio de conexidad, al Juez o Tribunal Administrativo, según el caso.

“La Sala Plena de esta Corporación, ante un evento similar, aplicó el principio general constitucional de la doble instancia dada la ausencia de claridad acerca de la posibilidad de apelar las providencias que se profieran en relación con los procesos que se tramiten por error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o privación injusta de la libertad, contenidos en la Ley Estatuaria de la Administración de Justicia–Ley 270–...”

Siendo así y en consideración a que con la demanda que se resuelve se pretende repetir en contra del ex Contralor DAVID TURBAY TURBAY, en razón de la condena proferida en contra de la entidad actora por esta jurisdicción, atendiendo al factor subjetivo, corresponde a esta Sala establecer si, como en la demanda se sostiene, el 25 de octubre de 1995, el antes nombrado actuó de manera dolosa o gravemente culposa, y debe responder patrimonialmente, en cuanto dispuso el retiro de la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ mediante resolución n.º 09597, anulada por esta jurisdicción.

5. Presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición

Analizados como quedaron los aspectos atinentes a las normas aplicables y a la competencia de la Corporación, resta en el sublite examinar los presupuestos sustanciales para la prosperidad de la acción de repetición, es decir para establecer la responsabilidad del servidor público demandado, a la luz de los preceptos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política y en los artículos

77 y 78 del Decreto 01 de 1984, normas vigentes para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la condena en contra de la entidad demandante.

El artículo 90 de la Constitución Política prevé que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y, también dispone que, en el evento de ser condenado a la reparación patrimonial como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, el Estado deberá repetir contra éste.

También conforme a los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, los funcionarios debían responder por los daños causados por culpa grave o dolo, en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, descentralizadas o privadas, que cumplen funciones públicas, las que de prosperar la demanda la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.

Entonces, para la prosperidad de la acción de repetición se requiere: i) una condena contra el Estado por daños imputables a la acción y omisión de alguna autoridad¹⁴; ii) que la entidad pública condenada haya cumplido con la víctima y iii) que en la demanda se alegue y demuestre que la condena fue impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del servidor o ex servidor público demandado o del particular mientras ejerció funciones públicas.

En este panorama corresponde analizar si aparecen estructurados todos los requisitos que comprometan la responsabilidad personal del ex funcionario, presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción de repetición.

- **La condena impuesta contra la entidad pública**

¹⁴ Aunque debe anotarse que incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de esta Corporación entendió que la repetición es procedente en eventos distintos a la condena por decisión judicial, como sucede por vía de ejemplo cuando la erogación se produce como consecuencia de una conciliación, pues la finalidad de la acción es propender por la defensa del patrimonio público. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de diciembre de 1993, Expediente 7818 Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 27 de febrero de 1997, Expediente 12.679, C.P.: Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia del 22 de octubre de 1997, Expediente 13.977, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

Se logró establecer que, en sentencia proferida el 6 de marzo de 1997, el Tribunal Administrativo de Córdoba i) declaró nula la resolución n.º 09597 de 25 de octubre de 1995, mediante la cual el ex contralor General de la República dispuso el retiro del servicio de la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS expedida por Contralor General de la República, al tiempo que ordenó el reintegro de la antes nombrada al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y el restablecimiento de sus derechos patrimoniales, vulnerados, consistente en sueldos, primas, subsidios, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se hiciera efectivo el reintegro. Decisión confirmada en sentencia de 12 de octubre de 2000, proferida por esta Corporación.

Aunque se echan de menos piezas fundamentales de la actuación laboral, se infiere que el proceso tuvo origen en la demanda instaurada por la antes nombrada contra la Contraloría General de la República, porque el demandado dispuso su retiro del servicio, alegando que la afectada no alcanzó “*el puntaje mínimo aprobatorio previsto en la convocatoria*”.

Es de notar que la señora LÓPEZ HOYOS ocupaba un cargo de carrera, en los términos de la sentencia C-514 de 1995, al que había sido vinculada, en vigencia la Ley 106 de 1993, esto es sin sujeción a las previsiones que rigen el ingreso por méritos y que fue desvinculada en razón de que no obtuvo el puntaje mínimo que exigía el concurso cerrado convocado por la actora, en razón de la sentencia en mención, en tanto el cargo de jefe de Unidad no cumple las exigencias para ser tratado como de libre nombramiento y remoción.

Señaló la Corte¹⁵:

Dedúcese de lo expuesto que, siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices

¹⁵ Sentencia C-514 de 16 de noviembre de 1994. Corte Constitucional. M.P. José Gregorio Hernández

fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

*Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el **intuitu personae**.*

En concordancia con los criterios de distinción expuestos, deben declararse inexecutable en esta oportunidad aquellos apartes del artículo acusado por medio de los cuales, de manera injustificada, se excluyen de la carrera administrativa cargos que, considerada la función que cumplen, deben enmarcarse dentro de la regla general de la garantía básica reconocida a los trabajadores del Estado por el artículo 125 de la Constitución, en cuanto son plenamente compatibles con el sistema de carrera y, en cambio, ningún motivo razonable explica que se los someta a los criterios rectores del libre nombramiento y remoción, generando discriminaciones inconstitucionales entre los trabajadores.

Tal es el caso de los empleos de Jefe de Unidad, Director, Jefe de Unidad Seccional, Jefe de División Seccional, Profesional Universitario, grados 13 y 12, y Coordinador -que son los acusados en este proceso- pertenecientes a la planta de la Contraloría General de la República, toda vez que se trata de empleos de nivel ejecutivo y profesional que no exigen una especial confianza en la persona misma de quien los desempeña, ni los empleados correspondientes son los del más alto nivel de dirección y conducción del ente fiscalizador.

Se conoce también que la Contraloría General de la República resolvió convocar a concurso de méritos a la actora en razón de que ocupaba el cargo y que, como la misma no obtuvo calificación satisfactoria, resolvió retirarla del servicio, mediante acto administrativo que el Tribunal Administrativo de Córdoba anuló. El Tribunal encontró probada la desviación de poder, por cuanto, a su juicio, la desvinculación de la señora LÓPEZ HOYOS no mejoró el servicio, toda vez que la persona designada en reemplazo no cumplía con los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo, lo que puso de manifiesto la ilegalidad del acto, en tanto los fines perseguidos no tuvieron que ver con el buen funcionamiento del servicio.

Decisión que esta Corporación confirmó. Se sostuvo que si bien la actora podía ser removida de su cargo, incluso sin motivación y que el bajo puntaje obtenido

por la misma para ingresar a la carrera podía alegarse como necesidad del servicio, no así la designación en su lugar de quien no reunía los requisitos para el ejercicio del cargo.

Con base en los anteriores medios de prueba, encuentra la Sala satisfecho el primero de los elementos para la prosperidad de la acción de repetición, pues se encuentra acreditado que el acto administrativo proferido por el ex contralor general demandado en este asunto fue anulado y la entidad demandante condenada a pagar una suma de dinero a favor de la funcionaria despedida y beneficiaria del restablecimiento.

- **El pago**

Para acreditar el segundo de los requisitos, esto es, el pago de la condena, la entidad demandada allegó al proceso en copia auténtica i) las resoluciones n.º 02566 de 7 y 02579 de 13 de junio de 2001, mediante las cuales se dispuso el reintegro de la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, al cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, Grado 02, en la Gerencia Departamental de Casanare y ii) la resolución n.º 00816 de 10 de septiembre de 2001, por la cual el Director Financiero de la Contraloría General de la República ordenó pagar a la beneficiaria todos los emolumentos dejados de percibir por valor de \$ 277'455.262,00.

Y aunque obran en copia simple los paz y salvos, las constancias de recibo suscritos por la beneficiaria de la condena y los cheques librados para atender el pago, de los mismos es dable establecer que la actora satisfizo la condena en dos contados, el primero por valor de \$ 141.000.000,00 el 23 de octubre de 2001 y el segundo por \$130'827.380,00 el 20 de noviembre del mismo año, porque como quedó explicado los documentos demuestran el pago, en cumplimiento de la sentencia de condena que busca repetir, i) en cuanto fueron allegados por la entidad pública demandante lo que hace suponer que los originales, salvo los títulos valores, reposan en sus archivos, ii) constituyen documentos públicos emanados de la actora, es decir se tiene certeza sobre su autoría y iii) el demandado fundamentó su defensa en los mismos; aunado a que, sin tacharlos de falsos, no contradijo la satisfacción de la obligación, sino que centró su defensa en la justificación de su conducta.

Siendo así, no puede sino concluirse que los medios probatorios relativos a la orden de pago, paz y salvos y constancias de recibo, acreditan el segundo de los presupuestos para el ejercicio de la acción de repetición.

- **Que la condena haya sido impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del ex servidor**

Aunque se echa de menos el acta de nombramiento y posesión del doctor DAVID TURBAY TURBAY como Contralor General de la República para el año de 1995, no se pone en duda su condición de representante del órgano de control, si se considera que en la oportunidad para controvertir las distintas imputaciones no hizo ninguna alusión en contrario. Además de que el inciso 4º del artículo 267 de la C.P. atribuye al órgano de control la condición de entidad de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal y conforme al artículo 57 de la Ley 42 de 1993 y el artículo 31 numeral 7 de la ley 106 de 1993, en los procesos Contencioso Administrativos la Contraloría General de la República estará representada por el Contralor General de la República, lo cual hace suponer que la entidad tenía la capacidad para ser parte dentro del proceso judicial en el que se controvertió la legalidad de la resolución 09597 de 1995 y en esa medida el Contralor fungió en su momento, como representante de la misma.

Ahora, en lo que tiene que ver con la conducta del funcionario, analizada en razón de la expedición de la mentada resolución, es menester señalar que bajo la égida de los artículos 90 Constitucional, 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, corresponde al demandante probar la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario que dio lugar a la condena, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. norma que siguiendo el principio generalmente aceptado en materia probatoria dispone que incumbe a cada una de las partes probar los supuestos de hecho que alega. Carga esta que no fue cumplida por la entidad demandante, pues la Contraloría General de la República si bien demostró que el ex contralor retiró a la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, mediante acto administrativo cuya legalidad fue desvirtuada por desviación de poder y el demandado no contradijo su actuación, de ella no se sigue que el servidor actuó con dolo o culpa grave.

La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino

dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se exige entonces adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino una negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que, no admite comparación ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios. Se concluye entonces que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos.

Señala respecto de la culpa y el dolo el Código Civil:

ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

La doctrina sobre el particular ha sostenido¹⁶:

“El concepto de culpa hace referencia a un estándar genérico y flexible de la persona prudente y diligente. La determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar también tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de la ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir como se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias.

(...)

Valor de los usos normativos como criterios de diligencia: a) Si se concibe el derecho como una realidad social de carácter normativo, que excede el

¹⁶ Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.

ámbito de la ley, naturalmente se tenderá a concebir los deberes de conducta como una expresión de usos normativos, de expectativas recíprocas que señalan lo que asumimos se puede exigir de los demás¹⁷. A falta de una norma legal que defina el ilícito, se podrá decir que la culpa consiste en infringir una regla establecida por la costumbre¹⁸. El criterio empírico de “lo normal” se puede justificar por razones de seguridad jurídica, que remiten a lo que según la costumbre se puede esperar de los demás y, en consecuencia, cautelan que el derecho de la responsabilidad civil asegure la protección de la confianza¹⁹. Sin embargo, siempre permanece latente que el juicio relativo a la culpa supone adoptar las perspectivas normativas de justicia (o de la eficiencia), en cuya virtud es necesario juzgar la razonabilidad de los usos normativos, antes de darlos por aceptados. b) Cualquiera sea la doctrina jurídica que asuman los jueces, ocurre que los usos normativos, especialmente en una sociedad tan diferenciada como la actual, son en general imprecisos y difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez, a falta de reglas legales que definan el ilícito, se vea obligado a construir prudencialmente el deber de cuidado. En esta tarea, sin embargo, no se debiera olvidar que una función importante del derecho privado es dar forma al tráfico espontáneo al interior de la sociedad, de modo que difícilmente se puede prescindir de aquello que con naturalidad esperamos de los demás como conducta debida.”

Se trata entonces de analizar si las actuaciones del servidor que dieron lugar a la condena en contra del Estado, tuvieron la intención de dañar y cuando esta última no se encuentra demostrada, si se cuenta con elementos que permitan calificar la conducta como una falta de diligencia extrema equivalente a la señalada intención. Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la conducta del servidor se sujetó a los estándares de corrección²⁰ o si por el contrario los desbordó hasta descender a niveles que no se esperarían ni siquiera del manejo que las personas negligentes emplean en sus propios negocios; de manera que la conducta del servidor, no encuentre justificación. Efectivamente el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante sentencia del 6 de marzo de 1997 declaró la nulidad de la resolución n.º 09597 de 1995, el tiempo que dispuso el restablecimiento de los derechos de la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS, en razón de que, si bien la misma no aprobó el concurso para ser designada en carrera en el cargo de Jefe de la Unidad que la

¹⁷ Carbonnier 2000.

¹⁸ Carbonnier 2000.

¹⁹ Bydlinski 1996.

²⁰ JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de la Buena Fe*. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 965 Pg. 57 “Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las mas diversas (...)”.

misma ocupaba, dado el resultado insatisfactorio de la prueba a la que fue sometida, esto no resultaba suficiente pues, además, se requería que mediara la designación de quien si ganó el concurso.

Indebida actuación que no permite repetir contra el servidor que dio lugar a la condena, en los términos del artículo 90 Constitucional, particularmente si se considera que esta Corporación, si bien confirmó la decisión, arguyó que dado que la señora LÓPEZ HOYOS no ingresó por concurso de méritos, podía ser desvinculada libremente, empero no reemplazada sino para mejoramiento del servicio.

De suerte que si esta Corporación consideró que la actora podía ser retirada del servicio válidamente, por no haber sido vinculada por méritos, cómo tildar de dolosa o gravemente culposa la conducta del actor, si se considera que habría dispuesto éste el retiro de la funcionaria en ejercicio de sus competencias discrecionales, constitucionales y legales y al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación.

Ahora, resta por considerar la conducta del ex contralor TURBAY TURBAY a la luz de la designación de quien no reunía las calidades mínimas exigidas para el ejercicio del cargo del que la actora había sido retirada. Aspecto este que si bien fue considerado por esta Corporación para fundar en él la desviación de poder, no quedó demostrado en este asunto, pues la Contraloría no arrimó al plenario el acto administrativo correspondiente a la designación, como tampoco los elementos probatorios que habrían permitido a la Sala analizar si la designación de quien reemplazó a la señora LÓPEZ HOYOS, admite la calificación de dolosa o gravemente culposa.

No siendo así las pretensiones de la acción de repetición habrán de negarse, sin perjuicio de la ilegalidad de la actuación declarada por esta Corporación; empero sin alcance frente al juicio de repetición. Particularmente si se considera que la entidad que pretende la condena tenía a su cargo, la demostración clara y sin equívocos de que la conducta del inculpado traspasó los límites de los descuidos ordinarios, al punto de admitir el calificativo de negligencia suma, equivalente al dolo.

Cabe precisar que en el marco de un Estado de derecho, respetuoso de las garantías constitucionales, a cuyo tenor la inocencia y buena fe habrán de ser debidamente desvirtuadas, esto es con sujeción al debido proceso y por ende sin menoscabo del derecho de defensa, no resulta posible imponer una sanción, trayendo a colación aspectos decididos en otro asunto, al que el inculpado no fue convocado.

De suerte que así sobre la validez de la resolución n.º 09597 del 25 de octubre de 1995 no pueda volverse, de ello no se sigue que la desviación de poder establecida en la misma le pueda ser endilgada al servidor que la profirió, con fines de repetición.

Descendiendo al caso concreto se tiene, por un lado que la Corte Constitucional, en Sentencia C-514 de 1994, declaró inexecutable las previsiones del artículo 122 de la Ley 106 de 1993 a cuyo tenor los empleos de: *“Jefe de Unidad, Director, Jefe de Unidad Seccional, Jefe de División Seccional, Profesional Universitario grados 13 y 12 y Coordinador”*, se tenían como de libre nombramiento. Encontró la Corte violatorio de la Constitución que la excepción fuera utilizada como regla, contrariando el principio según el cual los cargos públicos son de carrera y su ingreso y permanencia por méritos, al punto que el establecimiento de un cargo de libre nombramiento y remoción reclama una justificación que no se vislumbra en los cargos técnicos como el que desempeñaba la señora LÓPEZ HOYOS -artículo 125 de la Constitución-.

En armonía con lo expuesto, la Contraloría General de la República, expidió el Acuerdo n.º 003 de 3 de marzo de 1995 y con base en él las convocatorias demandadas, suspendidas y luego anuladas; empero en todo caso expedidas con la intención de dar cumplimiento a la sentencia de constitucionalidad y utilizadas para fundar en ellas el retiro del servicio de la señora LÓPEZ HOYOS.

En sentencia de 20 de febrero de 1997, la Corporación consideró que el Acuerdo n.º 3 de 1995 y las convocatorias de 1 a 4 de 1995, en tanto llamaron a concursar solo a quienes se encontraran debidamente posesionados en los cargos referidos anteriormente, violaron las disposiciones sobre la provisión de empleos de carrera y contrariaron el principio de igualdad ante la ley. En suma, que el cargo de Jefe de Unidad que desempeñaba la señora LÓPEZ HOYOS debía ser provisto por el

sistema de méritos, mediante concurso abierto, con la participación de quienes pertenecieran a la carrera, al servicio o personas ajenas al mismo.

Razón de más para que las pretensiones de repetición no prosperen, pues se conoce que el ex Contralor justificó el retiro de la funcionaria en la circunstancia de que la misma se sometió al concurso de méritos y no alcanzó el puntaje mínimo, de donde se colige que, sin perjuicio de la ilegalidad de la convocatoria, lo cierto es que esto último no lo fue por el concurso; tampoco porque para permanecer en el cargo se requería un determinado puntaje que la servidora retirada no obtuvo, sino en razón de que el llamado a concursar no podía circunscribirse a quienes se encontraban debidamente posesionados en el cargo que se debía proveer, vulnerando la igualdad de aquellos que aspiraban a acceder al mismo, por reunir condiciones que debían ser evaluadas en igualdad de condiciones.

Siendo así aunque, lo ideal habría tenido que ver con que la señora LÓPEZ HOYOS permaneciera en el cargo hasta ser reemplazada por quien hubiera logrado superarla en méritos, como lo exige el servicio y el respeto a las previsiones constitucionales y legales en la materia, no es dable sostener que el ex Contralor actuó con negligencia inexcusable, porque no aguardo a reemplazar a la funcionaria debidamente, si se considera que, en todo caso el Acuerdo n.º 003 y las convocatorias 01, 02, 03 y 04 del mismo año, además de encontrarse vigentes para cuando se produjo la desvinculación y, amparadas bajo la presunción de legalidad, no estaban siendo cuestionadas por exigir un puntaje mínimo para permanecer en el cargo, -razón esta alegada por el demandado en este asunto para disponer el retiro de la funcionaria-. Aspecto este que si bien no era el único que se debía considerar, al punto que el acto administrativo debió anularse, a juicio de la Sala excluye la culpa grave e impone absolver al demandado de la condena que el ente de control pretende en su contra.

Lo anterior toda vez que la señora LOPEZ HOYOS se presentó a la convocatoria, participó y, bajo reglas que no estaban siendo cuestionadas, no superó el puntaje mínimo establecido, lo que condujo a su desvinculación de un cargo para entonces ya calificado de carrera, es decir que debía ser provisto por quien demostrara las mejores condiciones para el efecto. En este punto debe considerarse que al margen de que no se mejoró el servicio, porque el contencioso de nulidad así lo estableció, el punto no se discutió en el sublite, como

las garantías del demandado lo exigen, de donde cabe concluir que las imputaciones argüidas por la actora en contra del demandado no fueron probadas.

Es que si bien el ex contralor TURBAY TURBAY, llamado a direccionar y garantizar la buena marcha del concurso, le correspondía conocer que las convocatorias estaban demandadas y habían sido suspendidas, ello no implica que la sola decisión de retirar del servicio a quien no superó las pruebas para el ingreso configure de suyo una conducta dolosa o gravemente culposa i) como quiera que bien podía considerar, como lo sostuvo esta Corporación en la sentencia de 12 de octubre de 2000, ya referida, que la señora LÓPEZ HOYOS ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción y ii) que el resultado adverso de la prueba daba lugar a retirar a la funcionaria del servicio, sin más. Lo anterior aunque lo deseable tenía que ver con aguardar el retiro hasta proveer el cargo por méritos, es decir con el mejor calificado en el concurso. Proceder que, si bien se echa de menos, no da lugar a imponer la condena que se pretende.

En este punto cabe recordar que la acción de repetición no se estableció para sancionar a administradores deficientes, alejados de los ideales del servicio, sino a quienes, al margen de falencias fácilmente advertidas a posteriori, actuaron con intención de dañar o de manera desprovista de toda justificación o actuaron con negligencia lata.

En conclusión se negarán las súplicas de la demanda, por cuanto no aparece demostrada la culpa grave ni el dolo imputado al ex contralor DAVID TURBAY TURBAY sin perjuicio de que la nulidad de la resolución que dispuso el retiro de la señora LUISANA DEL CARMEN LÓPEZ HOYOS y de la condena que por la misma causa debió soportar la actora.

No se condenará en costas a la parte vencida, por cuanto la conducta de procesal no se enmarca dentro de las previsiones contenidas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrado