



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., tres (3) de mayo del dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02472-01

Actores: ADONAY FERRARI PADILLA, MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO Y JOSÉ MANUEL DIAZGRANADOS DIAZGRANADOS

Demandados: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Asunto: Acción de tutela – Fallo de segunda instancia – confirma el fallo que amparó el derecho fundamental al debido proceso de la parte actora. Análisis de desconocimiento del precedente y defecto fáctico de la providencia censurada.

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve las impugnaciones formuladas por el Consejero de Estado doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su calidad de magistrado ponente de la decisión censurada, y por los accionantes contra la sentencia del **25 de enero de 2018**, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que amparó el derecho fundamental al debido proceso de la parte actora.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Mediante escrito radicado el 22 de septiembre de 2017 en la Secretaría General de esta Corporación, los señores Adonay Ferrari Padilla, José Manuel Díazgranados Díazgranados y Martha Isabel Castañeda Curvelo, en nombre propio, ejercieron acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, con el fin de obtener el amparo de su derecho



fundamental al debido proceso.

Tal derecho lo consideraron vulnerado, con ocasión de la sentencia del **24 de marzo de 2017**, proferida por la referida autoridad judicial, mediante la cual se resolvió en única instancia el medio de control de repetición adelantado por la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en su contra.

A título de amparo constitucional, solicitaron:

“A. Se deje sin efecto la sentencia emitida el 24 de marzo de 2017 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera, dentro del proceso con Radicación 11001326000201400026 00 (50.032) Actor: Nación Rama Judicial - Dirección de Administración Judicial, Opositor: los aquí accionantes: Martha Isabel Castañeda Curvelo, Adonay Ferrari Padilla, José Manuel Díazgranados Díazgranados.”¹

En el líbello introductorio los demandantes solicitaron como medida cautelar que se suspendieran los efectos de la sentencia del 24 de marzo de 2017, hasta tanto se decida la tutela de la referencia, *“para evitar un perjuicio irremediable al obligarnos a pagar el monto de \$367.746.845 que figura en la sentencia objeto de tutela”*.

La parte accionante fundamentó la acción de amparo, en las siguientes alegaciones:

1.1. La autoridad judicial accionada aplicó una presunción inexistente, toda vez que fundamentó la decisión en el precepto consagrado en el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001² *“y no como correspondía a la del numeral 2º de ese artículo”*.

Al respecto, los accionantes consideraron que la autoridad judicial concluyó que su conducta se encuadró objetivamente en la presunción, sin que analizara las circunstancias subjetivas, desconociendo que la carga probatoria, en las declaratorias de

¹ Folio 15 (vuelto) del expediente de tutela.

² “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.



abandono injustificado del cargo, pesaba sobre el empleado y, en el caso concreto, la servidora judicial –demandante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se condenó a la Nación – Rama Judicial– no demostró la causa que justificó el abandono, por lo que el acto administrativo no estaba incurso en causal de nulidad.

1.2. Desconocimiento del precedente contenido en la sentencia C-520 del 4 de agosto de 2009³, dictada por la Corte Constitucional, por cuanto la autoridad accionada consideró que los planteamientos de defensa y las objeciones a la condena por la conducta de la demandante del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho debieron ser planteados en ese escenario al cual no fueron convocados.

1.3. Se desconoció que la necesidad de audiencia previa a la declaratoria de abandono del cargo se consagró con posterioridad a los hechos, que en el caso concreto se materializaron con la expedición de los Acuerdos 011 y 012 del 2001 y una sentencia de unificación del año 2005⁴.

Al respecto alegó que, al expedir los referidos actos *“procedimos basados en la jurisprudencia de otra de las secciones del Consejo de Estado, imperante para la fecha de emisión de los Acuerdos 011 y 012 de 2001, en concordancia además con la sentencia de marzo 4 de 1999 M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora traída a colación por la Subsección A de la Sección Segunda del C.E., al proferir la sentencia de mayo 18 de 2011...”*⁵

1.4. La condena dineraria impuesta a la Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial fue más allá del lapso al que la demandante hubiera tenido derecho y, con ello, *“el monto por el cual se pretendía la condena en el proceso de repetición no debía ser por la totalidad de lo cancelado a la demandante; al igual que*

³ Mediante esta sentencia la Corte resolvió: “Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión *“dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia”*, contenida en el artículo 57 de la Ley 446 de 1998”, por haberse incurrido en una omisión legislativa al regular las sentencias contra las cuales procede el recurso extraordinario de revisión en sede contencioso administrativa.

⁴ La parte actora no señaló la sentencia de unificación a la cual se refiere.

⁵ Folio 8.



*excluida del escalafón de la carrera judicial su reintegro no debió superar estas decisiones.*⁶

1.5. No se tuvo en cuenta que: i) la sentencia del 18 de mayo de 2011, que dio lugar a la acción de repetición, se fundó en unas declaraciones extrajudicial que no fueron ratificadas en sede judicial, es decir, que no tenían validez y ii) la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial no tenía legitimación en la causa para promover la acción de repetición, en los términos del artículo 8° de la Ley 678 de 2001⁷.

1.6. Defecto fáctico, el cual hicieron consistir en que, sin respaldo probatorio, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que en el caso objeto de estudio se configuró la culpa grave.

1.7. Se omitió cuantificar el grado de participación de cada uno de los demandantes, desconociendo así el artículo 14 de la Ley 678 de 2001 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸ que ha señalado que debe tenerse en cuenta la culpabilidad de acuerdo a la actuación de cada servidor (individualizada y no colectiva) y que la indemnización debe ser proporcional a la intervención en la actuación.

Agregaron que, pese a que se solicitó aclaración de la sentencia

⁶ Folio 6 del expediente de tutela.

⁷ La norma citada establece: "**ARTÍCULO 8º. Legitimación.** En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-338 de 2006, por los cargos examinados.**

Si no se iniciare la acción de repetición en el término y por la entidad facultada que se menciona anteriormente, podrá ejercitar la acción de repetición:

1. El Ministerio Público.

2. Modificado por el art. 6, Ley 1474 de 2011. El Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional.

PARÁGRAFO 1º. Cualquier persona podrá requerir a las entidades legitimadas para que instauren la acción de repetición, la decisión que se adopte se comunicará al requirente.

PARÁGRAFO 2º. Si el representante legal de la entidad directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero a que se refiere este artículo no iniciare la acción en el término estipulado, estará incurso en causal de destitución".

⁸ Sobre esta alegación no precisaron la sentencia de Corte Constitucional que consagra la *ratio* a que hacen referencia.



Acción de tutela – Fallo de segunda instancia
Actores: Adonay Ferrari Padilla y otros
Accionado: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”
Rad. 11001-03-15-000-2017-02472-01

en el anterior sentido, la autoridad judicial demandada la rechazó por extemporánea, pasando por alto que si bien no se presentó en el término, se debió a que la misma autoridad judicial demandada no le entregó copia del fallo al apoderado que los representaba en ese proceso, lo que imposibilitó conocer el texto íntegro de la decisión.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró acreditados los siguientes hechos, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en el fallo:

2.1. La señora Irene Patricia López Bovéa, prestó sus servicios a la Rama Judicial, desde el 1º de marzo de 1991 en el cargo en propiedad de Escribiente Grado 5 del Juzgado Primero del Distrito Penal Aduanero y, como último cargo, desempeñó, igualmente en propiedad, el de Escribiente de la Secretaría del Tribunal Administrativo del Magdalena.

2.2. Mediante Acuerdo No. 011 del 24 de octubre de 2001, el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró que la referida funcionaria abandonó injustificadamente el cargo y, por ende, ordenó su desvinculación del servicio.

2.3. El Acuerdo No. 011 del 24 de octubre de 2001 fue suscrito por los doctores Adonay Ferrari Padilla, José Manuel Díazgranados Díazgranados y Martha Isabel Castañeda Curvelo, en su condición de Magistrados del Tribunal Administrativo del Magdalena, para la época de los hechos, acto administrativo contra el cual la empleada interpuso recurso de reposición, en relación con el cual la recurrente alegó que no fue resuelto por la autoridad competente, por lo que se configuró, el 2 de febrero de 2002, el silencio administrativo negativo.

2.4. La señora Irene Patricia López Bovéa presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que se



declarara la nulidad del acto administrativo que declaró el abandono del cargo y la desvinculó del servicio y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenara su reintegro y se le pagaran los salarios dejados de percibir.

2.5. El Tribunal Administrativo del Atlántico, dictó sentencia el 24 de septiembre de 2008, negando las pretensiones de la demanda, fallo contra el cual la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 18 de mayo de 2011 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, corporación que revocó la decisión y declaró la nulidad del Acuerdo No. 011 del 24 de octubre de 2001 y del acto administrativo ficto por el cual operó el silencio administrativo negativo.

Lo anterior, por haber encontrado acreditada la causal de nulidad referida a la expedición irregular del acto por falta de agotamiento de la audiencia previa, en la que se le diera la oportunidad a la funcionaria de justificar las ausencias, circunstancia que igualmente constituye infracción de la norma de superior jerarquía consagrada en el 140 del Decreto 1660 de 1978.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó reintegrar a la demandante al cargo que ocupaba o a otro igual o superior y a reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta cuando se produjera su reintegro.

2.6. En cumplimiento del fallo condenatorio, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial pagó a la demandante del proceso ordinario la suma de \$415.540.314.00, el 4 de febrero de 2013, según la constancia No. CPLTES-13-788 del 17 de diciembre de 2013 expedida por la División de Tesorería de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

2.7. Realizado el estudio del expediente administrativo mediante el cual se hizo el pago de la sentencia que condenó a la Nación – Rama Judicial, el Comité Nacional de Conciliación y Defensa Judicial de la Rama Judicial, en sesión celebrada el 29 de



Acción de tutela – Fallo de segunda instancia
 Actores: Adonay Ferrari Padilla y otros
 Accionado: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”
 Rad. 11001-03-15-000-2017-02472-01

noviembre de 2013, según consta en el Acta No. 007, resolvió instaurar acción de repetición contra Adonay Ferrari Padilla, José Manuel Díazgranados Díazgranados y Martha Isabel Castañeda Curvelo, la que fue presentada el 7 de febrero de 2014.

2.8. Previo agotamiento del trámite correspondiente a la acción de repetición, el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C” dictó sentencia del 24 de marzo de 2017, en la que se resolvió.

“DECLÁRESE patrimonialmente responsables a los señores **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO, JOSÉ MANUEL DÍAZGRANADOS DÍAZGRANADOS Y ADONAY FERRARI PADILLA**, por la condena impuesta a **LA RAMA JUDICIAL** en la sentencia del 18 de mayo de 2011, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE solidariamente a los señores **MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO, JOSÉ MANUEL DÍAZGRANADOS DÍAZGRANADOS Y ADONAY FERRARI PADILLA** a reintegrar a favor de **LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL** la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$367.746.845.)⁹**”.

Para arribar a la citada resolutive, previa valoración de los medios de convicción allegados a la actuación, en especial las declaraciones de los señores María del Pilar Herrera Barrios, Irene Patricia López Bovéa y Edwin de Jesús Méndez Suárez, la autoridad accionada consideró que los demandados en el proceso de repetición quebrantaron disposiciones de orden constitucional y legal de imperativo cumplimiento que establecen que los principios que deben inspirar las actuaciones administrativas son el debido proceso y el derecho de defensa.¹⁰

Adicionalmente, destacó lo señalado por el fallador de la acción

⁹ Esta suma corresponde a lo efectivamente pagado por la condena menos los intereses moratorios reconocidos.

¹⁰ Los cuales se encuentran consagrados en el Decreto 01 de 1984, en el artículo 3 de la Ley 270 de 1996, el artículo 3 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 14 de la Ley 1564 de 2012.



de nulidad y restablecimiento del derecho, quien encontró que los miembros del Tribunal Administrativo del Magdalena, al declarar el abandono injustificado del cargo de la señora Irene Patricia López Bovéa, omitieron realizar la audiencia previa contemplada en el artículo 140 del Decreto 1660 de 1978¹¹, lo que motivó la declaratoria de nulidad del acto administrativo y la condena a título de restablecimiento del derecho.

Del incumplimiento de las normas jurídicas analizadas, concluyó que *“los demandados no lograron desvirtuar la presunción contenida en el numeral 1 del artículo 6 ‘violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho’ de la Ley 678 de 2001, que establece que la conducta de un agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley”*.

2.9. El señor José Manuel Díazgranados Díazgranados, en forma extemporánea, solicitó que se aclarara y adicionara el fallo, por haberse impuesto en el mismo una condena en forma solidaria en lugar de determinar el grado de participación de cada uno de los magistrados, ni las circunstancias atenuantes de responsabilidad, petición que fue rechazada de plano por la autoridad accionada, por incumplimiento del requisito de oportunidad.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 27 de septiembre de 2017¹², el Magistrado Ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la demanda de tutela; dispuso notificar a la parte actora, a los Magistrados del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, como parte accionada.

Así mismo, dispuso la vinculación de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, como tercero

¹¹ La referida norma establece: “ART. 140. Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, **previa audiencia del funcionario o empleado**”. (Resaltado fuera del texto)

¹² Folio 139 del expediente de tutela.



Acción de tutela – Fallo de segunda instancia
Actores: Adonay Ferrari Padilla y otros
Accionado: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”
Rad. 11001-03-15-000-2017-02472-01

interesado en el resultado de la actuación y la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 610 del Código General del Proceso.

En la misma providencia negó la medida provisional solicitada en la demanda, por no existir una situación urgente que amerite la intervención previa del juez de tutela para prevenir un perjuicio irremediable.

3.2. Contestación de la autoridad accionada – Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”

3.2.1. El Magistrado Ponente de la decisión censurada presentó informe del 14 de octubre de 2017, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que la sentencia objeto de tutela no vulnera los derechos invocados y, por el contrario, lo que hace es respetar y hacer prevalecer los principios de la administración de justicia, tales como seguridad jurídica, celeridad, sana crítica, imparcialidad, por cuanto en ningún momento se pusieron en peligro contenidos constitucionalmente protegidos.

Precisó que se aplicaron las reglas procesales preestablecidas, los demandantes gozaron del derecho de defensa y, en ejercicio del mismo, contestaron la demanda, presentaron excepciones y alegaron de conclusión en los plazos establecidos.

3.2.2. En relación con la sentencia C-520 de 2009, proferida por la Corte Constitucional, cuyo desconocimiento alegaron los demandantes, consideró que no era aplicable al caso concreto, por cuanto la misma se refiere a la procedibilidad del recurso extraordinario de revisión, razón por la cual no reviste importancia constitucional para el caso concreto.

Al respecto, realizó un análisis de lo que se entiende por precedente y de la carga que deben cumplir los accionantes para alegar su desconocimiento, de lo cual concluyó que *“los demandantes lejos de presentar un verdadero precedente que le fuera*



aplicable a su caso, que indicara la existencia de identidad de hechos y la ratio decidendi de la providencia, se limitó (sic) a referenciar una providencia que no tiene relación con el asunto debatido”.

3.2.3. Consideró que los actores pretenden revivir en la tutela argumentos debatidos en el proceso de repetición y *“cuestionar la valoración probatoria realizada por la Subsección, la cual se encuentra basada en la autonomía de la actividad jurisdiccional que es reconocida por el Estado al Juez, quien luego de hacer un estudio juicioso y detallado del expediente, encontró que el proceder de los señores Adonay Ferrari Padilla, José Manuel Díazgranados Díazgranados y Martha Isabel Castañeda Curvelo fue con culpa grave, al expedir el Acuerdo 011 de 2001 acto administrativo que declaró el abandono del cargo y el retiro de una funcionaria del Tribunal Administrativo del Magdalena, pues su decisión no respetó los derechos laborales de la entonces funcionaria”.*¹³

3.2.4. Transcribió el aparte de la demanda donde los accionantes manifiestan que tuvieron conocimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho pero que no volvieron a saber de su trámite hasta que se enteraron de la decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de lo cual concluyó que *“se evidencia que pese a tener conocimiento del trámite de la referida acción, los aquí accionantes decidieron libre y voluntariamente apartarse del mismo bajo la excusa de que en primera instancia se había declarado la caducidad, pretermitiendo y aceptando que dicho proceso era de doble instancia y que el Consejo de Estado podía cambiar la decisión, como efectivamente lo hizo.”*¹⁴

A su juicio, los accionantes pretenden desconocer que la realización de la audiencia previa a la declaratoria de abandono del cargo de una empleada de la Rama Judicial no era una situación meramente procedimental, sino una garantía efectiva de los derechos de la funcionaria.

3.2.5. Consideró que la parte actora no cumplió con la carga de identificar de manera razonable los hechos que generaron la vulneración, los derechos conculcados y haber alegado ello dentro del proceso ordinario de repetición en la medida en que

¹³ Folio 37 reverso.

¹⁴ Folio 9 del expediente de tutela.



Acción de tutela – Fallo de segunda instancia
 Actores: Adonay Ferrari Padilla y otros
 Accionado: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”
 Rad. 11001-03-15-000-2017-02472-01

hubiera sido posible, por cuanto en la demanda se limitan a cuestionar los fundamentos jurídicos y la valoración probatoria efectuada por la Subsección.

3.2.6. Contestó el argumento relacionado con que la condena impuesta a la Nación – Rama Judicial en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se hizo por un monto superior, por no haberse tenido en cuenta que la funcionaria fue excluida del escalafón de la carrera judicial y su reintegro no debió superar esta decisión, argumentando que ello debió ser debatido en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y no en el medio de control de repetición, por cuanto este debe respetar el monto de la condena efectivamente pagada por el Estado.

3.2.7. Sobre el argumento relacionado con la solidaridad de la condena, afirmó que *“la causación de un daño por parte de un número plural de personas da lugar a responsabilidad solidaria, como ocurrió en este caso en el que los Magistrados que conformaban la Sala del Tribunal Administrativo del Magdalena para el año 2001 profirieron un acto administrativo declarado nulo y que dio lugar a que el Estado pagara los perjuicios que se causaron con el mismo”*.¹⁵

3.3. Informes del tercero vinculado – Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Por conducto de Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, se opuso a la petición de amparo constitucional, por considerar que no existe un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela y que la parte accionante no agotó todos los mecanismos de defensa judicial, por lo que no concurre, en el caso concreto el requisito de subsidiariedad.

3.4. La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, no se pronunció.

¹⁵ Folio 30 vuelto del cuaderno de tutela.



3.5. Fallo impugnado

3.5.1. La Sección Cuarta del Consejo de Estado dictó sentencia del 25 de enero de 2018, en la que accedió a las pretensiones de la demanda de tutela por uno sólo de los cargos formulados, previo estudio de fondo del asunto, al haber considerado que se encontraban superados los requisitos de procedibilidad adjetiva.

3.5.2. Estudió la posible incursión de la providencia censurada en defecto sustantivo por indebida aplicación de la presunción contenida en el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001¹⁶, para concluir que no se presentó, por cuanto la autoridad judicial advirtió que los funcionarios desconocieron normas constitucionales y legales al expedir el acto administrativo que declaró el abandono injustificado del cargo.

En consecuencia, al encontrarse demostrado tal supuesto, lo procedente era examinar la culpa grave con fundamento en el numeral 1º de la norma referida que hace relación a la vulneración de las normas de derecho y no con en el numeral 2º, señalado por los tutelantes– que se refiere a la carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada.

3.5.3. En relación con el desconocimiento del “*precedente judicial*”, que en sentir de los actores se encuentra contenido en las sentencias C-520 de 2009 dictada por la Corte Constitucional y del 4 de marzo de 1999, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, consideró que no eran aplicables al caso concreto.

¹⁶ “**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 manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal”.

Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-455 de 2002



La primera, por cuanto la situación fáctica de esa decisión difiere de la tratada en el proceso ordinario cuestionado y, la segunda, referente a la carga de la prueba que le incumbe al funcionario de justificar los motivos por los que no asistió al puesto de trabajo, porque lo estudiado por la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la acción de repetición, no es la legalidad del acto administrativo que declaró el abandono injustificado del cargo, pues ese estudio lo había realizado el juez competente en la acción de nulidad y restablecimiento.

Respecto de la segunda sentencia citada como desconocida, el *a quo* precisó que *“no resulta viable que se aplique un precedente que esté dirigido a la valoración de las pruebas que presentó la funcionaria que fue retirada del servicio para justificar la inasistencia al lugar de trabajo, porque, de entrada, es evidente que esas apreciaciones ya se realizaron en el proceso de nulidad y restablecimiento que culminó con la sentencia del 18 de mayo de 2011, que declaró la nulidad del Acuerdo No. 011 de 2001”*.

3.5.4. Examinó el *“defecto fáctico”* alegado por la parte actora y que ésta sustentó en los siguientes términos: *“la condena que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, impuso a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial superó el término del que realmente tenía derecho la señora López Bovéa, circunstancia que no se debatió en ese proceso, por cuanto no fueron notificados del mismo ni llamados en garantía y, por otro la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ejerció una defensa deficiente”*.

Transcribió *in extenso* la valoración probatoria realizada en la sentencia censurada, para concluir que la misma contiene una apreciación detallada de las pruebas obrantes en el proceso de repetición y concluyó razonadamente que los señores Adonay Ferrari Padilla, José Manuel Díazgranados Díazgranados y Martha Isabel Castañeda Curvelo incurrieron en culpa grave al expedir el Acuerdo No. 011 de 1991, pues no llevaron a cabo la audiencia previa de que trata el artículo 140 del Decreto 1660 de 1978, es decir, quebrantaron una disposición legal prevista para los funcionario de la Rama Judicial.

Esa conclusión tuvo sustento en las siguientes circunstancias de hecho y de derecho:



- (i) “Que en el expediente no obra prueba de la audiencia previa para la expedición del Acuerdo No. 011 de 2001.
- (ii) Que las declaraciones de los señores María del Pilar Herrera Barrios y Edwin de Jesús Méndez Suárez, daban fe que una vez se presentó la inasistencia de la señora Irene Patricia López Bovéa al lugar de trabajo, quienes en su momento fungían como magistrados del Tribunal Administrativo del Magdalena, expidieron el acto que declaró el abandono injustificado del cargo, sin hacer trámite previo alguno.
- (iii) Que, aunque por Acuerdo No. 012 de 2001 se resolvió el recurso de reposición que interpuso la señora López Bovéa contra el Acuerdo No. 011 de 2001, lo pertinente era hacer tanto el trámite anterior como el posterior a la expedición del acto que declaró el abandono injustificado del cargo, pues ambos son necesarios para constituir la garantía del debido proceso, de modo que al omitirse la audiencia previa, ya estaba configurada la vulneración a ese derecho”.

Con fundamento en lo expuesto, el *a quo* constitucional concluyó que la decisión cuestionada contó con suficiente respaldo probatorio para arribar a la conclusión de que estaba probada la culpa grave en el proceso de repetición por lo que calificó como razonable la decisión.

3.5.5. No obstante que encontró razonable la aplicación de la presunción de culpa grave y la valoración probatoria realizada por el juez natural en relación con este aspecto de la decisión y advertir que no se desconoció el precedente señalado por la parte actora, consideró que la providencia incurrió en **defecto fáctico** en relación con la valoración de las pruebas relativas al retiro del escalafón de la señora López Bovéa, la que si bien no desvirtuaban la configuración de la culpa grave en cabeza de los tutelantes, “*sí ameritaba hacer un test de proporcionalidad entre la conducta y la condena que les fue impuesta*”.

Al respecto, el *a quo* señaló que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado estimó que el alegato referente a que la Sección Segunda de la Corporación no tuvo en cuenta que la señora Irene Patricia López Bovéa había sido calificada



Acción de tutela – Fallo de segunda instancia
Actores: Adonay Ferrari Padilla y otros
Accionado: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”
Rad. 11001-03-15-000-2017-02472-01

insatisfactoriamente y que, por ende, se retiró del escalafón¹⁷, se trataba de una tesis que se debió debatir en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y que, por tanto, escapaba de la órbita de la acción de repetición y que esa circunstancia no justificaba que los demandantes pretermitieran la audiencia previa a la declaratoria de abandono del cargo de la funcionaria.

Sobre esta conclusión, la Sección Cuarta consideró que no es de recibo que se impusiera a los demandados del proceso ordinario –aquí tutelantes– que respondieran por el monto total de la condena¹⁸ impuesta a la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la sentencia del **18 de mayo de 2011**, dictada por la Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a la acción de repetición.

Lo anterior, por cuanto el retiro del escalafón de la empleada conllevaba a su desvinculación del servicio. Siendo así, lo propio era que el pago de los salarios y prestaciones sociales debidos a la señora López Bovéa debía limitarse a la fecha en que se retiró como consecuencia de la declaratoria del abandono del cargo y hasta la fecha que efectivamente hubiera estado vinculada en el cargo de escribiente, grado 5, de la Secretaría del Tribunal Administrativo del Magdalena.

Al respecto el *a quo* constitucional, precisó:

“Para la Sala, los aquí actores sí podían proponer en el proceso de repetición la defensa en lo concerniente al monto de la condena que se impuso en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues precisamente hasta ese momento pudieron defender sus intereses, motivo por el que era viable estudiar las pruebas que servían de sustento a dicho alegato para analizar la proporcionalidad entre la conducta reprochable y la condena impuesta, de modo que al no hacerlo se configuró el **defecto fáctico**. La configuración del **defecto**

¹⁷ El retiro del escalafón se produjo mediante Resolución No. 070 del 26 de septiembre de 2001, confirmada mediante Resoluciones Nos.089 del 17 de octubre de 2001 y 638 del 8 de noviembre de 2001.

¹⁸ Con el respectivo descuento de los intereses moratorios.



fáctico y el desconocimiento del principio de proporcionalidad que tiene el rango de constitucional¹⁹, amerita la intervención del juez de tutela”. (Negrillas fuera de texto)

La sentencia de primera instancia fue notificada por medios electrónicos a los intervinientes el 31 de enero de 2018.

3.6. Solicitud de aclaración del fallo de primera instancia

3.6.1. Los accionantes solicitaron que se aclarara el fallo proferido en primera instancia en el vocativo de la referencia, por considerar que la Sección Cuarta no se pronunció sobre el precedente contenido en la sentencia del 4 de marzo de 1999, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado que citaron como antecedente desconocido.

Igualmente solicitaron que se declarara que la conducta desplegada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, tanto en sede administrativa como judicial, fue la que dio origen a la condena impuesta.

3.6.2. La solicitud de aclaración del fallo fue negada por la Sección Cuarta, mediante providencia del 1º de marzo de 2018, por cuanto la sentencia no contiene alguna frase anfibológica o incomprensible, que ofrezca verdadero motivo de duda y que influya en la decisión que se adoptó.

3.7. Impugnaciones

3.7.1. Impugnación interpuesta por el Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, magistrado ponente de la decisión censurada

3.7.1.1. El Magistrado ponente de la decisión censurada, impugnó el fallo de primera instancia, según memorial radicado el 5 de

¹⁹ Así lo ha reconocido, entre otras, la sentencia C-520 de 2016, dictada por la Corte Constitucional.



febrero de 2018²⁰, en el que señaló los requisitos especiales y generales de procedencia de la acción de tutela cuando se cuestiona una providencia judicial; precisó los antecedentes de la decisión, explicando *in extenso* la configuración del defecto fáctico a la luz de los desarrollos de la Corte Constitucional y de esta Corporación.

3.7.1.2. Explicó a la luz de las normas constitucionales y convencionales las garantías judiciales y el derecho de acceso a la justicia, concluyendo que la vinculatoriedad del juez al marco de legalidad procesal previsto por el legislador está determinado por la conformidad sustantiva a los derechos de acceso a la justicia y las garantías judiciales tuteladas.

3.7.1.3. Desarrolló el principio de proporcionalidad y los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y desarrolló ampliamente la regulación del medio de control de repetición, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 Constitucional haciendo especial énfasis en la finalidad que persigue esta figura jurídica que no es de carácter sancionatorio sino resarcitorio.

3.7.1.4. Preciso que no toda responsabilidad del Estado involucra el compromiso personal del agente, pues existe una diferencia en el fundamento jurídico de una y otra; la del Estado se apoya en la existencia de un daño antijurídico imputable al mismo, donde se admiten formas de responsabilidad sin culpa; mientras que la segunda demanda que, a consecuencia de ese daño, exista un pronunciamiento judicial que imponga un reconocimiento patrimonial, un pago y se demuestre un actuar doloso o gravemente culposo de la agente estatal en la ocurrencia del daño.

3.7.1.5. Afirmó que el ejercicio del medio de control de repetición es un deber constitucional vinculado a los fines superiores del Estado, de ahí que sea una acción de raigambre constitucional,

²⁰ La impugnación fue radicada en la oportunidad prevista en el artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991.



donde *“el quantum de la pretensión lo señala la condena al Estado y, persigue como salta a la vista evitar el detrimento patrimonial de la entidad pública, mandato constitucional al cual no se le puede hacer esguince por el legislador.”*²¹

3.7.1.6. Refirió las normas jurídicas que consagran el medio de control de repetición, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia, destacando que el objeto de la recuperación es lo que el Estado haya **efectivamente pagado**, por lo que se exige que se allegue el recibo correspondiente.

3.7.1.7. Señaló y desarrolló ampliamente los elementos de la acción y, sobre el monto de la reparación del daño, es decir, el valor de la condena impuesta en el proceso que da origen al medio de control de repetición, aseveró que *“si se encuentran demandados la totalidad de los funcionarios que participaron en la producción del hecho, lo procedente será determinar su grado de participación en el daño más no el monto de la condena que le fue impuesta al ente estatal en la sentencia que dio origen a la repetición, pues este es el valor por el cual se vio lesionado el erario, sin que sea de la órbita de competencia del juez del medio de control, entrar a discutir dicha cuantificación”*.²²

Insistió en que la finalidad del medio de control es lograr el reintegro de los dineros y no sancionar a los funcionarios y

²¹ El texto de la impugnación cita la sentencia C-484 de 2002, dictada por la Corte Constitucional, M.P. La sentencia cuyo aparte transcribió el magistrado en el punto concreto precisa: “Ello significa que el mandato constitucional ordena el ejercicio de la acción de repetición con la pretensión de obtener el reembolso de lo pagado. El quantum de la pretensión lo señala la condena al Estado y, persigue, como salta a la vista evitar el detrimento patrimonial de la entidad pública, mandato constitucional al cual no se le pueden hacer esguinces por el legislador. No es una sanción sino apenas la recuperación de lo pagado por el Estado para que quien dio origen con su dolo o culpa grave a la condena patrimonial a éste reintegre entonces a las arcas públicas lo que de ellas, por su dolo o culpa grave, fue desembolsado como consecuencia de haber quebrantado su deber de obrar en el ejercicio del cargo conforme a la Constitución, la ley o el reglamento.

9.2. Siendo ello así, es inexecutable el artículo 14 de la ley acusada, en cuanto autoriza a la autoridad judicial para cuantificar el monto de la condena atendiendo a las *“condiciones personales”* del servidor público. Pero no se quebranta la Constitución en cuanto a éste se ordene reembolsar al Estado las sumas a que fue condenado, teniendo en cuenta la participación del agente estatal en la producción del daño, su culpa grave o su dolo en el caso concreto, pues bien puede suceder que se presente el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, caso en el cual habrá en la sentencia se cuantificará el monto de la condena correspondiente, sin que por ello se quebrante la Constitución”.

²² Folio 94 vuelto.



Acción de tutela – Fallo de segunda instancia
Actores: Adonay Ferrari Padilla y otros
Accionado: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”
Rad. 11001-03-15-000-2017-02472-01

consideró que si bien es posible distribuir la condena entre quienes hayan participado en proporción a su grado de intervención, ello no implica que pueda modificar el valor pagado por la administración, toda vez que hacerlo implicaría afectar por segunda vez el patrimonio público.

3.7.1.8. Fue enfático en señalar que no se presentó un defecto fáctico, por cuanto la omisión que alegaron los tutelantes no concierne a la apreciación de la masa probatoria, sino a la no prosperidad del argumento relativo a la disminución del monto por el cual debían ser condenados los sujetos pasivos de la acción de repetición.

Lo anterior, por cuanto la Subsección no omitió apreciar los sustentos probatorios y el juez de tutela perdió de vista que en la repetición no se abordó el tema *“por cuanto una alegación de tal naturaleza no es de recibo en el juicio de repetición, pues el lugar natural donde debió ser ventilada era el juicio primitivo donde se obligó al Estado a un reconocimiento patrimonial”*²³.

3.7.1.9. Consideró que el juez de tutela omitió motivar la violación al principio de proporcionalidad, con fundamento en los subprincipios que lo rigen por lo que el mismo se encuentra totalmente carente de fundamentos.

3.7.2. Impugnación interpuesta por los accionantes

Los accionantes igualmente, en forma oportuna, impugnaron el fallo de primera instancia, con el fin de que el *ad quem* analizara el argumento consignado en el escrito de tutela, referente al desconocimiento por el Consejo de Estado, Sección Segunda en la sentencia del 18 de mayo de 2011 del precedente judicial contenido en el fallo dictado por la misma sección el 4 de marzo de 1999, en virtud del cual no resultaba inexorable la celebración de la audiencia preliminar o de descargos, como requisito previo a la expedición de acto de declaratoria de abandono del cargo.

²³ Folio 96 vuelto.



Al respecto, precisaron que *“el argumento esgrimido se encuentra encaminado a controvertir la calificación dada a la conducta de los suscritos como expedidores del Acto Acuerdal No. 011 del 24 de octubre de 2001, emerge necesario a nuestro juicio que por parte del juez constitucional en sede de segunda instancia se aborde el tópico atinente al antecedente jurisprudencial del 04 de marzo de 1999”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las impugnaciones del fallo de tutela del **25 de enero de 2018**, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la acción instaurada por los señores Adonay Ferrari Padilla, José Manuel Díazgranados Díazgranados y Martha Isabel Castañeda Curvelo contra el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia del 25 de enero de 2018, dictada por el Consejo de Estado – Sección Cuarta que accedió a la petición de amparo constitucional, para lo cual deberán resolver el siguiente problema jurídico:

¿Si la autoridad accionada, con el proferimiento de la sentencia que definió la acción de repetición instaurada por la Nación – Rama Judicial contra los actores vulneró el derecho fundamental al debido proceso de éstos?

Concretamente, se analizarán los siguientes subproblemas: (i) si se desconoció el precedente contenido en la sentencia del 4 de marzo de 1999, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado; y (ii) si se incurrió en defecto fáctico por la omisión de valoración de las pruebas relacionadas con la calificación



insatisfactoria de la actora y por no realizar un *test* de proporcionalidad entre la conducta de los funcionarios y la condena impuesta.

Para resolver el problema jurídico planteado, por razones de orden metodológico, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** finalidad, naturaleza y requisitos de la acción de repetición; y **(iii)** análisis del caso concreto, con fundamento en los argumentos expuestos en los escritos de impugnación.

3. Razones jurídicas de la decisión

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012²⁴ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema²⁵.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁶.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación

²⁴ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁵ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²⁶ Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.



simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014²⁷, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

3.2. Finalidad, naturaleza y requisitos del medio de control de repetición

3.2.1. La Corte Constitucional, en la sentencia C-778 de 2003, se refirió a la acción de repetición, en los siguientes términos:

“... La acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del **monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares** como resultado de una **condena de la jurisdicción contencioso administrativa por los daños antijurídicos** que les haya causado”. (Negrilla fuera del original).

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



3.2.2. La jurisprudencia constitucional, entre otras, en la sentencia C-957 de 2014,²⁸ precisó, con base igualmente en la posición reiterada del Consejo de Estado, algunas características propias de la acción de repetición que pueden sintetizarse así:

(i) Se trata de una acción **autónoma**, de **carácter obligatorio**, que le compete ejercer exclusivamente al Estado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 Constitucional;

(ii) La acción de repetición, es una acción que para su prosperidad, exige los siguientes presupuestos: **(a)** la existencia de *condena impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa* para reparar los perjuicios antijurídicos causados a un particular; **(b)** que el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, agente estatal o antiguo funcionario público; y **(c)** que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero **determinada por el juez en su sentencia**, toda vez que a partir de ese momento es que se considera causado el detrimento patrimonial del Estado.

(iii) La repetición es una acción con pretensión *resarcitoria o indemnizatoria*. Se trata de una acción de reparación directa intentada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa.

(iv) En la acción de repetición la responsabilidad no es objetiva, teniendo en cuenta que es la conducta del servidor público o del particular que cumple funciones públicas la que es objeto de análisis.

3.2.3. La acción de repetición se encuentra regulada en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del cual cuando el Estado haya tenido que hacer un reconocimiento indemnizatorio con

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-957 del 10 de diciembre de 2014, M.P. Gloria Ines Ortiz Delgado



ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor, ex servidor o particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra éstos.

3.2.4. Por su parte, la Ley 678 de 2001²⁹, establece que la acción de repetición es una acción de naturaleza civil, de carácter patrimonial, que puede ejercerse contra el servidor o ex servidor público y los particulares que desempeñen funciones públicas, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa que haya dado lugar a que se condene al Estado a pagar una indemnización.

3.2.5. Para los efectos de la presente decisión resulta importante destacar que el artículo 5º de la citada ley consagra los eventos en que se presume el dolo en la conducta y el 6º, establece que la culpa grave se presume, entre otras circunstancias, cuando el funcionario haya actuado con violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho. Así mismo, el artículo 14, alude al pronunciamiento que debe hacer la autoridad judicial acerca de la concurrencia de dolo o culpa grave en la conducta generadora del perjuicio causado al Estado.

3.2.6. Le corresponde entonces al demandado desvirtuar, en la acción de repetición, las presunciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, es decir, debe demostrar que su conducta como agente o ex agente del Estado no fue dolosa o gravemente culposa.

3.3. Caso concreto

3.3.1. Impugnación formulada por la parte actora – Desconocimiento en la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho del precedente contenido en la

²⁹ “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.



sentencia del 4 de marzo de 1999, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado

3.3.1.1. La Sala destaca que en el evento de incorporarse un cargo de desconocimiento de precedente, a la parte actora le asiste una carga argumentativa mínima, que le permita al juez constitucional estudiar el cargo de fondo.

Tal carga consiste en determinar, siquiera en forma mínima, i) la decisión que se considera desatendida, identificándola a efectos de que el juez constitucional la pueda encontrar, ii) la *ratio* de la misma aplicable a la solución del nuevo caso que se somete a la jurisdicción dada la analogía con la *litis* anterior, y iii) la incidencia de la misma en la decisión final adoptada por el fallador de instancia.

Si la carga mínima se cumple, corresponde al juez constitucional analizar la sentencia que la parte actora califica como “*precedente*”, aplicable al proceso de repetición, con el fin de determinar: i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una **regla** aplicable al caso a resolver; ii) que esta *ratio* resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables al resuelto anteriormente³⁰.

3.3.1.2. Teniendo en cuenta el marco conceptual expuesto, al abordar el cargo planteado se encuentra que se identificó la sentencia que se considera desconocida y se señaló la incidencia que podía tener en el caso concreto, haciéndose referencia a que en esa oportunidad se consideró que la carga de la prueba del abandono del cargo correspondía al empleado, de tal manera que no resultaba imprescindible la audiencia previa a la declaratoria de abandono del cargo, por lo que la Sala examinará el cargo de fondo.

³⁰ Ver, entre otras, las sentencias proferidas por la Corte Constitucional T-292 del 6 de abril de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y SU-053 DE 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y varios pronunciamientos de la Sección Quinta del Consejo de Estado de los cuales cabe destacar la sentencia del 11 de mayo de 2017, dictada en el radicado No. 2017-00118-01 con ponencia de la Magistrada Rocío Araújo Oñate.



3.3.1.3. Al respecto, lo primero que se advierte, es que este cargo de desconocimiento del precedente no es predicable de la sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la acción de repetición ni se dirige contra la misma.

En efecto, tal cargo se predica de la proferida por la Sección Segunda de esta Corporación en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Irene Patricia López Bovéa contra la Nación – Rama Judicial –del 18 de mayo de 2011–, decisión que se sustentó en la violación del debido proceso de la demandante al no haberse agotado la audiencia previa, providencia que hizo tránsito a cosa juzgada y que, en consecuencia no puede ser desconocida por ninguna autoridad.

Lo anterior torna imperativo aclarar que las dos acciones –nulidad y restablecimiento del derecho y de repetición– tienen naturaleza y finalidades diferentes, al punto que no le es dable al juez de la repetición examinar las causales de anulación del acto administrativo y, por ende, no le correspondía aplicar al caso concreto el precedente que la parte actora citó como desconocido.

3.3.1.4. Sin embargo, si en gracia de discusión le correspondiera aplicar la *ratio* a que hace referencia la parte actora, la Sala evidencia que el fallo que la impugnante considera que no se tuvo en cuenta no es un antecedente aplicable al caso, por cuanto en la sentencia del **4 de marzo de 1999**³¹ la Sección Segunda del Consejo de Estado, resolvió una situación fáctica diferente, con fundamento en normas jurídicas que regulaban la relación laboral entre un empleado de una universidad pública y ésta, las cuales difieren sustancialmente de las que se aplicaron en esta oportunidad.

Tal situación se desprende del siguiente cuadro comparativo:

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de marzo de 1999, C.P. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, Rad: 2390-98



Acción de tutela – Fallo de segunda instancia
 Actores: Adonay Ferrari Padilla y otros
 Accionado: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”
 Rad. 11001-03-15-000-2017-02472-01

| Supuesto fáctico | Consideración |
|--|--|
| <p>La demanda estaba encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 000215 del 22 de febrero 1995, mediante la cual el Rector de la Universidad de Caldas declaró vacante el cargo de Profesional Universitario, código 3020, grado 06, por abandono del titular; y de la Resolución No 000424 del 13 de marzo de 1995, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el actor contra el primer acto.</p> | <p>La decisión se tomó con fundamento en el artículo 126 decreto 1950 de 1973 y se consideró que cuando quiera que haya noticia sobre la ausencia de un servidor al trabajo durante tres (3) días consecutivos, el nominador deberá adelantar un procedimiento breve y sumario en orden a comprobar la ocurrencia de la omisión y a declarar la vacancia del empleo, sin perjuicio de que el funcionario pueda allegar oportunamente las pruebas que justifiquen su ausencia, caso en el cual por falta de antijuridicidad la conducta del mismo enervaría la anunciada declaratoria de vacancia.</p> <p>Por ello mismo para el empleado debe ser claro que a él le incumbe la carga de la prueba en todos los casos, esto es, sin que en absoluto pueda abandonar pasivamente su suerte al procedimiento breve y sumario que debe adelantar el nominador, pues nada indica que éste deba relevar al inculpado frente a la prenotada carga probatoria. De lo cual se sigue, lógicamente, que la insuficiencia de la prueba justificativa debe soportarla el empleado ausente en términos de vacancia del cargo.</p> |

3.3.1.5. Por su parte, en la sentencia del 18 de mayo de 2011, dictada por la Sección Segunda, cuya condena fue efectivamente pagada por la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial que fue objeto de repetición, según fallo censurado en esta oportunidad, se analizó la siguiente situación fáctica:



| Supuesto fáctico | Consideración |
|---|--|
| <p>En esta demanda se debatió la legalidad del Acuerdo N°. 011 del 24 de octubre de 2001 proferido por el Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena en pleno, mediante el cual se declaró el abandono injustificado del cargo a la señora Irene López Bovéa y se le retiró del mismo como Escribiente de la Secretaria de esa Corporación. Igualmente la pretensión estaba encaminada a que se declare la nulidad del acto administrativo negativo ficto, configurado el 2 de febrero de 2002, por el cual se negó el recurso de reposición oportunamente interpuesto por la accionante contra el Acuerdo N°. 011 de octubre 24 de 2001 y; no se concedió el recurso de apelación subsidiariamente impetrado.</p> | <p>El Consejo de Estado, Sección Segunda consideró que el Tribunal Administrativo del Magdalena, al declarar el abandono injustificado del cargo, omitió realizar la audiencia previa contemplada en el artículo 140 del Decreto 1660 de 1978 y, por ende, el trámite administrativo que le permitiera a la señora Irene López Bovéa, allegar las justificaciones o pruebas tendientes a demostrar el motivo de su inasistencia.</p> <p>En esta oportunidad la Sala precisó que antes de proferir el acto de retiro por abandono del cargo la autoridad nominadora debía adelantar una audiencia, en donde la afectada pudiera exponer los argumentos por los cuales se ausentó, respetando así el debido proceso, el derecho a la defensa, a la contradicción e imparcialidad, para de esta manera valorar la justa causa y comprobar los hechos, pues el abandono del cargo solo debe ser declarado previo el cumplimiento de los procedimientos legales.</p> |

Las diferencias sustanciales entre los dos casos analizados uno de un empleado de una universidad pública y el otro de una empleada de la Rama Judicial, que tiene régimen jurídico especial en materia laboral, tornan absolutamente disímiles los casos objeto de comparación.

3.3.1.6. Adicionalmente, la parte actora desconoce que la norma especial aplicable a la Rama Judicial en el punto objeto de análisis –Artículo 140 del Decreto 1660 de 1978 establece que



*“Comprobado cualquiera de los hechos de que trata el artículo anterior, la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, **previa audiencia del funcionario o empleado**”.* (Resaltado de la Sala)

La absoluta claridad de la norma que regía el caso concreto tornaba improcedente acudir a un antecedente que no analizó el régimen jurídico especial de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, motivo por el cual la *ratio* del mismo no resultaba aplicable al caso nuevo.

Las consideraciones expuestas son suficientes para despachar desfavorablemente el argumento de impugnación expuesto por los accionantes, cuya pretensión está encaminada a desvirtuar la existencia de culpa grave para efectos de la repetición.

3.3.2. Impugnación interpuesta por el Magistrado Ponente de la decisión censurada – Defecto fáctico y principio de proporcionalidad

3.3.2.1. Para analizar estos defectos que la Sección Cuarta del Consejo de Estado encontró configurados en relación con la providencia judicial censurada, la Sala analiza los siguientes circunstancias procesales:

Los accionantes, en su calidad de parte demandada en el proceso de repetición, en el escrito de contestación de la demanda presentaron la siguiente alegación:

“... la señora Irene López Bovéa fue calificada insatisfactoriamente a través del Acuerdo No. 4 del 29 de mayo de 2001, decisión que fue notificada a la señora el 29 de junio del mismo año, contra la cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual fue resuelto mediante la Resolución 7 del 6 septiembre de 2001 en el que se confirmó la decisión, dándosele traslado a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena para que procediera conforme a la Ley 270 de 1996, que establece que una calificación insatisfactoria es causal de exclusión del escalafón de la carrera administrativa.

En consecuencia, el Consejo Seccional expidió la Resolución 070 del 26 de septiembre de 2001 que excluyó a Irene Patricia



López de la carrera judicial por calificación insatisfactoria, proveído contra el que también se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en escrito del 10 de octubre, los cuales fueron resueltos a través de las Resoluciones No. 089 del 17 de octubre de 2001 en donde se confirmó la exclusión de la carrera y se concedió la apelación, y No. 638 del 8 de noviembre de 2001, en el sentido de confirmar la decisión impugnada”.

Con fundamento en lo anterior, la parte actora alegó *“la ilegal e indebida orden dada en la sentencia del 18 de mayo de 2011 por la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado”*.

Al dictar la sentencia objeto de censura en sede de tutela, la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al aplicar el marco teórico expuesto al caso concreto, advirtió la concurrencia de todos los requisitos tornando procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

Con respecto a la alegación de la parte actora referida al monto del restablecimiento del derecho ordenado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, consideró:

“... con relación al argumento relacionado con la supuesta ilegalidad de la orden impartida por el Consejo de Estado en la sentencia del 18 de mayo de 2011, por existir una calificación insatisfactoria de la señora Irene Patricia López y su posterior retiro del escalafón de la carrera judicial por parte del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, la Sala estima que este alegato no está llamado a prosperar ya que si bien se profirió el Acuerdo No. 004 del 29 de mayo de 2001 que calificó a la señora Irene López Bovéa insatisfactoriamente, con una puntuación de 31³² y el Acuerdo No. 007 del 6 de septiembre de 2001³³, confirmó la primera decisión, lo cual conllevó a que posteriormente se retirara del escalafón por medio de la Resolución No. 070 del 26 de septiembre de 2001³⁴, confirmada por medio de las Resoluciones No. 089 del 17 de octubre de 2001³⁵ y la No. 638 del 8 de noviembre de 2001³⁶, lo cierto es, que esta es una circunstancia que **escapa de la órbita de la acción**

³² Fls.1 a 6 C.2

³³ Fls.17 a 19 C.2

³⁴ Fls.22 y C.2

³⁵ Fls.26 y 27 C.2

³⁶ Fls.28 a 32 C.2



de repetición y de la competencia de esta Sala, pues se trata de una tesis que debió ser debatida en la instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y no aquí.

Pero además, no puede ser de recibo para esta Sala que por el hecho de existir una calificación insatisfactoria de la señora Irene Patricia López que conllevó a su posterior retiro del escalafón de la carrera judicial, se pretermita dar cumplimiento a lo señalado en la Constitución y la ley frente al derecho al debido proceso, sustentado en que de todas formas se iba a retirar del servicio público para excusar la conducta irregular”. (Resaltado de la Sala)

En relación con la motivación transcrita, la Sala considera que le asiste razón a la Sección Cuarta del Consejo de Estado, cuando afirma que no era posible exigirles a los demandados del proceso de repetición que hubieran alegado tal situación en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, para efectos de que se descontaran los valores al momento de liquidar los perjuicios ocasionados con el acto administrativo declarado nulo.

Lo anterior, por cuanto se encuentra probado que los mismos no fueron vinculados al proceso inicial de nulidad y restablecimiento del derecho, no intervinieron en el mismo y, por ende, no contaron con la oportunidad de esgrimir argumentos de defensa encaminados a proteger el patrimonio del Estado y suyo propio.

Es así como, la única oportunidad procesal con la que contaban para exponer tal argumento defensivo, era el término de contestación de la demanda de repetición, lo cual hicieron sin que su alegación fuera tenida en cuenta, no obstante que los medios de convicción obraban en el expediente y fueron materia de contradicción en este último proceso.

La Sala destaca que el argumento expuesto, en tal oportunidad procesal por la parte pasiva de la *Litis*, tenía la entidad suficiente para que se estableciera por parte del juez de la repetición que la expedición del acto de abandono del cargo no ocasionó la totalidad del perjuicio por el cual fue condenada la Nación – Rama Judicial, por lo que no resultaba procedente ordenar la repetición



del monto total de la condena, sino únicamente de aquella parte que resulte del actuar de los funcionarios.

En efecto, al haber sido retirada la empleada del escalafón de la carrera judicial, no era dable el pago de la totalidad de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, pues tal perjuicio indudablemente no se había causado como consecuencia de la declaratoria de abandono del cargo.

Esta conclusión aparece avalada por la sentencia de constitucionalidad dictada por la Corte Constitucional, citada por el magistrado ponente de la decisión censurada –aquí recurrente– C-484 de 2002, en la cual la alta corporación precisó el alcance del segundo inciso del artículo 90 constitucional, en virtud del cual *“si al Estado se le impone condena a la reparación patrimonial por daños antijurídicos causados por servidor público que obra con dolo o culpa grave, debe repetir contra éste en defensa de los intereses generales que se verían seriamente afectados si la comunidad tuviera que soportar la disminución patrimonial que se le ocasiona con la condena y nada pudiera hacer contra el responsable directo y personal que a ella dio origen por su actuar doloso o gravemente culposo”*. (Negritas subrayas fuera de texto)

En consecuencia, correspondía verificar que el monto total de la condena impuesta al Estado hubiera sido causado por la actuación y, en el *sub examine* se encuentra demostrado que la cuantía total del perjuicio al que fue condenada la Nación – Rama Judicial no fue generado por el actuar contrario al ordenamiento de los funcionarios de los que se pretende la repetición.

En virtud de lo expuesto, resulta imperativo que la repetición se limite al daño efectivamente ocasionado por los funcionarios, a quienes igualmente corresponde garantizarles el debido proceso, consagrado en el artículo 29 Constitucional.

Esta Sala considera que el juez que conoce de la acción de repetición debe realizar un análisis de las circunstancias del caso concreto, teniendo presente que la obligación del Estado consiste concretamente en reparar el daño antijurídico causado, y la del servidor público es reembolsar al Estado lo que pagó cuando el



agente es **causante** del daño con dolo o culpa grave, en la proporción que corresponda a la causación efectiva del perjuicio por el cual se condenó al Estado.

Se debe igualmente tener en cuenta una mayor posibilidad de ejercicio del derecho de defensa en aquellos casos en *que* el funcionario no fue llamado en garantía en el proceso inicial, en la medida en que no pudo explicar su conducta, solicitar las pruebas que considerara pertinentes para demostrar la legitimidad y legalidad de su actuación como servidor público o el *quantum* de la condena como acaeció en el presente caso.

Lo anterior resulta del principio en virtud del cual, la sentencia que defina la demanda de repetición debe sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y aun cuando es cierto, como lo asevera el impugnante que el Estado como entidad demandada debe, perseguir en la repetición el reembolso de lo pagado en la condena, ello no implica, para el juez que declare la responsabilidad subjetiva del agente estatal, una obligación de exigir de este último la totalidad del monto por el cual condenó al Estado.

Tal juicio de razonabilidad resulta imperativo en aras de resolver la tensión que se presenta entre el deber del servidor o ex servidor público de responder por sus actos dolosos o gravemente culposos que desencadenen una condena contra el Estado y la obligación de este último de respetar y garantizar los derechos fundamentales en cabeza aquellos sujetos contra las cuales se persigue la repetición.

Así lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia SU-222 del 4 de mayo de 2016³⁷, en la que consideró que: *“la sentencia en la cual se defina el caso debe sujetarse además a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. El Estado como entidad demandada debe, conforme a la jurisprudencia de la Corte, perseguir en la repetición el reembolso de lo pagado en la condena. No obstante, **ello no implica para el juez que declare la responsabilidad subjetiva del agente estatal, una obligación**”*

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-224 del 4 de mayo de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa



de condenar a este último por la totalidad del monto por el cual condenó al Estado”. (Resaltado fuera de texto)

Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para revocar la decisión objeto de impugnación, para en su lugar, conceder el amparo deprecado por la actora.

En efecto, esta Sección ha considerado que cuando la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión, resulta necesario amparar los derechos fundamentales involucrados en la demanda y tal situación ocurre indudablemente cuando resulta palmaria la vulneración del debido proceso del accionante derivado de condenarse por un valor superior al que daño que efectivamente causó con su actuación, como acaeció en el *sub lite*.

En virtud de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del **25 de enero de 2018**, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante la cual accedió a la petición de amparo constitucional invocada por los señores **Adonay Ferrari Padilla, José Manuel Díazgranados Díazgranados y Martha Isabel Castañeda Curvelo**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma



Acción de tutela – Fallo de segunda instancia
Actores: Adonay Ferrari Padilla y otros
Accionado: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección "C"
Rad. 11001-03-15-000-2017-02472-01

prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: DEVOLVER al despacho judicial de origen el expediente contentivo del proceso ordinario, el cual fue remitido en préstamo a esta Corporación.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera *Actora voto*

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

