

ACCIÓN DE REPETICIÓN – Contra alcalde mayor de Bogotá Enrique Peñalosa Londoño / PAGO DE CONDENA JUDICIAL EN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Nulidad de acto administrativo que declaró insubsistente nombramiento / INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO EN CARRERA ADMINISTRATIVA – Sustentación en concepto favorable de organismo bajo subordinación de Alcalde / CULPA GRAVE – Configurada / GRAVE NEGLIGENCIA – Desconocimiento de concepto de Comisión Nacional del Servicio Civil / CONDENA A EXALCALDE DE BOGOTÁ

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 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 siquiera se hace mención al mismo en el acto de insubsistencia. 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 exservidor, ya que el mismo conocía o debía conocer, con proyección de grave negligencia de no ser ello 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 exalcalde (...) [S]e advierte culpa grave imputable al exalcalde mayor de Bogotá, Enrique Peñalosa Londoño, pues el mismo conocía que la señora Arango Londoño 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 (...) Finalmente, en lo que respecta al señor Carlos Alberto Sandoval Reyes, secretario de hacienda, no se observa una actuación dolosa o gravemente culpable, comoquiera que ninguna circunstancia permite advertir que determinó la decisión del alcalde o la informó al punto de poder hacer algún reproche a su actuación, lo que resulta de la mayor relevancia, dado el grado de subordinación entre los dos funcionarios y porque la desvinculación de los servidores del distrito es una función privativa del alcalde, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 del Decreto Ley 1421 de 1993.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / NORMATIVA APLICABLE / ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

[E]n 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 para esos efectos.

ACCIÓN DE REPETICIÓN – Presupuestos

[P]ara la prosperidad de la acción de repetición en el proceso se requiere i) una condena contra el Estado por daños imputables a la acción y omisión de alguna autoridad; ii) que la entidad pública condenada haya efectuado el pago del crédito judicial 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.

CONDUCTA DEL AGENTE ESTATAL – Análisis / CULPA GRAVE O DOLO / GRAVE NEGLIGENCIA

[L]a 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 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.

CARRERA ADMINISTRATIVA – Autoridad competente de administración / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – Funciones / INSUBSISTENCIA DE CARGO DE EMPLEADO DE CARRERA – Normativa

[A] la Comisión Nacional del Servicio Civil desde su creación le ha correspondido administrar los aspectos relativos a la carrera, esto es los concursos, los ingresos, registros y sus actualizaciones; incluso absolver consultar y dirimir conflictos, sobre todos los asuntos sobre la materia. A las comisiones seccionales, por su parte, les corresponde resolver derechos de petición, observando las disposiciones que rigen la materia, y en los términos del numeral 2 del artículo 49, absolver consultas con sujeción a la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil. 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 (...) 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.

ACCIÓN DE REPETICIÓN / CULPA GRAVE / CONDENA A EXALCALDE DE BOGOTÁ

Estructurados como se encuentra los presupuestos legales para la prosperidad de la acción de repetición y especialmente demostrado que el exalcalde al ejercer la facultad para remover a los funcionarios del distrito actuó con culpa grave deberá responder por la condena ya satisfecha por la entidad demandante. En ese orden, la condena pagada por la entidad será actualizada y ese será el valor por el que deberá responder el señor Enrique Peñalosa Londoño, valor que pagará al distrito capital de Bogotá a plazos tal como lo dispone el artículo 15 de la Ley 678 de 2001. Para el efecto, sin perjuicio de la facultad conferida en la misma disposición para fijarlo, se insta a la entidad beneficiaria para que lo convenga con el exfuncionario 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 (...) En consecuencia, el señor Enrique Peñalosa Londoño pagará a favor del distrito capital de Bogotá la suma de quinientos noventa y cinco millones trescientos cincuenta y siete mil setecientos setenta y ocho pesos con ochenta y dos centavos (\$ 595.357.778,82).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00227-01(39226)

Actor: BOGOTÁ, D.C.

Demandado: ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO Y CARLOS ALBERTO SANDOVAL REYES

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN

Resuelve la Sala el recurso de apelación formulado por la entidad demandante contra la sentencia del 19 de mayo de 2010 de la Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda de

repetición formulada en contra de los señores Enrique Peñalosa Londoño, alcalde mayor de Bogotá, y Carlos Alberto Sandoval Reyes, secretario de hacienda, para la fecha de los hechos.

I. ANTECEDENTES

El 15 de diciembre de 2004, el distrito capital de Bogotá, en ejercicio de la acción de repetición, solicitó declarar patrimonialmente responsables a los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval, por los perjuicios causados con ocasión del pago que la institución debió asumir por la condena que le fue impuesta, mediante sentencias de 14 de septiembre de 2000 de la Sala de Descongestión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de 22 de mayo de 2003 de esta Corporación que declararon nula la resolución n.º 795 del 18 de septiembre de 1998, que declaró insubsistente a la señora Clara Esperanza Salazar Arango del cargo de subdirectora de hacienda grado 24 y ordenaron su reintegro y el pago de todos los emolumentos que dejó de percibir.

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

Conforme al texto de la demanda, la entidad pretende que se acojan las siguientes declaraciones y condenas:

- 1. Que se declare civil y administrativamente responsables a los doctores ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO y CARLOS ALBERTO SANVODAL REYES, identificados como quedó establecido anteriormente, como consecuencia de la conducta gravemente culpable en la que incurrieron al proferir el acto administrativo sin motivación alguna y por medio del cual se declaró la insubsistencia de la señora CLARA ESPERANZA SALAZAR ARANGO, quien se encontraba inscrita en el escalafón de carrera administrativa, contraviniendo las normas que regulaban la materia, lo que dio origen a la condena impuesta contra Bogotá, D.C.*
- 2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados al pago de las sumas de dinero que le hayan sido canceladas o que se lleguen a cancelar a la señora CLARA ESPERANZA SALAZAR ARANGO con fundamento en la referida sentencia.*
- 3. Que el valor de la condena aquí señalada se actualice con base en el índice de precios al consumidor (IPC) que certifique el DANE, para compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.*

4. *Que sobre la suma que se ordene reintegrar a favor del Distrito Capital de Bogotá se condene a los doctores ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO y CARLOS ALBERTO SANDOVAL REYES a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Bancaria sino que exceda el límite de usura, desde la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin a este proceso, hasta que dicho pago se haga efectivo.*
5. *Que la sentencia que ponga fin al presente proceso reúna los requisitos exigidos por los artículos 68 del C.C.A. y 488 del C.P.C., es decir, que en ella conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, a fin de que preste mérito ejecutivo.*
6. *Que se conde en costas a los demandados...*”(fls. 2 y 3, c.1).

1.2 Los hechos

La entidad puso de presente los siguientes hechos:

1.2.1 El 28 de junio de 1996, la señora Clara Esperanza Salazar Arango fue inscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el escalafón de carrera del cargo de jefe de unidad grado 21.

1.2.2 El 18 de septiembre de 1998, el alcalde mayor y el secretario de hacienda de Bogotá declararon insubsistente a la señora Salazar Arango del cargo de subdirectora de hacienda grado 24, mediante resolución n.º 795.

1.2.3 La antes nombrada formuló contra el acto de insubsistencia demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El 14 de septiembre de 2000, el tribunal accedió a sus súplicas al encontrar probado que, para el momento de los hechos, la accionante no solo estaba inscrita en carrera sino que la Comisión Nacional del Servicio Civil había actualizado su registro, en el cargo del que fue removida.

1.2.4 El 22 de mayo de 2003, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación confirmó la anterior decisión, en cuanto la servidora fue desvinculada sin sujeción al procedimiento para el retiro de funcionarios de carrera, en especial, desconociéndose que el acto administrativo debió ser motivado.

1.2.5 El 14 de noviembre de 2003, la Secretaría General de la entidad expidió la resolución n.º 1256 para disponer el reintegro de la señora Clara Esperanza Salazar Arango en el cargo de gerente código 039, grado 03 de la Dirección

Administrativa y Financiera y se ordenó la liquidación de los emolumentos que dejó de percibir.

1.2.6 El 17 de diciembre de 2003, la Secretaría General de la entidad reconoció y ordenó el pago de \$244.702.864 por concepto de salarios y prestaciones a la señora Salazar Arango, por el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 1998 y el 18 de noviembre de 2003.

Así mismo el 6 de febrero siguiente, ordenó el pago de la cesantía, los intereses a la cesantía y de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

1.2.7 El 8 de septiembre de 2004, la Secretaría de Hacienda Distrital ordenó a la Tesorería solicitar la devolución de \$15.470.037 correspondientes al mayor valor pagado a la DIAN, por concepto de retención en la fuente aplicada al pago de la condena. De estos debían ser entregados \$9.616.304 a la señora Clara Esperanza Salazar Arango y \$5.853.733 al distrito.

1.2.8 En virtud de lo anterior, el 17 de mayo de 2004, el Comité de Conciliación de la entidad recomendó la formulación de la acción de repetición en contra de los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes, quienes suscribieron el acto de desvinculación de la trabajadora (fls. 3 a 5, c.1).

2. Contestación de la demanda¹

Los exfuncionarios se opusieron a la prosperidad de las pretensiones.

Señalaron que su conducta se ajustó al ordenamiento jurídico, habida cuenta que con sujeción a lo establecido en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 procedieron a declarar insubsistente a la señora Salazar Arango, quien desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Precisaron que, en virtud de lo establecido en el Acuerdo 12 de 1987, la Ley 27 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, entre tanto el de

¹ Mediante auto de 4 de mayo de 2005, el tribunal admitió la demanda y dispuso su notificación a los servidores demandados (fls. 38 y 39, c.1).

subdirector, se consideraba de libre nombramiento y remoción. Clasificación ratificada por el Decreto 1569 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de ese mismo año, que catalogó el precitado empleo en los cargos del nivel directivo.

En estas condiciones, manifestaron que la señora Salazar Arango si bien estaba inscrita en carrera en el cargo de jefe de unidad grado 21, para cuando fue desvinculada ocupaba el cargo de subdirector de la Secretaría de Hacienda, cargo de libre nombramiento y remoción al que fue promovida, de donde operó una renuncia *ipso iure* de su estabilidad reforzada.

Resaltan que su conducta no puede ser considerada gravemente culposa, ya que, previamente a la desvinculación solicitaron un concepto al Departamento Administrativo del Servicio Civil del distrito en el que se concluyó “...*el funcionario escalafonado en la carrera en el cargo de jefe de unidad, al tomar posesión del empleo de subdirector de hacienda, declinó sus derechos de carrera administrativa...*”.

Por otro lado, manifestaron que no se puede perder de vista que el Departamento Administrativo de la Función Pública actualizó indebidamente la inscripción en el escalafón de la trabajadora en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin que ello dé lugar a mudar la naturaleza y clasificación que la Constitución y la ley le asignaron al cargo. En esa medida, lo que sigue es inaplicar el acto porque contraria la Carta Política.

Finalmente, advirtieron que el distrito no contestó la demanda en el proceso administrativo laboral, lo que implicó que no se pusieran de presente los argumentos para la defensa de la decisión y se perdiera la oportunidad para aportar las pruebas, en especial, el concepto en el que se precisó, por parte del Departamento Administrativo del Servicio Civil, que el cargo era de libre nombramiento y remoción (fls. 54 a 61, c.1).

3. Alegatos²

3.1. Parte demandada

² El agente del Ministerio Público guardó silencio (fl. 167, c.1).

Con fundamento en las pruebas allegadas al proceso, reiteraron los planteamientos que realizaron al contestar la demanda. Adicionalmente, resaltaron que el Comité de Conciliación omitió realizar un análisis de su conducta a la luz de las circunstancias particulares del caso y la normativa y jurisprudencia aplicable, lo que implica que las pretensiones de repetición deben negarse (fls. 146 a 160, c.1).

3.2 Parte demandante

Por su parte, la entidad demandante manifestó que, a diferencia de lo sostenido por los exfuncionarios, en el proceso se encuentran acreditados los presupuestos de la acción de repetición, pues se acreditó la condena, el pago y la actuación gravemente culposa de los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes, ya que desvincularon a la trabajadora como si se tratara de una funcionaria de libre nombramiento y remoción, cuando en realidad estaba inscrita en el escalafón, precisamente en el cargo del que fue removida (fls. 161 a 166, c.1).

4. Sentencia de primera instancia

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, pues, pese a que encontró acreditada la condena y su pago, consideró que la conducta de los exservidores no podía considerarse dolosa o gravemente culposa, ya que no actuaron con la intención de causar daño; tampoco abiertamente descuidada. Se destacó que, previamente a adoptar la decisión solicitaron un concepto al Departamento Administrativo del Servicio Civil, organismo que dio vía libre a la remoción de la funcionaria, pues, de acuerdo con la normativa aplicable la trabajadora ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Se precisó que si bien, la funcionaria manifestó haber informado al alcalde sobre su particular situación y entregado un concepto emitido por un asesor de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el que se ponía de presente que la trabajadora se desempeñaba en un cargo de carrera administrativa, ello no puede tenerse por acreditado, habida cuenta que los documentos se aportaron en copia

simple, lo que impide su valoración. Con todo no se demostró la entrega de los mismos antes de que se tomara la decisión.

Igualmente, el tribunal no valoró las pruebas trasladadas del proceso administrativo laboral, en tanto los demandados no fueron vinculados a la actuación, razón que impide su valoración por no haber sido objeto de contradicción.

Finalmente, echó de menos la precisión de la conducta inculpada, por parte del comité de conciliación del distrito (fls. 176 a 198, c.ppal.)³.

5. Recurso de apelación

La entidad impugna la decisión. Sostiene que el Comité de Conciliación no dudo en recomendar la interposición de la acción de regreso, pues el fallo del tribunal es contundente al señalar que la conducta de los exfuncionarios constituyó una “franca violación” de la normativa que regula los derechos de los funcionarios en carrera, decisión que en su criterio es vinculante y debió apreciarse en orden a tener por acreditada la culpa grave o el dolo de los demandados.

Advierte que lo que se reprocha a los exfuncionarios es que, a sabiendas de la inscripción en carrera en el cargo de jefe de unidad, de la incorporación de la trabajadora en la planta como subdirectora grado 24 y de la actualización de su registro en dicho cargo, no se adelantó ninguna gestión tendiente a la suspensión, anulación o revocatoria de la inscripción, sino que, en su lugar, optaron por su remoción.

³ Con salvamento de voto del magistrado Leonardo Augusto Torres Calderón, quien concluyó “*De la simple lectura de las consideraciones de los fallos condenatorios se desprende que desde el año 1996, la señora Clara Esperanza Salazar Arango estaba inscrita en carrera administrativa, inscripción que era conocida por todos, pues reposaba en la hoja de vida de la señora Salazar Arango, por esta razón, lo lógico es que los demandados antes de proceder a la declaratoria de insubsistencia hubieran constatado que dicha funcionaria no hubiere actualizado su inscripción y si no lo hicieron cometieron una omisión flagrante en el cumplimiento de sus funciones, razón por la cual han debido abstenerse de declarar la insubsistencia a la mencionada servidora, antes de constatar que la misma no estuviera inscrita en carrera, pues el desconocimiento de las normas de estabilidad de un funcionario de carrera administrativa constituyen a juicio del suscrito una violación manifiesta e inexcusable de normas de derecho que constituyen culpa grave. Razón por la cual ha debido condensarse a los demandados...*” (fls. 200 a 205, c.ppal.).

Señala que si los demandados consideraban que el cargo de subdirector era de libre nombramiento y remoción, con base en el concepto emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil del distrito, no se entiende porque no hicieron uso de esos argumentos para fundar su decisión, pues se trataba de remover a una funcionaria inscrita en carrera administrativa.

Manifiesta que las pruebas trasladadas debieron ser valoradas, pues, a diferencia de lo concluido por la Sala mayoritaria del tribunal, lo cierto es que su incorporación al expediente mediante auto del 15 de diciembre de 2009 permitió su contradicción. Oportunidad que transcurrió en silencio.

Finalmente, pone de presente que la omisión del distrito en contestar la demanda en el proceso laboral no exime de responsabilidad a los exfuncionarios, pues, acorde con el acervo probatorio no cabe duda que expidieron el acto administrativo anulado, sin motivación y sin tener en cuenta el procedimiento establecido para la remoción de un funcionario de carrera (fls. 221 a 225, c. ppal.).

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes retomaron los argumentos que plantearon en sus diferentes intervenciones (fls. 230 a 238 y 239 a 241, c. ppal.).

7. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, pues no encontró acreditado el dolo o la culpa grave de los exfuncionarios. Concluyó:

“En el sub judice se debe señalar que la actora limitó la imputación en el hecho de que la justicia contencioso administrativa declaró la nulidad del acto de insubsistencia porque la señora Salazar a quien se desvinculó era de carrera, siendo que la simple nulidad no implica la responsabilidad de quien expide el acto.

Siguiendo las pautas jurisprudenciales referidas, se debe señalar que no se acredita de manera fehaciente la culpa grave o el dolo de los demandados en el retiro del servicio de la señora Clara Esperanza Salazar.

*Se advierte que previamente a declarar la insubsistencia, la administración distrital solicitó un concepto, que fue expedido **el 4 de septiembre de 1998**, en el que claramente se les informaba que al cambiar de cargo de jefe de*

*unidad por el de subdirector de hacienda, la empleada había perdido los derechos de carrera, toda vez que **el cargo no era de carrera aunque ella hubiere estado escalonada con anterioridad.***

*Adicionalmente, no hay prueba de que el Distrito conociera la actualización de escalafón que hiciera la CNSC, porque sólo **el 14 de agosto de 1998** se surtió la mencionada actualización en el cargo directivo de subdirectora de hacienda.*

Así las cosas, en criterio de este Despacho, las pruebas documentales allegadas al proceso no permiten calificar como dolosa o gravemente culposa la conducta de los doctores Londoño y Sandoval por el hecho de proferir la insubsistencia que anuló la jurisdicción contenciosa administrativa (fls. 243 a 265, c. ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Jurisdicción y competencia

1.1 Para la fecha de presentación de la demanda, 15 de diciembre de 2004, se encontraba vigente la Ley 678 de 2001 -publicada el 4 de agosto de 2001-⁴ 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, no obstante, debe privilegiarse, tanto por ser posterior, como en razón de la especialidad.

El artículo 7 de la Ley 678 de 2001, en materia de jurisdicción y competencia, dispone:

⁴ Sobre la aplicación de la Ley 678 de 2001 en materia procesal, la Sala en oportunidad anterior señaló: “...[E]n cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacía 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. (...)”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, expediente 24.953.

“...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...”.

1.2 La Sala Plena de esta Corporación analizó el presupuesto procesal en estudio 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. La Corporación advirtió⁵:

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

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

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), C.P.Mauricio Fajardo Gómez.

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

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

1.3 Siendo así y en consideración a que la sentencia impugnada fue proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se colige sin duda la competencia de esta Corporación para decidir la impugnación formulada por el distrito capital de Bogotá.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver a la luz de las pruebas válidamente aportadas y practicadas, si los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes actuaron con dolo o culpa grave, pues, de ser así, tendrían que responder por la condena emitida, contra el distrito de Bogotá, en razón de la nulidad de la resolución n.º 795 de 1998 que declaró insubsistente a la señora Clara Esperanza Salazar Arango.

3. Pruebas aportadas y hechos probados

3.1. Valor probatorio de las pruebas aportadas

3.1.1 El valor probatorio de las copias simples

Las pruebas documentales incorporadas al expediente, es decir tanto aquellas que fueron requeridas por esta Corporación, como las aportadas por los demandados, en las que fundan su defensa, como las allegadas por la entidad pública, en cuyo

archivo reposan los originales, serán valoradas sin limitaciones por satisfacer los requisitos legales, inclusive aquellas que se encuentran en copia simple.

Sobre esto último, debe tenerse en cuenta que la Sala Plena de Sección Tercera, sobre el valor probatorio de las copias, ha señalado:

“...[S]e reitera aquí el criterio recientemente establecido por la Sala Plena de Sección Tercera frente al valor probatorio de las copias simples, cuando las mismas han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, evento en el cual dichas copias son susceptibles de valoración, e idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal. (...) el hecho de que los intervinientes del proceso hubieran conocido el contenido de los documentos allegados como prueba trasladada, permite fallar de fondo el presente asunto con base en ellos, toda vez que resultaría contrario a la lealtad procesal que las partes utilizaran unas pruebas como fundamento de sus alegaciones y que luego, al ver que su contenido puede resultar desfavorable a sus intereses, predicaran su ilegalidad, pretextando que en el traslado de los documentos no se cumplió con las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil...”⁶.

Debido a que el tema mantenía disimilitudes en las demás Secciones fue discutido por el Pleno de la Corporación, ocasión en la que se coligió:

“El moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza y, por tanto, impidan que el juez adopte decisiones denegatorias de pretensiones por exceso ritual manifiesto. Entonces, se debe propender por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan su aplicación”⁷.

*Ahora bien, es importante resaltar que la Corte Constitucional en reciente sentencia del 17 de abril de 2013 consideró que la exigencia de copias auténticas **deviene razonable** en los términos establecidos en el artículo 254 del C.P.C.⁸, es decir, en aquél caso la Corte encontró que la actuación del*

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2013, expediente 20.601, C.P. Danilo Rojas Betancourth. El valor probatorio de las copias simples

⁷ Cita original: Ibídem.

⁸ Cita original: Corte Constitucional, sentencia SU 226 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada. En la providencia se sostuvo, entre otros apartes, lo siguiente: *“Para la Sala, la exigencia de certificaciones en original, tratándose de documentos públicos en asuntos contencioso*

juez ordinario al desestimar el valor probatorio de las copias simples, no desconoció los derechos fundamentales del actor por cuanto estaba dentro de lo razonable jurídicamente; sin embargo, ello no significa que esa sea la única posición aceptable constitucionalmente, pues la postura expuesta en la presente providencia referida al principio de buena fe constitucional o de “autenticidad tácita” de las copias simples es aún más garantista a la luz de los principios constitucionales mencionados y no es otra cosa que su efectivización por parte del juez de lo contencioso administrativo, quien así los materializa en aras de garantizar una tutela judicial efectiva.

Finalmente, la Sala reitera que la tesis expuesta no implica que se releve a las partes del cumplimiento de las solemnidades que el legislador establece o determina para la prueba de específicos hechos o circunstancias (v.gr. la constancia de ejecutoria de una providencia judicial para su cumplimiento; el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970, para determinar el parentesco; la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble).

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido⁹.

3.1.2 Prueba trasladada

Al proceso se trasladaron pruebas de carácter documental, provenientes del proceso administrativo laboral en que se declaró la nulidad del acto de insubsistencia de la señora Clara Esperanza Salazar Arango y se ordenó el restablecimiento de sus derechos laborales.

En relación con la eficacia probatoria de la prueba trasladada debe señalarse que el juez administrativo puede valorarla, conforme a lo dispuesto en el artículo 185 del C.P.C., esto es, cuando se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, por cuanto se protege el derecho de contradicción y publicidad de la prueba, el cual solo se dará en la medida en que las partes tengan conocimiento de ellas y hayan podido controvertirlas.

administrativos, resulta razonable, pues permite que el juez de instancia, al realizar la debida valoración del material probatorio obrante en el expediente, pueda, por medio de un análisis cuidadoso de los elementos de juicio puestos en su conocimiento, otorgarles, de ser posible, el valor probatorio que estos ameritan, para efectos de una decisión razonable, justa y equitativa, acorde con los principios y valores constitucionales.”

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera -Sala Plena- sentencia de 28 de agosto de 2013. C.P.: Enrique Gil Botero. Radicado número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25.022).

No obstante lo anterior, de acuerdo con el precedente de la Sala, tratándose de pruebas documentales, basta su puesta a disposición de la parte contra la que se aducen, para su contradicción, al margen de lo acontecido en el proceso originario; comoquiera que lo trascendente es que la defensa tenga la oportunidad en el proceso de que se trata¹⁰.

De esta manera, en el presente, la Sala, a diferencia de lo considerado por el tribunal, valorará los documentos que se trasladaron del proceso administrativo laboral, toda vez que los mismos fueron puestos en conocimiento de la parte contra la cual se pretendían hacer valer, sin que ésta los hubiese impugnado, aunado a que los demandados pudieron contradecirlos, en cuando solicitaron pruebas las que se practicaron conforme a las reglas procesales.

3.2 Hechos probados

Las pruebas válidamente aportadas al proceso dan cuenta de los siguientes hechos relevantes para la solución de la controversia:

En relación al daño

3.2.1 El 14 de septiembre de 2000, la Sala de Descongestión para Fallos de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró nula la resolución n.º 795 del 18 de septiembre de 1998 expedida por el alcalde mayor de Bogotá y el secretario de hacienda distrital. Al tiempo, dispuso el reintegro de la señora Clara Esperanza Salazar Arango al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía y condenó a la entidad a pagarle los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir. Así:

“Primero.- DECLÁRESE LA NULIDAD de la resolución núm. 795 de septiembre 18 de 1998 “Por la cual se declara la insubsistencia de un nombramiento en la Secretaría de Hacienda” expedida por el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Segundo.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, dentro

¹⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

del término señalado en el artículo 176 del C.C.A. deberá proceder a reintegrar a la ciudadana Clara Esperanza Salazar Arango al cargo de Subdirector de Hacienda de Santafé de Bogotá que venía desempeñando al momento de determinarse su retiro o a otro de igual o superior categoría y remuneración, lo mismo que a cancelarle todos los salarios, primas, bonificaciones y demás factores salariales legales dejados de percibir desde la fecha de retiro del servicio hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

Tercero.- *Para todos los efectos legales a que haya lugar, se entenderá que no existió interrupción o solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la demandante al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, desde el retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrada o reincorporada al servicio.*

Cuarto.- *El Distrito Capital de Santafé de Bogotá deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en esta instancia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A. y teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 178 ibídem.*

Quinto.- *Por Secretaría dese cumplimiento a lo normado en el artículo 177 del C.C.A...” (fls. 28 a 34, c.2).*

3.2.2 El 22 de mayo de 2003, esta Corporación confirmó y adicionó la decisión del tribunal que accedió a las pretensiones, lo ultimó para que del valor de la condena, se descuenten las sumas percibidas por la actora, por concepto del desempeño en otros cargos oficiales durante el tiempo en que estuvo retirada del servicio. Resolvió:

“CONFÍRMASE la sentencia proferida por la Sala de descongestión para fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, el 14 de septiembre de 2000, que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por CLARA ESPERANZA SALARZAR ARANGO contra BOGOTÁ, D.C.

-ADICIONESE para disponer que la condena decretada se ajustará según la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

-ADICIONASE para ordenar que sobre el valor de la condena que resulte, se descuenten las sumas percibidas por la actora, por concepto del desempeño de otros cargos durante el tiempo en que estuvo retirada del servicio...” (fls. 35 a 43, c.2).

La decisión quedó ejecutoriada el 25 de agosto de 2003 (fl. 9, c.3)¹¹.

¹¹ Esta decisión fue objeto de recurso extraordinario de revisión. Sede en la que esta Corporación mediante providencia del 1º de julio de 2008, esto es en el curso de la presente acción de repetición, excluyó la orden de devolución de los dineros percibidos por la trabajadora en otros cargos públicos, no obstante la agravación de la condena no es objeto del presente proceso (fls. 47 a 57, c. 3).

3.2.3 El 14 de noviembre siguiente, el secretario de hacienda de Bogotá mediante resolución n.º 1256 ordenó el reintegro de la señora Clara Esperanza Salazar Arango al cargo de gerente código 039, grado 03 y la liquidación de los salarios y demás prestaciones que dejó de percibir la trabajadora durante su desvinculación (fls. 61 y 62, c.2) y, el 17 de diciembre mediante resolución n.º 1377 ordenó el pago de la condena en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y ordenar pagar la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$244.702.864) m/cte. Por concepto de liquidación de salarios y prestaciones por el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 1998 y el 18 de diciembre de 2003, discriminada, así: CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$183.018.245) m/cte. a Clara Esperanza Salazar Arango, ya identificada, UN MILLÓN TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$1.038.861) m/cte por aportes al SENA, SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PESOS (\$6.233.167) m/cte. al ICBF, OCHO MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$8.310.889) m/cte a la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR y CUARENTA Y CINCO MILLONES SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$45.062.841) m/cte. para la Dirección de Impuestos Nacionales – DIAN- por retención en la fuente, según liquidación efectuada por el grupo de nómina de la Subdirección de Recursos Humanos que se anexa como parte integrante de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: El valor de CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$183.018.245) m/cte. a favor de Clara Esperanza Salazar Arango se pagará así: CIENTO DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$118.961.859) m/cte. a Clara Esperanza Salazar Arango, ya identificada, correspondiente al sesenta y cinco por ciento (65%) Y SESENTA Y CUATRO MILLONES CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$64.056.386) m/cte a Jairo Villegas Arbeláez identificado con c.c. 19.076.579 correspondientes al treinta y cinco por ciento (35%) restante de dicha suma, según poder con nota de presentación personal del 30 de septiembre de 2003 otorgado por la señora Salazar Arango....” (fls. 63 y 64, c. 2).

El 6 de febrero de 2004, mediante resolución n.º 156, se ordenó el pago del auxilio de cesantías y de los aportes de salud y pensiones. Resolvió:

“...ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y ordenar pagar la suma de VEINTE MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CUARENTA Y DOS PESOS (\$20.076.042) m/cte por concepto de auxilio de cesantía a favor de Clara Esperanza Salazar Arango, ya identificada, por el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 1998 y el 31 de diciembre de 2002 discriminada así: el valor de TRECE MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$13.049.427) m/cte.

correspondientes al sesenta y cinco por ciento (65%) que se consignaran a nombre de la doctora Salazar Arango en el fondo de cesantías Colfondos libremente elegido por ella y el valor de SIETE MILLONES VEINTISEIS MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS (\$7.026.615) mcte a Jairo Villegas Arbeláez correspondiente al treinta y cinco por ciento (35%) restante de dicha suma, según poder con nota de presentación personal del 30 de septiembre de 2003 otorgado por la señora Salazar Arango, conforme con la liquidación efectuada por el grupo de nómina de la Subdirección de Recursos Humanos que se anexa como parte integrante de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocer y ordenar pagar la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$2.296.848) M/CTE. por concepto de intereses a la cesantía anotadas en el numeral anterior a favor de Clara Esperanza Salazar Arango, ya identificada, por el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 1998 y el 31 de diciembre de 2002, discriminada así: el valor de UN MILLON CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CIENCUENTA Y UN PESOS (\$1.492.951) M/CTE. correspondiente al sesenta y cinco por ciento (65%) a la doctora Salazar Arango y el valor de OCHOCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$803.897) M/CTE a Jairo Villegas Arbeláez, identificado con la cédula de ciudadanía 19.076.579 correspondiente al treinta y cinco por ciento (35%) restante de dicha suma, según poder con nota de presentación personal el 30 de septiembre de 2003, otorgado por la señora Salazar Arango, conforme con liquidación efectuada por el grupo de nóminas de la Subdirección de Recursos Humanos que se anexa como parte integrante de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar a la Subdirección de Recursos Humanos efectuar los portes de ley por salud y pensiones en los respectivos formularios de autoliquidación a Clara Esperanza Salazar Arango, ya identificada, por el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 1998 y el 18 de noviembre de 2003, así: a Compensar E.P.S. por valor de VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$24.418.293) M/CTE. y al fondo de pensiones Instituto de Seguros Sociales por valor de CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$48.512.597) M/CTE. conforme con la liquidación efectuada por el grupo de nómina de la Subdirección de Recursos Humanos que se anexa como parte integrante de esta resolución...” (fls. 68 y 69 c. 2).

3.2.4 El 8 de septiembre de 2004, la Secretaria de Hacienda distrital corrigió y ordenó la devolución del mayor valor pagado a la DIAN por concepto de retención en la fuente. Resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar a la Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría de Hacienda, para que solicite la devolución de QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL TREINTA Y SIETE PESOS (\$15.470.037) M/CTE que corresponden al mayor valor pagado a la Dirección de Impuestos Nacionales –DIAN- por concepto de retención en la fuente aplicada al pago efectuado en cumplimiento de la condena judicial a favor de CLARA ESPERANZA SALAZAR ARANGO.

ARTÍCULO SEGUNDO: Conforme a la parte motiva de esta resolución, el valor de QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL TREINTA Y SIETE PESOS (\$15.470.037) M/CTE. debe ser pagado así: a) NUEVE MILLONES SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS (\$9.616.304.00) M/CTE a favor de CLARA ESPERANZA SALAZAR ARANGO; b) CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$5.853.733.00) a favor de la DIRECCIÓN DISTRITAL DE TESORERÍA...” (fls. 74 a 76, c.2).

3.2.5 El 9 de marzo de 2005, la Tesorería de la entidad certificó que con motivo de la condena judicial a la que se hace mención, se hicieron los siguientes pagos: i) el 7 de enero de 2004 a la señora Clara Esperanza Salazar Arango (beneficiaria) **\$118.961.859** a través de cheque 209035 del banco Bancolombia; ii) el 13 de enero de 2004 a Jairo Benjamín Villegas Arbeláez (apoderado) **\$64.056.386** mediante cheque 209036 del banco Bancolombia; iii) el 13 de febrero de 2004 a la DIAN la suma de **\$45.062.841** (fl. 25, c.1)¹²; iv) el 5 de enero de 2004 a Compensar **\$8.310.889** mediante transferencia ACH; v) el 8 de enero de 2004 a la ESAP **\$1.038.861** mediante cheque 11841 del Banco de Occidente; vi) el 8 de enero de 2004 al ICBF **\$6.233.167** a través de cheque 11842 del Banco de Occidente; vii) el 16 de enero de 2004 al SENA **\$1.038.861** mediante cheque 11843 del Banco de Occidente (fl. 27, c.1); viii) el 26 de febrero de 2004 a la señora Clara Esperanza Salazar Arango **\$1.492.921** mediante cheque 1016271 del Banco Amro (fl. 28, c.1); ix) el 1 de abril de 2004 al señor Jairo Villegas Arbeláez la suma **\$7.830.512** mediante cheque 1016274 del Banco ABN Amro (fl. 29, c.1)¹³; x) el 25 de febrero de 2004 al Instituto de Seguros Sociales **\$48.512.597** a través de cheque 1016272 del Banco ABN Amro (fl. 31, c.1); el 25 de febrero se pagó a Colfondos **\$13.049.427** a través de cheque 1016273 del Banco ABN Amro; viii) el 25 de febrero de 2004 se pagó a Compensar **\$24.418.293** mediante cheque 1016273 del banco ABN Amro (fl. 35, c.1)¹⁴.

Finalmente, está acreditado que, el 20 de septiembre de 2004, se pagó a la señora Clara Esperanza Salazar Arango \$9.616.304 por concepto de mayor valor retenido por concepto del impuesto de retención en la fuente en la cuenta de ahorros 009870174092 del Banco Davivienda y se reintegró a la tesorería de la

¹² A la certificación se anexó la planilla con la firma y huellas de la beneficiaria y su apoderado (fl. 26, c.1).

¹³ A la certificación se anexó la planilla con la firma y huellas de la beneficiaria y su apoderado (fl. 30, c.1).

¹⁴ Además, en el expediente obran las correspondiente órdenes de pago y certificados de registro presupuestal (fls. 94 y s.s., c.2).

entidad por ese mismo concepto la suma de \$5.853.733 (fl. 80, c.2 - acta de giro de fondos a terceros).

En relación a la imputación

3.2.6 El 2 de mayo de 1995, la señora Clara Esperanza Salazar Arango fue nombrada por el alcalde mayor de Bogotá en el cargo de jefe de unidad grado 21 (fl. 55, c.2, c.2 – resolución 228). Empleo del que tomó posesión el 16 de mayo siguiente (fl. 56, c.2 – acta de posesión) y en el que fue inscrita en el escalafón de carrera por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 28 de junio de 1996 (fl. 57, c.2 – resolución que ordena inscripción).

3.2.7 Mediante decreto n.º 34 del 17 de enero de 1997, la señora Salazar Arango fue incorporada a la planta de personal del distrito capital en el cargo de subdirectora grado 24 adscrito a la Secretaría de Hacienda. Cargo del que tomó posesión el día 24 de enero de ese mismo mes y año (fl. 201, c.4 – acta de posesión).

3.2.8 El 10 de agosto de 1998, dadas las noticias que conoció sobre los cambios en la nómina de la entidad, la señora Clara Esperanza Salazar Arango se dirigió al alcalde mayor para ponerlo al tanto de su situación laboral:

“Me vinculé al distrito capital en agosto de 1991, en la Secretaría de Tránsito y Transporte desempeñándome como profesional universitario, en la oficina de personal hasta mayo de 1994.

En la actualidad y desde mayo 15 de 1994 me desempeñó como subdirectora de Recursos Humanos de la Secretaría de Hacienda.

El pasado 22 de julio fui informada por el Director Administrativo y Financiero, Dr. Carlos Iván Zuluaga (mi superior inmediato) de los cambios que se producirán en esta Administración, solicitándome presentar mi carta de renuncia.

Posteriormente, me entrevisté con el señor Secretario de Hacienda, Dr. Carlos Alberto Sandoval Reyes, a quien después de haberme ratificado lo dicho por el director administrativo, informé que yo era funcionaria de carrera. Por lo anterior considero pertinente precisar señor nominador, de una parte que con base en el concepto emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, sigo amparada por el fuero de carrera administrativa, que el cargo por mi desempeñado no escapa al ámbito de la misma, que puedo solicitar mi actualización en el escalafón, que cumplí los requisitos para el cargo, que soy una persona honesta y respetuosa de mis deberes y que no es mi voluntad renunciar...” (fl. 77, c.2).

A la comunicación la funcionaria anexó concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el que se lee:

“En atención al oficio de la referencia radicado en esta entidad el 13 de noviembre de 1997, me permito informarle que la circular [ilegible] de agosto 31 de 1995 emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil analiza los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional C-306 de 1995 al establecer que los cargos de libre nombramiento y remoción no pueden ser otros que los creados de manera específica según el catálogo de funciones del organismo correspondiente para cumplir un papel directivo, de manejo de conducción u orientación institucional en cuyo ejercicio se adopten políticas o directrices fundamentales o las que impliquen la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades, confianza inherente al manejo de asuntos pertinentes al exclusivo ámbito de reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para la entidad que se trata de señalar directrices generales y que dichos cargos se ubiquen en la más alta jerarquía dentro de la estructura organizativa de la entidad.

Ahora bien, de las funciones para el cargo de subdirector de hacienda grado 24 de la Secretaría de Hacienda del Distrito se descende que estas no señalan directrices y políticas fundamentales y generales para la entidad, sus funciones específicas están referidas exclusivamente a la dirección, coordinación, control y asesoría en materia de la administración del recurso humano de la entidad. Si bien es cierto que una de las funciones es la de asesorar esta función se circunscribe al Director Administrativo y Financiero. En lo referente a la ubicación jerarquía, este cargo no se encuentra dentro de los más altos en la estructura orgánica de la Entidad, toda vez que se encuentra por debajo del secretario de hacienda, subsecretario de hacienda y de los directores de la entidad.

De las consideraciones anteriores se concluye que el cargo de subdirector de hacienda grado 24 de la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital no escapa al ámbito de la carrera administrativa y por ende si usted se encuentra escalafonada en carrera y se encuentra desempeñando las funciones de subdirector de hacienda grado 24 puede solicitar su actualización para este cargo...” (fls. 78 y 79, c.4).

3.2.9 El 4 de septiembre de 1998, previa solicitud de la Secretaria General del distrito, el Departamento Administrativo del Servicio Civil conceptuó:

“...NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO DE SUBDIRECTOR:...De conformidad con las normas transcritas, se puede concluir que el cargo de subdirector es un empleo que corresponde al nivel jerárquico directivo y por lo tanto, se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción.

PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA:

Por reglar general, el acceso y el ascenso dentro de la carrera administrativa se producen por concurso, previo agotamiento de un proceso de selección, ya sea abierto o de ascenso, conforme con el procedimiento reglado establecido por las disposiciones legales, mediante el cual se pretende evaluar los méritos y capacidades del aspirante.

En relación con la incorporación, como mecanismo de ascenso dentro de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil, señaló en concepto 1439 de marzo 15 de 1996: “Al crearse dentro de la planta empleos diferentes o de superior jerarquía, legalmente no procedería la incorporación a estos empleos de carrera cuyos cargos no fueron suprimidos, ya que se estarían efectuado promociones con violación flagrante a las normas que regulan el sistema de carrera administrativa, máxime si se tiene en cuenta que el Decreto-ley 1042 de 1978, en el penúltimo inciso del artículo 81, señala que en toda incorporación de funcionarios de carrera a cargos de superior jerarquía y responsabilidad será indispensable, además, el cumplimiento de las disposiciones que sobre movimientos de personal escalafonado se establezcan en el estatuto de carrera administrativa” (subrayas fuera de texto).

Respecto a la pérdida de los derechos de carrera de un funcionario que voluntariamente toma posesión de un empleo de libre nombramiento y remoción el Consejo de Estado ha manifestado: “Pero también cabe admitir que cuando un funcionario de carrera acepta y se posesiona de un cargo de libre nombramiento y remoción, se entiende que declina su condición de escalafonado, salvo que se trata de la hipótesis contemplada en el artículo 5º de la Ley 27 de 1992, esto es, cuando el paso de un empleo de carrera a uno de potestad discrecional corresponda al cambio de naturaleza del primero, pues como lo enseña este artículo: - Los empleados de carrera cuyos cargos sean declarados de libre nombramiento y remoción deberá ser trasladados a empleos de carrera con funciones afines y remuneración igual o superior a la del cargo que desempeñaban, si existieren vacantes en la respectiva planta de personal, en caso contrario, continuarán desempeñando el mismo cargo y conservarán los derechos de carrera mientras permanezcan en él” (Consejo de Estado, expediente 16.959, abril 23 de 1998).

En relación con la aceptación de cargos de superior jerarquía por empleados de carrera, la jurisprudencia ha sostenido...

En el caso materia de consulta, el empleo desempeñado por la actual subdirectora de hacienda, no fue suprimido ni cambió su naturaleza, si se tiene en cuenta que las funciones asignadas en el Decreto 838 de 1993 al cargo de jefe de unidad de personal, del cual era titular, en virtud de la reestructuración orgánica de la Secretaría de Hacienda ordenada mediante Decreto 800 de 1996, fueron atribuidas a las jefaturas de Registro, Control y Nómina de Desarrollo de Personal, respectivamente, y es respecto de estas últimas que se predica la equivalencia de cargos prevista por el artículo 56 del Decreto 2329 de 1995 que a la letra señala: “Se entiende por empleos equivalentes aquellos que tienen funciones y responsabilidades similares y para cuyo desempeño se exigirán requisitos académicos iguales”.

CONCEPTO:

En concepto de este despacho, el funcionario escalafonado en la carrera administrativa en el cargo de Jefe de Unidad, al tomar posesión del empleo de Subdirector de Hacienda, declinó de sus derechos de carrera administrativa y, por lo tanto se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción (fls. 68 a 71, c. 1).

3.2.10 El 18 de septiembre de 1998, el alcalde mayor de Bogotá en uso de sus facultades legales, en especial de las conferidas por el numeral 8 del artículo 38 del Decreto Ley 1421 de 1993 declaró insubsistente a la señora Clara Esperanza Salazar Arango. Resolvió:

“...ARTÍCULO PRIMERO: Declarar insubsistente el nombramiento de la doctora CLARA ESPERANZA SALAZAR ARANGO identificada con la cédula de ciudadanía 41.603.212 de Bogotá, en el cargo de subdirectora de hacienda grado 24- Subdirección de Recursos Humanos de la Dirección Administrativa y Financiera de la Secretaría de Hacienda...”

En la parte final del acto, el secretario de hacienda distrital dejó la siguiente constancia:

“...En cumplimiento del artículo 26 del Decreto 24000 de 1968 se hace constar que la insubsistencia de la señora Clara Esperanza Salazar Arango, obedece al mejoramiento del servicio.

El acto fue firmado por Enrique Peñalosa Londoño en su calidad de alcalde mayor y Carlos Alberto Sandoval Reyes, en su condición de Secretario de Hacienda (fl. 58, c.2).

3.2.11 El 25 de septiembre de 1998, la Comisión Nacional del Servicio Civil certificó que el 14 de agosto de 1998 se actualizó en el cargo de subdirector grado 24 de la Secretaria de Hacienda de Bogotá, en el registro público correspondiente, a la señora Clara Esperanza Salazar Arango. En el documento se dejó constancia de los derechos de carrera de la funcionaria en dicho cargo (fl. 59, c.2 – certificación de 25 de septiembre de 1998 del CNSC).

3.2.12 El acto de insubsistencia fue sometido al control de esta jurisdicción. El 14 de septiembre de 2000, la Sala de Descongestión para Fallos de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca procedió a su anulación. Encontró que el acto fue expedido con desconocimiento de la Constitución y la ley. Sostuvo:

“...Conforme a las anteriores constataciones probatorias, para la Sala no cabe duda alguna de que al momento de proferirse el acto acusado, la demandante no sólo estaba inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, sino que con anterioridad a la fecha en que dicho acto se expidió, su nombre había sido actualizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el Registro Público de Empleados de la Carrera Administrativa en el cargo cuyo nombramiento se declaró insubsistente sin motivación alguna por la Administración Distrital como si se tratara de una empleada de libre nombramiento y remoción,

desconociendo de esa forma su derecho a la estabilidad derivado precisamente de dicha inscripción en carrera administrativa.

En tal orden de ideas, para la Sala resulta evidente que con la expedición del acto administrativo acusado se incurrió en franca violación de los artículos 7 de la Ley 27 de 1992 aplicable al asunto sub examine en virtud de lo estatuido en el artículo 126, inciso segundo del Decreto nùm. 1421 de 1993 y 26, inciso segundo, en concordancia con los artículos 7, 40 y 46 ibídem, por cuando al ser la actora una empleada inscrita en carrera administrativa, legalmente no podía ser retirada del servicio mediante el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, declarando insubsistente su nombramiento del cargo que desempeñaba, pues en tratándose de empleados de carrera, existe en la ley un procedimiento especial previsto para el retiro de los mismos.

Siendo ello así, han de prosperar los cargos de violación a la referida normatividad, lo cual es suficiente para que se desvirtúe la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, como el acusado y para que, previa su declaratoria de nulidad, se restablezca en los derechos conculcados al demandante, como en efecto se dispondrá en la parte dispositiva de esta providencia, sin que sea necesario el estudio de las restantes acusaciones formuladas en la demanda...” (fls. 28 a 34, c.2).

3.2.13 El 22 de mayo de 2003, La Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación confirmó la decisión. Sostuvo:

“Ahora bien, como acertadamente lo señala la señora Procuradora la sentencia amerita confirmarse, pues está demostrado en el expediente que la demandante se encontraba inscrita en el escalafón de carrera administrativa en el cargo del cual fue declarada insubsistente, por lo que no podía ser declarada insubsistente de manera discrecional como se hizo en el acto acusado.

El empleado de carrera, como lo ha sostenido en reiteradas la jurisprudencia de esta Corporación, goza del fuero de relativo estabilidad, por ello, el retiro del servicio sólo puede decretarse agotando el procedimiento señalado en las normas que gobiernan la carrera y siempre dicho acto tiene que ser motivado, pues no se trata de una decisión discrecional. El retiro del servicio de los funcionarios de carrera solo opera en los casos determinados en la ley, los cuales al tenor del artículo 37 de la Ley 443 del 11 de junio de 1998, norma que gobernaba a la demandante, pues su retiro se dio el 18 de septiembre del mismo año de 1998, son, entre otros, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia de calificación no satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral, cuestión que, se repite, no aconteció en el caso objeto de examen (fls. 35 a 44, c.2).

4. Legislación aplicable

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 oportunidades¹⁵, 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 20¹⁶, 51¹⁷ y 62¹⁸ 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 funciones¹⁹, al tiempo que introdujo la posibilidad de demandar ante la jurisdicción contenciosa a la entidad y al funcionario causante del perjuicio²⁰, 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 *[e]n el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél 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

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 25.360, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁶ 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"*

¹⁷ 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.*

¹⁸ Art. 62.- *La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y el modo de hacerla efectiva.*

¹⁹ Artículo 77 del C.C.A.

²⁰ Artículo 78 del C.C.A.

contractual del Estado²¹; la Ley 136 de 1994 incluyó la repetición dentro de los principios rectores de la Administración Municipal²²; la Ley 270 de 1996, en lo que tiene que ver con el daño antijurídico por el hecho del juez²³ 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 caducidad²⁴.

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. Conviene resaltar que el artículo 2 de esta normatividad precisó su alcance, así:

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

4.4 En cuando a la aplicación de los aspectos sustanciales que incorporó esta normativa, debe ponerse de presente que la Sala²⁵ 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 si obligatorias, desde el momento mismo de su expedición, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

²¹ Ley 80 de 1993, Art. 54, derogado por el artículo 30 de la ley 678 de 2001. La norma derogada introdujo por primera vez en el ordenamiento el concepto “acción de repetición”.

²² Ley 136 de 1994, Art.5º.

²³ Ley 270 de 1996, Arts 71 a 74.

²⁴ Ley 446 de 1998, Artículos 31, 42 numeral 8, 44 numeral 9.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 25.360, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

En lo atinente a las normas aplicables para determinar si el servidor actuó con dolo o culpa grave, la Corporación ha señalado²⁶:

“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).

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 hacía 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. (...).

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

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007- Exp.24.953.

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 para esos efectos.

5. Oportunidad de la demanda

El artículo 11 de la Ley 678 de 2001 sobre la oportunidad para el ejercicio de la acción de repetición establece:

“La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

*Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas...”*²⁷.

Así, cabe concluir que el distrito capital de Bogotá acudió en tiempo a demandar la repetición, pues el libelo se presentó el día 15 de diciembre de 2004, esto es en los tres meses siguientes al último pago, el que ocurrió el 20 de septiembre anterior, si se considera que se reintegró a la servidora el mayor valor retenido por concepto de retención en la fuente.

En todo caso, dentro de los dieciocho meses a los que se refieren los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo (fl. 80, c.2 - acta de giro de fondos a terceros).

6. Presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición

Analizados como quedaron los aspectos atinentes a las normas aplicables, resta en el *sub lite* examinar los presupuestos sustanciales para la prosperidad de la

²⁷ El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-394 de 2002, bajo el entendido que la expresión “*Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago*” contenida en él, se somete al mismo condicionamiento establecido en la Sentencia C-832 de 2001, es decir, que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a mas tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.

acción de repetición, es decir para establecer la responsabilidad de los servidores públicos demandados, a la luz de los preceptos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política y 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 ahora pretende repetir.

Las disposiciones del Decreto 01 de 1984 señalan:

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.

Entonces, para la prosperidad de la acción de repetición en el proceso se requiere i) una condena contra el Estado por daños imputables a la acción y omisión de alguna autoridad²⁸; ii) que la entidad pública condenada haya efectuado el pago del crédito judicial 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 sentido, la Sala, en adelante, analizará si aparecen estructurados todos y cada uno de los anteriores requisitos, habida cuenta que de ello dependerá la prosperidad de las pretensiones.

6.1 La condena impuesta contra la entidad pública

²⁸ Aunque debe anotarse que incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de esta Corporación entendió que la repetición es procedente en eventos distintos a la condena por decisión judicial, como sucede por vía de ejemplo cuando la erogación se produce como consecuencia de una conciliación, pues la finalidad de la acción es propender por la defensa del patrimonio público. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de diciembre de 1993, Expediente 7818 Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 27 de febrero de 1997, Expediente 12.679, C.P.: Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia del 22 de octubre de 1997, Expediente 13.977, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

Se encuentra establecido que, mediante sentencia de 14 de septiembre de 2000, la Sala de Descongestión para Fallos de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró nula la resolución n.º 795 del 18 de septiembre de 1998 por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora Clara Esperanza Salazar Arango. En consecuencia, ordenó su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía y el pago de sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir. Y que, el 22 de mayo de 2003, esta Corporación confirmó dicha decisión y adicionó la sentencia en el sentido de establecer que del valor de la condena, se descuenten las sumas percibidas por la actora, por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el tiempo en que estuvo retirada del servicio.

6.2 El pago

6.2.1 Sea lo primero señalar que para acreditar este presupuesto, la Sala, en orden hacer efectiva la acción de repetición y consiente que la Constitución Política garantiza el acceso a la justicia²⁹ y la facultad de probar³⁰ como derechos fundamentales orientados a asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes, viene aceptando cualquier medio de convicción que dé certeza sobre el pago con cargo al presupuesto de la entidad obligada a responder, dirigido a solventar una condena o a responder por una conciliación.

6.2.2 Bajo esta línea, la Sala considera que se puede tener por establecido el pago, en tanto en el expediente obran los actos administrativos que ordenaron el cumplimiento de la condena, en los que se discriminaron los diferentes conceptos y sus beneficiarios, las órdenes de pago y registros presupuestales que muestran que la entidad adelantó las gestiones administrativas para la ejecución de los mentados actos administrativos y las constancias de la tesorería de la entidad que dan cuenta de que efectivamente el crédito judicial fue cancelado.

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

²⁹Conforme el artículo 229 constitucional *“se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlos sin la representación de abogado”*:

³⁰ El artículo 29 Constitucional garantiza a toda persona el derecho *“...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”*.

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 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 justificación³¹. 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.

El Código Civil señala respecto de la culpa y el dolo:

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.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de mayo de 2016, expediente 35.022, con ponencia de la suscrita.

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.

Por su parte, la doctrina al analizar estos conceptos ha sostenido³²:

“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 demás³³. A falta de una norma legal que defina el ilícito, se podrá decir que la culpa consiste en infringir una regla establecida por la costumbre³⁴. 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 confianza³⁵. Sin embargo, siempre permanece latente que el juicio relativo a la culpa supone adoptar las perspectivas normativas de justicia (o de la eficiencia), en cuya virtud es necesario juzgar la razonabilidad de los usos normativos, antes de darlos por aceptados. b) Cualquiera sea la doctrina jurídica que asuman los jueces, ocurre que los usos normativos, especialmente en una sociedad tan diferenciada como la actual, son en general imprecisos y difíciles de probar. Por ello, lo usual será que el juez, a falta de reglas legales que definan el ilícito, se vea obligado a construir prudencialmente el deber de cuidado. En esta tarea, sin embargo, no se debiera olvidar que una función importante del derecho privado es dar forma al tráfico espontáneo al interior de la sociedad, de modo que difícilmente se puede prescindir de aquello que con naturalidad esperamos de los demás como conducta debida.”

³² Enrique Barros Bourie. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile 2009.

³³ Carbonnier 2000.

³⁴ Carbonnier 2000.

³⁵ Bydlinski 1996.

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 corrección³⁶ 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.

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 subdirectora grado 24 de la Secretaria 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 siquiera 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 exservidor, ya que el mismo conocía o debía conocer, con proyección de grave negligencia de no ser ello 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 exalcalde.

³⁶ 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 más diversas (...)”.

6.3.5.1 Para el momento de la desvinculación de la señora Clara Esperanza Salazar Arango, 18 de septiembre de 1998, el artículo 25 constitucional que estableció la carrera como la regla general para la provisión de los empleos del Estado³⁷ era desarrollado por Ley 443 de 1998³⁸, *“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”*, normativa que reguló, con carácter de reserva legal los aspectos relativos al ingreso, permanencia y retiro de los funcionarios del régimen general de carrera.

Interesa destacar a la Sala³⁹, en punto del análisis de la conducta del exservidor, que los artículos 45 y 46 de la ley en estudio, antes de su exclusión parcial por la Corte Constitucional⁴⁰, establecían tanto las funciones de la Comisión Nacional del

³⁷ El artículo 25 de la Constitución Política en el inciso primero estableció que el sistema de carrera es la regla general en materia de empleos del Estado. Prescribió: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. No obstante lo anterior, dada la necesidad de contar con otro tipo de perfiles para el desarrollo de los fines estatales, el constituyente prescribió, cuatro excepciones a la regla: a) los empleos de elección popular; b) Los de libre nombramiento y remoción; c) los trabajadores oficiales, y d) los demás que determine la ley. Sobre esto último, la Corte Constitucional en la Sentencia C-391 del 1993 expresó: “De acuerdo con el artículo 125 de la Carta, compete a la ley la definición de las normas que consagren excepciones al principio general de pertenencia a la carrera ...”.

³⁸ Lo anterior, en tanto para el 5 de agosto de ese año se había cumplido con la condición a la que estaba sometida la vigencia de la norma, esto es la expedición del Decreto 572 de 1998 que reglamentó, entre otras, el artículo 37 relativo al retiro del servicio. La norma en comento en los artículos 83 y 87 regló lo relativo a la transición y vigencia en los siguientes términos: *“Artículo 83º.- Régimen de transición. Mientras se expiden los decretos leyes que desarrollen las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 66 de la presente Ley y se expiden los decretos reglamentarios de esta Ley y de aquellos decretos leyes, continuarán rigiendo las disposiciones legales y reglamentarias de carrera administrativa vigentes al momento de la promulgación de esta Ley”* (Texto declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-302 de 1999). *Las solicitudes de inscripción que se encuentran en trámite continuarán su curso de acuerdo con las disposiciones vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, aunque para ellas no se requerirá formalidad distinta que su anotación en el Registro Público de la Carrera.../”* *Artículo 87º.- Vigencia. Esta Ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto Ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los Títulos IV y V del Decreto Ley 2400 de 1968, el Decreto Ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos Leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 (Sic) en lo referente a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, y las demás disposiciones que le sean contrarias”*.

³⁹ Sin perjuicio de la discusión de la naturaleza del empleo y del procedimiento de retiro, que el juez del proceso laboral zanjó en favor de los derechos de carrera de la trabajadora.

⁴⁰ En la sentencia C-372 de 1999 se concluyó: *“Según lo ya expuesto, la Corte estima fundados los cargos, en la medida en que, si la carrera ha de ser administrada y vigilada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del artículo 130 de la Constitución, el registro de la misma es uno solo y, si bien puede la Comisión sectorizarlo o distribuirlo territorialmente para facilitar su manejo y consulta, así como la recolección,*

Servicio Civil, como de las comisiones seccionales o distritales, en los siguientes términos:

“...Artículo 45°.- Funciones de la comisión nacional del servicio civil. Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y la vigilancia de las carreras de los empleados del Estado⁴¹, con excepción de las siguientes: Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales, Procuraduría General de la Nación, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, Fuerzas Militares y la Policía Nacional ([texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 372 de 1999](#)).

Para el efecto ejercerá las siguientes funciones:

1. Vigilar, dentro del ámbito de su competencia, y sin perjuicio de las responsabilidades de las demás autoridades señaladas en esta Ley, el cumplimiento de las normas de carrera a nivel nacional y territorial.

1. Adoptar los instrumentos necesarios para garantizar la cabal aplicación de las normas legales y reglamentarias que regulan la carrera administrativa, con el propósito de lograr una eficiente administración.
2. Contribuir a la formulación de la política, los planes y los programas del Gobierno, por conducto del Departamento Administrativo de la Función Pública, en materia de carrera administrativa).[Texto Subrayado declarado INEXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 372 de 1999.](#)

Vigilar que las entidades den cumplimiento a las disposiciones que regulan la capacitación de los empleados de carrera.

Decidir sobre las peticiones que formulen los ciudadanos cuando consideren que han sido vulnerados los principios o los derechos de carrera, observando las instancias y los procedimientos señalados en la presente Ley y en las normas que los contengan.

tratamiento, conservación y coordinación de los datos indispensables, es evidente que la Carta Política no permite tantos registros, autónomos e inconexos, cuantas entidades territoriales tiene la República, pues ha querido concentrar las atribuciones básicas de dirección, orientación y control de la carrera en un ente único, con jurisdicción en todo el territorio, de donde se desprende que no es posible a las autoridades departamentales y distritales llevar cada una el registro de la carrera en su propio ámbito de competencia, ni efectuar las inscripciones o actualizaciones del mismo sin referencia alguna a la Comisión Nacional. Y, por tanto, las normas acusadas son inexequibles en tales aspectos. El registro nacional de la carrera es único y debe ser llevado por la Comisión Nacional del Servicio Civil...”. Sentencia C-372 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴¹ En concordancia con lo anterior en el artículo 26 se estableció: “Artículo 26°.- Registro público de carrera administrativa. Créase el Registro Público de la Carrera Administrativa, el cual estará conformado por todos los empleados inscritos o que se llegaren a inscribir. La administración y organización de este Registro Público corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien para el efecto se apoyará en el Departamento Administrativo de la Función Pública. Cada Departamento y el Distrito Capital llevarán en su jurisdicción el registro de la carrera, el cual se entenderá integrado al Registro Nacional. // Las directrices, orientación y control para llevar el Registro Departamental y del Distrito Capital, serán competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil; su vigilancia inmediata corresponderá a la Comisión Departamental respectiva, o a la del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en los términos en que lo establezca la Comisión Nacional ([Texto Subrayado declarado INEXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 372 de 1999](#)).

3. **Absolver, en su calidad de autoridad doctrinal en carrera administrativa, las consultas que se le formulen y dirimir los conflictos que se presenten en la interpretación y aplicación de las normas que regulan los sistemas general y específicos de administración de personal, en aspectos de carrera administrativa, caso en el cual se preferirán las normas de la presente Ley y sus complementarias y reglamentarias, cuando no corresponda hacerlo a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado...”.**

(...)

Artículo 49°.- INEXEQUIBLE. *Funciones de las comisiones del servicio civil departamentales y distrital de Santa Fe de Bogotá. Corresponde a las Comisiones del Servicio Civil Departamentales y Distrital de Santa Fe de Bogotá, la administración y la vigilancia de la carrera de los empleados del Estado del orden territorial.*

Para el efecto, ejercerán las siguientes funciones:

1. **Vigilar, de dentro del ámbito de su competencia, y sin perjuicio de las responsabilidades de las demás autoridades señaladas en esta Ley, el cumplimiento de las normas de carrera a nivel territorial.**
 1. *Decidir sobre las peticiones que formulen los ciudadanos cuando consideren que han sido vulnerados los principios o los derechos de carrera, observando las instancias y los procedimientos señalados en la presente Ley y en las normas que los contengan.*
 2. **Absolver, teniendo en cuenta la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil, las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa...**⁴².

Como se puede observar, a la Comisión Nacional del Servicio Civil desde su creación le ha correspondido administrar los aspectos relativos a la carrera, esto es los concursos, los ingresos, registros y sus actualizaciones; incluso absolver consultar y dirimir conflictos, sobre todos los asuntos sobre la materia. A las comisiones seccionales, por su parte, les corresponde resolver derechos de

⁴² Dado el tránsito legislativo que imperaba al momento de ocurrencia de los hechos es importante anotar que la ley anterior, esto es la Ley 27 de 1992 contemplaba que la Comisión Nacional del Servicio Civil era la encargada de la administración del sistema de carrera y solo por su delegación podían hacerlo las Comisiones Seccionales u organismos creados con ese fin. Entre otras funciones, el artículo 14 asignó las siguientes ha dicho organismo) a) Vigilar el cumplimiento de las normas de carrera de los empleados a nivel nacional y territorial; ii) Conocer, de oficio o a petición de parte, de las irregularidades que se presenten en la realización de los procesos de selección, pudiendo dejarlos sin efecto, total o parcialmente; iii) excluir de las listas de elegibles a las personas que hubieren incurrido en violación a las leyes o los reglamentos que regulan la administración de personal civil al servicio del Estado; iv) ordenar la revocatoria de nombramientos u otros actos administrativos, si comprobare que éstos se efectuaron con violación de las normas que regulan la materia; v) recomendar al Departamento Administrativo del Servicio Civil, iniciativas, estudios e investigaciones en áreas relacionadas con la administración de personal y v) **absolver privativamente las consultas sobre administración de personal que formulen los distintos organismos del Estado y las organizaciones de empleados del mismo, en los casos en los cuales no le corresponda hacerlo a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o al Departamento Administrativo del Servicio Civil.**

petición, observando las disposiciones que rigen la materia, y en los términos del numeral 2 del artículo 49, absolver consultas con sujeción a la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

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 secretaria de hacienda distrital.

Además, está demostrado que el 4 de septiembre de 1998, previa solicitud de la secretaria 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 exalcalde mayor de Bogotá, Enrique Peñalosa Londoño, pues el mismo conocía que la señora Arango Londoño 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.

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 destacar 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 incorporación⁴³, 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 exservidor decidiera en favor de la trabajadora, como correspondía.

⁴³ En el acta de posesión se lee: “En la ciudad de Santa fe de Bogotá, D.C. a los 24 días del mes de enero de mi novecientos noventa y siete (1997) se presentó ante este Despacho el (la) señor (a) CLARA ESPERANZA SALAZAR ARANGO, con el fin de tomar posesión del cargo de SUBDIRECTOR HACIENDA 24 –SUBDIRECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS, en el que ha sido incorporado (a) mediante Decreto No. 034 del 17 de enero de 1997...” (fl. 201, c.4).

Lo anterior, es de la mayor relevancia si se tiene en cuenta que por mandato constitucional los empleos del Estado son por regla general de carrera, lo que implica que el principio de mérito garantiza el ingreso y permanencia en el servicio público. Situación que no solo redundaría en beneficio de la protección de los derechos del trabajador, sino del funcionamiento del propio Estado y, consecuentemente, de sus cometidos, de donde las normas que regulan la materia son de imperativo cumplimiento para quienes ejercer la nominación de los cargos públicos.

6.3.6 Finalmente, en lo que respecta al señor **Carlos Alberto Sandoval Reyes**, secretario de hacienda, no se observa una actuación dolosa o gravemente culposa, comoquiera que ninguna circunstancia permite advertir que determinó la decisión del alcalde o la informó al punto de poder hacer algún reproche a su actuación, lo que resulta de la mayor relevancia, dado el grado de subordinación entre los dos funcionarios y porque la desvinculación de los servidores del distrito es una función privativa del alcalde, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 del Decreto Ley 1421 de 1993⁴⁴.

La anterior conclusión no cambia por ser el secretario de hacienda, el encargado de dejar la constancia de que la insubsistencia de la trabajadora obedeció al mejoramiento del servicio, de acuerdo al artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, pues, además de no tener incidencia en la decisión, se explica en el hecho de que la funcionaria pertenecía a su dependencia.

6.3.7 Bajo este contexto, se impone declarar responsable por la condena impuesta con motivo de la desvinculación de la señora Clara Esperanza Salazar Arango al señor Enrique Peñalosa Londoño y exonerar de toda responsabilidad al señor Carlos Alberto Sandoval Reyes.

7. La condena

Estructurados como se encuentra los presupuestos legales para la prosperidad de

⁴⁴ El enunciado normativo señala: “*Son atribuciones del alcalde mayor:.. 8a. Nombrar y remover libremente los secretarios del despacho, los jefes de departamento administrativo, los gerentes de entidades descentralizadas, el Tesorero Distrital y otros agentes suyos. Conforme a las disposiciones pertinentes, nombrar y remover a los demás funcionarios de la administración central. Igualmente, velar por el cumplimiento de las funciones de los servidores distritales y ejercer la potestad disciplinaria frente a los mismos*”.

la acción de repetición y especialmente demostrado que el exalcalde al ejercer la facultad para remover a los funcionarios del distrito actuó con culpa grave deberá responder por la condena ya satisfecha por la entidad demandante.

En ese orden, la condena pagada por la entidad será actualizada y ese será el valor por el que deberá responder el señor Enrique Peñalosa Londoño, valor que pagará al distrito capital de Bogotá a plazos tal como lo dispone el artículo 15 de la Ley 678 de 2001⁴⁵. Para el efecto, sin perjuicio de la facultad conferida en la misma disposición para fijarlo, se insta a la entidad beneficiaria para que lo convenga con el exfuncionario 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.

El valor de la condena se actualizará desde la fecha en que se verificó el último pago a la exservidora (septiembre de 2004) hasta la fecha de la sentencia (último índice conocido correspondiente al mes de julio de 2017), como sigue:

$$VP = \quad 334.152.881^{46} \times \frac{142.09}{79,75}$$

⁴⁵El enunciado en cita señala: “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 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”.

⁴⁶ Suma que resulta de sumar los valores acreditados por la Tesorería de la entidad por el pago de la condena judicial (\$340.006.614) y descontar el valor que fue reintegrado a la entidad por concepto de mayor valor pagado a la DIAN por concepto de retención en la fuente (\$5.853.733.).

VP = \$ 595.357.778,82

En consecuencia, el señor Enrique Peñalosa Londoño pagará a favor del distrito capital de Bogotá la suma de quinientos noventa y cinco millones trescientos cincuenta y siete mil setecientos setenta y ocho pesos con ochenta y dos centavos (**\$ 595.357.778,82**).

8. Costas

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: REVÓQUESE la sentencia del 19 de mayo de 2010 de la Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda de repetición formulada en contra de los señores Enrique Peñalosa Londoño, alcalde mayor de Bogotá, y Carlos Alberto Sandoval Reyes, secretario de hacienda, para la fecha de los hechos.

SEGUNDO: ABSUÉLVASE de toda responsabilidad al señor Carlos Alberto Sandoval Reyes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERA: DECLÁRASE patrimonialmente responsable al señor Enrique Peñalosa Londoño a título de **culpa grave**, en cuanto su conducta dio lugar a la condena impuesta al distrito capital de Bogotá, mediante sentencias de 14 de septiembre de 2000 de la Sala de Descongestión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de 22 de mayo de 2003 de esta Corporación.

CUARTO: CONDÉNASE al señor Enrique Peñalosa Londoño a pagar a favor del distrito capital de Bogotá la suma de quinientos noventa y cinco millones trescientos cincuenta y siete mil setecientos setenta y ocho pesos con ochenta y dos centavos (**\$ 595.357.778,82**).

El pago de la condena impuesta se realizará por el exservidor de acuerdo a los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DAR cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: SIN CONDENA en costas por no aparecer causadas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado⁴⁷

CARMENZA YOLANDA MEJÍA MARTÍNEZ

Conjuez

⁴⁷ Impedimento aceptado el 22 de enero de 2018 (fl. 291, c.ppal.).

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidente