

ACCION DE REPETICION - Dolo o culpa grave del agente. No cualquier equivocación ni cualquier error de juicio comporta necesariamente la responsabilidad del agente para incoar la acción de repetición / DOLO O CULPA GRAVE DEL AGENTE - No cualquier equivocación ni cualquier error de juicio comporta necesariamente la responsabilidad del agente para incoar la acción de repetición

La determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta. (...) no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

ACCION DE REPETICION - Actuación con dolo o culpa grave / ACCION DE REPETICION - Elementos para configuración de la acción de repetición

Mediante Resolución No. 0893 del 12 de octubre de 2000, la Junta Directiva de la CNTV nombró al contador público GERARDO TERÁN MALAGÓN en el cargo de Jefe de Oficina grado 20 en la Oficina de Control Interno. (...) Posteriormente, en sesión de Junta Directiva del 27 de junio de 2002 (Acta No. 910), se decidió y con el voto de los comisionados (...) declaró insubsistente al señor (...) quien se desempeñaba como Jefe de Control Interno, hecho que se produjo mediante la Resolución 585 del 27 de junio de 2002 y nombrando en su reemplazo a la abogada LILIANA JARAMILLO MUTIS. (...) los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; (...) i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena (...) ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado. (...) iii) El pago efectivo realizado por el Estado. (...) iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema de la acción de repetición en su procedencia ver, sentencias: 27 de noviembre de 2006, exp. 22099; 6 de diciembre de 2006, exp. 22056; 3 de octubre de 2007, exp. 24844; 26 de febrero de 2009, exp. 30329; 13 de mayo de 2009, exp. 25694; 28 de abril de 2011, exp. 33407

ACCION DE REPETICION - Configuración de los elementos de la Acción de Repetición. Pago de condena impuesta / PAGO DE CONDENA O PAGO DE SENTENCIA - Acción de repetición. Demostración o acreditación del pago

Frente a las responsabilidades de los miembros de Junta Directiva, (...) no permite pactar exoneración de responsabilidad de los administradores, entre los cuales se encuentra los miembros de juntas directivas y que su responsabilidad será solidaria e ilimitada por los perjuicios que se ocasionen a la sociedad por dolo o culpa, (...) Para acreditar el segundo de los requisitos (condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere el pago a cargo del Estado), dentro del proceso obra copia auténtica de la sentencia del 7 de septiembre de 2006 (...) cuyo resultado fue la nulidad de la Resolución No. 0585 del 27 de junio de 2002 que declaró insubsistente al señor (...), y la sentencia del 14 de agosto de 2009, (...) mediante la cual se confirmó la decisión adoptada en la sentencia del 7 de septiembre de 2006 antes referida, providencias que quedaron ejecutoriadas (...) para la Sala queda demostrado (...), que la entidad demandante cumplió con la obligación a su cargo, consistente en el pago de la condena impuesta en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y confirmada en segunda instancia por esta Corporación, en consecuencia, se aportó en el sub lite prueba idónea que acredita que se realizó efectivamente el pago, es decir, se tiene por cumplido el tercero de los requisitos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 200 / LEY 222 DE 1995 - ARTICULO 24

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Actuación con dolo / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Configuración del dolo / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Condena. Desviación de poder

Del requisito consistente en la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa, (...) para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a (...) para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, (...) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, (...) Bajo estas precisiones, (...) la causa para la imposición de la condena a la Comisión Nacional de Televisión, se debió a la actuación dolosa por desvío del poder de los demandados (...), al ordenar la declaratoria de insubsistencia del (...) Jefe de Control Interno y al designar en su reemplazo a una funcionaria que no cumplía con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones para desempeñar el cargo público. (...) en el acto administrativo de insubsistencia del señor (...) como Jefe de la Oficina de Control Interno de la CNTV, se encontraba plasmada la voluntad de cuatro de los cinco miembros de Junta Directiva, y no sólo la de su Director, (...) puesto que la decisión fue del órgano colegiado, comprometiendo así en forma solidaria e ilimitada la responsabilidad de los miembros que votaron afirmativamente, (...) como miembros de la Junta Directiva de la CNTV, incurrieron en desviación del poder al ordenar declarar insubsistente al señor (...), el cual se desempeñaba como Jefe de Control Interno y al nombrar en su reemplazo a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis. (...) acción a todas luces reprochable, burda y grosera, que evidencia rotundamente que las causas

determinantes o móviles que los inspiraron para tomar la decisión génesis del acto administrativo de insubsistencia cuestionado, no fueron razones del buen servicio público, (...) a Sala determina bajo los argumentos expuestos, que los demandados no pudieron con su defensa desvirtuar la presunción de dolo (...) incurriendo en desviación de poder.

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 5 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 123 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 5, NUMERAL 1

NOTA DE RELATORIA: Acerca de cómo determinar el dolo ver las decisiones: 30 de agosto de 2007, exp. 29223; 26 de febrero de 2009, exp. 30329; 22 de julio de 2009, exp. 25659

CONDENA - No condena

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384)

Actor: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Demandado: JAIME NIÑO DIEZ Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPETICION (APELACION SENTENCIA)

Decide la Subsección C, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B el 14 de marzo de 2013, en

atención a la prelación dispuesta por la Sección Tercera para las acciones de repetición mediante acta número 15 de 5 de mayo de 2005, en la cual se accedió a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO: Declarar patrimonialmente responsable a los señores Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, por la condena impuesta a la Comisión Nacional de Televisión (Hoy en Liquidación) en la sentencia del 7 de septiembre de 2006, proferida por la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmada mediante sentencia del 14 de agosto de 2009, proferida por la sección segunda del Consejo de Estado.

SEGUNDO: Condenar a los señores Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera a reintegrar cada uno, la suma de cuatrocientos cincuenta y un millones ciento cincuenta y ocho mil quinientos diecinueve pesos con cuarenta y ocho centavos (451.158.519,48), a favor de la Comisión Nacional de Televisión

(...)”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones.

La Comisión Nacional de Televisión mediante apoderada, presentó escrito de demanda el 18 de mayo de 2011 (Fls.3-23 y 33-53 C.1), en ejercicio de la acción de repetición (artículo 86 C.C.A) contra los señores Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se declare responsable a (i) JAIME NIÑO DIEZ identificado con la CC No. 17.136.404 de Bogotá, (ii) EDGAR PLAZAS HERRERA identificado con la CC No. 19.074.581 de Bogotá, de los perjuicios ocasionados a la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN condenada administrativamente por sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, de fecha 7 de septiembre de 2006, confirmada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en fallo del 14 de agosto de 2009, notificada a la Comisión Nacional de Televisión para su cumplimiento el día 21 de enero de 2010 (Rad. 2010-370-0133-2) por parte del secretario del Consejo de Estado, a través de oficio 0041 del 15 de enero de 2010.**

2. Que se condene a los señores (i) JAIME NIÑO DIEZ identificado con la CC No. 17.136.404 de Bogotá, (ii) EDGAR PLAZAS HERRERA identificado con la CC No. 19.074.581 de Bogotá, a cancelar la suma de UN MIL OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS (1.809.982.413) a favor de la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN; suma de dinero que pagó esta entidad a GERARDO TERÁN MALAGÓN para hacer efectiva la condena proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección D.**

3. Que se condene a (i) JAIME NIÑO DIEZ identificado con la CC No. 17.136.404 de Bogotá, (ii) EDGAR PLAZAS HERRERA identificado con la CC No. 19.074.581 de Bogotá, a cancelar los intereses comerciales a favor

de la *COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin a este proceso.*

4. Que se ajuste la condena tomando como base el índice de precio al consumidor”

2. Hechos de la demanda.

Indicó la parte demandante en su escrito que mediante Resolución No. 0893 del 12 de octubre de 2000, la Junta Directiva de la CNTV nombró al contador público GERARDO TERÁN MALAGÓN en el cargo de Jefe de Oficina grado 20 en la Oficina de Control Interno.

Posteriormente, en sesión de Junta Directiva del 27 de junio de 2002 (Acta No. 910), se decidió y con el voto de los comisionados SERGIO ALONSO QUIROZ PLAZAS, ANTONIO BUSTOS ESGUERRA, JAIME NIÑO DIEZ y EDGAR PLAZAS HERRERA, de declaró insubsistente al señor TERÁN MALAGÓN quien se desempeñaba como Jefe de Control Interno, hecho que se produjo mediante la Resolución 585 del 27 de junio de 2002 y nombrando en su reemplazo a la abogada LILIANA JARAMILLO MUTIS.

Agrega que el Director de la CNTV mediante comunicación del 2 de julio de 2002, por delegación de la Junta Directiva modificó el Manual de Funciones y Requisitos, en el sentido que la formación académica requerida para el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno, es título profesional en las áreas tales como Derecho, Economía, Administración de Empresas, Ingeniería Industrial, Contaduría Pública o Ciencias Sociales y título de formación avanzada o posgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.

Bajo esta modificación el 12 de julio de 2002, se posesionó la nombrada en reemplazo del señor TERÁN MALAGÓN, quien tenía la calidad de profesional en derecho.

Sostiene el actor que ante la situación narrada, el señor GERARDO TERÁN MALAGÓN, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la cual mediante providencia del 7 de septiembre de 2006 dispuso acceder a las súplicas de la misma teniendo en consideración el análisis de las pruebas aportadas por el señor Terán Malagón se evidenciaba la desviación del poder, al verificar que el reemplazo no cumplía las calidades para ejercer el cargo que desempeñaba el actor para el 27 de junio de 2002, fecha en la cual se hizo su designación, y por lo tanto, no se tuvo en cuenta el mejoramiento del servicio. Contra tal decisión, se interpuso recurso de apelación ante el Consejo de Estado, quien en sentencia del 14 de agosto de 2009, confirmó la decisión tomada por el juzgador de primera instancia.

En cumplimiento a la orden judicial, la Comisión Nacional de Televisión a través de Resolución No. 2010-380-000546-4 del 28/05/2010, reconoció el pago a favor de GERARDO TERÁN MALAGÓN de la suma de UN MIL OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS (1.809.982.413), mediante consignación electrónica efectuada a las cuentas No. 207-610861-99 de Bancolombia y a la No. 5939420039 del Citibank-Colombia S.A., pago que se realizó efectivamente el 28 de mayo de 2010.

2.1 Fundamentos de derecho.

Invocó los artículos 2, 4, 6 y 90 de la Constitución Política de 1991, el artículo 63 del Código Civil, los artículos 77, 78 y 86 Decreto 01 de 1984, el artículo 31 de la Ley 446 de 1998 y la Ley 678 de 2001.

3. Actuación procesal en primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 8 de junio de 2011 inadmitió la demanda presentada por la Comisión Nacional de Televisión para que dentro del término de 5 días contados a partir del auto del Tribunal, se subsane lo siguiente: Se aporte copia auténtica de la condena proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual fue confirmada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y se excluya a los herederos de Sergio Antonio Quiroz y Antonio Bustos Esguerra como demandados, en caso de que la demanda de repetición se haya presentado con posterioridad al fallecimiento de los antes mencionados, en razón a que en la acción de repetición, se debe demostrar el dolo y la culpa grave de los demandados, dolo y culpa grave de los cuales en principio no pueden responder sus herederos por ser un asunto de responsabilidad subjetiva. (Fl. 26 C. 1)

En cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por medio de escrito presentado el 17 de junio de 2011, la parte demandante subsanó la demanda (Fl.27-32 C.1).

En proveído del 29 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó la notificación a los demandados, al Ministerio Público y la fijación en lista por el término de 10 días para los efectos previstos en el numeral 5 del artículo 207 del C.C.A. (Fls.55 C.1)

El 1 de septiembre de 2011, el apoderado de los demandados Edgar Guillermo Plazas Herrera y Jaime Niño Diez, contestó la demanda (Fls. 66 a 115 C.1), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas. Con relación a los hechos, señala que unos son ciertos parcialmente y otros son totalmente ciertos.

Como razones de defensa manifiesta, que los doctores Plazas Herrera y Niño Diez, como miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, no incurrieron en ninguna actuación dolosa o gravemente culposa al intervenir en las decisiones tomadas por la Junta Directiva de la CNTV, que constan en las actas No. 910 del 27 de junio y 911 del 2 de julio de 2002, debido a que en dicha reunión, se tomaron otras decisiones del proceso de reestructuración general, tales como, la declaratoria de insubsistencia de 7 servidores públicos. Puntualizando que, la responsabilidad del servidor público es subjetiva y requiere de una valoración específica de la conducta de los demandados, que es independiente de la responsabilidad que le atañe al Estado y por lo tanto, en el caso bajo análisis, no se configuran los supuestos normativos para que proceda la acción de repetición, desvirtuándose así la presunción establecida en el artículo 5 de la Ley 678 de 2001.

Separadamente afirma la parte demandada que, frente a la desviación de poder que para que esta se configure se requiere que se ejerza con un fin distinto al preceptuado en la ley, y que de las hojas de vida del señor Terán y de su reemplazo no podía afirmarse que se desmejoraba el servicio, lo anterior en consideración a que varias de las funciones del Jefe de la Oficina de Control Interno, estaban referidas a temas jurídicos y no solo de carácter contable. Dice

que es equivocado afirmar que las personas que intervinieron en la designación de la doctora Jaramillo actuaron con absoluto desconocimiento y desden por las necesidades del servicio y con ánimo doloso de causar un perjuicio, desconociendo que la doctora Jaramillo laboró por 7 años en el cargo, situación que demuestra que fue acertado el nombramiento y que cumplía con los requisitos estipulados para ejercer el cargo.

De otra parte, sostuvo que era impreciso ligar o relacionar las decisiones correspondientes a la declaratoria de insubsistencia y al nombramiento del reemplazo, ya que esto desconocía la presunción de legalidad que recae sobre el segundo acto, el cual no fue demandado. Precisa que, la insubsistencia se presume tomada por razones de carácter administrativo, que el señor Terán era un funcionario de libre nombramiento y remoción, que no estaba amparado por ningún régimen especial de estabilidad. De igual forma, replicó que la demanda de nulidad se interpuso contra la resolución 585 de 2002 y no contra el acto administrativo de nombramiento de la doctora Liliana Jaramillo, legalidad que nunca fue cuestionada y cuya intención no tuvo otra motivación que el mejoramiento del servicio.

De igual forma, la parte pasiva cuestiona la defensa judicial de la Comisión Nacional de Televisión en el Proceso de Nulidad y restablecimiento del Derecho instaurado por el señor Gerardo Terán Malagón, según esta estuvo caracterizada por insuficiencia de material probatorio como lo afirmó esta Corporación, al señalar *“Limitó su defensa a demostrar la facultad que tienen para modificar el Manual de Funciones y requisitos omitiendo probar las razones del buen servicio que llevaron a declarar insubsistente el nombramiento de Gerardo Terán Malagón”*. Sin embargo, el Comité de Conciliación de la entidad demandante para la acción de repetición, manifiesta lo contrario, es decir, que no obedeció a razones del buen servicio.

Con relación a las actuaciones concretas de los comisionados demandados, hizo alusión a las actas 910 del 27 de junio y 911 del 2 de julio de 2002, señalando que en la primera, se trató la reestructuración y la segunda, se le delegó al Director General de la entidad, la facultad de modificar el Manual de Funciones y Requisitos, de lo que se concluye que no fue el señor Terán el único afectado por las insubsistencia y que para la modificación del manual no se dieron instrucciones precisas. Es así como, las decisiones tomadas por el Director son de su exclusiva responsabilidad, teniendo en cuenta que mediante memorando del 2 de julio de 2002, el señor Quiroz - Director General de esa época, no elaboró la resolución que debió haberse expedido para reformar el Manual de Funciones y Requisitos, lo que significa que la irregularidad en el manejo de la cuestión delegada, es atribuible al señor Quiroz y no a los comisionados.

Indica el apoderado de los demandados, que el error en que incurrió la entidad al suponer que entre los requisitos para ejercer el cargo de Jefe de Control Interno estaba el título en derecho, fue tan evidente que al ver que el reemplazo del señor Terán no podía posesionarse, se nombró temporalmente a otra abogada y el reemplazo permaneció en el cargo siete años. De lo que se concluye, que los demandados actuaron guiados por el principio de la buena fe.

Para finalizar su defensa, señala que era improcedente la acción de repetición por inexistencia de la actuación dolosa de los ex comisionados de la CNTV, debido a que la sola sentencia no equivale a atribución de la responsabilidad personal, no hay prueba que las decisiones se tomaron con fines deferentes al buen servicio dentro del proceso de reestructuración, y por lo tanto, la presunción del artículo 5 de

la Ley 678 de 2001 se encuentra desvirtuada, el nombramiento de la doctora Jaramillo no fue anulado, trayendo como consecuencia, que los demandados no incurrieron en actuación dolosa ni gravemente culposa.

Por lo dicho, solicita no acceder a las pretensiones de la demandada, al no existir presupuestos que configuren dolo o culpa grave en la actuación de los demandados.

A través de proveído del 16 de noviembre de 2011 se abrió el proceso a etapa probatoria (Fls.159 a 161 C.1), y mediante auto del 31 de octubre de 2012 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. (Fl.198 C. 1).

4. Alegatos de primera instancia.

El 11 de diciembre de 2012, la parte demandante presentó sus alegaciones finales, reiterando que de conformidad con las pruebas allegadas al plenario se evidencia la desviación de poder, la cual se encuentra probado en el hecho que el reemplazo del señor Terán no cumplía con las calidades para ejercer el cargo, pues para el 27 de junio de 2002, fecha en la cual se hizo el nombramiento de la doctora Jaramillo, esta no cumplía con los requisitos requeridos de formación profesional, toda vez que no acreditaba el título en Contaduría Pública, razón por la cual, considera que se deben acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto se encuentran acreditados los elementos para la procedencia de la acción de repetición. (Fls.199 a 219 C.1)

La parte demandada mediante escrito radicado el 18 de diciembre de 2012, alegó de conclusión, reiterando lo dicho en la contestación de la demanda. (Fls. 220 a 244 C.1)

El Ministerio Público guardó silencio.

5. Sentencia del Tribunal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 14 de marzo de 2013, accedió a las pretensiones de la demanda. Para tomar esta decisión el *A quo* consideró, que se encontraban probados los elementos para la procedibilidad de la acción de repetición, tales como: la calidad del agente, la existencia de una condena o conciliación de responsabilidad contra el órgano del Estado, el pago de la condena o conciliación, la existencia de acta del Comité de Conciliación de la entidad que autoriza el inicio de la acción de repetición y por último, que la conducta del agente o ex agente del Estado haya sido dolosa o gravemente culposa, manifestando en este punto lo siguiente: (Fls.250 a 262 C. ppal)

“(…)

Conforme a los hechos narrados anteriormente y conforme a los hechos probados en las sentencias del 7 de septiembre de 2006 y 14 de agosto de 2009, proferidas por la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado respectivamente, es claro para la sala, que los demandados obraron con desviación de poder, al momento de declarar insubsistente al señor Gerardo Terán Malagón y nombrar en su reemplazo al (sic) la doctora Liliana Jaramillo, en razón a que para la fecha en que realizaron el nombramiento de esta última, la misma no contaba con el título de contador público, requisito exigido para poder desempeñar el

cargo de jefe de control interno, más aún cuando quedó establecido que la declaratoria de insubsistencia obedeció al mejoramiento del servicio, aspecto que nunca se desvirtuó, razón por la cual, conforme al numeral 1 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, al no estar desvirtuada la presunción de dolo de los demandados al haber obrado con desviación del poder, se declarará la responsabilidad de los mismos, y en consecuencia, se condenará a pagar en proporcionalidad a los mismo (sic), el monto en que se vio obligada la entidad demandante a pagar por concepto de la sentencia condenatoria.

(...)

En suma se puede concluir que los demandados actuaron en forma dolosa, bajo la presunción de desviación del poder, por cuanto para la fecha en que se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Gerardo Terán, la persona que se nombró en su reemplazo no reunía los requisitos necesarios para desempeñarse en el cargo, puesto que el mismo requería el título de contador público, de suerte, que los demandados tenían pleno conocimiento de esta circunstancia, la cual decidieron hacer caso omiso, y así nominarla al tal cargo, situación a la cual se suma el hecho de que en el acta No. 911 del 2 de julio de 2002, posterior al acta No. 910 del 27 de junio de 2002, con sus votos decidieron delegar en el director, la modificación del manual de funciones, hecho que tal como lo señaló el Consejo de Estado, era una situación que resultaba reprochable, toda vez que no existía razón suficiente para ordenar una nueva modificación al manual de funciones y requisitos, dado que tan sólo habían transcurrido dos (2) meses y cinco (5) días de la expedición de la Resolución No. 348 de 12 de abril de 2002, manual de funciones anterior”.

6. El recurso de apelación.

Contra lo así decidido, se alzó la parte demandada mediante escrito del 18 de abril de 2013 (Fls. 264 a 319 C.Ppal), argumentando que para el *A quo* fueron suficientes las valoraciones del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y omitió el deber de evaluar la responsabilidad en un juicio independiente, alegando que la responsabilidad institucional es distinta a la personal, por lo cual la una no acarrea necesariamente la otra.

Enfatizó de igual manera que la responsabilidad del servidor o ex servidor público es subjetiva, lo cual trae como consecuencia que se debe efectuar un examen de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para así determinar si se actuó con dolo o culpa grave.

Reiteró frente al alcance de las presunciones de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, que buscan facilitar la actuación de las entidades al interponer este tipo de acciones, que la desviación de poder no fue valorada con suficiente detenimiento, teniendo en cuenta las circunstancias en que ocurrieron los hechos y el acervo probatorio.

De otra parte sostuvo que, la modificación del Manual de Funciones y Requisitos de la CNTV, fue posterior a la declaratoria de insubsistencia y los demandados no participaron directamente en esa situación. Adicionalmente, indica que no existen pruebas que permitan determinar que la declaratoria de insubsistencia obedeciera

a razones diferentes del buen servicio, pues su reemplazo no era incompetente y las decisiones se tomaron en un proceso de reestructuración de la entidad.

Insiste en repetir varias de las argumentaciones señaladas en la contestación de la demanda, tales como, las falencias de defensa de la CNTV en el proceso de nulidad de restablecimiento del derecho, la falta de relación entre la insubsistencia y el reemplazo y por último, la improcedencia de la imputación de los demandados por que su conducta no fue dolosa.

