

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Efecto de los fallos / DOLO O CULPA GRAVE - Presunción en la pretensión de repetición / REPETICION - Obligatoriedad de ejercer la pretensión de repetición / COMITES DE CONCILIACION - Están obligados a iniciar la acción de repetición

El señor Director del Departamento Nacional de Planeación consulta a la Sala sobre si los comités de conciliación tienen la obligación de iniciar la acción de repetición cuando en un fallo de condena no se establece claramente si la causal que generó la responsabilidad patrimonial declarada en la sentencia, fue la falsa motivación o desviación de poder por parte del servidor público. Respecto a lo expuesto en la consulta, es necesario recordar, como ya lo ha dicho la Sala, que una de las características esenciales de las sentencias es su carácter vinculante y definitivo, sin que las mismas puedan estar condicionadas a la aceptación o no por parte de sus destinatarios, según la evaluación que éstos hagan de ellas. En igual sentido la jurisprudencia ha señalado que ni los particulares ni las autoridades públicas pueden sustraerse del deber de acatar los fallos judiciales, y en consecuencia, “en el evento de resultar equivocados o errados como puede suceder deben agotarse oportunamente los mecanismos que la Constitución y la ley consagran para su discusión”. Lo anterior lleva a concluir que si una sentencia ejecutoriada proferida por esta jurisdicción decretó la nulidad del acto administrativo y ordenó el restablecimiento del derecho con fundamento en que el acto fue expedido con falsa motivación y desviación de poder, no pueden pasarse por alto los efectos de tal consideración, sobre todo si de allí se desprende que se configuran los supuestos de una presunción. Si se tiene en cuenta que una de las circunstancias sobre las cuales la ley establece la presunción de dolo para fundamentar la demanda de repetición contra los agentes del Estado se presenta cuando, como sucedió en el caso que dio lugar a esta consulta, en la sentencia se establece que, entre otras causas, el acto administrativo anulado se produjo con falsa motivación o por desviación de poder, estima la Sala que en el evento de estarse en desacuerdo con las razones de la sentencia para decretar la nulidad del acto administrativo, corresponde al demandado en la pretensión de repetición, es decir al agente del Estado, desvirtuar los elementos que dan lugar a la presunción de dolo o culpa grave, habida cuenta que se trata de una presunción legal y no de derecho o “iuris et de iure”. Así las cosas, esta Sala considera que es deber del Departamento Administrativo Nacional de Planeación ejercer la pretensión de repetición, y del Comité de Conciliación adoptar la decisión correspondiente, so pena de falta disciplinaria, comoquiera que el fallo en el cual se condenó patrimonialmente al Estado, tuvo como uno de sus fundamentos la desviación de poder y la falsa motivación, lo que implica que se configure la presunción de dolo prevista en el artículo 5 de la ley 678 de 2001. **NOTA DE RELATORIA:** Referente al alcance de la cosa juzgada en el caso de sentencias que niegan la nulidad de un acto administrativo y la obligatoriedad de las decisiones judiciales, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de abril de 2008, Rad. 1878, Consejero ponente William Zambrano Cetina.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 85 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 443 DE 1998 / DECRETO 2400 DE 1968 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 4 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 5 / DECRETO 196 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00056-00(2110)

Actor: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION

Referencia: OBLIGACION DE LOS COMITES DE CONCILIACION DE INICIAR LA ACCION DE REPETICION

El señor Director del Departamento Nacional de Planeación consulta a la Sala sobre si los comités de conciliación tienen la obligación de iniciar la acción de repetición cuando en un fallo de condena no se establece claramente si la causal que generó la responsabilidad patrimonial declarada en la sentencia, fue la falsa motivación o desviación de poder por parte del servidor público.

I. ANTECEDENTES

Explica el señor Director Nacional de Planeación que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la nulidad de la resolución 0082 del 3 de enero de 2004, expedida por el entonces Director del Departamento, por medio de la cual se *"incorporaron"* algunos funcionarios a la nueva planta de personal de la entidad, sin incluir a la allí accionante, en el cargo que venía ocupando como Profesional Universitario 320-13 en carrera administrativa.

Agrega que el Tribunal accedió además a las pretensiones de reintegro y pago de salarios y emolumentos dejados de percibir por la demandante.

Advierte que dicha corporación concluyó que tanto la ley 443 de 1998 como el decreto 2400 de 1968 disponen que ante la supresión de un cargo, el empleado inscrito en carrera administrativa tiene un derecho preferencial para ser incorporado en un cargo equivalente en la nueva planta de personal, siempre que exista la vacante.

Anota, que frente al cargo formulado, consistente en *"la violación flagrante de las normas constitucionales y legales que amparan los derechos de los servidores públicos inscritos en la carrera administrativa"*, el Tribunal, en la parte motiva, sin mayor análisis afirmó que *"además de constituir una clara violación de las normas de carrera administrativa contenidas en la ley 443 de 1998 y sus reglamentarios, implica que la decisión de retirar a la actora con el argumento de que su cargo fue suprimido está falsamente motivada y fue expedida con desviación de poder"*, sin que hubiese pronunciamiento alguno al respecto en la parte resolutive de la sentencia

Precisa que el Consejo de Estado en sentencia del 17 de marzo de 2011, ejecutoriada el 3 de junio de la misma anualidad, confirmó en todas su partes la providencia del Tribunal.

Así las cosas, considera el señor Director, que es necesario determinar si el Comité de Conciliación debe recomendar el inicio de la acción de repetición, cuando en la respectiva demanda la única causal de nulidad alegada fue la violación de normas constitucionales y legales, pero el fallador, en la parte motiva de su providencia, alude a la existencia de falsa motivación y desvío de poder, sin mayor análisis ni prueba de estas circunstancias, y sin que dichas supuestas irregularidades hayan sido tenidas en cuenta para decidir la nulidad del acto.

En virtud de lo explicado, pregunta:

“1. ¿El comité de conciliación tiene la obligación de iniciar la acción de repetición aún cuando no se evidencia prueba en contra de los ex-servidores públicos que demuestren que los mismos actuaron con desviación de poder o falsa motivación en los términos definidos por el Consejo de Estado?”

2. ¿El Comité de Conciliación tiene la obligación de iniciar la acción de repetición, aplicando las presunciones establecidas en la ley 678 de 2001, cuando en el fallo no se encuentran desarrolladas las causales de falta de motivación y desviación de poder, toda vez, que el único cargo invocado en la demanda y analizado en la sentencia fue “violación normativa”?

3. ¿Es competente el Comité de Conciliación para estudiar la conducta de los ex servidores públicos y analizar las pruebas respectivas que demuestren si los mismos actuaron con desviación de poder o falsa motivación, así en la providencia se haya afirmado que “la decisión de retirar a la actora con el argumento de que su cargo fue suprimido está falsamente motivado y fue expedida con desvío de poder”?, o por el contrario debe proceder automáticamente a iniciar la acción de repetición basándose únicamente en esa afirmación.

4. ¿En caso de que al Comité de Conciliación no le esté permitido hacer este tipo de análisis y calificar la conducta conforme a los postulados del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, cuál es el estudio que dicho Comité debe realizar en el evento que de la sentencia de condena se derive la presunción de dolo?”

II. CONSIDERACIONES

Para efectos de dar respuesta a los interrogantes formulados por el señor Director, la Sala considera necesario ocuparse de los siguientes puntos: i) los efectos de los fallos de nulidad y restablecimiento del derecho, ii) la presunción de dolo o culpa grave en la pretensión de repetición y iii) la obligatoriedad de ejercer la pretensión de repetición.

A. Efectos de los fallos de nulidad y restablecimiento del derecho

Respecto a lo expuesto en la consulta, es necesario recordar, como ya lo ha dicho la Sala¹, que una de las características esenciales de las sentencias es su carácter vinculante y definitivo, sin que las mismas puedan estar condicionadas a la aceptación o no por parte de sus destinatarios, según la evaluación que éstos hagan de ellas. En igual sentido la jurisprudencia ha señalado que ni los particulares ni las autoridades públicas pueden sustraerse del deber de acatar los fallos judiciales, y en consecuencia, *“en el evento de resultar equivocados o errados como puede suceder deben agotarse oportunamente los mecanismos que la Constitución y la ley consagran para su discusión”*.²

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de abril de 2008. Radicado 1878

² Corte Constitucional. Sentencia T-962 de 2001

Lo anterior lleva a concluir que si una sentencia ejecutoriada proferida por esta jurisdicción decretó la nulidad del acto administrativo y ordenó el restablecimiento del derecho con fundamento en que el acto fue expedido con falsa motivación y desviación de poder, no pueden pasarse por alto los efectos de tal consideración, sobre todo si de allí se desprende que se configuran los supuestos de una presunción.

Ahora bien, previo auto para mejor proveer, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", remitió a la Sala copia del expediente con número 2004-04050, que se refiere al caso de la consulta, del que se extrae lo siguiente:

En sentencia del 6 de agosto de 2009, el Tribunal decretó la nulidad parcial de la Resolución 0082 del 30 de enero de 2004, "en tanto omitió incorporar a la actora a la nueva planta de personal"; en tal virtud ordenó su reintegro al cargo que ocupaba o a otro equivalente y condenó al pago de todos los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta el reintegro efectivo.

En la parte considerativa de la providencia se lee lo siguiente:

"Tal proceder del D.N.P. comporta una flagrante violación al debido proceso consagrado en las normas de carrera, pues, precisamente lo que la Ley 443 y sus reglamentarios consagran es la obligación de la administración de reincorporar en la nueva planta a los funcionarios escalafonados cuyos cargos fuesen suprimidos. Y es que, si bien la supresión del empleo implica el retiro del servicio, aún del empleado escalafonado, no podía el Departamento Nacional de Planeación desconocer el derecho preferencial de los empleados que, como la actora, venían inscritos en el régimen general de carrera, a ser nombrados en un empleo en la nueva planta.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, se decretará la nulidad parcial de la Resolución No 0082 de 30 de enero de 2004 "por la cual se incorporan los funcionarios del Departamento Nacional de Planeación a la nueva planta de personal establecida mediante Decreto 196 de 2004", en tanto omitió reincorporar a la actora, toda vez que se encuentra probado que poseía derechos de carrera respecto del cargo de Profesional Universitario 3020-13, del cual subsistieron 20 en la nueva planta luego de la reestructuración administrativa de 2004, y que tres (3) de ellos fueron provistos de manera provisional y uno quedó vacante, lo cual además de constituir una clara violación de las normas de carrera administrativa contenidas en la Ley 443 de 1998 y sus reglamentarios, implica que la decisión de retirar a la actora con el argumento de que su cargo se suprimió está falsamente motivada y fue expedida con desvío de poder." (Subraya del texto)

Se aprecia que el fallo afirma que la actuación del D.N.P. violó flagrantemente el debido proceso -que es un derecho de aplicación inmediata a la luz del artículo 85 de la Constitución- y posteriormente califica la decisión como falsamente motivada y expedida con desviación de poder.

Esto es de la mayor importancia, porque a pesar de que en la demanda sólo se acusó la "violación con flagrancia de las normas constitucionales y legales que amparan los DERECHOS de los servidores públicos inscritos en la carrera administrativa", la Sección Segunda del Consejo de Estado, con respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado:

"Sin embargo existen casos en los que el fallador debe decidir acerca de aspectos que aun cuando no fueron planteados expresamente por las partes, están implícitos en las

pretensiones o en las excepciones propuestas, caso en el cual no se configura la inconsonancia de la sentencia.

(...)

Sobre el punto es necesario señalar que en acciones como la que se adelanta en el sub-lite, se aplica el principio de la jurisdicción rogada, consistente en que la legalidad y validez de los actos demandados solo puede juzgarse frente a las normas citadas como violadas y su respectivo concepto de violación, lo cual tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 137, numeral 4, que exige entre otros presupuestos formales de la demanda cuando se impugna un acto administrativo, la indicación precisa de las normas superiores que se estiman infringidas y el correspondiente concepto de la violación.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del precepto citado³, condicionado a que cuando el Juez Administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación...⁴

Así las cosas, las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Cundinamarca y que aquí se transcriben, no pueden ser valoradas como si fueran al margen o meramente circunstanciales, sino que por el contrario, son una motivación para el fallo que finalmente se adoptó.

B. La presunción de dolo o culpa grave en la pretensión de repetición

La ley 678 de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición” establece en su artículo 5: lo siguiente:

“ARTÍCULO 5o. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.”*

Las presunciones que este artículo contempla, ha dicho la Corte Constitucional⁵, son legales y en tal virtud admiten prueba en contrario, y tienen justificación en la

³ Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 1999

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicado 2000-02501.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-778 de 2003.

necesidad de probar elementos subjetivos que por su naturaleza son de difícil prueba, con la finalidad de hacer efectiva la repetición consagrada en el Art. 90 de la Constitución, y por la perentoriedad de proteger el patrimonio y la moralidad públicos.

En consecuencia, precisa la Corte, el Estado deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad.

En la sentencia C-484 de 2002, la Corte Constitucional explica la manera en que opera el mecanismo dispuesto para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado como consecuencia de una sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

“En la hipótesis acabada de mencionar, existirían pues dos procesos: el primero, instaurado por la víctima del daño antijurídico contra el Estado; el segundo, luego de la sentencia condenatoria contra éste, incoado por el Estado contra el servidor público que actuó con dolo o culpa grave. En tales procesos son distintos los sujetos y diferente la posición del Estado, que en el primero actúa como demandado y en el segundo como demandante. Son también distintas las pretensiones, pues en el primero el actor persigue que se deduzca judicialmente una declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, al paso que en el segundo lo pretendido es el reembolso de lo que hubiere sido pagado como consecuencia de la sentencia condenatoria del primer proceso, cuando el servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a ello.”

Si se tiene en cuenta que una de las circunstancias sobre las cuales la ley establece la presunción de dolo para fundamentar la demanda de repetición contra los agentes del Estado se presenta cuando, como sucedió en el caso que dio lugar a esta consulta, en la sentencia se establece que, entre otras causas, el acto administrativo anulado se produjo con falsa motivación o por desviación de poder, estima la Sala que en el evento de estarse en desacuerdo con las razones de la sentencia para decretar la nulidad del acto administrativo, corresponde al demandado en la pretensión de repetición, es decir al agente del Estado, desvirtuar los elementos que dan lugar a la presunción de dolo o culpa grave, habida cuenta que se trata de una presunción legal y no de derecho o *“iuris et de iure”*.

C. Obligatoriedad de ejercer la pretensión de repetición

El artículo 90 de la Constitución Política reza:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En 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.”

La jurisprudencia constitucional⁶ ha considerado que el artículo transcrito *“no admite discusión alguna ya que si al Estado se le impone judicialmente condena porque se le declara patrimonialmente responsable de un daño antijurídico respecto de la víctima, esa sentencia es de obligatorio cumplimiento.”*

También dice la Corte:

“9.1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 90 de la Carta, inciso segundo, si se condena al Estado a reparación patrimonial de un daño antijurídico que fuere consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, habrá de repetirse contra éste.

Ello significa que el mandato constitucional ordena el ejercicio de la acción de repetición con la pretensión de obtener el reembolso de lo pagado...”

El artículo 90 de la Constitución Política es desarrollado por la ley 678 de 2001, que en el artículo 4 prevé:

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C - 484 de 2002

“ARTÍCULO 4o. OBLIGATORIEDAD. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.

El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.”

Así las cosas, esta Sala considera que es deber del Departamento Administrativo Nacional de Planeación ejercer la pretensión de repetición, y del Comité de Conciliación adoptar la decisión correspondiente, so pena de falta disciplinaria, comoquiera que el fallo en el cual se condenó patrimonialmente al Estado, tuvo como uno de sus fundamentos la desviación de poder y la falsa motivación, lo que implica que se configure la presunción de dolo prevista en el artículo 5 de la ley 678 de 2001.⁷

Empero, es necesario, que la entidad condenada verifique que se haya efectuado el pago, que no haya transcurrido el término para el ejercicio de la pretensión y que no haya habido conciliación extrajudicial.

Corresponderá entonces al demandado, en el proceso de repetición que se instaure, desvirtuar la presunción legal, como lo ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸:

“Cabe aclarar por la Sala que el hecho de que exista una sentencia condenatoria al Estado no puede tenerse como una responsabilidad patrimonial sin previo juicio del servidor público, sino que su aducción en el proceso de repetición permite que en la actividad probatoria del servidor, aún cuando como en el presente caso aquella señale que hubo una desviación de poder, se pueda demostrar y determinar, contrario a lo pretendido en la respectiva demanda, que dicha conducta no lo fue a título de dolo o culpa grave y, por ende, es posible y viable acreditar la falta de responsabilidad de carácter patrimonial.”

La Sala RESPONDE:

1. ¿El comité de conciliación tiene la obligación de iniciar la acción de repetición aún cuando no se evidencia prueba en contra de los ex-servidores públicos que demuestren que los mismos actuaron con desviación de poder o falsa motivación en los términos definidos por el Consejo de Estado?

2. ¿El Comité de Conciliación tiene la obligación de iniciar la acción de repetición, aplicando las presunciones establecidas en la ley 678 de 2001, cuando en el fallo no se encuentran desarrolladas las causales de falta de motivación y desviación de poder, toda vez, que el único cargo invocado en la demanda y analizado en la sentencia fue “violación normativa”?

3. ¿Es competente el Comité de Conciliación para estudiar la conducta de los ex servidores públicos y analizar las pruebas respectivas que demuestren si los mismos actuaron con desviación de poder o falsa motivación, así en la providencia se haya afirmado que “la decisión de retirar a la actora con el argumento de que su cargo fue suprimido está falsamente motivado y fue expedida con desvío de poder”?, o por el contrario debe proceder automáticamente a iniciar la acción de repetición basándose únicamente en esa afirmación.

Debido a su unidad temática, la Sala responde las preguntas 1, 2 y 3:

⁷ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-338 de 2006

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Expediente 1995-08354

Toda vez que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al decretar la nulidad y restablecimiento del derecho en el asunto objeto de la consulta, tuvo como unas de sus razones la desviación de poder y la falsa motivación del acto administrativo, se configuró la presunción legal de dolo, lo que obliga al Departamento Nacional de Planeación a ejercer la pretensión de repetición.

4. ¿En caso de que al Comité de Conciliación no le esté permitido hacer este tipo de análisis y calificar la conducta conforme a los postulados del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, cuál es el estudio que dicho Comité debe realizar en el evento que de la sentencia de condena se derive la presunción de dolo?

El comité de conciliación deberá analizar si se dan los otros presupuestos de la pretensión de repetición, tales como que se haya efectuado el pago, que no haya transcurrido el término para ejercer la pretensión y que no haya habido conciliación extrajudicial.

Remítase al señor Director Nacional de Planeación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

...

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala