

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación: 11001032600020010006001 (21712)

Actor: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Demandado: RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA

Naturaleza: Acción de repetición

Resuelve la Sala la acción de repetición presentada contra el ex contralor General de la República RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA.

I. ANTECEDENTES

El 11 de octubre de 2001, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de repetición, solicitó declarar patrimonialmente responsable al señor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, por los perjuicios causados con ocasión del pago que la misma debió asumir por la condena que le fue impuesta, mediante sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, el 26 de agosto de 1999 -folio 5 del cuaderno principal-.

1.1. LA DEMANDA

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

1.- Que se declare administrativamente responsable al Doctor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA por lo (sic) daños y perjuicios, ocasionados a la Nación – Contraloría General de la República, por su conducta gravemente culposa, al expedir la Resolución No. 06593 del 27 de agosto de 1987, mediante la cual, en su condición de Contralor General de la República, nominador, declaró insubsistente el nombramiento de la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, quien se desempeñaba en el cargo de Auditor III ante la Fuerza Aérea Colombiana, en la ciudad de Miami – Fort Lauderdale en los Estados Unidos de Norteamérica; actuación que fue declarada nula por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia del 26 de agosto de 1999 (Expediente 2298/98).

2.- Que como consecuencia de dicha declaratoria, se condene al Doctor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, al pago o reintegro a favor de la Nación – Contraloría General de la República, de las sumas de dinero, actualizadas a la fecha de la sentencia, que le hayan sido canceladas, o que se le lleguen a cancelar, a la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, con fundamento en la referida sentencia de condena, que anuló los actos administrativos proferidos por este (sic), al haberse expedido con notoria desviación de poder, y por negligencia, es decir, en forma gravemente culposa.

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

Para el efecto puso de presente los siguientes hechos:

1.- La señora ISABEL BITAR DE MONTES se vinculó a la Fuerza Aérea Colombiana con sede en la Ciudad de Miami, Estados Unidos de Norteamérica, en el cargo de Auditora III Ante la Agencia de Compras desde el 16 de septiembre de 1985, conforme da cuenta el acta de posesión n.º 002669 ante el Cónsul General de Colombia en Miami, habiendo sido designada mediante resolución n.º 03459 de 5 de julio de 1985.

2.- El 13 de agosto de 1987, la señora BITAR DE MONTES solicitó vacaciones a partir del 16 de septiembre del mismo año. No obstante, el 14 de agosto, presentó renuncia al cargo a partir del día 16 antes señalado, previa petición telefónica del Jefe de Personal de la Contraloría.

3.- Aunque la actora renunció al cargo, el entonces Contralor General de la República, RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, declaró insubsistente su

nombramiento -27 de agosto de 1987-, haciendo uso de la facultad discrecional contenida en la Ley.

4.- La demandante, BITAR DE MONTES, demandó la resolución de insubsistencia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el Consejo de Estado anuló la decisión en sentencia del 26 de agosto de 1999 –expediente 98-2298-. Para llegar a esa conclusión se estableció *“el fin torcido del nominador, diferente obviamente al mejoramiento del buen servicio público, pues en efecto, lo que se persiguió fue impedir a como diera lugar que la actora cumpliera los dos años al servicio de la demandada en esa Auditoria”*, considerándose además, que *“la decisión de la autoridad no obedeció a razones del buen servicio y que la asignación del reemplazo de la demandante se hizo de manera irregular, con notoria desviación de poder”*.

5.- A renglón seguido, condenó a la demandada a reintegrar a la actora a un cargo de igual o superior categoría y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir entre el 27 de agosto de 1987 y la fecha en que fuera reintegrada, sin perjuicio de la actualización respectiva.

6.- En cumplimiento de la sentencia, la Contraloría General de la República ordenó el reintegro de la actora, mediante resolución n.º 007644 del 30 de octubre de 2000 y dispuso el pago de la suma de SETECIENTOS SESENTA MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS CON 90/1000 M/CTE (\$760'798.058,90), a la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES”, mediante resolución 00261 del 25 de abril de 2001. Cancelada el 23 de mayo del 2001, mediante cheque n.º 092250 del Banco Santander, consignado en la cuenta corriente 0013-0400-00-01-00040051 del Banco Ganadero.

7.- El demandado, RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, incurrió en evidente desviación de poder y abuso de la facultad nominadora y así lo entendió el juez contencioso en sentencia del 26 de agosto de 1999, por lo que es claro que incurrió en culpa grave, por lo que se dan los presupuestos para el

ejercicio de la acción de repetición, con el fin de obtener el reintegro de las sumas pagadas correspondiente el monto de la condena.

1.2. INTERVENCIÓN PASIVA

1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda, en auto de 6 de diciembre de 2001 –folio 74 del cuaderno principal-, los señores CARMEN ROSA CÁCERES DE GONZÁLEZ; RODOLFO JOSÉ, MARÍA MERCEDES e ISABEL CRISTINA GONZÁLEZ DE CÁCERES¹ acudieron en representación del demandado² RODOLFO GONZALEZ GARCÍA³, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones –folio 125 del cuaderno principal-. Los sucesores procesales⁴, de antemano señalaron que el demandado no incurrió en culpa grave o dolo, aunado a que la sentencia que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en modo alguno califica la conducta del señor GONZÁLEZ GARCÍA. En ese orden le correspondía al demandante contar con la prueba del dolo o la culpa grave, en tanto la sentencia por sí sola no comporta un título de imputación, aceptarlo implica atentar contra la buena fe del demandado. A lo que se suma que en la demanda no menciona el cómo y el porqué, la conducta es constitutiva de culpa, en cambio se echa de

¹ Consta que los señores CARMÉN ROSA CÁCERES CÓRDERO y RODOLFO GONZÁLEZ GARCIA, contrajeron matrimonio el 13 de septiembre de 1968 –folio 116 del cuaderno principal- y que de dicha unión nacieron RODOLFO JOSÉ el 25 de Septiembre 1971, -folio 110 del cuaderno principal-. MARÍA MERCEDES el 17 de septiembre 1977 - folio 115 del cuaderno principal- e ISABEL CRISTINA el 15 de mayo de 1980 -folio 114 del cuaderno principal-.

² En auto de 19 de noviembre de 2003 se dispuso el emplazamiento de los herederos determinados o indeterminados del señor GONZÁLEZ GARCÍA –folio 99 del cuaderno principal-..

³ Obra registro civil de defunción del señor RODOLFO GONZALEZ GARCÍA que da cuenta de su fallecimiento el día 17 de julio de 2003 en la ciudad de Bogotá –folio 98 del cuaderno principal.

⁴ En auto de 12 de mayo de 2004, se reconoció como sucesores procesales del señor Rodolfo González García a los señores Rodolfo José González, María Mercedes González Cáceres, Isabel Cristina González Cáceres y Carmen Rosa Cáceres de González –folio 123 del cuaderno principal-.

menos en el proceso primigenio una defensa adecuada de la entidad pública, sin perjuicio de que la facultad de libre nombramiento y remoción con que cuenta la administración es amplia, limitada solo por razones de buen servicio. Situación que ocurrió en el caso concreto, por lo que no se cumplen los presupuestos que comprometen la responsabilidad de la administración. En consecuencia, solo cabe afirmar que la conducta del demandado no resulta contraria a la ley.

1.3 ALEGATOS

1.3.1. PARTE ACTORA

En sus intervenciones finales, la parte actora insiste en las pretensiones de la demanda, –folio 317 del cuaderno principal- fundada en que están probados los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición. Esto si se considera que i) en el curso de la acción de nulidad y restablecimiento quedó demostrado que la declaratoria de insubsistencia no era precisamente la de mejorar el servicio, sino impedir que la demandante BITAR DE MONTES cumpliera dos (2) años de vinculación y accediera a los beneficios ofrecidos por la entidad, una vez superado el término y así quedó acreditado en la acción de impugnación; ii) la persona designada en su reemplazo no reunía los requisitos para el desempeño del cargo, lo que pone de manifiesto la desviación de poder; iii) la condena, el pago y la conducta del señor GONZÁLEZ GARCÍA, en cuanto declaró la insubsistencia de la funcionaria en forma indebida, pone de manifiesto la afectación al patrimonio estatal; iv) aunque no sean aplicables las presunciones de que trata la Ley 678 de 2001, puesto que los hechos ocurrieron previamente a que la mentada ley entrara en vigor, no hay duda que se reúnen los presupuestos para comprometer la responsabilidad del ex funcionario, en cuanto está probada la condena impuesta, el pago y la actuación irregular del entonces nominador, bajo la figura de la desviación de poder. Evidente extralimitación en que incurrió el señor GONZÁLEZ GARCÍA, pues está probado que no buscó mejorar el servicio, sino que

antepuso su interés personal, incurriendo en una práctica administrativa reprochable. Esto último, porque el nominador designó a un funcionario que no cumplía con los requisitos del cargo, por lo que se pone de manifiesto la culpa grave, entendida como la infracción al deber objetivo de cuidado.

1.3.2. PARTE DEMANDADA

Los sucesores del funcionario inculcado insistieron en las razones de su defensa –folio 324 del cuaderno principal-. Al tiempo ponen de manifiesto que, del total de la condena de \$760'798.058,90, \$ 329.000.000,00 corresponden al pago de los intereses corrientes y moratorios, ajena al demandado, en cuanto fue cancelada a su beneficiaria un año y siete meses después de ejecutoriada la sentencia, lo que sin duda comporta un detrimento patrimonial.

Así mismo, agregan que el periodo constitucional del señor GONZÁLEZ GARCIA venció el 30 de agosto de 1990 y en ese orden, la sucesión no tienen por qué responder por el monto de la condena. A lo que se suma que la Contraloría no probó la conducta dolosa o gravemente culposa imputada al ex servidor, por lo que se echa de menos la demostración del elemento subjetivo. Inclusive las pruebas valoradas en el proceso primigenio, especialmente la testimonial, no son suficientes para establecer la conexidad entre la declaratoria de insubsistencia y los “hechos” en que se funda la demanda, pues están apoyadas en simples rumores, al punto que la sentencia de 26 de agosto de 1999 no entra a calificar la conducta del demandado. Así mismo, la demandante no esgrime razón alguna que le permita calificarla de dolosa o gravemente culposa.

Por último, destacan que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento en sentencia del 12 de marzo de 1998, por lo que es claro que no se configura la culpa grave, aunque esta Corporación haya revocado y declarado la nulidad. Aunado a que la declaratoria de insubsistencia fue analizada, proyectada y sustentada

por distintos servidores expertos, de modo que mal puede censurarse la conducta del demandado, economista de profesión.

En lo que tiene que ver con las pruebas valoradas que sirvieron de sustento a la decisión, manifiesta su reserva frente a la declaración de la señora GLORIA RINCÓN HERNÁNDEZ.

De manera extemporánea propone a título de excepciones i) inepta demanda y ii) caducidad, en cuanto los hechos que dieron lugar a la presente acción sucedieron en el mes de agosto de 1987 y la demanda se presentó el 11 de octubre de 2001.

1.3.3. MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado solicitó acceder a las súplicas de la demanda –folio 341 del cuaderno principal-. A su juicio, aparece probada la responsabilidad del exfuncionario en cuanto i) incurrió en culpa grave, si se considera que las razones que motivaron la insubsistencia no tienen nada que ver con el buen servicio. Y no puede ser de otra manera, en cuanto la señora Herminia Isabel Bitar de Montes fue reemplazada por una persona que no reunía los requisitos del cargo. De modo que el demandado excedió su facultad discrecional; ii) al margen de la condena impuesta, el demandado deberá reintegrar un monto inferior a las sumas pagadas, puesto que el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora Bitar de Montes y el pago de la prestación económica que debió cubrir la contraloría General de la República, desbordó el tiempo previsto en las normas procedimentales y fiscales, tornándose en irrazonable, sumado a que la administración se tomó para cancelar la obligación pecuniaria aproximadamente un año y ocho meses.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

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

Dispone la Ley 678:

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

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

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

PARÁGRAFO 1o. Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

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

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

PARÁGRAFO 20. Si la acción se intentara en contra de varios funcionarios, será competente el juez que conocería del proceso en contra del de mayor jerarquía.

La Sala Plena de esta Corporación, analizó el tema de la competencia para conocer de las acciones de repetición, a la luz de las disposiciones que se transcriben y concluyó que el criterio de conexidad y el factor subjetivo desplazaron la determinación de la competencia en razón de la cuantía. Precisó la Corporación⁵:

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

“Con fundamento en esta interpretación normativa, conviene puntualizar que para determinar cuáles asuntos son susceptibles de ser tramitados en dos instancias, no resulta procedente tampoco acudir a las normas generales de competencia en razón de la cuantía, debido a las incongruencias y diferencias de tratamientos injustificados que tal aplicación comportaría.

(...)

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

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 21 de abril de 2009, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02061-01(IJ), Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

apelación, independientemente de la cuantía del proceso o de que el conocimiento del mismo corresponda, en primera instancia y por virtud del señalado criterio de conexidad, al Juez o Tribunal Administrativo, según el caso.

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

Siendo así y en consideración a que con la demanda que se resuelve se pretende repetir en contra del ex Contralor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, en razón de la condena proferida en contra de la entidad actora, por esta jurisdicción, atendiendo al factor subjetivo, corresponde a esta Sala establecer si, como en la demanda se sostiene, el 27 de agosto de 1987, el antes nombrado actuó de manera dolosa o gravemente culposa, y debe responder patrimonialmente, en cuanto dispuso el retiro de la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES mediante resolución n.º 06593 de la misma fecha, anulada por esta jurisdicción.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala resolver si los sucesores procesales del ex Contralor de la República RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA deben reintegrar las sumas efectivamente pagadas, por la entidad, en cuanto el antes nombrado expidió la resolución n.º 06593 de 1987, anulada por esta jurisdicción, mediante sentencia de 26 de agosto de 1999, que dio lugar al restablecimiento de los derechos de la ex servidora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, por concepto de salarios y prestaciones dejadas de percibir, desde el momento en que se produjo su desvinculación hasta cuando fue reintegrada al servicio. Deberá en consecuencia la Sala establecer si el demandado actuó con dolo o culpa grave, pues sólo así estará obligado a responder en los términos de los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, vigentes al momento de ocurrencia de los hechos.

3. HECHOS PROBADOS

3.1. Cuestión previa

Las pruebas documentales aportadas en oportunidad, a petición de las partes o por disposición del despacho, en tanto cumplen la exigencia contenida en el artículo 185 del C. de P.C. serán valoradas.

3.1.1. El daño

3.1.1.1 Mediante sentencia de 26 de agosto de 1999, notificada el 30 de septiembre y ejecutoriada el 8 de octubre siguiente, la Sección Segunda del Consejo de Estado revocó la decisión del tribunal y, en su lugar, declaró la nulidad de la resolución n.º 06593 de 27 de agosto de 1987, proferida por el Contralor General de la República, en cuanto declaró insubsistente a la demandante HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES del cargo de Auditora III, ante la Agencia de Compras de la Fuerza Aérea Colombiana en Miami-EEUU –folio 16 del cuaderno principal-. Se destaca:

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998), denegatoria de las súplicas de la demanda. En su lugar se dispone:

1º Declárese la nulidad DE LA RESOLUCIÓN No. 06593 de agosto 27 de 1987, proferida por el Contralor General de la República, con la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES del cargo de Auditora III, ante la AGENCIA DE COMPRAS DE LA FUERZA AÉREA COLOMBIANA en Miami–Fort Lauderdale–Estados Unidos de Norteamérica.

2º La Contraloría General de la República reintegrará a la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, a un empleo de igual o superior categoría al que ejercía en el momento de la desvinculación y le reconocerá y pagará los salarios y prestaciones dejados de devengar entre el día 27 de agosto de 1987 y la fecha en que sea reintegrado al cargo, emolumentos que deberán ser cancelados en dólares americanos, con los ajustes ordenados anualmente, entendiéndose para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad durante dicho interregno.

Para adoptar la decisión impugnada se sostuvo:

Se trata de dilucidar en el caso sub júdice, la legalidad de la resolución n.º 06593 de agosto 27 de 1987, suscrita por el Contralor General de la República, con la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Auditor III, ante la Agencia de Compras de la Fuerza Aérea Colombiana en Miami-Estados Unidos.

No aparece demostrado en el plenario que la actora estuviera amparada por el fuero de carrera ni por estatuto alguno que ofreciera relativa estabilidad laboral en el cargo desempeñado, por lo que ha de concluirse que era una funcionaria de libre nombramiento y remoción, como así se colige de la parte fáctica vista en los folios 11 a 13 del expediente en su cuaderno principal.

(...)

Los puntos de reparo contra el acto que se acusa, consisten en que existió un típico desvío de poder porque el nominador empleó la facultad de libre nombramiento y remoción, con fines torcidos y diferentes al del buen servicio público, para en tal forma poder ubicar a la persona de preferencia del Contralor General de la República, quien sin cumplir los requisitos y condiciones señaladas en la ley, fue designada en un cargo similar en otra ciudad de Estados Unidos.

Alega que mientras se posesionaba su reemplazo, fue encargado un funcionario de inferior rango y categoría, amén de otra (sic) irregularidades en las que el demandante hace énfasis en diferentes etapas del proceso. Además, señala que el acto viola preceptos constitucionales y normas de superior jerarquía, conforme a las razones expuestas en el concepto de violación consignado en el libelo introductorio de demanda.

(...)

Con extrañesa observa la Sala que la Contraloría no espero a que el nombrado Cala Tolosa se posesionara del cargo, sino que con fecha de septiembre 9 de 1987 encargó de la auditoría al funcionario Simón Gnecco López, quien desempeñaba el cargo de Revisor en esa dependencia, razón por la que evidentemente la demandante no pudo completar los dos años de servicios en la mencionada Auditoria, estando acreditado que Severiano Cala Tolosa vino a posesionarse en su nuevo cargo, solo el 22 de septiembre de 1987.

Como bien se advierte en el salvamento de voto al que atrás se hizo alusión, está demostrado que la señorita Cielo Tolosa Villamizar era recomendada directa del contralor Rodolfo González García, pues su hoja de vida así lo constata en el folio 66 del anexo n.º 3, en donde de igual manera se observa que es Licenciada en Lenguas de la Universidad de los Andes.

Si se analizan los testimonios allegados al plenario, en especial los de Gloria Rincón Hernández, Fernán Jesús Fortich Bárcenas, Álvaro de Bedout Tamayo y Campo Elías Ahumada Contreras, quienes conocieron muy de cerca la relación laboral de la demandante, dentro de un criterio lógico de valoración y con observancia de las reglas de la sana crítica, tales declaraciones conducen con evidencia, a demostrar el fin torcido del nominador, diferente obviamente al mejoramiento del buen servicio público, pues en efecto, lo que se persiguió fue impedir a como diera lugar que la actora cumpliera los dos años al servicio de la demandada en esa Auditoria, pues al proceder a presentar su renuncia en la forma solicitada desde Bogotá, el 14 de agosto de 1987, lo hizo a partir del 16 de septiembre siguiente.

Está demostrado que la decisión de invocar la fecha de renuncia por parte de la demandante, disgustó al nominador, razón por la que procedió a declarar la insubsistencia de su nombramiento acto seguido, como así lo acreditan los declarantes y en especial, las personas ya indicadas, quienes conocieron la intimidad de dicha insubsistencia y de la desvinculación misma.

Fue tanto el afán por desvincular a la actora e impedirle llegar a los dos años de servicios, que encargaron de su empleo al Revisor Simón Gnecco, funcionario que no cumplía los requisitos señalados en la ley, mientras el nombrado como titular se posesionó únicamente el 22 de septiembre de 1987, lo cual es significativo del pensamiento oculto en la mente del nominador.

El procedimiento utilizado por la autoridad en el caso sub lite, es contentivo de un sin número de evidencias y de indicios, que no se pueden dejar pasar por alto, sin conjugarlos con la prueba testimonial y la abundante prueba documental, en aras de una verdadera convicción para el juzgador, pues el traslado del señor Cala Tolosa de la Auditoria de New York a la de Fort Lauderdale, el ascenso irregular de Cielo Villamizar como Auditora en reemplazo del precitado Cala Tolosa, y la designación interina de Simón Gnecco López para reemplazar momentáneamente a la actora, al igual que el mecanismo corto y periódico de pedir renunciaciones por parte de la Contraloría General de la República, situaciones plenamente

demostradas en el sub judice, no son más que la prueba reveladora de un interés personal y de una práctica administrativa reprochable que de nada sirve a las razones del buen servicio, sino a motivos personalistas del nominador, situación relevante en el caso de autos, y ante lo cual cede la misma facultad discrecional, que obviamente no tuvo ocurrencia en este evento.

En cuanto a las exigencias establecidas para el desempeño de los empleos de la Contraloría General de la República, el artículo 6º del Decreto 0184 de enero 27 de 1987 determina como requisitos mínimos para ejercer el cargo de Auditor III, los siguientes:

“Tener grado profesional en Derecho, Economía, Administración Pública. Administración de Empresas, Contaduría o Ingeniería Industrial o una carrera relacionada con las actividades de la entidad fiscalizada y 5 años de experiencia”.

La actora acreditó que cumplía con los requisitos para desempeñar el cargo. También está demostrado que la persona que la reemplazó, no cumplía con tales exigencias. La entidad demandada no desvirtuó lo anterior. Simplemente designó a un funcionario de rango inferior, para salir de la situación planteada, mientras el nombrado en titularidad se posesionaba, quebrantándose si lo preceptuado en el artículo 93 del decreto 1042 de 1978,....

En esta oportunidad por tratarse de un acto de insubsistencia, y estar demostrado que la decisión de la autoridad no obedeció a razones del buen servicio y que la designación del reemplazo de la demandante se hizo de manera irregular, con notoria desviación de poder, tales vicios conllevan la invalidez de esa insubsistencia y el restablecimiento del derecho para la persona que fue ilegalmente reemplazada.

3.1.1.2. Consta que en resolución n.º 00110 de 21 de enero de 2000, la Contraloría General de la República dio cumplimiento a la sentencia que antecede en estos términos –folio 244 del cuaderno principal-

“RESUELVE: ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar el reintegro, reconocimiento de pago de salarios y prestaciones que le correspondían a la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES en el desempeño de su cargo, desde septiembre 10 de 1987, fecha de su desvinculación,

hasta la fecha de suspensión del mismo (30 de septiembre de 1991).

ARTÍCULO SEGUNDO: *Cancelar a la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, todos los salarios, primas y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada del cargo, hasta la fecha que estuvo vigente el mismo en la planta de la Entidad....”*

3.1.1.3 Consta que, mediante resolución n.º 00608 de 10 de marzo de 2000, la Contraloría resolvió el recurso de reposición interpuesto por la interesada, en el sentido de adicionar la decisión para precisar el reintegro al cargo de Auditor III, ante la Agencia de Compras de la Fuerza Aérea Colombiana en Miami-Fort Lauderdale-EEUU, hasta la fecha en que estuvo vigente el cargo en el exterior y en la planta de personal de la Contraloría General de la República (30 de diciembre de 1991) –folio 194 del cuaderno principal-.

3.1.1.4. Así mismo, consta que, mediante resolución n.º 007644 de 30 de octubre de 2000, se dispuso el reintegro de la señora BITAR DE MONTES al cargo de Gerente Departamental del Magdalena, en la ciudad de Santa Marta, Nivel Directivo Grado 1, al tiempo que se ordenó el reconocimiento, liquidación y pago de salarios y prestaciones sociales, desde la fecha de su desvinculación hasta su reintegro –folio 188 del cuaderno principal-. En lo que tiene que ver con este último, se conoce que, mediante fallo de tutela esta Corporación, además de conceder un plazo a la entidad, dejó sentada la equivalencia del cargo de Auditor Grado III con el de Ejecutivo Grado IO.

“Que con fundamento en las jurisprudencias del Consejo de Estado y no por interpretación acomodaticia de la entidad, mediante resolución n.º 0110 de enero 21 de 2000, se ordenó el reintegro, reconocimiento y pago de salarios y prestaciones que le correspondían a la doctora Herminia Isabel Bitar de Montes, en el desempeño de su cargo, desde septiembre 10 de 1987, fecha de su desvinculación, hasta la fecha de supresión del mismo (30 de diciembre de 1991).

Que no obstante lo anterior, el Consejo de Estado en fallo de tutela proferido el 11 de mayo del presente año, dispuso revocar el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la actora por ser improcedente su debate ante el Juez de tutela y en su lugar, dispuso tutelar el derecho al debido proceso ordenando a la Contraloría General de la República, el cumplimiento de la sentencia proferida el 26 de agosto de 1999,

por la Sección Segunda de esa Corporación y, como consecuencia reintegrar a la demandante a un empleo de igual o superior categoría del que ejercía al momento de su desvinculación, para lo cual adicionó tal decisión mediante auto del primero de junio próximo pasado, otorgando un término de sesenta (60) días para su cumplimiento.

Que frente a la situación indicada, constituye un imperativo para la Contraloría General de la República dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 900 de mayo 17 de 1978 en armonía con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 0180 de enero 27 de 1987, normas vigentes para la época de los hechos, en lo que hace relación con la equivalencia de empleos para los efectos del reintegro, reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a los funcionarios de esta entidad que prestaban servicios en el exterior, en orden a acatar y dar cumplimiento estricto a lo ordenado por el Consejo de Estado en el fallo arriba citado.

Que para los efectos mencionados, la norma primeramente citada establecía equivalencia entre el cargo Auditor III en el exterior y el ejecutivo grado 10 de la planta interna de la Contraloría General de la República (...)

3.1.1.5. Mediante resolución n.º 00261 de 25 de abril de 2001, la Contraloría General de la República reconoció y liquidó la condena impuesta en sentencia de 26 de agosto de 1999 –folio 45 del cuaderno principal- Se destaca:

“ARTÍCULO PRIMERO: Páguese la suma de SETECIENTOS SESENTA MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS CON 90/100 M/CTE (\$ 760.798.058,90) a la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES identificada con la cédula de ciudadanía n.º 20.235.708 por los conceptos discriminados en la presente resolución

(...)

ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con lo ordenado en el artículo primero del Decreto 2844 de diciembre 22 de 1994, si transcurridos veinte (20) días hábiles luego de comunicada esta Resolución sin que la beneficiaria se presente a retirar el cheque, la citada División de Tesorería procederá a consignar la suma aquí reconocida en la cuenta de depósitos judiciales a órdenes del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, expediente 2298/98 (...).”

3.1.1.6 En lo que tiene que ver con los salarios y prestaciones, obra constancia sin fecha expedida por la Tesorera de la Contraloría General de

la República que da cuenta del pago con las deducciones de rigor –folio 44 vuelto del cuaderno principal-. Así:

“Que mediante cheque n.º 092250 del Banco Santander se le consignó a la cuenta Corriente n.º 400040051 del Bco. Ganadero, se le consignó (sic) la suma de \$ 752.752.755,90 a la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES con C.C. n.º 20.235.708, en cumplimiento de la sentencia proferida por el Consejo de Estado de Agosto 26 de 1999”.

4.1.2. LA IMPUTACIÓN

4.1.2.1. Mediante resolución n.º 03450 de 5 de julio de 1985, el Contralor General de República, RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, designó a la señora HERMINIA BITAR DE MONTES en el cargo de Auditor Grado III en la Auditoría en el exterior ante la Oficina de Compras de la “FAC” en la ciudad de Miami -folio 182 del cuaderno principal-.

“RESUELVE: ARTÍCULO PRIMERO: Nombrar con carácter ordinario a HERMINIA BITAR DE MONTES (...) en el cargo de Auditor Grado III en la Auditoría en el exterior ante la Oficina de compras de la “FAC” en MIAMI, cargo vacante”.

4.1.2.2. Obra acta de posesión n.º 145 de 16 de septiembre de 1985, de la señora HERMINIA BITAR DE MONTES ante el Consulado General de Colombia –folio 234 del cuaderno principal-.

“En la ciudad de Miami, Condado Dade, Estado de la Florida, Estados Unidos de Norte América, a los diez y seis (16) días del mes de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), se presentó la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, con pasaporte (...), con el fin de tomar posesión del cargo de AUDITOR III en la auditoría en el exterior ante la oficina de compras de la FAC en Miami, Florida (...), para la cual fue nombrada mediante resolución No. 03450 y 04258 aclaratorio de julio 5 y agosto 23 de 1985 de la Contraloría General de la República”

4.1.2.3. Consta resolución n.º 06593 de 27 de agosto de 1987, mediante la cual el Contralor General de la República, RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, declaró insubsistente el nombramiento de la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES del cargo de Auditor III de la Auditoría en el

exterior ante la Oficina de Compras de la Fuerza Aérea Colombiana –folio 70 del cuaderno principal-. Actuación rubricada por el demandado.

“RESUELVE: ARTÍCULO PRIMERO: *Declarar Insubsistente el nombramiento de HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES. Auditor grado III de la Auditoria en el exterior ante la Oficina de Compras de la Fuerza Aérea Colombiana en MIAMI”*

4.1.2.4. Obra constancia de tiempo de servicios de la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, expedida por el Jefe de División de Personal de la Contraloría General de la República –folio 170 del cuaderno principal-.

“Nombre: HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES – Fecha de Ingreso: Septiembre 16 de 1985 – Fecha de retiro: Agosto 27 de 1987 – Grado: Auditor Grado III –. DEPENDENCIA: Auditor en el exterior Oficina de Compras de la F.A.C.. ASIGNACIÓN MENSUAL: Cuatro mil trescientos noventa y dos dólares (U.S. \$ 4.392) Observaciones: Según Resolución No. 06593 de Agosto 27 de 1987 se le declaró Insubsistente”

4.1.2.5. Mediante sentencia de 13 de agosto de 2001, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá accedió a la acción de tutela presentada por la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES y en ese orden dispuso que le correspondía a la Contraloría General de la República, desglosar la primera copia de la sentencia proferida el 26 de agosto de 1999, con las constancia de pago parcial, en cuanto se trata del título que presta mérito ejecutivo –folio 60 del cuaderno principal-.

4.1.2.6. Obra declaración de la señora GLORIA RINCÓN HERNÁNDEZ. Funcionaria de la Sección de Presupuesto de la Contraloría General de la República, para la época de los hechos, recibida en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho –folio 295 del cuaderno principal-. Sobre el particular manifestó:

PREGUNTADO: *¿Diga si conoce a la Doctora Herminia Isabel Bitar de Montes, en caso afirmativo cuanto tiempo hace y por qué razones la conoció?* **CONTESTÓ:** *Si la conozco, desde el año 1985 cuando fue nombrada Auditora III ante la Auditoria de Agencia de Compras de la FAC en Miami (...),* **PREGUNTADO:** *¿Diga si usted supo o tuvo conocimiento de las razones por las cuales haya sido desvinculada del servicio la Dra. Bitar de*

Montes, en caso afirmativo por qué tuvo conocimiento de esto? **CONTESTÓ:** Si tuve conocimiento por cuanto le hacia los giros al exterior y cuando lleve la nómina a certificar a personal se me informó que la Dra., había sido desvinculada del cargo, las razones de su desvinculación; le fue pedida la renuncia del cargo y como ya estaba hecha la nómina, la Dra. Herminia era la que certificaba la nómina de los empleados de la oficina donde ella estaba como Auditora allá en el exterior (...). En el momento que fui a certificar la nómina a personal se rechazó esa certificación como Auditora y querían que nuevamente se solicitara a la persona encargada de esa Auditoria para hacer la respectiva certificación o giro, pero no se podía perjudicar a todos los funcionarios del exterior de esa Auditoria, se debía hacer era una cancelación parte de ese anticipo, de esa plata que se había girado, concretamente lo correspondiente a la doctora. Cuando en personal se certificó de que ella había sido declarada insubsistente y la nómina pasaba a firma del Director encargado de la Dirección Administrativa y Financiera Dr. Aquiles Torres Bretón él solicitó investigación de por qué se estaba haciendo ese giro por los antecedentes de la certificación de personal de que ya se había (sic) insubsistente a la Doctora. A la comisión de la Oficina Jurídica de la Contraloría se le informó lo respectivo, dieron por rechazado el argumento que yo daba como revisor y por eso fue declarada insubsistente en ese tiempo. Se había nombrado a la Dra. CIELO VILLAMIZAR CAMARGO como Auditora en New York, estando ese cargo ocupado por el Dr. Siberiano Cala Tolosa y las auditorias en el interior estaban ocupadas, necesariamente había que sacar a la persona que tendría menos vínculos políticos que en esos momentos era la Dra. Bitar la única auditoria vacante era la de Bruselas pero para allá no se quiso ir la Dra. Cielo Villamizar (...) **CONTESTÓ:** En la oficina de personal el Revisor de la correspondiente oficina cuando ella pasó la renuncia y fechada, motivo que disgustó por haberse enviado fechada la carta de renuncia. El día según la oficina de personal lo decide dicha oficina y no la doctora, a partir de qué fecha es aceptaba la renuncia y no ella haber colocado a partir de qué fecha renunciaba. Además se le quería perjudicar por cuanto cumplía los dos años de servicios próximamente en la Contraloría y ello le autorizaba o tenia exclusividad para traer menaje, cuando se fueron a realizar los giros del mes de julio de 1987 al exterior, el revisor de la oficina de personal advirtió que cuidado con esos giros por cuanto estaban solicitadas las renuncias del exterior, cosa que no me preocupó por cuanto sabía el trámite legal que se debía hacer, me consta lo anterior por qué me lo dijo precisamente (...) **PREGUNTADO:** ¿En cuánto Usted pudo darse cuenta, diga si la nota de renuncia que envió la Dra. Bitar de Montes fue conocida en las oficinas de la Contraloría General de la República antes de que se declarara la insubsistencia de su nombramiento, en caso afirmativo en que oficinas fue conocida esa nota de renuncia? **CONTESTÓ:** Si conocía de esa renuncia en la Sección de Registro y Kardex el Revisor me lo hizo saber para que no hiciera los giros al exterior, la nota de renuncia fue conocida en la oficina de personal de la Contraloría, cuando a mí me comentaron que la Doctora había renunciado, yo en ese momento no tenía conocimiento de si habían desvinculado o no a la Dra. Herminia -

PREGUNTA EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA - PREGUNTADO:

¿Quiere explicar la compareciente a la Corporación por qué motivo los empleados de la Contraloría en el Exterior debían impetrar las vacaciones con la debida anticipación? **CONTESTÓ:** Esto es debido a que la sección de Presupuesto debía hacer la respectiva apropiación de ese dinero solicitarlo a la Tesorería General de la República para que en el momento que el funcionario saliera a disfrutar el dinero le llegaría a tiempo (...)

PREGUNTADO: ¿Sírvese informarle a la Corporación si durante la Administración del Dr. Rodolfo González García y en la Contraloría General de la República, era usual que periódicamente se le pidiera la renuncia a los servidores de la Contraloría en el exterior? **CONTESTÓ:** Si era usual periódicamente lo estaban haciendo, por lo general lo hacían cada 3 meses, 6 meses dependiendo el cargo y las posibilidades que tenía la oficina de personal para llenar estos puestos de acuerdo a la ficha o movimiento político (...)- **PREGUNTA EL MAGISTRADO - PREGUNTADO:** ¿Podría decir el nombre de la persona que le comentó a usted, en relación al hecho de que la Dra. Bitar de Montes había renunciado indicando a partir de qué fecha, que quien decidía a partir de qué momento se aceptaba la renuncia era la Contraloría y no el funcionario? **CONTESTÓ:** El nombre en este momento no recuerdo, pero era el funcionario que certificaba las nóminas del exterior, en esa época había solamente dos funcionarios que certificaban (...)

4.1.2.7. También la señora GLORIA HERNÁNDEZ RINCÓN declaró en el trámite de esta acción –folio 300 del cuaderno principal-.

PREGUNTADO: (...) haga un relato claro y preciso de todo cuanto le conste al respecto? **CONTESTÓ:** (...) debido a que son hechos ocurridos en 1987 y son casi 20 años de la resolución con la cual se declaró la insubsistencia la doctora Bitar de Montes y del testimonio rendido no recuerdo con fechas exactas los hechos ocurridos, por lo cual puedo incurrir en no acordarme de los hechos (...) **PREGUNTADO:** ¿Se enteró usted si, con anterioridad a la insubsistencia del cargo, la señora Bitar de Montes había solicitado vacaciones y al día siguiente había presentado renuncia la (sic) cargo de Auditoría III ante la agencia de compras de la FAC (...) que la fecha es el 14 de agosto de 1987? **CONTESTÓ:** Si, la Doctora Bitar solicitó vacaciones para la fecha que el despacho informa y la renuncia a su cargo la pasó fechada ante el Contralor General, renuncia que le fue solicitada por ese despacho. **PREGUNTADO:** ¿Qué implicaciones tenía cumplir dos años en esos cargos del exterior? **CONTESTÓ:** El funcionario como era considerado diplomático tenía derecho a traer menajes considerados de alto valor sin que pagara impuestos altos, por el rango del cargo que estaba ocupando. **PREGUNTADO:** ¿El evitar que la señora Bitar de Montes cumpliera ese tiempo de servicio tuvo alguna relación con la declaración de insubsistencia? **CONTESTÓ:** pues sí porque no se le dejó traer su carro que por lo general los funcionarios que prestaban servicio en el exterior traían. **PREGUNTADO:**

¿Era usual que en esa época, durante la administración del doctor Rodolfo González García, se pidiera la renuncia de los funcionarios de la Contraloría en el exterior cada seis meses? **CONTESTÓ:** Las nóminas del exterior las hacían llegar los funcionarios por lo general para seis meses (...)

PREGUNTADO: ¿Quién decidió a partir de qué momento se aceptaban las renunciaciones a esos cargos? **CONTESTÓ:** El señor Contralor General de entonces, el Doctor Rodolfo González. - **PREGUNTA EL APODERADO DE LOS DEMANDADOS** - **PREGUNTADO:** ¿Usted en el ejercicio de sus funciones en la Contraloría General proyectó o tramitó actos administrativos con las novedades de personal? **CONTESTÓ:** No proyecté actos administrativos. Para el cargo que ocupé sobre las novedades de personal tramitaba lo correspondiente a las certificaciones de las nóminas de los funcionarios del exterior la (sic) cuales se hacían en varias dependencias de la Entidad como la Dirección de Personal, el Director Administrativo y Financiero, (...) **PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted si sus funciones en la época las ejercía directamente en las dependencias de la Dirección de Personal? **CONTESTÓ:** No. Mis funciones las realizaba como lo dije anteriormente, en la División de Presupuesto la cual estaba ubicada en el Edificio Cardenal Luque y no donde quedaba la dirección de personal.

PREGUNTADO: ¿Recuerda usted si conoció de manera física el texto de la renuncia a que alude de la señora Bitar de Montes **CONTESTÓ:** No conocí el texto del acto administrativo con el cual renunció la señora Bitar de Montes. Ampliando y recordando en esos momentos el momento en que conocí que la señora Bitar de Montes había renunciado fue cuando fue a certificar la nómina del exterior del mes de septiembre de 1987 ya que se hacía por lo general en los primeros diez días y en la Dirección de Personal se me informó que la señora Bitar había sido declarada insubsistente por ello la nómina que ella certificaba del mes de septiembre de los funcionarios no se podía tramitar a la persona de la Dirección de personal que certificaba las nóminas (...) **PREGUNTADO:** ¿De acuerdo con su respuesta anterior sírvase manifestar al despacho si conoció previamente a dicho trámite el acto administrativo de insubsistencia de la señora Bitar de Montes? **CONTESTÓ:** Como le manifesté anteriormente no lo conocí. Me enteré de la insubsistencia de la señora Bitar cuando fui a certificar la nómina de septiembre de 1987. **PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted la razón por la cual en esa ocasión el otro funcionario que usted cita no quiso certificar la nómina? **CONTESTÓ:** Él manifestó que no certificaba la nómina debido a que la doctora Bitar autorizaba el pago de la nómina y está incluido el salario de ella y los demás funcionarios. Por esta razón, yo misma hice la certificación en Personal indicando que la doctora Bitar de Montes había sido declarada insubsistente. Amplíe al despacho que cuando se fue a certificar la nómina ante el Director Administrativo de la época y vio la nota de certificación de personal (sic) solicitó que se realizara investigación al respecto la cual se realizó por funcionarios de control interno de la época de la Contraloría General. Por haber certificado en esos términos esa nómina, se realizó investigación contra mi persona la cual, tuvo como desenlace que también fui declarada insubsistente (...) **PREGUNTADO:** ¿La falta de la que

*usted fue acusada tuvo alguna relación con la declaración de insubsistencia de la doctora Bitar de Montes? **CONTESTÓ:** No sé si de pronto persecución hacia ella o que no hubo claridad de parte de las personas que realizaron la investigación en su momento y que no entendieron que la nómina se podía certificar ya que pedirla en esos momentos de la certificación duraba más de quince días en llegar a los giros al exterior se me iban atrasar (sic).*

4.1.2.8. Consta la declaración de la señora BLANCA DEL SOCORRO MURGÜEITO RESTREPO, para entonces Secretaria General de la Contraloría, sobre los procedimientos internos y el trámite de las situaciones administrativas. En lo que tiene que ver con las circunstancias particulares que dieron lugar a la desvinculación del servicio de la señora BITAR DE MONTES aseguró desconocerlas, aunado al tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos –folio 253 del cuaderno principal-.

*“**CONTESTÓ:** había dos tipos de resoluciones, las orgánicas, alusivas a los procedimientos fiscales y las referentes al manejo administrativo propio de la entidad, había otras que no pasaban por la Secretaría General, como por ejemplo las de contratación y ejecución presupuestal que se manejaban por la dirección administrativa. **PREGUNTADO:** En 1987 existía algún procedimiento interno específico para la declaración de insubsistencia por parte del Contralor General de la República. **CONTESTÓ:** Las declaraciones de insubsistencia se efectuaban por la oficina de personal quien se regía por la ley y los manuales de procedimiento (...) **CONTESTÓ:** Los criterios eran de mejoramiento del servicio, de eficiencia y eficacia en el servicio. Las áreas y los sectores tenían supervisiones y áreas de control que evaluaban el funcionamiento de las auditorías, supongo que estos debía tenerlos en cuenta el Contralor”.*

4.1.2.9. Obra la declaración de la señora MARÍA PATRICIA NIETO PABÓN, Directora de Personal de la Contraloría para la época de los hechos –folio 307 del cuaderno principal-.

*“(...) Con respecto a la pregunta, quiero hacer claridad que a la fecha han pasado aproximadamente 18 años y no recuerdo cuáles fueron en detalle, qué fue lo que pasó en ese momento. En el momento en que recibí la comunicación traté de hacer memoria sobre la señora Bitar de Montes y no la recuerdo. Ahora conozco que existía en esa época una oficina de Agencia de Compras ubicada en la ciudad de Ft- Lauderdale, pero no recuerdo detalles. **PREGUNTADO:**Cuál era su cargo en la Contraloría General de la República entre julio y diciembre de 1987? **CONTESTÓ:** Yo era la directora de personal*

de la Contraloría General de la República. **PREGUNTADO:** En 1987, existía algún procedimiento interno establecido para la declaración de insubsistencia de funcionarios por parte del Contralor General de la República. **CONTESTÓ:** El señor Contralor General, con base en la Constitución y en la ley, tiene el poder de desvincular y nombrar los cargos de libre nombramiento en atención al mejoramiento del servicio en la entidad (...). **PREGUNTADO:** En esa época, cuáles eran los criterios establecidos por la Contraloría para la desvinculación de funcionarios. **CONTESTÓ:** La dirección de personal asistía a un comité en calidad de secretaría donde yo no tenía voto, donde se analizaban los disciplinarios de los funcionarios y se adelantaban los procesos para la desvinculación, en ese caso era por destitución cuando los funcionarios no cumplían con las obligaciones que la Contraloría les exigía. Yo estaba muy pendiente de las decisiones y de los procesos que se adelantaban a los funcionarios (...).

4.1.2.10. Por último, obra la declaración del señor GUILLERMO SALAS TORO, Jefe de la División de Personal de la Contraloría para la época de los hechos –folio 311 del cuaderno principal–.

“PREGUNTADO: ¿En el desempeño de su cargo, conoció a la señora Herminia Isabel Bitar de Montes? **CONTESTÓ:** No la recuerdo. **PREGUNTADO.** ¿Conoció usted las razones por las cuales fue declarada insubsistente la señora Herminia Isabel Bitar de Montes en el cargo de Auxiliar III en la Agencia de Compras de la FAC en la ciudad de FT. Lauderdale? **CONTESTÓ:** No **PREGUNTADO:** ¿Conoció usted si previa declaración de insubsistencia de la señora Bitar de Montes solicitó vacaciones y renunció a su cargo el 13 de agosto de 1987? **CONTESTÓ:** Seguramente lo de vacaciones debió ser tramitado por la división, pero no recuerdo, en vista de los años que han transcurrido (...).

4.1.2.11. Mediante auto de 12 de diciembre de 2014, la Sala ordenó oficiar a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de que remitiera a la actuación, en calidad de préstamo, el proceso contentivo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, solicitud que fue atendida y la documentación allegada y conocida por las partes⁶ -cuatro anexos-.

⁶ El expediente en préstamo comprende de 4 cuadernos, en relación con el cual se surtió el traslado de que trata el artículo 289 del C.P.C. Las piezas procesales referidas en la presente providencia fueron reproducidas para que obren en el plenario (cuaderno n.º 3 correspondiente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y folios 299 y 300 de la acción de nulidad).

Del expediente contentivo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentada por HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES contra la Nación-Contraloría General de la República –radicación n.º 88-18881/98-, se destaca:

4.1.2.11.1. Que el señor SEVERIANO CALA TOLOSA fue nombrado mediante resolución n.º 06594 de 27 de agosto de 1987, en el cargo de Auditor Grado III en la Auditoría en el Exterior de la Oficina de Compras de la Fuerza Aérea Colombiana en Fort Lauderdale y que, conforme al acta respectiva, tomó posesión del cargo el 22 de septiembre de 1987 –folio 28 del cuaderno n.º 3 de la acción de nulidad-.

4.1.2.11.2. Consta que el señor SEVERIANO CALA TOLOSA, previo a dicho nombramiento, se venía desempeñando como Auditor Grado III de la Auditoría en el exterior ante el Consulado de Colombia en Nueva York, conforme da cuenta la resolución n.º 05526 de 3 de octubre de 1986 –folio 25 del cuaderno n.º 3 de la acción de nulidad-.

4.1.2.11.3. Consta que, mediante resolución n.º 06595 de 27 de agosto de 1987, en reemplazo del señor CALA TOLOSA, esto es, como Auditora Grado III de la Auditoría en el exterior ante el Consulado de Colombia en Nueva York fue designada la señora CIELO VILLAMIZAR CAMARGO, –folio 120 del cuaderno n.º 3 de la acción- quien tomó posesión del cargo el 2 de septiembre de 1987 -folio 121 del mismo cuaderno-.

4.1.2.11.4. Conforme da cuenta la constancia de servicios incorporada al plenario, el señor SEVERIANO CALA TOLOSA se había desempeñado en el sector público como i) Secretario de Agricultura y Ganadería de la gobernación de Santander, ii) Diputado de la Asamblea de Santander, iii) Director de la Oficina Jurídica del Departamento de Santander y iv) Agente Fiscal del mismo departamento –folio 14 de cuaderno n.º 3 de la acción de nulidad-.

4.1.2.11.5 El 23 de febrero de 1999, el Jefe de la División de Asuntos Legales de la Contraloría General de la República, en lo que tiene que ver con la vinculación de la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, puso de presente que *“la Jefe de la División de Correspondencia, Comunicaciones y Archivo informa a esta oficina que no encontró copia de la renuncia presentada por la demandante”* –folio 299 del cuaderno principal de la acción de nulidad-.

5. LA LEGISLACIÓN APLICABLE

Dado el tránsito legislativo en la materia, resulta pertinente detenerse en el marco normativo que rige la acción instaurada por la Contraloría General de la República, en contra del ex Contralor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, en razón de la condena proferida en contra del ente de control, por la expedición de la resolución 06593 de 27 de agosto de 1987, esto es en vigencia de la Carta Constitucional de 1896.

Al amparo del ordenamiento superior en cita, la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes se resolvía con fundamento en los artículos 20⁷, 51⁸ y 62⁹ constitucionales, en correspondencia con el Decreto-ley 01 de 1984. Se tenía entonces, como en la actualidad, la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios por los daños ocasionados por sus actuaciones dolosas o gravemente culposas, en ejercicio de sus funciones¹⁰, al tiempo con la obligación estatal o en acción de repetición¹¹.

⁷ Art. 20.- *Los particulares no son responsables ante la autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”*

⁸ Art. 51.- *Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este título.*

⁹ Art. 62.- *La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y el modo de hacerla efectiva.*

¹⁰ Artículo 77 del C.C.A.

¹¹ Artículo 78 del C.C.A.

Se trataba de una cuestión de orden legislativo, aunque con sustento constitucional, desarrollado por la jurisprudencia¹², con origen en los artículos 194 y s.s. del Decreto-ley 150 de 1976, relativo al desarrollo de la actividad contractual. El Decreto-ley 222 de 1983, por su parte, asignó al representante legal de la entidad y también a la Procuraduría General de la Nación la acción, responsabilidad limitada a las actuaciones dolosas o gravemente culposas¹³.

A su turno, el Decreto-ley 01 de 1984 amplió el marco de la responsabilidad. Señaló que los servidores públicos, en general, respondían por los daños causados en ejercicio de sus funciones¹⁴, por dolo o culpa grave, de manera que la entidad *“repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere”*¹⁵.

Disposiciones en las que la Sala se fundamenta para decidir la presente acción que, como lo revelan los antecedentes, tiene que ver con la nulidad y el restablecimiento del derecho, declarado por esta Corporación mediante sentencia de 26 de agosto de 1999.

Sobre el particular la Corporación ha señalado¹⁶:

“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 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 estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

¹² Sentencia de la Sección Tercera de 16 de octubre de 2007. . Expediente 24.416 C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹³ Artículos 290 y 290 del Decreto-ley 222 de 1983.

¹⁴ Artículo 77 del C.C.A.

¹⁵ Idem. Art.78.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007- Exp.24.953.

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

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

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

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

Siendo así, para efecto de determinar si los demandados deberán ser condenados a responder en repetición, su proceder se analizará a la luz de los artículos 77 y 78 del Decreto-ley 01 de 1984¹⁷.

6. OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN

¹⁷ ARTÍCULO 77. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 78. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.

Para la fecha de presentación de la demanda se encontraba vigente la Ley 446 de 1998 por lo que, para efectos de computar la caducidad y establecer la competencia funcional se habrán de aplicar los artículos 40 y 44 de la citada disposición.

De donde cabe concluir que la Contraloría General de República interpuso en tiempo la demanda, pues, la entidad contaba con dos años, contados desde la fecha del pago total al beneficiario de la condena, conforme da cuenta al numeral 9º del artículo 44.

Esto es así, porque mediante resolución n.º 00261 de 25 de abril de 2001, la Contraloría General de la República reconoció y liquidó la condena impuesta en sentencia de 26 de agosto de 1999 en la suma de SETECIENTOS SESENTA MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS CON 90/100 M/CTE (\$ 760.798.058,90), notificada el 30 de septiembre y ejecutoriada el 8 de octubre siguiente y, la Tesorera de la Contraloría General de la República dio cuenta que fue consignada la suma de \$ 752.752.755,90 a la cuenta corriente n.º 400040051 del Banco Ganadero, abierta a nombre de la señora BITAR DE MONTES. De donde como la demanda se presentó el 11 de octubre de 2001, no hay duda de la oportunidad de la misma, puesto que los dos años comenzaban a correr a partir del pago total de la obligación, al margen que no se conozca la fecha de la consignación, ni se cuente con el paz y salvo respectivo.

7. PRESUPUESTOS PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Analizados como quedaron los aspectos atinentes a las normas aplicables, la competencia de la Corporación y la oportunidad, resta en el sublite examinar los presupuestos sustanciales para la prosperidad de la acción de repetición, es decir para establecer la responsabilidad del servidor público demandado, a la luz de los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984,

vigentes para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la condena en contra de la entidad demandante, que esta pretende repetir.

Conforme al artículo 77 del Decreto 01 de 1984, los funcionarios deben responder por los daños causados por culpa grave o dolo, en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, descentralizadas o privadas que cumplen funciones públicas, las que, de prosperar la demanda, repetirán contra el funcionario por lo que le correspondiere.

Entonces, para la prosperidad de la acción de repetición se requiere: i) una condena contra el Estado por daños imputables a la acción y omisión de alguna autoridad¹⁸; ii) que la entidad pública condenada haya cumplido con la víctima y iii) que en la demanda se alegue y demuestre que la condena fue impuesta como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del servidor o ex servidor público demandado o del particular mientras ejerció funciones públicas.

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

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

Se logró establecer que, mediante sentencia de 26 de agosto de 1999, la Sección Segunda del Consejo de Estado revocó la decisión del tribunal y en su lugar declaró la nulidad de la resolución n.º 06593 de 27 de agosto de

¹⁸ Aunque debe anotarse que incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de esta Corporación entendió que la repetición es procedente en eventos distintos a la condena por decisión judicial, como sucede por vía de ejemplo cuando la erogación se produce como consecuencia de una conciliación, pues la finalidad de la acción es propender por la defensa del patrimonio público. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de diciembre de 1993, Expediente 7818 Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 27 de febrero de 1997, Expediente 12.679, C.P.: Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia del 22 de octubre de 1997, Expediente 13.977, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

1987, proferida por ex Contralor General de la República RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA, en cuanto declaró insubsistente a la demandante HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES del cargo de Auditora III, ante la Agencia de Compras de la Fuerza Aérea Colombiana en Miami- EEUU. Al tiempo, ordenó el reintegro a uno de igual o superior categoría y condenó a la demandada a pagar los salarios y prestaciones dejados de devengar entre el día 27 de agosto de 1987 y la fecha en que fuera reintegrada al servicio.

La demanda que dio origen a la sentencia tuvo que ver con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora BITAR DE MOTNES en contra del acto que dispuso su desvinculación.

En consecuencia, encuentra la Sala satisfecho el primero de los elementos para la prosperidad de la acción de repetición, en cuanto el acto administrativo proferido por el ex Contralor General demandado en este asunto fue anulado y la entidad demandante condenada a pagar una suma de dinero a favor de la funcionaria despedida.

- **El pago**

Para acreditar el segundo de los requisitos, obran en el plenario las distintas resoluciones dirigidas a dar cumplimiento a la sentencia de 26 de agosto de 1999, en especial la resolución n.º 00261 de 25 de abril de 2001, por la cual la Contraloría General de la República reconoció y liquidó la condena impuesta en sentencia de 26 de agosto de 1999 en la suma de SETECIENTOS SESENTA MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS CON 90/100 M/CTE (\$ 760.798.058,90) a favor de la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES y a su turno, obra la constancia expedida por la Tesorera de la Contraloría General de la República que da cuenta del pago mediante cheque n.º 092250, librado contra el Banco Santander, consignado en la cuenta corriente abierta por la beneficiaria, n.º 400040051, del Banco

Ganadero, por la suma total de SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$ 752.752.755,90).

Siendo así, no puede sino concluirse que los medios probatorios relativos a la orden de pago y constancia de consignación en la cuenta corriente referida, cuya titular era la beneficiaria de la condena, acreditan el segundo de los presupuestos para el ejercicio de la acción de repetición¹⁹.

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

Aunque se echa de menos el acta de nombramiento y posesión del doctor RODOLFO GÓNZÁLEZ GARCÍA como Contralor General de la República para el año de 1987, no se pone en duda su condición de representante del órgano de control, si se considera que, en la oportunidad para controvertir sus sucesores no aludieron en contrario, aunado a que el antes nombrado suscribió el acto anulado. Además, el inciso 4º del artículo 267 de la C.P. atribuye al órgano de control carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal y conforme al artículo 57 de la Ley 42 de 1993 y el artículo 31 numeral 7 de la ley 106 de 1993, en los procesos Contencioso Administrativos la Contraloría General de la República estará representada por el mismo²⁰, lo cual hace suponer que la entidad tenía la capacidad para ser parte dentro del proceso judicial en el que se controvertió la legalidad de la resolución n.º 06593 de 27 de agosto de 1987.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 31 de mayo de 2013, expediente n.º 25051. En esa oportunidad la Subsección encontró acreditado el pago con la expedición del título judicial a favor del beneficiario, sin que se hubiera acompañado la copia del paz y salvo suscrito por el interesado, por lo que la consignación en la respectiva cuenta corriente del beneficiario es suficiente para dar por acreditado el pago.

²⁰ Para la época de la presentación de la demanda ejercía como Contralor General de la República el dr. CARLOS OSSA ESCOBAR.

Ahora, en lo que tiene que ver con la conducta del funcionario, analizada en razón de la expedición de la mentada resolución, es menester señalar que bajo la égida de los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, corresponde al demandante probar la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario que dio lugar a la condena, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. norma que, siguiendo el principio generalmente aceptado en materia probatoria dispone que incumbe a cada una de las partes probar los supuestos de hecho que alega. Carga que aparece acreditada por la entidad demandante, pues la Contraloría General de la República demostró que el ex contralor retiró a la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, mediante acto administrativo cuya legalidad fue desvirtuada por desviación de poder.

La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se exige entonces adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino una negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asunto propios. Se concluye entonces que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos.

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

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

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

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

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

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

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

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

La doctrina sobre el particular ha sostenido²¹:

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

(...)

Valor de los usos normativos como criterios de diligencia: a) Si se concibe el derecho como una realidad social de carácter normativo, que excede el ámbito de la ley, naturalmente se tenderá a concebir los deberes de conducta como una expresión de usos normativos, de expectativas recíprocas que señalan lo que asumimos se puede exigir de los demás²². A falta de una norma legal que defina el ilícito, se podrá decir que la culpa consiste en infringir una regla establecida por la costumbre²³. El criterio empírico de “lo normal” se puede justificar por razones de seguridad jurídica, que remiten a lo que según la costumbre se puede esperar de los demás y, en consecuencia, cautelan que el derecho de la responsabilidad civil asegura la protección de la confianza²⁴. Sin embargo, siempre permanece latente que el juicio relativo a la culpa supone adoptar las perspectivas normativas de justicia (o de la eficiencia), en cuya virtud es necesario juzgar la razonabilidad de los usos normativos, antes de darlos por aceptados. b) Cualquiera sea la doctrina jurídica que asuman los jueces, ocurre que los usos normativos, especialmente en una sociedad tan diferenciada como la actual, son en general imprecisos y difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez, a

²¹ Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.

²² Carbonnier 2000.

²³ Carbonnier 2000.

²⁴ Bydlinski 1996.

falta de reglas legales que definan el ilícito, se vea obligado a construir prudencialmente el deber de cuidado. En esta tarea, sin embargo, no se debiera olvidar que una función importante del derecho privado es dar forma al tráfico espontáneo al interior de la sociedad, de modo que difícilmente se puede prescindir de aquello que con naturalidad esperamos de los demás como conducta debida.”

Se trata, entonces, de analizar si la actuación del servidor que dio lugar a la condena en contra del Estado, tuvo la intención de dañar o si se cuenta con elementos que permitan calificar la conducta como falta de diligencia extrema, equivalente a la señalada intención. Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la conducta del servidor se sujetó a los estándares de corrección²⁵ 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.

Efectivamente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 26 de agosto de 1999, revocó la decisión del tribunal y, en su lugar, declaró la nulidad de la resolución n.º 06593 de 27 de agosto de 1987, en cuanto declaró insubsistente a la demandante HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES, al tiempo que dispuso el restablecimiento de los derechos del nombrado.

Huelga precisar entonces que la acción de repetición tiene que ver con la responsabilidad subjetiva que le corresponde al demandado RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA ex Contralor General de la República. Aspecto este que fue considerado por esta Corporación para fundar en su propia conducta la desviación de poder.

²⁵ JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de la Buena Fe*. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 965 Pg. 57 “Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las mas diversas (...)”.

Efectivamente, la Sección Segunda puso de presente, como el demandado no espero a que el nombrado Cala Tolosa se posesionara en el cargo, al que había sido designado en reemplazo de la señora BITAR DE MONTES. Resolvió sin que mediara justificación, encargar al señor Simón Gnecco López, quien se desempeñaba como revisor y no cumplía con los requisitos exigidos para el cargo, siendo que la antes nombrada ya había renunciado, empero a partir del 16 de septiembre, con pretensión de cumplir los dos años de servicio. Retaliación esta que da claridad sobre la intensión dañosa del funcionario. Se conoce también que la señora CIELO VILLAMIZAR designada en lugar del señor CALA TOLOSA era recomendada directa del contralor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA.

Ahora, si bien las razones argüidas por el juez contencioso para pronunciarse sobre los actos anulados, no pueden trasladarse sin más a fundamentar la condena en repetición, no pueden pasarse por alto los hechos que fundamentaron la desviación de poder. Calificativo que evidencia de suyo la intención de desconocer el ordenamiento.

De suerte que, aunque al plenario no se allegaron los documentos que contienen la solicitud de vacaciones y la renuncia del cargo formuladas por la señora BITAR DE MONTES, no cabe duda que se presentaron, como lo evidencia la sentencia que fundó en los mismos la decisión y lo corroboran los testimonios que dan cuenta de que ello fue así y por esa razón se declaró la nulidad del acto acusado. En ese orden, quedó acreditado i) que la ex servidora solicitó vacaciones a partir del 16 de septiembre de 1987; que luego fue solicitada su renuncia, presentada a partir del día 16 mencionado; ii) que como respuesta, el nominador procedió a declararla insubsistente el 27 de agosto del mismo año, mediante resolución n.º 06593; iii) que en su reemplazo fue designado al señor SEVERIANO CALA TOLOSA quien tomó posesión del cargo el 22 de septiembre de 1987 y iv) que en el entretanto, fue encargado el revisor de oficina de compras SIMÓN GNECCO LÓPEZ quien no reunía los requisitos del cargo.

En este panorama, es claro que el ex Contralor conocía de la situación particular de la señora BITAR DE MONTES, quien se encontraba próxima a cumplir los dos años de servicio en el exterior, lo que motivo su renuncia a partir del 16 de septiembre y que en razón de ello procedió a desvincularla, para impedir que la misma lograra el tiempo requerido para acceder a los beneficios económicos por el tiempo cumplido, consistente en el denominado “menaje”, que tenía que ver con la importación de un vehículo libre de impuestos.

A lo que se agrega que la persona designada en reemplazo –CALA TOLOSA- no se encontraba en condiciones de tomar posesión inmediata del cargo, en tanto vinculado en la ciudad de Nueva York a otro cargo de Auditor. Razón que confirma la intención, pues si se requería del cargo, por qué no aceptar la renuncia a partir del 26 de septiembre, sino optar por la insubsistencia y proveer en encargo un funcionario de inferior categoría, sin requisitos para su ejercicio, de lo cual dieron cuenta los testimonios incorporados al proceso, valorados en el contencioso de impugnación. Todo ello con el propósito de que la ex servidora no cumpliera los dos años de servicio en el exterior, al margen que se tratara de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Esto, sin duda, pone de manifiesto la intención positiva de afectar los derechos de ex servidora, impedir que accediera al tiempo de servicio que le garantizaba unos beneficios adicionales. Interés personal, que no consulta las razones del buen servicio, ni las normas constitucionales y legales. Conducta a todas luces censurable que deberá sancionarse, pues deja al descubierto la presión indebida ejercida sobre la ex servidora para obtener su renuncia inmediata y, como no fue así, proceder a desvincularla en represalia. Conducta dolosa del funcionario que no admite duda.

Se llega a esta conclusión porque el Contralor era el llamado a direccionar y garantizar la buena marcha de la entidad, en cuanto conocedor de los beneficios otorgados a los funcionarios que prestaban sus servicios en el

exterior. En ese orden, deberá responder por la condena ya satisfecha por la entidad demandante.

Por último en lo que tiene que ver con el monto a cargo de la sucesión del señor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA no puede pasarse por alto lo que corresponde a intereses, estos si a cargo de la administración en cuanto obedecen a un plazo legal ajeno al agente estatal, si se considera que fue cancelada un año y siete meses después de ejecutoriada la sentencia, según da cuenta la demanda. Sobre el particular, el inciso 4º del artículo 177 del Decreto 01 de 1984, previó que las condenas impuestas contra las entidades públicas, serán ejecutables dentro de los dieciocho (18) meses después de su ejecutoria. En ese orden se tiene que, proferida una sentencia que imponga una condena en concreto, las entidades procederán a: i) expedir la resolución que ordene el reconocimiento, liquidación y pago ii) a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, incluida la apropiación presupuestal respectiva y iii) a liquidar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta cuando se haga efectivo el pago (art. 177). De lo que se sigue que la entidad no podrá ser ejecutada ante la jurisdicción contenciosa dentro de los dieciocho meses siguientes a la ejecutoria -artículo 177 del C.C.A. en concordancia con los artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998 que modificó los Numerales 7 del artículo 132 y 7 134B del C.C.A.-.

En ese orden, la condena impuesta contra la sucesión del señor RODOLFO GONZÁLEZ GARCIA se limitará al valor del capital debidamente actualizado con los índices de precios al consumidor, el que se pagará a plazos tal como lo dispone el artículo 15 de la Ley 678 de 2001²⁶. Para el

²⁶ **ARTÍCULO 15.** *Ejecución en caso de condenas o conciliaciones judiciales en acción de repetición. En la sentencia de condena en materia de acción de repetición la autoridad respectiva de oficio o a solicitud de parte, deberá establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación.*

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002 “Que para el pago de una obligación impuesta en una condena se conceda un plazo por el juez, no quebranta la Constitución pues ella no establece en ninguna de sus normas que las obligaciones de suyo deban ser siempre puras y simples, y exigibles de manera

efecto, sin perjuicio de la facultad conferida en la misma disposición para fijarlo, se insta a la entidad para que lo convenga con el albacea, el cónyuge y los herederos, de estar vigente la sucesión, en audiencia de conciliación citada para el efecto. De no ser posible convenirlo directamente, cualquiera fuere la causa, el pago a plazos, se hará la primera cuota dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia y el saldo final no podrá superar el plazo de los dos años desde la ejecutoria.

Por último, al margen que el monto pagado asciende \$ 752.752.755,90, este comprende el valor del capital por la suma de \$ 431.642.374,00, más los intereses causados desde la ejecutoria de la decisión –oct/99- hasta el mes de mayo de 2001 en que se produjo el pago, por lo que se procederá a actualizar el valor del capital únicamente.

$$VP = 431.642.374,00 \times \frac{122,08}{65,78}$$

VP \$ 801.077.850,00

En consecuencia, la sucesión del señor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA pagará a favor de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA la suma de OCHOCIENTOS UN MILLONES SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 801.077.850,00 m/cte)

inmediata. Al contrario, en ese punto es clara la libertad de configuración por parte del legislador que bien puede disponer que las obligaciones se encuentren sujetas a modalidades, una de las cuales es el plazo, con el objeto, en este caso concreto, de obtener el reembolso de lo pagado inicialmente por el Estado, dándole la oportunidad al servidor público de cancelar la obligación toda, íntegra, aunque no sea en un instante único, lo que, como se ve no vulnera el precepto constitucional del artículo 90 de la Carta, sino que sencillamente es una manera autorizada por el legislador para que la obligación se extinga, lo que es distinto a condonarla. Así las cosas, el inciso primero del artículo 15 lejos de lesionar la Constitución se aviene a ella”.

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

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

F A L L A:

PRIMERO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable al señor RODOLFO GONZÁLEZ GARCÍA por haber incurrido en culpa grave, en cuanto su conducta dio lugar a la condena impuesta a la Nación–Contraloría General de la República, mediante sentencia proferida el 26 de agosto de 1999, por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la sucesión del señor RODOLFO GONZÁLEZ GARCIA a reintegrar a favor de la Nación-Contraloría General de la República la suma de OCHOCIENTOS UN MILLONES SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 801.077.850,00 m/cte)

TERCERO: NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: Las partes, podrán llegar a un acuerdo de pago, en audiencia de conciliación citada para el efecto. De lo contrario, el pago a plazos, se hará la primera cuota dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia y el saldo final no podrá superar el plazo de los dos años desde la ejecutoria.

QUINTO: DESE cumplimiento al numeral 2º del artículo 115 del C. de P.C-, para el efecto se dejará constancia que solamente la primera copia prestará mérito ejecutivo.

SEXTO: SIN CONDENA en costas.

SÉPTIMO: DEVOLVER a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el proceso contentivo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el n.º 88-18881-B, instaurado por la señora HERMINIA ISABEL BITAR DE MONTES contra la Contraloría General de la Nación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado