



Radicado: 11001-03-15-000-2019-05242-00
Demandante: Enrique Peñalosa Londoño

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: 11001-03-15-000-2019-05242-00

Demandante: ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA,
SUBSECCIÓN B

Temas: Tutela contra providencia judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la solicitud formulada por el señor Enrique Peñalosa Londoño, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86 y desarrollada en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Mediante escrito radicado el 12 de diciembre de 2019 en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Enrique Peñalosa Londoño, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, con el fin de que se proteja su derecho fundamental al debido proceso.

Consideró vulnerada dicha garantía constitucional con ocasión de la sentencia del 27 de agosto de 2018, que revocó el fallo del 19 de mayo de 2010, a través del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, había denegado las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declaró patrimonialmente responsable al actor y le impuso una condena en su contra, dentro de la acción de repetición con radicado 25000-23-26-000-2005-00227-01 (39.226), promovida por el Distrito Capital de Bogotá, Secretaría





Distrital de Hacienda, en contra de los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes.

En concreto, solicitó a esta Corporación:

“PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de **ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO** y **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B de la Sección Tercera del 27 de agosto de 2018 dentro del proceso de acción de repetición, en el expediente identificado con el Radicado No. 25000-23-26-000-2005-00227-01 (39226), en lo que se refiere a la responsabilidad de dicho funcionario.

SEGUNDO.- ORDENAR al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección B de la Sección Tercera que profiera una nueva providencia. En la nueva decisión que se adopte se deberá: (i) garantizar el debido proceso en cuanto a las mayorías de la decisión adoptada, (ii) aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad establecido en el artículo 90 de la Constitución Política y (iii) tener en cuenta todo el acervo probatorio que reposa en el expediente identificado con el radicado No. 25000-23-26-000-2005-00227-01 (39226)¹ (Resaltado del texto original)

2. Hechos

El accionante narró los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, resultan relevantes para la decisión que se va a adoptar dentro del presente asunto.

Indicó que el 18 de septiembre de 1998, en su calidad de alcalde mayor de Bogotá, junto con el secretario de Hacienda de la época, declararon insubsistente por necesidad del servicio el nombramiento de la señora Clara Esperanza Salazar Arango en el cargo de subdirectora de hacienda, grado 24, mediante la Resolución 795 de 1998.

Refirió que dicha decisión tuvo como fundamento el concepto proferido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, en el que se señalaba que el cargo de la funcionaria era de libre nombramiento y remoción.

Mencionó que la señora Salazar Arango promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la resolución señalada, cuyo conocimiento le correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala de Descongestión, que en sentencia del 14 de septiembre de 2000 declaró la nulidad del acto administrativo demandado.

¹ Folio 47 del expediente.



Lo anterior, al determinar que para la fecha en que se profirió la resolución de insubsistencia, la demandante no solo se encontraba inscrita en el escalafón de carrera administrativa, sino que su nombre ya había sido actualizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el Registro Público de Empleados de Carrera Administrativa.

Mencionó que tal decisión fue confirmada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 22 de mayo de 2003, en la que se concluyó que la señora Salazar Arango gozaba de un fuero de relativa estabilidad al encontrarse inscrita en la carrera administrativa, así que su retiro del servicio solo podía decretarse a través de acto motivado y agotando el procedimiento señalado en la normatividad que rige la materia.

Informó que la Secretaría General del Distrito de Bogotá expidió la Resolución 1256 del 14 de noviembre de 2003, en la que reintegró a la demandante en el cargo de gerente, código 039, grado 03 de la Dirección Administrativa y Financiera, y ordenó el pago de todos los emolumentos dejados de percibir con ocasión de la declaratoria de insubsistencia.

En cumplimiento de lo anterior, destacó que el 17 de diciembre del mismo año la entidad reconoció y ordenó el pago de \$244.702.864 por concepto de salarios y prestaciones en favor de la señora Salazar Arango, correspondiente al tiempo en el cual estuvo fuera de su cargo.

Relató que el 6 de febrero de 2004 se ordenó el pago de las cesantías, los intereses a las cesantías y los aportes al sistema de seguridad social que no habían sido pagados en ese período.

Adujo que el 17 de mayo de 2004, el Comité de Conciliación de la Secretaría de Hacienda recomendó la formulación y presentación de la acción de repetición en contra suya y del secretario de Hacienda de la época, por ser quienes suscribieron el acto que declaró la insubsistencia de la señora Salazar Arango.

Señaló que la demanda finalmente fue presentada el 15 de diciembre de 2004 y su conocimiento fue asumido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, que en sentencia del 19 de mayo de 2010, denegó las pretensiones al considerar que a pesar de estar acreditados los elementos de procedibilidad de la acción, no se demostró que la conducta de los demandados fuera dolosa o gravemente culposa.

Concretamente, se advirtió que no existía prueba de que los demandados conocían que la señora Salazar Arango estaba inscrita en la carrera administrativa antes de declarar la insubsistencia de su nombramiento; así mismo, se acogieron los argumentos de los accionados sobre la falta de defensa



técnica por parte de la administración, en atención a que el Distrito no contestó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y en el recurso de apelación solo invocó la falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Comentó que a través de sentencia de segunda instancia del 27 de agosto de 2018, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, revocó la decisión anterior, declarándolo patrimonialmente responsable a título de culpa grave y absolviendo al secretario de Hacienda.

En esa providencia, la autoridad judicial determinó que el señor Peñalosa Londoño sí conocía que la señora Arango Londoño era funcionaria de carrera y ocupaba un cargo de igual connotación, por cuanto ella misma le había informado tal situación.

Además, se argumentó que el concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito, que indicó que la funcionaria ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, carecía de fundamento alguno e iba en contravía de los pronunciamientos que la Comisión Nacional del Servicio Civil ha emitido sobre el tema, en su función de administradora del régimen de carrera administrativa.

Refirió que el 12 de septiembre de 2018 promovió incidente de nulidad en contra del fallo condenatorio, bajo el argumento de que la sala de decisión estuvo indebidamente conformada al ser firmada únicamente por una magistrada y una conuez.

Sostuvo que a través de auto del 11 de octubre de 2019, la autoridad judicial rechazó de plano la solicitud de nulidad ya que la providencia cuestionada había sido aprobada de forma unánime y, por lo tanto, no se presentaba la irregularidad alegada.

Aseveró que con fundamento en los mismos hechos que dieron lugar a la acción de repetición antes referida, se inició otra demanda del mismo tipo en su contra bajo el radicado 25000-23-26-000-2011-00558-01, en virtud del recurso que interpuso la señora Salazar Arango en el proceso inicial y que le permitió acceder a una indemnización mayor.

Precisó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B denegó las pretensiones de la demanda a través de sentencia del 27 de junio de 2013, en la que se determinó que su conducta no había sido dolosa o gravemente culposa.

Manifestó que el proceso se encuentra actualmente pendiente de fallo de segunda instancia en la Sección Tercera del Consejo de Estado.





3. Sustento de la vulneración

Según la parte actora, a través de la sentencia cuestionada se desconocieron sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Al respecto, afirmó que la providencia solo fue proferida, deliberada y decidida por la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo (ponente de la decisión y además encargada de las funciones del despacho del magistrado Danilo Rojas Betancourth) y por la conjuez Carmenza Yolanda Mejía Martínez, quien fue designada en virtud del impedimento que le fue aceptado al magistrado Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Explicó que se desconoció lo plasmado en los artículos 109, 110, 115, 126 y 128 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues la sala de decisión debió estar conformada por tres magistrados, cantidad que también debía ser la misma para deliberar y discutir el proyecto puesto a su consideración.

Alegó que tal circunstancia no se presentó pues la sala de tres magistrados nunca se integró desde el principio, y solo contó con la participación de la ponente y la conjuez, quien actuaba en reemplazo del magistrado impedido.

Recordó que para ese entonces no se había designado el reemplazo del magistrado Danilo Rojas Betancourth, quien también conformaba la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación, y la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo estaba encargada de las funciones de su despacho.

Mencionó que por tal razón la sala nunca se conformó por tres sino por dos magistrados, así que no se cumplía la mayoría requerida para dictar la sentencia.

Consideró que las decisiones encomendadas a una sala cobran sentido siempre que exista un debate y una amplia deliberación argumentativa que permitan el consenso de sus integrantes.

Señaló que las providencias judiciales no se producen simplemente con votos o con mayorías, sino con decisiones jurídicas que tienen lugar y están garantizadas cuando las salas de deliberación se conforman con la cantidad de jueces establecida en la norma, que para el caso de las subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado equivale a 3 magistrados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 110 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Por otra parte, sostuvo que se desconoció el artículo 90 de la Carta Política, el cual exige la existencia de dolo o culpa grave para repetir en contra de un funcionario público.

Sobre el punto, consideró que en el caso concreto no estaba demostrado ni su dolo ni su culpa grave.

Resaltó que no era abogado y que actuó de buena fe al tomar la decisión de desvincular a la señora Salazar Arango, amparado bajo un concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital que establecía que la servidora ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aseguró que, por lo anterior, en la providencia censurada se incurrió en defecto sustantivo por indebida interpretación de las normas que regulan la acción de repetición, específicamente, los artículos 90 de la Constitución Política, 71 de la Ley 270 de 1996, 142 de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 678 de 2001.

Concretamente, explicó que se les dio un alcance manifiestamente desproporcionado al dar por probada una culpa grave que requería un máximo nivel de negligencia, lo cual estaba descartado en el caso.

Aseveró que debía tenerse en cuenta que al no ser abogado, sus decisiones estaban fundamentadas en los conceptos emitidos por sus asesores jurídicos y las entidades de la administración distrital con experticia técnica.

Informó que en el concepto emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital se consideró que, según el Acuerdo 12 de 1987, la Ley 12 de 1992 y el Decreto 1421 de 1993, los cargos de jefe de división, jefe de sección, jefe de oficina y jefaturas similares eran cargos de carrera administrativa, mientras que el de subdirector era de libre nombramiento y remoción.

Agregó que allí también se estableció que aunque la señora Salazar Arango estaba inscrita en el escalafón de carrera en el cargo de jefe de unidad grado 21, al haber sido promovida al cargo de subdirector de la Secretaría de Hacienda había renunciado *ipso iure* a su estabilidad reforzada.

Expresó que por lo anterior no podía concluirse que su conducta constituía culpa grave pues, contrario a ello, adoptó una actitud responsable antes de tomar cualquier decisión al acudir a la entidad del Distrito experta en el tema, que con fundamentos legales le certificó que (i) la señora Salazar Arango era una funcionaria de libre nombramiento y remoción y (ii) que había perdido sus derechos de carrera al aceptar un cargo de la misma naturaleza.



Adujo que dicha situación demostraba buena fe de su parte, pero en la sentencia cuestionada no se hizo consideración alguna de su conducta particular ni de las circunstancias que precedieron al acto de desvinculación de la funcionaria.

Mencionó que, además de lo anterior, el Distrito llevó a cabo una pobre defensa en el proceso ordinario, hasta el punto que no puso de presente la existencia de tal concepto.

Indicó que la providencia censurada también incurrió en defecto fáctico puesto que no se valoraron en debida forma las pruebas que soportaban la situación antes descrita.

Insistió en que de haber sido tenidas en cuenta las pruebas allegadas al expediente, no se habría encontrado demostrado su presunto comportamiento gravemente culposos.

Al respecto, alegó que no valoró el concepto emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital el 4 de septiembre de 1998, el cual estaba fundado en jurisprudencia del Consejo de Estado y la normatividad sobre la materia, del cual podía desprenderse que no existía culpa grave en la expedición del acto administrativo de desvinculación.

Citó apartes del concepto en los que se aseguró que la señora Salazar Arango había renunciado a sus derechos de carrera al aceptar un cargo de libre nombramiento y remoción, con base en una sentencia del 7 de mayo de 1991 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Por lo anterior, concluyó que la sentencia controvertida no tuvo en cuenta que su actuar estuvo basado en el anterior concepto y que, en tales condiciones, no se configuraba la culpa grave que fue declarada, precisamente porque cumplió con el deber de cuidado y diligencia al soportar su decisión en los lineamientos que le fueron indicados por la entidad competente.

Manifestó que tampoco se tuvo en cuenta el concepto del Ministerio Público dentro del proceso ordinario, en el que se solicitó la confirmación del fallo de primera instancia bajo el argumento de que no había culpa grave en el caso concreto.

Señaló que en ese documento se puso de presente que su actuación estaba justificada en la medida que contaba con un concepto que establecía que la señora Salazar Arango había perdido sus derechos de carrera, sumado a que no existía prueba de que el Distrito conociera la actualización del escalafón realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.



Finalmente, resaltó que tanto del concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital como el del Ministerio Público, se evidenciaba que la expedición del acto administrativo de desvinculación se dio en las fechas en las que se estaba reconfigurando el ordenamiento jurídico sobre el tema, por lo que existieron interpretaciones diversas sobre la pérdida o no de los derechos de carrera para funcionarios que aceptaran cargos superiores de libre nombramiento y remoción, lo cual hacía imposible concluir la existencia de una culpa grave en su caso.

4. Trámite de la acción de tutela

A través de auto del 18 de diciembre de 2019 se admitió la acción de tutela y se ordenó notificar a los magistrados que integran el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B.

Adicionalmente, se vinculó a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a la Secretaría de Hacienda de Bogotá y al señor Carlos Alberto Sandoval Reyes², como terceros interesados en las resultas del proceso.³

Posteriormente, con auto del 6 de febrero se ordenó surtir en forma eficaz la notificación del señor Carlos Alberto Sandoval Reyes al correo aportado por la parte actora.⁴

5. Argumentos de defensa

Realizadas las notificaciones de rigor⁵, se dieron las siguientes intervenciones:

5.1. Alcaldía Mayor de Bogotá

La directora distrital de Gestión Judicial de la Secretaría Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá, informó que remitió por competencia el escrito de tutela a la Secretaría Distrital de Hacienda.⁶

5.2. Secretaría Distrital de Hacienda

La subdirectora de Gestión Judicial de la entidad solicitó su desvinculación al considerar que carecía de legitimación en la causa por pasiva.

² Quien fungía como secretario de Hacienda para la época en que se tramitó el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y que también fue demandado en la acción de repetición.

³ Folio 94 del expediente.

⁴ Folio 167 del expediente.

⁵ Folio 95 a 104 del expediente.

⁶ Folio 105 del expediente.





Al respecto, sostuvo que la acción de tutela no fue presentada en contra de la Secretaría Distrital de Hacienda, ni está encaminada a que la entidad ejerza alguna de las funciones propias de su competencia, ya que la presunta vulneración deviene de la providencia judicial del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C.⁷

5.3. Carlos Alberto Sandoval Reyes

Mediante escrito enviado por correo electrónico el 12 de febrero de 2020, el señor Carlos Alberto Sandoval Reyes solicitó la ampliación del plazo que le fue concedido para intervenir dentro del presente asunto, en atención a que se encuentra fuera del país y no cuenta con los documentos necesarios para tal efecto.⁸

Posteriormente, con escrito enviado el 21 de febrero del presente año, se pronunció frente al fondo de la solicitud de amparo en el sentido de indicar que al declarar la insubsistencia del nombramiento de la señora Salazar Arango, tanto él como el actor actuaron bajo el entendimiento de estarlo haciendo de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Afirmó que lo anterior era evidente porque la decisión fue adoptada con base en un concepto favorable del Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito, que contó con la revisión y aprobación de los asesores jurídicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá y de la Secretaría de Hacienda Distrital.

Por último, solicitó tener en cuenta que en ambas instancias del trámite de repetición fue absuelto de cualquier responsabilidad, por lo que existía cosa juzgada frente a su situación particular.⁹

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer en primera instancia la presente acción de tutela, en atención a lo consagrado por el Decreto 2591 de 1991, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017¹⁰, y el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Cuestión previa

⁷ Folios 137 a 139 del expediente.

⁸ Folio 181 del expediente.

⁹ Folio 184 del expediente.

¹⁰ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"





La subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Hacienda solicitó su desvinculación al considerar que carecía de legitimación en la causa por pasiva, pues la tutela no estaba dirigida en contra de la entidad sino del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C.

No obstante, se precisa que su vinculación se realizó en atención a que conformaba la parte demandante dentro de la acción de repetición en la que se dictaron las providencias cuestionadas y, en tal medida, le asiste un interés en las resultas de este proceso.

Por lo anterior, no es posible acceder a su solicitud de desvinculación y así será declarado en la parte resolutive de la sentencia.

De otra parte, el señor Carlos Alberto Sandoval Reyes solicitó la ampliación del plazo concedido para intervenir en el presente asunto, comoquiera que se encuentra fuera del país y no cuenta con los documentos necesarios para tal efecto.

Sin embargo, no hay lugar a conceder un término adicional para que efectúe su intervención, pues la acción de tutela se caracteriza por contar con un procedimiento preferente y sumario, que propende por la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados, así que su trámite no puede prolongarse en el tiempo de manera indefinida.

Así las cosas, en atención a la agilidad que se le debe impartir al presente trámite constitucional y a que sus derechos como tercero interesado están plenamente garantizados al comunicarle en debida forma la existencia de este proceso y permitirle intervenir en el mismo, la Sala denegará la petición del señor Sandoval Reyes.

3. Problema jurídico

Corresponde en este caso determinar si, tal y como lo argumenta la parte actora, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, vulneró su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la sentencia del 27 de agosto de 2018, que revocó el fallo del 19 de mayo de 2010, a través del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, había denegado las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declaró patrimonialmente responsable al actor y le impuso una condena en su contra, dentro de la acción de repetición con radicado 25000-23-26-000-2005-00227-01 (39.226), promovida por el Distrito Capital de Bogotá, Secretaría Distrital de Hacienda, en contra de los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes.



Para el efecto, se deberá establecer si se desconocieron las garantías constitucionales del accionante al incurrir en defecto sustantivo por desconocimiento de las normas que establecen las mayorías requeridas para adoptar una decisión judicial y de las que regulan la acción de repetición; igualmente, si se incurrió en defecto fáctico por desconocimiento del material probatorio que, en concepto de la parte actora, demostraban que su conducta no constituía dolo o culpa grave.

En tales condiciones, se revisarán los siguientes aspectos: (i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedencia adjetiva y, finalmente, de encontrarse superados se estudiará (iii) el fondo del asunto.

4. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012)¹¹, mediante el cual unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹², conforme al cual:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.”¹³.

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta

¹¹ 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. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González.

¹² El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹³ *Idem.*



el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “...*fijados hasta el momento jurisprudencialmente*...”. En efecto:

Sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Carta y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁴ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* inmediatez y *iii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Se resalta que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

5. Examen de requisitos de procedencia adjetiva

¹⁴ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



Para comenzar por el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra decisión de la misma naturaleza, pues la providencia censurada se dictó en el trámite de la acción de repetición promovida por la Secretaría de Hacienda de Bogotá en contra de los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes.

De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez¹⁵ toda vez que la providencia a través de la cual se rechazó de plano el incidente de nulidad presentado en contra de la sentencia de segunda instancia, fue dictada el 11 de octubre de 2019 y notificada por estado el 22 de octubre siguiente, mientras que la acción de tutela fue presentada el 12 de diciembre del mismo año, lo que sin necesidad de precisar la fecha de ejecutoria de dicha decisión evidencia un ejercicio oportuno de la solicitud de amparo.

Asimismo, la Sala encuentra que la parte actora no cuenta con medio de impugnación ordinario ni extraordinario que resulte ser el mecanismo idóneo para controvertir el fallo censurado, pues la situación descrita no se ajusta a las causales establecidas en el ordenamiento jurídico para ello.

Superadas las exigencias en mención, la Sala abordará el fondo del reclamo deprecado, no sin antes resaltar el carácter excepcional de la acción de amparo, el cual tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial¹⁶, la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales¹⁷.

6. Del caso concreto

Para la parte actora, la autoridad judicial desconoció su derecho fundamental al debido proceso al declararlo patrimonialmente responsable dentro de la acción de repetición que fue promovida en su contra.

En primer lugar, consideró que con la providencia censurada se incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento de las normas que consagran las mayorías necesarias para adoptar la decisión judicial.

¹⁵ El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.





Según se tiene, de la revisión del expediente se evidencia que la sentencia del 27 de agosto de 2018 fue proferida por la Subsección B, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y fue suscrita por la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, en su calidad de ponente, y por la conjuez Carmenza Yolanda Mejía Martínez, quien fue designada en reemplazo del magistrado Ramiro Pazos Guerrero a quien se le aceptó su impedimento en el proceso.

En concepto del actor, tal circunstancia, sumada al hecho de que no se había nombrado el reemplazo del magistrado Danilo Rojas Betancourth, permitía concluir que la sala de decisión estuvo indebidamente conformada, pues para adoptar la decisión atacada se debía contar con 3 magistrados, y no con dos como en efecto ocurrió.

Como sustento de lo anterior, alegó que se desconocieron los artículos 109 numeral 2, 110, 115, 126 y 128 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyo contenido es del siguiente tenor:

“Artículo 109. Atribuciones de la Sala Plena. La Sala Plena del Consejo de Estado tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

2. Elegir a los Magistrados que integran la Corporación.”

“Artículo 110. Integración de la Sala de lo Contencioso Administrativo. La Sala de lo Contencioso Administrativo se dividirá en cinco (5) secciones, cada una de las cuales ejercerá separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la Sala Plena del Consejo de Estado, de acuerdo con la ley y el reglamento interno de la Corporación y estarán integradas de la siguiente manera:

(...)

La Sección Tercera se dividirá en tres (3) subsecciones, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) Magistrados.”

“Artículo 115. Conjueces. Los conjueces suplirán las faltas de los Magistrados por impedimento o recusación, dirimirán los empates que se presenten en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la Sala de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y en Sala de Consulta y Servicio Civil, e intervendrán en las mismas para completar la mayoría decisoria, cuando esta no se hubiere logrado.

(...)”

“Artículo 126. Quórum deliberatorio en el Consejo de Estado. El Consejo de Estado en pleno o cualquiera de sus salas, secciones o subsecciones **necesitará**





para deliberar válidamente la asistencia de la mayoría de sus miembros.” (Se resalta)

***“Artículo 128.* Quórum para otras decisiones en el Consejo de Estado. Toda decisión de carácter jurisdiccional o no, diferente de la indicada en el artículo anterior, que tomen el Consejo de Estado en Pleno o cualquiera de sus salas, secciones, o subsecciones o los Tribunales Administrativos, o cualquiera de sus secciones, requerirá para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto favorable de la mayoría de sus miembros.**

Si en la votación no se lograre la mayoría absoluta, se repetirá aquella, y si tampoco se obtuviere, se procederá al sorteo de conjuez o conjueces, según el caso, para dirimir el empate o para conseguir tal mayoría.

Es obligación de todos los Magistrados participar en la deliberación y decisión de los asuntos que deban ser fallados por la corporación en pleno y, en su caso, por la sala o sección a la que pertenezcan, salvo cuando medie causa legal de impedimento aceptada por la corporación, enfermedad o calamidad doméstica debidamente comprobadas, u otra razón legal que imponga separación temporal del cargo. El incumplimiento sin justa causa de este deber es causal de mala conducta.

El reglamento interno señalará los días y horas de cada semana en que ella, sus salas y sus secciones celebrarán reuniones para la deliberación y decisión de los asuntos de su competencia.

Cuando quiera que el número de los Magistrados que deban separarse del conocimiento de un asunto por impedimento o recusación o por causal legal de separación del cargo disminuya el quórum decisorio, para completarlo se acudirá a la designación de conjueces.” (Se resalta)

De la lectura de las normas en cita, la Sala encuentra que, contrario a lo alegado por la parte actora, con la sentencia controvertida no se desconocieron sus garantías constitucionales, justamente porque fue adoptada con respeto de las mayorías requeridas para tal efecto.

Al respecto, el artículo 126 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que el Consejo de Estado en pleno, o cualquiera de sus salas, secciones o subsecciones, requiere de la asistencia de la mayoría de sus miembros para deliberar válidamente.

En el mismo sentido, el artículo 128 de la Ley 1437 de 2011 estipula que toda decisión de esta Corporación, ya sea jurisdiccional o no, requiere para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto favorable de la mayoría de sus miembros.



Igualmente, el artículo 110 *ibidem* consagra que la Sección Tercera del Consejo de Estado se encuentra dividida en tres subsecciones, cada una de las cuales está integrada por tres magistrados.

En el caso concreto, se recuerda que la providencia en cuestión fue suscrita por la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo y la conjuez Carmenza Yolanda Mejía Martínez, es decir, con dos de los tres magistrados que exige la norma para conformar el quórum deliberatorio.

Además, también se alcanzó el quórum decisorio pues la decisión fue adoptada de forma unánime al no contar con aclaración o salvamento de voto de ninguna de ellas, circunstancia que permite concluir que la sala sí estuvo debidamente conformada y que no existía necesidad de nombrar un segundo conjuez, precisamente porque no había empate por dirimir.

Por lo tanto, independiente de si para el momento de la expedición de la sentencia censurada se había suplido o no la vacante del magistrado Danilo Rojas Betancourth, es claro que se respetó el debido proceso tanto del actor como de las demás partes al garantizar que la providencia fuera dictada con apego a las normas sobre las mayorías.

En tales condiciones, la Sala concluye que no se incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento de las normas que establecen las mayorías requeridas para adoptar una decisión judicial.

Ahora bien, el actor también considera que dicho defecto se presentó por cuanto la autoridad judicial desconoció la normatividad sobre la acción de repetición, concretamente, la que consagra como requisito para su procedencia la existencia de dolo o culpa grave por parte del funcionario.

Específicamente, afirmó que se dio una indebida interpretación de los artículos 90 de la Constitución Política, 71 de la Ley 270 de 1996, 142 de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 678 de 2001, pues se determinó que había incurrido en culpa grave sin que ello estuviera debidamente demostrado.

Para reforzar su postura, aseguró que también se había configurado un defecto fáctico en la providencia cuestionada, porque no se tuvo en cuenta que la decisión de declarar insubsistente a la señora Clara Esperanza Salazar Arango estaba amparada en un concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital.

Igualmente, porque no se valoró el concepto del Ministerio Público en el trámite de la acción de repetición, que advertía la inexistencia de culpa grave en el caso concreto.





En vista de lo anterior, la Sala realizará el análisis en conjunto de estos dos defectos, por cuanto la argumentación expuesta por el actor en cada uno de ellos está encaminada a desvirtuar la procedencia de la acción de repetición en su contra por inexistencia de culpa grave en su conducta.

De las normas invocadas como desconocidas, se tiene que el artículo 90 de la Constitución Política consagra la posibilidad que tiene el Estado de repetir en contra del funcionario cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya motivado la imposición de una condena de carácter patrimonial.

Dicha prerrogativa es reiterada en el artículo 71 de la Ley 270 de 1996, que a su vez consagra tres conductas de las cuales se presume el dolo o la culpa grave, a saber:

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

Por su parte, el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra la repetición como un medio de control específico, a partir del cual la entidad puede recobrar lo pagado como indemnización con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos, siempre que haya sido originada por la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus servidores, ex servidores o particular en ejercicio de funciones públicas.

Tal mecanismo ya aparecía regulado desde la Ley 678 de 2001, en la cual se dispuso, entre otras cosas, que el ejercicio de la acción de repetición es de carácter obligatorio cuando el daño causado por el Estado haya sido causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes.

Así mismo, se establecieron de forma específica las conductas que constituían dolo o culpa grave, así:





“Artículo 5. 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 60. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

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

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error -inexcusable.*
- 4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Violar ~~manifiesta e inexcusablemente~~ el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”*

De las normas en cita, se tiene que la repetición es una acción de carácter obligatorio cuya titularidad se encuentra en cabeza del Estado, que tiene como elementos esenciales (i) el pago de una obligación de tipo indemnizatorio a cargo de la entidad pública y (ii) la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa por parte del servidor, ex servidor o particular en ejercicio de funciones públicas que haya dado origen a dicha obligación.



En el caso concreto, la Secretaría de Hacienda de Bogotá promovió la acción de repetición en contra de los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes, con el objeto de que fueran declarados responsables de la condena que le fue impuesta al Distrito de Bogotá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora Clara Esperanza Salazar Arango en su contra.

En síntesis, la entidad consideraba que los demandados habían incurrido en una conducta gravemente culposa al declarar la insubsistencia del nombramiento de la señora Salazar Arango, pues al no tener en cuenta que estaba inscrita en el escalafón de carrera administrativa ocasionaron que se condenara al Distrito al pago de una suma considerable de dinero a la funcionaria, correspondiente a los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir mientras fue retirada de su cargo.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, denegó las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que si bien se acreditó la existencia de una condena y su correspondiente pago, la conducta de los ex servidores no podía considerarse dolosa o gravemente culposa pues no actuaron con la intención de causar daño o de forma abiertamente descuidada.

Lo anterior, debido a que antes de adoptar la decisión de retirar del cargo a la señora Salazar Arango, solicitaron un concepto al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y ésta dio vía libre a la remoción de la funcionaria al establecer que ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Posteriormente, en sentencia del 27 de agosto de 2018, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, revocó la providencia de primera instancia, declarando patrimonialmente responsable a título de culpa grave al señor Enrique Peñalosa Londoño y absolviendo al señor Carlos Alberto Sandoval Reyes.

Para sustentar su decisión, previo al examen de los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición, la autoridad expuso el régimen legal aplicable al caso concreto en los siguientes términos:

“4.1. Antes de abordar el análisis del caso concreto, dado el tránsito legislativo en la materia, resulta necesario detenerse en el marco normativo que rige la acción que instauró el distrito capital de Bogotá, el 15 de diciembre de 2004, contra los señores Enrique Peñalosa Londoño, alcalde de Bogotá, y Carlos Alberto Sandoval Reyes, secretario de Hacienda, en razón de la condena proferida en su contra, dada la anulación del acto administrativo proferido el 18 de septiembre de 1998, es decir, con anterioridad a que se expidiera la Ley 678 de 2001, publicada el 4 de agosto de 2001.



4.2. Como la Sala lo ha puesto de presente en otras oportunidades, desde antes de la entrada en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política, el ordenamiento jurídico contemplaba la posibilidad de obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, con fundamento en los artículos 20, 51 y 62 de la Constitución de 1886 que, en correspondencia con el Decreto-Ley 01 de 1984, regularon el deber de los funcionarios de reparar los daños ocasionados por sus actuaciones dolosas o gravemente culposas en ejercicio de sus funciones, al tiempo que introdujo la posibilidad de demandar ante la jurisdicción contenciosa a la entidad y al funcionario causante del perjuicio, con la precisión de que, en los eventos en los cuales resultare condenada la entidad, podría repetir lo pagado contra este.

4.3. El constituyente de 1991 se ocupó directamente del tema; así, en el segundo inciso del artículo 90 dispuso que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de estos daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

Por su parte el legislador ha desarrollado la materia. Así, por ejemplo la Ley 80 de 1993 reguló lo atinente a la responsabilidad de los servidores públicos, contratistas, consultores, interventores y asesores con ocasión de la actividad contractual del Estado; la Ley 136 de 1994 incluyó la repetición dentro de los principios rectores de la Administración Municipal, la Ley 270 de 1996, en lo que tiene que ver con el daño antijurídico por el hecho del juez y la Ley 446 de 1998 hizo lo propio de cara al deber constitucional de acudir en repetición, siempre que las entidades públicas resultaren condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa, originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor, para lo cual atribuyó competencia y señaló un término de caducidad.

Ahora, en el año 2001, ante la necesidad de reglamentar de manera especial la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, se expidió la Ley 678 que reguló, entre otros aspectos, lo concerniente a la acción de repetición, tanto en los aspectos sustanciales y procesales. (...)

4.4. En cuando (sic) a la aplicación de los aspectos sustanciales que incorporó esta normativa, debe ponerse de presente que la Sala ha decantado su vigencia futura, para dejar sentado que el legislador no previó su retroactividad y de haberlo hecho tendría que haber sido por razones de favorabilidad. Conclusión que naturalmente no se expande a las normas de carácter procesal, estas sí obligatorias, desde el momento mismo de su expedición, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

En lo atinente a las normas aplicables para determinar si el servidor actuó con dolo o culpa grave, la Corporación ha señalado:

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



- a) *Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, son posteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter “civil” que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructural el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política)*
- b) *Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado.>>*

(...)

4.5. En este contexto, en los aspectos sustantivos, particularmente en lo atinente al marco jurídico para calificar la culpa grave o el dolo de los servidores demandados, la Sala no considerará las previsiones de la Ley 678 de 2001, sino que acudirá al artículo 90 constitucional y a los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, en cuanto el acto administrativo motivo de reproche se profirió el 18 de septiembre de 1998.

Eso sí, debe ponerse en claro que con lo anterior, no se pretende desconocer o dejar en entre dicho la sujeción a las normas procesales del presente proceso, pues lo cierto es que desde sus inicios, como debía, se han seguido en todo las previsiones de la mencionada Ley 678 de 2001.”

De lo anterior, es evidente para la Sala que la autoridad judicial demandada realizó un estudio juicioso y adecuado de la normatividad que regula la acción de repetición, y a partir de allí pudo establecer el régimen legal y constitucional que resultaba aplicable al caso puesto bajo su consideración.

En efecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B determinó que la discusión sería resuelta con base en las normas vigentes para la época en que se profirió el acto administrativo de reproche.

Así, aunque el actor alegó como desconocido el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 678 de 2001, lo cierto es que en la providencia cuestionada se determinó de manera clara y razonada que la controversia sería estudiada



únicamente a la luz de los postulados del artículo 90 de la Constitución Política y 77 y 78 del Decreto 01 de 1984.

Por lo tanto, no es posible predicar la transgresión de una normatividad que, como se expuso en debida forma en la sentencia censurada, no podía ser aplicada al caso concreto por no estar vigente para la época en que ocurrieron los hechos que motivaron la acción de repetición.

Independientemente de ello, es claro que las normas que en concepto del actor resultaron desconocidas, hacen referencia a los postulados esenciales de la acción de repetición, los cuales guardan consonancia con aquellos que finalmente fueron aplicados por la autoridad judicial demandada en su providencia.

Concretamente, en el fallo controvertido se realizó un análisis de los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición, a partir del cual fue posible concluir que sí había lugar a declarar responsable al accionante a título de culpa grave.

En primer lugar, se determinó que en el caso concreto estaba demostrada la existencia de una condena contra el Estado, la cual fue impuesta por la Sala de Descongestión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 14 de septiembre de 2000, confirmada por esta Corporación en providencia del 22 de mayo de 2003.

Como segunda medida, se precisó que existía prueba de que la entidad había efectuado el pago de la condena, en atención a que en el expediente obraban los actos administrativos que ordenaron el cumplimiento de la sentencia, las órdenes de pago y demás registros presupuestales que evidenciaban las gestiones de la autoridad para realizar el pago de los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por la señora Salazar Arango.

Por último, para definir si dicha condena había sido impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposos de los demandados, se ocupó del siguiente análisis:

“6.3.1. Sea lo primero señalar que, está acreditada la calidad de servidores públicos de los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes, quienes, en su momento, fungieron como alcalde mayor y secretario de hacienda del distrito capital de Bogotá y aparecen firmando el acto administrativo que dio lugar al daño antijurídico que la entidad demandante debió restablecer (fls. 84 a 89. C. ppal. Actos de elección o nombramiento y posesión). Funcionarios que comparecen al proceso en la condición señalada y salieron en defensa de la legalidad de sus actuaciones.



6.3.2. Ahora, en lo que tiene que ver con la responsabilidad analizada es menester señalar que, bajo la égida de los artículos 90 Constitucional y 77 del Decreto 01 de 1984, corresponde al demandante probar la conducta dolosa o gravemente culposa de los funcionarios que dieron lugar a la condena; al tenor del artículo 177 del C. de P.C. norma que, siguiendo el principio generalmente aceptado en materia probatoria, dispone que incumbe a cada una de las partes probar los supuestos de hecho que alega.

6.3.3. Bajo esta perspectiva conviene recordar que la Sala tiene establecido que la culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Así, entonces, se exige adelantar un juicio especial que no solo demuestre descuido sino negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en sus asuntos.

(...)

Se trata, entonces, de analizar si los servidores que dieron lugar a la condena en contra del Estado, tuvieron la intención de dañar y si esto no se encuentra demostrado, si se cuenta con elementos que den lugar a señalarlos responsables de falta de diligencia extrema, equivalente a la señalada intención. Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la conducta de los servidores se sujetó a los estándares de corrección o si por el contrario los desbordó hasta descender a niveles que no se esperarían, ni siquiera del manejo que las personas negligentes emplean en sus propios negocios; de manera que lo acontecido no encuentre justificación”.

De lo transcrito, es claro que la autoridad judicial expuso de manera previa los lineamientos sobre los cuales se realizaría el estudio de la conducta de los ex servidores públicos, con el fin de dar claridad sobre los puntos que serían tenidos en cuenta a la hora de hacer el correspondiente juicio de reproche.

Así, por ejemplo, aclaró que no bastaba con comprobarse la legalidad o ilegalidad de la decisión que fue adoptada por los demandados, sino que tenía que demostrarse que con la expedición del acto administrativo tenían la intención de dañar o si actuaron con falta de diligencia extrema.

Precisado el marco de estudio, analizó la conducta del actor en los siguientes términos:

“6.3.4. En lo que respecta al señor Enrique Peñalosa Londoño, la entidad demandante insiste en su responsabilidad, pues en su criterio i) el juez del proceso



ordinario dejó en claro que el funcionario desconoció abiertamente las normas sobre carrera administrativa, toda vez que desvinculó a la señora Salazar Arango sin tener en cuenta la actualización de su situación en el registro de carrera, en el cargo de subdirectora grado 24 de la Secretaría de Hacienda y ii) porque su conducta no puede considerarse justificada por el hecho de que solicitó un concepto al Departamento Administrativo del Servicio Civil del distrito, cuando ni si quiera se hace mención al mismo en el acto de insubsistencia.

6.3.5. A juicio de la Sala si bien las afirmaciones de la sentencia condenatoria relativas a la infracción de las normas de carrera son insuficientes para ordenar la repetición, como lo concluyó el tribunal, las pruebas recaudadas, a la luz de las normas que regulan la materia, no permiten tener por justificada la conducta del ex servidor, ya que el mismo conocía o debía conocer, con proyección de grave negligencia de no ser así, que el concepto que opone para fundamentar su defensa fue emitido por un organismo bajo su subordinación que no administraba el sistema de carrera de la entidad, y que, en todo caso, no podía actuar en contravía de la postura del organismo que sí lo hacía, la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien, previamente, se pronunció sobre la situación particular de la empleada. Es de destacar, además, que este pronunciamiento fue puesto de presente por la trabajadora, oportunamente, al ex alcalde." (Se resalta)

Según se tiene, la autoridad judicial explicó que a pesar de que las afirmaciones realizadas en la sentencia que condenó a la entidad no eran suficientes para ordenar la repetición, las pruebas que obraban en el expediente sí generaban certeza de que la conducta del actor carecía de justificación.

Lo anterior, por cuanto el ex alcalde emitió el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento de la señora Salazar Arango con base en un concepto (i) expedido por una entidad bajo su subordinación, (ii) que no administraba el régimen de carrera administrativa y (iii) que estaba en contravía de la postura de la autoridad que sí lo hacía.

Tal circunstancia, sumada al hecho de que la misma funcionaria le había informado al actor que se encontraba inscrita en la carrera administrativa y que así lo había certificado la misma Comisión Nacional del Servicio Civil, permitieron concluir al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, que la conducta del señor Peñalosa Londoño sí carecía de fundamento.

Sobre el punto, precisó que según los artículos 45 y siguientes de la Ley 443 de 1998, la Comisión Nacional del Servicio Civil se encargaba de administrar los aspectos relativos a la carrera administrativa, esto es, los concursos, los ingresos, registros y sus actualizaciones, así como absolver, consultar y dirimir conflictos sobre todos los asuntos en esa materia, mientras que las comisiones seccionales o distritales tenían a su cargo resolver peticiones, observando las disposiciones que rigen el tema, y en los términos del numeral 2 del artículo 49





ibidem, absolver consultas con sujeción a la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por ello, estableció que no era posible que el señor Peñalosa Londoño acudiera a un concepto proferido por una entidad que carecía de competencia para ello y que, adicionalmente, contradecía los postulados de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

A tal conclusión llegó la autoridad judicial luego de analizar las pruebas que obraban en el expediente, a partir de las cuales pudo determinar lo siguiente:

6.3.5.3. En el presente asunto quedó establecido que la señora Clara Esperanza Salazar Arango fue inscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil en carrera administrativa, el 28 de junio de 1996, en el cargo de jefe de unidad grado 21 y que, el 17 de enero de 1997, fue incorporada a la planta de personal del distrito en el cargo de subdirectora grado 24 adscrito a la Secretaría de Hacienda, empleo del que tomó posesión el día 24 de enero de ese mismo mes y año.

Igualmente, que el 10 de agosto de 1998, dadas las noticias que conoció sobre los cambios en la nómina de la entidad, la señora Salazar Arango se dirigió al alcalde mayor para ponerle de presente su condición de trabajadora en carrera y el concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil, acorde con el cual la misma tenía derecho a la actualización del registro en el cargo del que tomó posesión. Procedimiento que agotó y que derivó en que el 14 de agosto siguiente, la Comisión realizara la actualización. Así, la antes nombrada según el registro ocupaba en carrera el cargo de subdirectora grado 24 de la Secretaría de Hacienda Distrital.

Además, está demostrado que el 4 de septiembre de 1998, previa solicitud de la Secretaría General del distrito, el Departamento Administrativo del Servicio Civil conceptuó en contravía de la Comisión Nacional del Servicio Civil que el cargo desempeñado por la trabajadora era de libre nombramiento y remoción. Se consideró, sin ningún fundamento y contrario a lo considerado por la Comisión Nacional, que al tiempo que la servidora tomó posesión del cargo de subdirectora operó una renuncia ipso iure de sus derechos de carrera, lo que motivó que el 18 de septiembre siguiente la señora Salazar Arango fuera declarada insubsistente discrecionalmente.

6.3.5.4. Bajo estas circunstancias, se advierte culpa grave imputable al ex alcalde mayor de Bogotá, Enrique Peñalosa Londoño, pues él mismo conocía que la señora Arango Londoño (sic) era funcionaria de carrera y ocupaba un cargo de igual connotación. Aunado a que la misma, le advirtió su calidad y, no obstante, la declaró insubsistente. (Se resalta)

Por lo tanto, no es cierto que con la sentencia cuestionada se hayan desconocido las normas que rigen la acción de repetición pues, contrario a ello, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, expuso de manera detallada y con base



en la normatividad aplicable al caso concreto, que la conducta del actor lo hacía responsable a título de culpa grave de la condena que le fuera impuesta al Estado.

Tampoco le asiste razón al accionante al decir que no se tuvo en cuenta el concepto que emitió el Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito, en el cual se establecía que la señora Salazar Arango había renunciado a sus derechos de carrera administrativa al aceptar un cargo de libre nombramiento y remoción.

En efecto, aunque dicha autoridad había conceptuado en tal sentido y, según lo manifestado por el actor, la decisión de retirar del servicio a la funcionaria estuvo soportada en tal concepto, lo cierto es que en la providencia cuestionada se concluyó que no había lugar a acoger la interpretación que realizó esa entidad por ir en contravía de la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Así quedó establecido en el fallo de segunda instancia:

“Es claro, además que no requería de ningún concepto para respetar el status de carrera de la servidora y, de ser ello necesario, tenía que haber acudido a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad que vigilaba el cumplimiento de las normas, administra el sistema de carrera y conocía la situación de la actora en trámite de registro. Esto, en gracia de discusión, si la situación de la trabajadora generaba dudas; dada la incuestionable competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil en la materia.

Siendo así, la Sala no puede dejar de desatacar lo superfluo que resultaba el concepto que se opone para la adopción de la decisión, pues en la institución se conocía la situación laboral de la señora Salazar Arango, ya que su vinculación al cargo de subdirectora se hizo por la vía de la incorporación, lo que devela la conciencia sobre su situación de carrera y en esa medida del imperativo que existía de respetar sus derechos. Además, en vigencia de la Ley 27 de 1992 la única que podía manifestarse sobre el particular era la Comisión Nacional del Servicio Civil y en vigencia de la Ley 443 de 1994, de cualquier forma, los conceptos de las comisiones seccionales, no podían ir en contravía de la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien en este caso, como se ha dicho, se había pronunciado.

Con la conclusión precedente, la Sala no desconoce la importancia de los conceptos que emiten los órganos consultivos como el Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito para sustentar las decisiones de carácter administrativo, sino que evidencia que la normativa sobre la materia, como correspondía, le daba un peso determinante al pronunciamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil en su condición de administradora del régimen de carrera, mismo que no podía desconocerse por un pronunciamiento del departamento antes mencionado,



comoquiera que es del caso insistir que su función consultiva estaba sujeta a los pronunciamientos previos de la Comisión.

Elementos de juicios imperativos y suficientes para que el ex servidor decidiera en favor de la trabajadora, como correspondía.” (Se resalta)

Por lo anterior, es evidente que en la providencia atacada sí se tuvo en cuenta el concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito, distinto es que la autoridad judicial, con base en los demás elementos probatorios y en uso de su autonomía y de la sana crítica, determinara que no podía tener un mayor valor que el concepto que había emitido la Comisión Nacional del Servicio Civil, por ser la entidad competente sobre la materia; además, porque el mismo había sido puesto en conocimiento del ex alcalde de manera previa a la expedición del acto administrativo que motivó la condena en contra del Estado.

Lo mismo ocurre con los argumentos expuestos por el Ministerio Público dentro del proceso y que en criterio del accionante no fueron valorados en la sentencia, pues allí también se hacía referencia a que la conducta del señor Peñalosa Londoño no era reprochable en la medida que estaba soportada por un concepto que, como se ha insistido, no era válido dada la situación en que se encontraba la señora Salazar Arango.

Así las cosas, la Sala encuentra que la sentencia censurada no incurrió en los defectos sustantivos y fáctico, comoquiera que fue adoptada con fundamento en las normas que regulan la acción de repetición y con base en el estudio de las pruebas que obraban en el expediente, análisis a partir del cual la autoridad pudo concluir que la conducta del actor era gravemente culposa y que había lugar a declararlo patrimonialmente responsable de la condena impuesta al Distrito Capital de Bogotá.

Dicha decisión, lejos de resultar caprichosa o arbitraria, obedeció a un estudio adecuado de las normas aplicables al caso concreto y de los elementos probatorios que fueron aportados al plenario, por lo que la Sala denegará el amparo solicitado al no evidenciarse vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante.

En mérito de 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: Deniégase la solicitud de desvinculación presentada por la subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Hacienda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Deniégase la solicitud de ampliación de términos presentada por el señor Carlos Alberto Sandoval Reyes, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Deniégase el amparo solicitado por el señor Enrique Peñalosa Londoño, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

SEXTO. Si no fuere impugnada esta decisión, devuélvase el expediente del proceso ordinario al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada





Radicado: 11001-03-15-000-2019-05242-00
Demandante: Enrique Peñalosa Londoño

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado



Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia
www.consejodeestado.gov.co