Finalmente, el recurrente en su escrito solicita por los motivos antes expuestos que los demandados sean declarados no responsables de la conducta endilgada.

Posteriormente, en proveído del 26 de junio de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación interpuesto (Fl.320 C. Ppal). Mediante auto del 4 de julio de 2013 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cumplimiento del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, citó a las partes a audiencia de conciliación señalando que, en caso de incumplimiento de la parte apelante su correspondiente recurso se declarará desierto. (Fl.321 C. Ppal). Fue así como, el 23 de Julio de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación previamente citada, la cual fue declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio de las partes (Fl.352 y 353 C. Ppal)

Dicho recurso fue concedido en el efecto suspensivo por el Tribunal mediante auto del 23 de julio de 2013 (Fl. 354 C. Ppal) y admitido por esta Corporación el 23 de septiembre de 2013 (Fl. 358 C. Ppal)

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Mediante auto del 21 de octubre de 2013, se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor (Fl. 360 C. Ppal).

El apoderado de los demandados Jaime Niño Diez y Edgar Guillermo Plazas presentó sus alegaciones finales el 12 de noviembre de 2013, en las que reiteró lo dicho en instancias procesales anteriores y solicitó revocar la sentencia de primera instancia. Sin embargo, requirió que en el evento de considerar procedente las pretensiones de la demanda, se cuantifique la condena patrimonial de sus poderdantes atendiendo el grado de participación en la producción del daño, dado que en primer lugar quedó demostrado que la decisión se tomó en un proceso de reestructuración general de la entidad en donde se declaró la insubsistencia de diversos cargos, y no solo el que ocupaba el señor Terán, y en segundo lugar, se probó que la modificación del Manual de Funciones, se produjo luego de haber nombrado el reemplazo del señor Terán, con lo cual se demuestra que la declaratoria de insubsistencia y el nombramiento del reemplazo del funcionario, no obedeció a maquinaciones fraudulentas orientadas a favorecer a un funcionario y en tercer lugar, se demostró que el reemplazo del señor Terán no solo contaba con las calidades necesarias para el ejercicio de su cargo dadas las funciones del mismo, sino que su desempeño y larga permanencia dentro de la entidad demuestran que su nombramiento obedeció a razones de buen funcionamiento del servicio. (Fls. 362 a 400 C.Ppal)

Por medio de escrito presentado el 13 de noviembre de 2013, el apoderado de la parte demandante Comisión Nacional de Televisión, formuló alegatos de conclusión en los cuales reafirmó lo dicho en las etapas procesales anteriores y

además pidió confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Fls. 401 a 402 C.Ppal).

El Ministerio Público presentó concepto 27 de Noviembre de 2013 (Fls. 403 a 430 C. Ppal), en el cual después de realizar un resumen de los antecedentes del proceso y de enunciar la jurisprudencia que cita los requisitos para la procedibilidad de la acción de repetición, aborda el tema de la caducidad de la acción para el caso en cuestión, precisando que la acción de repetición se ejerció oportunamente, teniendo en cuenta que en virtud a lo contemplado en el artículo 136 del C.C.A, la sentencia quedó ejecutoriada el 14 de diciembre de 2009, el plazo de los 18 meses para pagar se vencían el 14 de junio de 2011, el pago se realizó el 28 de mayo de 2011 y la demanda se presentó el 18 de mayo de 2011, concluyendo que la acción se encontraba en término.

Luego analiza, sí en el caso en concreto se cumplen los requisitos de procedencia de la acción, y así las cosas, señala respecto del primer requisito, atinente a la calidad de servidores públicos de los demandados, que esta se encuentra acreditada a través de las certificaciones expedidas por la secretaria de la CNTV, en la que deja constancia que los demandados se desempeñaron como comisionados para la época de los hechos.

Frente al segundo requisito, esto es, la condena, manifiesta que se encuentra acreditado mediante las copias de las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que condenó a la entidad demandada y del Consejo de Estado que confirmó la decisión del *A quo*.

Respecto al pago, la vista pública señala que se encuentra plenamente acreditado con los medios probatorios allegados al expediente que demuestran que la entidad pública canceló la condena impuesta.

Y por último, con relación al elemento subjetivo – dolo o culpa grave en el actuar de los demandados, el Ministerio Público señala que de los elementos de juicio aportados al proceso no llevan a concluir que la conducta de los demandados fue dolosa, en tanto que no se acreditó que la decisión de declarar insubsistente el nombramiento del señor Terán como Jefe de la Oficina de Control Interno, hubiese sido adoptada con una finalidad distinta a la del mejoramiento del servicio.

En conclusión, la vista pública solicita que se revoque el fallo apelado y en consecuencia, se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de marzo de 2013, con fundamento en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 7 de la Ley 678 de 2001 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 – modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2. Normatividad aplicable.

Precisa la Sala que en el *sub – lite*, los hechos que dieron origen a la condena proferida el 7 de septiembre de 2006 por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca en contra de la entidad demandante, se produjeron el 27 de junio de 2002, fecha en la cual se expidiera la Resolución No. 0585, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Gerardo Terán Malagón como Jefe de la Oficina de Control Interno.

De tal manera que, en los aspectos de orden sustancial y procesal, son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 678 de 2001, ley vigente al momento de la ocurrencia de los hechos.

3. Elementos para la procedencia de la acción de repetición.

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias¹ los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición².

Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes:

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena

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

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación³, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto⁴.

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente⁵ suele constituirse por el

¹ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

² Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407.

³ La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente.

⁴ Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327.

⁵ El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil dispone que en los eventos en que se trate de probar el pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito será apreciado como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias especiales en que tuvo lugar el mismo, haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión, situación que no es común debido a la prudencia y diligencia que todas las personas acostumbran observar en sus relaciones

acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.

iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

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

4. Medios probatorios.

Obran dentro del plenario los siguientes medios de prueba:

a. Copia auténtica del acta No. 910 del 27 de junio de 2002, por medio de la cual entre otros aspectos tratados y con el voto favorable de los comisionados Sergio Quiroz Plazas, Antonio Bustos Esguerra, Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, la Junta Directiva de la CNTV determinó declarar insubsistente al señor Gerardo Terán Malagón y nombrar en su reemplazo a la doctora Liliana Jaramillo Mutis (Fls.1 a 14 C.2)

b. Copia auténtica de la Resolución No. 585 del 27 de junio de 2002, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Gerardo Terán Malagón y la comunicación a dicho funcionario (Fls.15 y 16 C.2)

c. Copia auténtica del acta No. 911 del 2 de julio de 2002, por medio de la cual entre otros aspectos, se autorizó al Director de la CNTV a modificar el Manual de Funciones y Requisitos de la CNTV, en lo que respecta al perfil requerido para ocupar el cargo de Jefe de Control Interno. (Fls.17 a 26 C.2)

d. Copia simple Memorando del 2 de julio de 2002, por medio del cual el Director de la CNTV, el señor Sergio Quiroz informó a la Subdirectora de Recursos Humanos, la modificación de los requisitos para el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno (Fls. 27 a 38 C.2).

e. Copia auténtica de la sentencia del 7 de septiembre de 2006 proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y del 14 de agosto de 2009, de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante la cual se confirmó la sentencia del 7 de septiembre de 2006, sentencias que quedaron ejecutoriadas el 14 de diciembre de 2009 (Fls. 39 a 68 C.2)

f. Copia auténtica del acta de Reunión Ordinaria de la Junta Directiva de la CNTV No. 1573 del 22 de diciembre de 2009 por medio de la cual entre otros aspectos se acordó evaluar la posibilidad de iniciar la acción de repetición y los tramites para dar cumplimiento al fallo condenatorio (Fls.69 a 104 C.2)

g. Copia auténtica de la Resolución No. 2010-380-000205-4, por medio de la cual se dispuso dar cumplimiento a una decisión judicial relacionada con la demanda interpuesta por el señor Gerardo Terán Malagón, ex funcionario de la CNTV (Fls.105 a 111 C.2)

h. Copia auténtica de la Resolución No. 2010-380-000546-4, por medio de la cual se ordenó reconocer y pagar la suma de \$1.809.982.413, a favor del señor Gerardo Terán Malagón (Fls.112 a 118 C.2)

i. Copia auténtica del poder mediante el cual el señor Gerardo Terán Malagón autorizó al abogado Jairo Villegas Arbeláez, para cobrar el monto liquidado de la sentencia condenatoria; así mismo, autorizó a la CNTV para que el pago se realizara en dos abonos, uno del 35% para el abogado y otro del 65% para el demandante. (Fl. 119 C.2)

j. Copia auténtica de la certificación expedida por Bancolombia, en la cual informa que el señor Gerardo Terán Malagón posee cuenta bancaria identificada con el número 207-610861-99 (Fl. 122 C.2).

k. Copia auténtica de la certificación expedida por Citibank, en la cual informa el número de cuenta bancaria a nombre del señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez posee cuenta bancaria en ese banco con el No.5939420039 (Fl. 123 C.2)

l. Copia auténtica del oficio suscrito el señor Gerardo Terán Malagón dirigido al Director de la CNTV, en el cual informa que no es su voluntad reintegrarse en cumplimiento a la sentencia contenciosa administrativa a su favor (Fl. 124 C.2)

m. Copia auténtica del reporte de la sucursal virtual de pagos de Bancolombia de fecha 28 de mayo de 2010, donde consta dos transacciones, una a favor del señor Terán Malagón, por valor de \$925.543.890 y la otra, a su abogado, por valor de \$498.369.787, para un total de \$1.423.913.677. (Fl. 128 C.2)

n. Copia auténtica de los documentos relacionados con la liquidación para dar cumplimiento a la sentencia frente a los salarios y demás emolumentos dejados de percibir por el señor Gerardo Terán Malagón (Fls.129 a 149 C.2)

o. Copia auténtica del acta No. 87 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la CNTV del 30 de julio de 2010, por medio de la cual entre otros aspectos se acordó iniciar la acción de repetición en contra de los señores Sergio Quiroz Plaza, Antonio Bustos Esguerra, Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera y dar cumplimiento al fallo condenatorio (Fls.150 a 186 - "166 a 180" C.2)

p. Copia de la solicitud de conciliación prejudicial radicada por la CNTV ante la Procuraduría General de la Nación convocando a los señores Jaime Niño Diez, Edgar Guillermo Plazas y otros y demás documentos referentes al tema. Dicha conciliación fue declarada fallida (Fl.187 a 246 C.2)

q. Certificaciones expedidas por la Secretaria General de la CNTV, por medio de las cuales certificó el tiempo durante el cual estuvieron vinculados los señores Sergio Quiroz Plaza, Antonio Bustos Esguerra, Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera. (Fls. 247 a 250 C.2)

r. Certificación expedida por la Secretaria General de la CNTV, por medio de la cual certificó que los documentos aportados con la demanda coinciden con los originales que obran en los archivos de la entidad (Fls. 251 a 252 C.2)

s. Testimonios rendidos por las señoras Sandra Lorena García Toro, Fabiola Ramos Bermúdez, Liliana Rocío Bohórquez Hernández, sobre el proceso de reestructuración de la CNTV para el año 2002, la posesión de la persona que

reemplazó al señor Gerardo Terán Malagón y refiriendo las circunstancias en que se desarrolló esta última. (Fls. 254 a 258 C.2)

t. En respuesta a los oficios Nos. 2012-LTC-60 y 2012-LTC-62, se allegó copia auténtica de las actas Nos. 910 y 911 de 2002 copia auténtica del escrito de contestación de la demanda, alegato de conclusión presentado por la entidad demandante, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho adelantado por el señor Gerardo Terán Malagón (Fls. 1 a 67 C.3).

u. En respuesta a los oficios Nos. 2012-LTC-61 y 2012-LTC-62, se allegó certificación laboral de los señores Edgar Guillermo Plazas Herrera, Liliana Jaramillo Mutis y Jaime Niño Diez (Fls. 68 a 75 C.3).

v. En respuesta a los oficios Nos. 2012-LTC-59 y 2012-LTC-65, se allegó copia auténtica de los siguientes documentos: Sentencia del 7 de septiembre de 2006 proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y del 14 de agosto de 2009, de la Sección Segunda del Consejo de Estado que confirmó la sentencia del 7 de septiembre de 2006, escrito de contestación de la demanda, alegatos de conclusión y recurso de apelación presentado por la CNTV, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho adelantado por el señor Gerardo Terán Malagón bajo el radicado 2002-11482 (Fls. 1 a 125 C.4).

5. El caso en concreto

Así las cosas, se analizará si en el *sub judice* hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de los señores Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, teniendo en cuenta sí de acuerdo con el material probatorio recaudado se cumplieron con los requisitos exigidos para la prosperidad de la acción de repetición.

Ahora bien, respecto del primer requisito, (calidad del agente) se encuentra probado que los señores Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, para el momento de los hechos (27 de junio de 2002) se encontraban vinculados como funcionarios de la entidad demandante, así lo certificó el 5 de noviembre de 2010 la Secretaria General de la CNTV:

“Que el señor JAIME NIÑO DIEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 17.136.505 expedida en Bogotá, prestó sus servicios en esta Entidad desde el 7 de mayo de 2001 hasta el 3 de octubre de 2005.

Que JAIME NIÑO DIEZ desempeñó el cargo de COMISIONADO MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION” (Fl. 248 C.2)

“Que el señor EDGAR PLAZAS HERRERA, identificado con la cédula de ciudadanía 19.074.581 expedida en Bogotá, prestó sus servicios en esta Entidad desde el 30 de abril de 1999 hasta el 22 de agosto de 2002.

Que EDGAR PLAZAS HERRERA desempeñó el cargo de COMISIONADO MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION” (Fl. 249 C.2)

Obra en el acervo probatorio⁶, oficio de la Comisión Nacional de Televisión donde indica las funciones asignadas a los demandados Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, como miembros de la Junta Directiva de la CNTV, están contenidas en el art. 15 de Resolución 185 del 13 de agosto de 1996, entre las que se encuentran: delegar en el Director de la entidad, aquellas funciones que por ley pueden hacerse; aprobar la planta de personal de la entidad y determinar la estructura interna de la misma.

De otra parte y frente a las responsabilidades de los miembros de Junta Directiva, el artículo 200 del Código de Comercio, reformado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 no permite pactar exoneración de responsabilidad de los administradores, entre los cuales se encuentra los miembros de juntas directivas y que su responsabilidad será solidaria e ilimitada por los perjuicios que se ocasionen a la sociedad por dolo o culpa, exonerando de esta responsabilidad a los administradores que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra.

Para acreditar el segundo de los requisitos (condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere el pago a cargo del Estado), dentro del proceso obra copia auténtica de la sentencia del 7 de septiembre de 2006 proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho adelantada por Gerardo Terán Malagón contra la Comisión Nacional de Televisión, cuyo resultado fue la nulidad de la Resolución No. 0585 del 27 de junio de 2002 que declaró insubsistente al señor Gerardo Terán Malagón en el nombramiento de Jefe de la Oficina de Control Interno de la CNTV, y la sentencia del 14 de agosto de 2009, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual se confirmó la decisión adoptada en la sentencia del 7 de septiembre de 2006 antes referida, providencias que quedaron ejecutoriadas el 14 de diciembre de 2009 (Fls. 39 a 68 C.2)

Así las cosas, se cumplió con el segundo de los requisitos exigidos para la prosperidad de la acción de repetición.

Respecto de la tercera exigencia, esto es, el pago efectivo, la entidad demandante allegó Copia auténtica de la certificación expedida por Bancolombia, en la cual informa que el señor Gerardo Terán Malagón posee cuenta bancaria identificada con el número 207-610861-99 (Fl. 122 C.2); copia auténtica de la certificación expedida por Citibank, en la cual informa que la cuenta bancaria a nombre del señor Jairo Benjamín Villegas Arbeláez es la No. 5939420039 (Fl. 123 C.2); copia auténtica de fecha 28 de mayo de 2010 correspondiente al reporte o comprobante de la sucursal virtual de pagos con estado de transacción correcta, donde consta dos registros, uno a favor del señor Terán Malagón, por valor de \$925.543.890 y el otro, a su apoderado señor Jairo Benjamín Villegas, por valor de \$498.369.787, para un total de \$1.423.913.677 (Fl. 128 C.2); por último, copia auténtica de la orden de pago No. RA 72 de fecha 28 de mayo de 2010, bajo el concepto de "*RECONOCIMIENTO Y ORDENAMIENTO DE PAGO DE DERECHOS LABORALES SEGÚN FALLO JUDICIAL Y RESOLUCIÓN 2010380000205-4 Y 2010380000546-4*", por valor de \$1.809.982.413, que luego de aplicar los descuentos de ley equivale a la suma de \$1.423.913.677 (Fl. 133 C.2).

De esta manera, para la Sala queda demostrado con las pruebas arrimadas al proceso, que la entidad demandante cumplió con la obligación a su cargo,

⁶ Fls. 230 a 237 C. 2

consistente en el pago de la condena impuesta en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y confirmada en segunda instancia por esta Corporación, en consecuencia, se aportó en el *sub lite* prueba idónea que acredita que se realizó efectivamente el pago, es decir, se tiene por cumplido el tercero de los requisitos.

Por último, respecto del requisito consistente en la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa, la Sala ha explicado en diferentes oportunidades⁷ que, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos, en este caso, las disposiciones la Ley 678 de 2001, que define en sus artículos 5 y 6, las presunciones de dolo y de culpa grave:

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

El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición⁸ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77⁹ y 78¹⁰ del C. C. A.. Así, dijo¹¹ que, para determinar la existencia de la

⁷ Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente: 29.223; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 22 de julio de 2009, expediente: 25659.

⁸ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

⁹ Sentencia C-100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

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

Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política¹² y en la ley.

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

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, diciendo¹³:

“En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.....

Por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto.

(...)

(...) con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un

¹⁰ Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

¹¹ Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

¹² El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

¹³ Sentencias C- 374/02, C- 423 /02 y 455/02.

equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.”

De lo anterior se colige, que las presunciones son suposiciones que pueden provenir de la ley o del juicio del juez frente a la observancia de los hechos, las cuales constituyen medios indirectos para alcanzar la verdad a partir de hechos conectados entre si. Es así como, el actor debe demostrar que de una circunstancia o causal, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias del cual se infieren para liberar su responsabilidad patrimonial. Como lo ha dicho la Corte, la presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas pues al facilitar el ejercicio de la acción de repetición que es una acción de naturaleza civil, en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)

Sobre el mismo tema se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C- 455 de 2005, precisando que:

“(…) La Corte recaba en su providencia que, de no haber apelado el legislador al sistema de las presunciones en materia de acción de repetición, muy difícil sería adelantar exitosamente el juicio correspondiente, al tiempo que se harían nugatorios los propósitos perseguidos por la propia Ley 678 de 2001.

Además de lo dicho, el pluricitado fallo afirma que la presunción contenida en las normas acusadas no quebranta el principio de presunción de inocencia toda vez que la acción de repetición es una acción netamente civil -no es una acción penal-, razón por la cual es permitido presumir la culpa o el dolo.

Por último, la Corporación asevera que el principio de presunción de buena fe tampoco se ve vulnerado por los artículos acusados por cuanto que aquél va dirigido a proteger a los particulares frente a las actuaciones que deben surtir ante las autoridades administrativas –las cuales se presumirán adelantadas de buena fe-, y en el caso particular no se habla propiamente de una gestión de los particulares frente al Estado”

Bajo estas precisiones, le corresponde a la Sala en el caso sub- examine analizar con el material probatorio obrante en el plenario, sí el supuesto fáctico presentado por el actor, esto es, que la causa para la imposición de la condena a la Comisión Nacional de Televisión, se debió a la actuación dolosa por desvío del poder de los demandados Jaime Niño Diez y Edgar Plazas, al ordenar la declaratoria de insubsistencia del señor Terán como Jefe de Control Interno y al designar en su reemplazo a una funcionaria que no cumplía con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones para desempeñar el cargo público.

Pues bien, para dilucidar este problema como primera medida es pertinente puntualizar, que el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno de la Comisión Nacional de Televisión, se clasifica como Directivo – Asesor y cuya naturaleza es de libre nombramiento y remoción, de conformidad con los artículos 15 de la Ley

182 de 1995¹⁴ y el artículo 1 de la Resolución No. 079 de 31 de octubre de 1995 del CNTV, siendo su nominador la Junta Directiva de la entidad, en el entendido que esta facultad discrecional que se le concede a la Administración, siempre debe estar orientada a la prestación de un buen servicio público, presunción legal que admite prueba en contrario y que puede ser desvirtuada a través de la acción contenciosa.

Así lo ha reseñado el Consejo de Estado en su jurisprudencia, como se transcribe:

(...)

Esta Corporación ha reiterado, que el control judicial de legalidad del acto administrativo de insubsistencia expedido en ejercicio de la facultad discrecional que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, donde entre los deberes del juez está el hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y de estas la obligación de probar sus afirmaciones, esto es, donde el demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplía a satisfacción sus responsabilidades de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaran su relevo, y la entidad demandada para defender la presunción de legalidad de su actuar, demostrará las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento¹⁵.

Sin embargo en el caso en comento, se observa que mediante Acta de Junta Directiva de la CNTV No. 910 del 27 de junio de 2002¹⁶, entre otros aspectos tratados y con el voto favorable de los comisionados Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, se determinó declarar insubsistente al doctor Gerardo Terán Malagón – Jefe de Control Interno, nombrar a la doctora Liliana Jaramillo Mutis como su reemplazo y seguidamente, encargar a la doctora Jennifer Jordán Rubio como Jefe de la Oficina de Control Interno, como se señala en el acta 911 (Fls. 126 y 127 C. 2)

En este orden de ideas, no se encuentra probado, ni se dejó constancia en el acta No. 910 antes referida, el proceso de evaluación o análisis que surtió la hoja de vida de la dra. Liliana Jaramillo Mutis al interior de la Junta Directiva de la CNTV, para su designación o nombramiento, que permitiera determinar si la Dra. Jaramillo cumplía con los requisitos exigidos por ley para acceder al empleo público, tal y como lo estipula el Decreto 2400 de 1968 reglamentado por el Decreto 1950 de 1973, pues, la posesión solo es un acto solemne que reviste al designado de la calidad de empleado público, habilitándolo para el ejercicio de la función que por la Constitución, ley o reglamento le compete y que con dicho nombramiento la entidad siempre debería buscar el mejoramiento del servicio público prestado.

¹⁴ ARTICULO 15. Funcionarios de la Comisión Nacional de Televisión. Los empleados de la Comisión Nacional de Televisión tendrán la calidad de empleados públicos, y como tales estarán sometidos al correspondiente régimen constitucional y legal de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades.

Son empleados de libre nombramiento y remoción aquellos que estén adscritos al nivel directivo de la Comisión, o que no perteneciendo a éste desempeñen cargos de dirección o confianza. Los demás empleados serán de carrera administrativa.

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 7 de febrero de 2002, Expediente: 250002325000992175-01(3826-01). Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado

¹⁶ Fls.1 a 14 C.2

De otra parte, mediante Resolución 585 del 27 de junio de 2002, se declaró insubsistente el nombramiento del señor Gerardo Terán Malagón, acto administrativo que fue declarado nulo por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que si bien, este fue suscrito por el Director de la CNTV, también lo es, que este fue expedido por la Junta Directiva, en uso de las atribuciones legales conferidas por el artículo 15 de la Ley 182 de 1995 y del artículo 15 de sus propios estatutos, como textualmente se indica:

“LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMISION NACIONAL DE TELEVISION

En uso de sus facultades legales en especial de las conferidas en el artículo 12 de la Ley 182 de 1995 y en el artículo 15 de sus estatutos y conforme a lo dispuesto en sesión del día 27 de junio, según acta No. 910

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. Declarar Insubsistente el nombramiento de GERARDO TERÁN MALAGÓN...”

De lo anterior se colige, que en el acto administrativo de insubsistencia del señor Terán como Jefe de la Oficina de Control Interno de la CNTV, se encontraba plasmada la voluntad de cuatro de los cinco miembros de Junta Directiva¹⁷ y no sólo la de su Director, como lo señalan los demandados en su defensa, puesto que la decisión fue del órgano colegiado, comprometiendo así en forma solidaria e ilimitada la responsabilidad de los miembros que votaron afirmativamente, tal y como lo preceptúa la ley¹⁸.

Adicionalmente, es relevante manifestar que frente al tema bajo examen, era plausible que los demandados se apartaran de la decisión de la Junta, como así lo hizo el quinto miembro doctor Ricardo Lombana Moscoso, al manifestar por escrito lo siguiente en su constancia de voto negativo a las decisiones de declaratoria de insubsistencia y nombramientos efectuados en la sesión de Junta Directiva del 27 de junio de 2002, anexa al acta No.910:

“ En la sesión de Junta Directiva citada en el título de este escrito, se ha manifestado por parte de varios de mis colegas, la necesidad e efectuar algunos cambios en el personal directivo de la entidad, con el propósito de imprimirle a ella, una nueva dinámica de trabajo que a su vez permita mostrar a la opinión pública y en general al Congreso de la República en particular, una gestión adecuada frente a los retos de auto-reforma y reestructuración interna que quedaron planteados ante el hundimiento del proyecto de Acto Legislativo que pretendía la eliminación de los artículos 76 y 77 de la Constitución Nacional. (subrayado y negrillas fuera de texto)

Consideran mis colegas, que para realizar tales tareas, se requieren otros directivos, pues los que hasta esa fecha los venían desempeñando, no llenaron las expectativas de la Junta, ni otorgaban la confianza necesaria para el efecto. De otro lado, el Dr. Jaime Niño, hizo explícito su pensamiento en torno a que el hecho de haber presentado mi renuncia y el inminente término del periodo del Comisionado Sergio Quiróz en oposición a la vocación de permanencia de él mismo y de los comisionados Plazas y Bustos,

¹⁷ Fls. 7 y 8 C. 2

¹⁸ Artículo 200 C.Co reformado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995.

debía ser un factor a tener en cuenta para la toma de las decisiones a adoptar. (subrayado y negrillas fuera de texto)

En ese contexto **se sugirieron las declaratorias de insubsistencia** de los funcionarios que a esa fecha desempeñaban los siguientes cargos:

- (...) **Jefe de la Oficina de Control Interno – Dr. Gerardo Terán Malagón;**
(subrayado y negrillas fuera de texto)

- (...)

1. **Que estuve conciente de mi calidad de “Comisionado renunciado”** y que por tal hecho, no compartiendo la iniciativa, tampoco era mi intención dificultar la decisión mayoritaria de la Junta, por lo cual **mi voto sería negativo en todos los casos.**
2. **Expresé mi sorpresa frente al hecho de que se abordara de manera parcial e intempestiva el tema de la reestructuración de la planta de personal de la CNTV, cuando el punto había sido postergado en múltiples ocasiones por esta misma Junta, durante por lo menos un año.** (subrayado y negrillas fuera de texto)
3. **Llamé la atención y sugerí a la Junta, hacer un alto en el camino para que la reestructuración se hiciera de manera integral, con fundamento en un análisis organizacional, en manuales de funciones, procedimientos y perfiles de cargos, paa asegurar el éxito de la misma.** (subrayado y negrillas fuera de texto)
4. Expresé también mi inconformidad frente al hecho de que en la mayoría de los casos enumerados se trataba de funcionarios a los que yo había nominado en el momento de sus nombramientos y que por tal hecho, conocía de cerca sus calidades personales y profesionales y las juzgaba satisfactorias, poniendo de presente precisamente ese hecho subjetivo.
5. **Expresé mi opinión en torno a que, a mi juicio, la iniciativa de los cambios propuestos, antes de ayudar al propósito de mejoramiento, podrían causar desajustes en la dinámica de trabajo de la Comisión al hacerse necesaria una fase de entendimiento de los nuevos funcionarios con las funciones de sus cargos**
6. Finalmente, manifesté también que consideraba que existen dentro de la Comisión muchos otros casos, en los que si es evidente la incapacidad y falta de conocimientos necesarios, por parte de los funcionarios, para desempeñar las funciones que les han sido asignadas y que sugería que en esos casos también se revisaran, nuevamente con el propósito de asefurar el éxito del objetivo planteado.

También dejé expresa constancia de que frente a los nombramientos realizados en reemplazo de los funcionarios enumerados, no tengo ningún tipo de de objeción personal o profesional a sus nombres y que en tales

*circunstancias mi voto negativo no es a las personas, sino al procedimiento adoptado mayoritariamente por la Junta Directiva (...)"*¹⁹.

Pues bien, las apreciaciones consignadas por el Comisionado Lombana son contundentes, las cuales dejan ver claramente y sin lugar a dudas que la declaratoria de insubsistencia del Jefe de Control Interno de la CNTV, a pesar de manifestarse entre comillas que correspondían a un proceso de reestructuración, fue una decisión apresurada y sin ninguna metodología, ya que no estuvo precedida de los estudios previos de perfiles y cargas laborales, que le permitieran a la entidad evaluar si con la misma se conseguiría el logro de los objetivos propuestos con la reestructuración, encaminada al mejoramiento del servicio público y no dirigida a conseguir un fin distinto, tal y como quedó evidenciado en el escrito de voto negativo presentado por el Dr. Lombana.

Luego, en el acta No. 911 del 2 de julio de 2002, consta entre otros aspectos, que los comisionados antes referidos autorizaron al Director de la CNTV, para modificar el Manual de Funciones y Requisitos de la CNTV, en lo que respecta al perfil requerido para ocupar el cargo de Jefe de Control Interno²⁰ y de igual forma, reposa memorando del 2 de julio de 2002, por medio del cual el Director de la CNTV- señor Sergio Quiroz, solicitó a la Subdirectora de Recursos Humanos, la modificación de los requisitos para el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno²¹.

Queda probado que la modificación del Manual de Funciones y Requisitos, en lo atinente al perfil del cargo de Jefe de Control Interno, se realizó el 2 de julio de 2002 posteriormente al nombramiento de la Dra. Liliana Jaramillo Mutis, que hiciera la Junta Directiva de la Comisión el 27 de junio de la misma anualidad. Esto quiere decir, que la Dra. Jaramillo en el momento del nombramiento no cumplía con el perfil requerido para ocupar el cargo de Jefe de Control Interno, el cual exigía como título profesional el de Contaduría Pública y ella ostentaba el título profesional en Derecho.

En este sentido y sin más argumentación, se trae a colación un aparte de la providencia de esta Corporación del 14 de agosto de 2009 mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de septiembre de 2006, que reza así:

“MODIFICACION DEL MANUAL DE FUNCIONES Y REQUISITOS.

(...)

La Sala no discute la necesidad de imponer nuevos requisitos para los empleos dentro de la función pública, pero la premura, la velocidad y delegación con que la entidad actuó en el sub-exámene, advierte el favorecimiento a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis para que pudiera posesionarse en el cargo, pues como se dijo, al momento del nombramiento acreditaba el título en Derecho y no el de Contaduría Pública, siendo modificada tal situación para incluir aquella profesión y otras, cinco (5) días después de su designación, por acta No. 911 de 2 de julio de 2002, demostrándose una evidente desviación de poder en detrimento del señor Gerardo Terán Malagón.

A simple vista se advierte que la modificación de los requisitos del cargo no estuvo precedida de un estudio objetivo efectuado por la CNTV con iras a determinar los requisitos para desempeñar el empleo público, sino que a los

¹⁹ Fls. 13 y 14 C.2

²⁰ Fls.17 a 26 C.2

²¹ Fls. 27 a 38 C.2

cinco (5) días del nombramiento se ordenó incluir otras profesiones, entre ellas el Derecho, para que la Dra. Liliana Jaramillo Mutis pudiera fungir como Funcionaria Pública.

Pese a que el recurso de alzada expreso que la CNYV en reiteradas oportunidades ha modificado el Manual de Funciones y Requisitos en procura del mejoramiento del servicio, para la Sala no existía razón suficiente para ordenar una nueva modificación del Manual de Funciones y Requisitos dado que sólo habían transcurrido dos (2) meses y cinco (5) días de la expedición de la Resolución NO. 348 de 12 de abril de 2002, "Por la cual se adopta el Manual de Funciones y Requisitos de los empleos de Planta de Personal de la Comisión Nacional de Televisión", sin que en dicha ocasión se hubiera modificado tal situación.

Además la delegación de la Junta Directiva de la CNTV para que el Director dispusiera la modificación de los requisitos, advierten el afán y la premura con que se obró para que la Dra. Liliana Jaramillo Mutis se pudiera posesionar dentro de los parámetros "legales" informando tal situación a la Subdirectora de recursos Humanos y Capacitaciones de la CNTV mediante un memorando.

(...)

La conducta desplegada por parte de la CNTV al momento de modificar los Requisitos para el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, contiene por su brevísima temporalidad, un nexo causal entre el nombramiento del reemplazo del demandante y su beneficio, en desmedro de la parte actora, el buen servicio y el interés general, demostrándose una evidente desviación de poder."

En este sentido y bajo el entendido que la desviación de poder es un vicio que afecta el objeto del acto administrativo, y se configura o materializa, cuando se está ante la intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa en nombre de la Administración, en la búsqueda de una finalidad contraria a establecida en las normas que rigen la materia. Es así como en el sentir de la Sala, los demandados en el caso sometido a estudio actuaron motivados por fines personales, o con miras a favorecer a terceros o influenciados por una causa contraria al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, de obligatoria observancia en la ejecución de la función administrativa, consagrada en el artículo 209 de nuestra Carta Magna.

En conclusión y hechas las anteriores precisiones, observa la Sala que los señores Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera como miembros de la Junta Directiva de la CNTV, incurrieron en desviación del poder al ordenar declarar insubsistente al señor Gerardo Terán Malagón, el cual se desempeñaba como Jefe de Control Interno y al nombrar en su reemplazo a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis. Lo anterior, fundamentado en que esta última, para la fecha del nombramiento no contaba con el título profesional de Contadora Pública, exigido como requisito para desempeñar el cargo de Jefe de Control Interno de la CNTV, aunado al hecho, que posteriormente al nombramiento del reemplazo del señor Terán, se delega al Director de la CNTV para que modifique el Manual de Funciones y Requisitos de la entidad en lo concerniente al perfil de la jefatura de Control Interno, acción a todas luces reprochable, burda y grosera, que evidencia rotundamente que las causas determinantes o móviles que los inspiraron para tomar la decisión génesis del acto administrativo de insubsistencia cuestionado,

no fueron razones del buen servicio público, sino otras distintas, tal como se desprende de las probanzas del proceso.

Además de lo dicho anteriormente, no se provee el cargo inmediatamente sino que proceden a encargar a la doctora Jennifer Jordán Rubio como Jefe de la Oficina de Control Interno, como se señala en el acta 911 (Fls. 127 C. 2).

Analizada la responsabilidad subjetiva de la conducta asumida por los comisionados Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, la Sala determina bajo los argumentos expuestos, que los demandados no pudieron con su defensa desvirtuar la presunción de dolo contenida en numeral 1 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 incurriendo en desviación de poder, razón por la cual se procederá a confirmar la sentencia del *A quo*.

6. Liquidación de la condena

Para efecto de la liquidación la condena impuesta se dividirá entre cuatro, bajo el entendido que la decisión que generó la misma, fue adoptada por cuatro miembros de la Junta Directiva de la CNTV.

Es así que con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala confirmará la condena impuesta por el Tribunal a favor de la Comisión Nacional de Televisión y por lo tanto, efectuará su actualización, así:

$Ra = Vh * IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial}$

$$Ra = \$1.664.620.746 \times \frac{IPC \text{ Enero } 2014}{IPC \text{ Marzo } 2010} = \frac{114,54}{103,81}$$

$Ra = \$1.836.679.127 / 4 = \$459.169.781$

De acuerdo con lo anterior, el monto a cancelar por cada uno de los demandados es de **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$459.169.781)**

De igual forma, se concederá el plazo de seis (6) meses que se contarán desde la ejecutoria de esta providencia, para que los demandados procedan al pago de la condena impuesta.

7. Condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

MODIFIQUESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección Bel 14 de marzo de 2013, que

accede a las pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en esta providencia y que en su parte resolutive quedará de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable a los señores Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, por la condena impuesta a la Comisión Nacional de Televisión (hoy en liquidación) en la sentencia del 7 de septiembre de 2006, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; confirmada mediante sentencia del 14 de agosto de 2009, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

SEGUNDO: CONDENAR a los señores Jaime Niño Diez y Edgar Plazas Herrera, a reintegrar cada uno la suma de **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$459.169.781)** a favor de la Comisión Nacional de Televisión (hoy en liquidación).

TERCERO: NIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: FIJAR para el cumplimiento de esta sentencia, el plazo de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la presente providencia.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: En firme esta providencia devuélvase el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala
Aclaró voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado