

ACCION DE REPETICION - Requisitos

De acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 9 de diciembre de 1993, Exp. 7818, C.P. Daniel Suárez Hernández; Auto de 22 de octubre de 1997, Exp. 13977, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

ACCION DE REPETICION - Ley 678 de 2001

Cabe advertir que la Ley 678 de 2001, en desarrollo del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, como las definiciones de dolo y culpa grave con las que se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales de estas dos modalidades y en las que estaría incurso el funcionario, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución; así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo. Culpa grave. Dolo / CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO - Acción de repetición. Culpa grave. Dolo / ACCION DE REPETICION - Normatividad aplicable. Culpa grave. Dolo / CULPA GRAVE - Tránsito legislativo. Acción de repetición / DOLO - Tránsito legislativo. Acción de repetición / ACCION DE REPETICION - Norma sustancial. Tránsito de legislación

Para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, se tiene suficientemente averiguado por la jurisprudencia y la doctrina que la regla general es que la norma nueva rige hacia el futuro, al porvenir, esto es, se aplica a los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; por excepción, puede ser retroactiva, esto es, cobijar hechos o situaciones ocurridas en el pasado y con anterioridad a su vigencia. Este postulado según el cual, en principio, la ley rige hacia el futuro y no puede ser retroactiva, daría a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001 y al inciso según del artículo 90 de la Constitución Política, continuarían rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de dolo o culpa grave, de manera que en aras de garantizar el derecho al debido proceso, se impone lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Constitución Política. De acuerdo con la norma anterior, cabe efectuar las siguientes precisiones: Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad 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 aquella 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). 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 patrimonial frente al Estado. Por consiguiente, si los hechos o actuaciones que dieron origen a la demanda y su posterior condena, son anteriores a la Carta Política de 1991, la normatividad aplicable será la vigente al momento de la conducta del agente público, que correspondía a los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo. 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 de conformidad 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.

ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo. Trámite / ACCION DE REPETICION - Norma procesal. Tránsito de legislación

En cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Es decir, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua. Colígese de lo anterior que la Ley 678 de 2001, se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, la responsabilidad del agente público se debe analizar conforme a la normativa anterior; y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998. Nota de Relatoria: Ver Sentencias de 31 de agosto de 2006, Expediente Rad. No. 17.482 y Expediente No. 28.448, ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

ACCION DE REPETICION - Requisitos de procedencia / ACCION DE REPETICION - Pruebas

En aplicación de lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, las condiciones objetivas para que proceda la acción de repetición, como se señaló en esta providencia, consisten en que el Estado haya sido condenado o visto compelido conforme a la ley a la reparación de un daño antijurídico, y que se haya pagado el perjuicio o indemnización impuesto en la condena, todo lo cual debe ser acreditado en el plenario por la entidad pública demandante en el proceso, mediante el aporte de copias auténticas de la sentencia ejecutoriada y copias auténticas de los actos administrativos y demás documentos o pruebas idóneas que demuestren la cancelación de la indemnización del daño; de lo contrario, esto es, si no se cumplen esas dos condiciones y no se acreditan en forma legal dentro del proceso, el Estado no puede ni tiene la posibilidad de sacar adelante la acción contra el agente estatal y menos aún la jurisdicción declarar su responsabilidad y condenarlo a resarcir.

ACCION DE REPETICION - Responsabilidad subjetiva / RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - Acción de repetición

Para que se pueda imputar la responsabilidad al agente público se requiere demostrar que la actuación que originó la condena contra el Estado lo fue con culpa grave o dolo, y que dicha actuación la realizó en su calidad de servidor público o de particular investido de funciones públicas con ocasión del ejercicio de éstas o a propósito de la prestación del servicio. Es decir, se trata de un responsabilidad subjetiva y, por ende, se encontrará obligado a reparar al Estado si el daño o perjuicio le es imputable por haberlo causado con dolo o culpa grave. En este sentido, cabe precisar brevemente los dos conceptos, dolo y culpa grave, que integran el requisito subjetivo de la acción de repetición.

CULPA - Noción / CONDUCTA CULPOSA - Noción / CULPA LEVE - Noción / CULPA LEVISIMA - Noción / CULPA LATA - Noción / CULPA GRAVE - Noción

Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levisima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo. Respecto de la

culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. “Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender quod omnes intelligunt para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño”. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha “...obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...” (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110) y agregan que “...reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente...” . Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

DOLO - Noción

Ahora bien, en cuanto a la segunda modalidad subjetiva con la que se califica la conducta del agente, esto es, el dolo, debe entenderse por tal, aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción, un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado. Resulta claro, entonces, que el elemento fundamental del dolo radica en el aspecto volitivo, de manera que obra dolosamente quien conociendo el daño que con su acción u omisión ha de producir, voluntariamente lo provoca, es decir, cuando actúa con intención maliciosa de generar un determinado resultado injusto, que se enmarca dentro de una conducta jurídicamente reprochable. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

DESVIACION DE PODER - Noción / ACTO ADMINISTRATIVO - Desviación de poder

En tal virtud, por sabido tiene la doctrina y la jurisprudencia que la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla. Se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas. Esta expresión de la legalidad interna del acto administrativo implica la sujeción del poder administrativo al buen servicio y al interés general, para encausar la discrecionalidad de la actuación de las autoridades a estos postulados, y su existencia puede comprometer, incluso, la moralidad de la actuación. En otros términos, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto administrativo y posible un resarcimiento por los perjuicios que con su expedición se hayan inferido, pero que también puede comprometer su responsabilidad personal en los diferentes regímenes en que el ordenamiento jurídico encaja esa actuación para

exigirla (penal, disciplinaria, fiscal, patrimonial, política, etc.). Nota de Relatoría: Ver Sentencia 16 de octubre de 1997, Exp. 92.64 C.P. Silvio Escudero Castro.

ACCION DE REPETICION - Acto administrativo declarado nulo / ACTO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO - Acción de repetición

Sobre la responsabilidad personal del agente por expedición de un acto administrativo que posteriormente es declarado nulo por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en juicios de repetición la Sala ha manifestado que, ante todo, dicha responsabilidad sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe la actuación dolosa o gravemente culposa del agente. Por manera que, el asunto en examen se enmarca dentro de la primera de las posibilidades en las que la Sala considera que existe responsabilidad del agente público en la expedición de actos administrativos, esto es, la mala fe -que como se explicó equivale a dolo- en la toma de la decisión, porque el funcionario conocía que la medida no la adoptaba para mejorar el servicio -ilegalidad- y no obstante expidió el acto administrativo, a sabiendas de esas circunstancias, buscando obtener con él una finalidad ajena a la legalmente establecida para el ejercicio de esa competencia que le fue conferida y ocasionando así un daño a los funcionarios por la desvinculación injusta del servicio de la que fueron objeto. Si bien es cierto que la responsabilidad patrimonial del agente y de la administración por un hecho lesivo a un particular es diferente, en tanto el Estado responde por el daño antijurídico y el agente por el hecho suyo atribuible por dolo o culpa grave, ello no significa que las circunstancias y hechos a evaluar para determinar una u otra responsabilidad no converjan en la conducta de la persona o agente público, de manera que es en este punto de encuentro de donde dimana la posibilidad de análisis de la responsabilidad personal del funcionario. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 30113 C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Acción de repetición. Carga de la prueba / ACCION DE REPETICION - Derecho al debido proceso / ACCION DE REPETICION - Carga de la prueba / DESVIACION DE PODER - Prueba

Ahora bien, la inconformidad central de la demandada en su escrito de apelación consiste en que, como en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa contra los actos que fueron declarados nulos por haber sido expedidos con desviación de poder se tramitaron sin su presencia, se estaría afectando su derecho de defensa, puesto que no tuvo la oportunidad de contradecir las acusaciones formuladas contra los mismos, lo cual vulnera su derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Al respecto, debe precisar la Sala que en el evento de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición se sustenten en la expedición de un acto administrativo que es declarado nulo, dicha declaración ciertamente no implica necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, pues para ello se debe demostrar su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, y luego de un debate probatorio sobre estas modalidades de actuación del agente público que comprometen su responsabilidad. Sin embargo, no se viola el principio del debido proceso y la presunción de inocencia, cuando el servidor público no haya sido vinculado en el proceso judicial que da lugar a la sentencia en la que se declara la nulidad del acto y la responsabilidad administrativa del Estado, y menos aún, cuando se aduzca esa providencia como soporte y prueba de los elementos de la acción de repetición correspondiente, toda vez que, precisamente, en garantía de dicho derecho, podrá el agente en el proceso de

repetición desvirtuar las imputaciones dolosas o gravemente culposas que le endilga la entidad pública demandante con base en esa sentencia condenatoria. La Administración tiene siempre la carga de probar la conducta irregular (dolosa o culposa) del agente que ocasionó la condena y el agente público tiene la oportunidad de demostrar en el juicio de la acción de repetición que el acto no fue expedido con dolo o con culpa grave, lo que ocurre, y sin que ello signifique que se estén aplicando las presunciones de dolo o culpa grave que consagra la Ley 678 de 2001, es que no puede desconocerse por el juez de la repetición que las sentencias son pruebas legalmente admisibles y valorables de hechos, en este caso concreto de una desviación de poder que motivó la anulación de unos actos administrativos, y que de acuerdo con las circunstancias y móviles en que se cometió esa conducta alejada de los fines del servicio equivalen a un hecho doloso, motivos y móviles que, pudiendo hacerlo en este juicio, por haber contado con todas las oportunidades y garantías legales para contradecir las pruebas, no fueron desvirtuados por la parte demandada contra la cual se adujeron las providencias, con las pruebas correspondientes. 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 41001-23-31-000-1995-08354-01(24844)

Actor: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR I.C.B.F.

Demandado: ALBA DIELA CALDERON DE RAMIREZ

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA -REPETICION-

Atendiendo la prelación dispuesta por la Sala en sesión de 5 de mayo de 2005, según consta en el Acta No. 15 de esa fecha, se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de 15 de noviembre de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Tercera de Decisión, mediante la cual se declaró responsable a Alba Diela Calderón Parra (o “de

Ramirez)¹ y se le condenó a pagar las sumas que la demandante canceló a María Eugenia Trujillo, José Adolfo Perdomo, María Victoria Tafur y Gloria Luisa Losada.

En la Sentencia que será confirmada, se decidió:

“PRIMERO. Declarar que ALBA DIELA CALDERÓN PARRA identificada con la C.C. 23.563.240 de San Agustín, es patrimonialmente responsable de la indemnización que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Huila- canceló por efectos de las sentencias de esta Corporación calendadas en diciembre 18 de 1992, el 14 de marzo de 1994, diciembre 13 de 1994, y marzo 15 de 1995, hubo de cancelar el ICBF (sic) a los demandantes los señores MARÍA EUGENIA TRUJILLO, MARÍA VICTORIA TAFUR GUZMÁN, GLORIA LUISA LOSADA OROZCO, JOSÉ ADOLFO PERDOMO ANDRADE, al haber actuado con culpa grave, conforme lo motivado.

“SEGUNDO: Condenar a ALBA DIELA CALDERÓN PARRA identificada con la C.C. 23.563.240 de San Agustín a cancelar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -Regional Huila- la suma de Treinta y tres millones quinientos veintisiete mil novecientos sesenta (sic) y dos pesos (\$33'527.972.00´) que corresponde a los siguientes pagos:

Procesos contra el ICBF	Fecha cancelación	FL	Valor
80%			
María Eugenia Trujillo \$3'892.520.00	18 de marzo/94	140	\$4'865.650.00
José Adolfo Perdomo \$8'118.752.80	26 de septiembre/95	129	\$10'148.441.00
María Victoria Tafur \$13'461.696.80	9 de octubre/95	133	\$16'827.121.00
Gloria Luisa Losada \$8'055.002.40	9 de octubre/95	131	\$10'068.753.00
Total			\$33'527.972.00

“TERCERO: Los anteriores valores deberán ser indexados a valor presente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia con la siguiente formula de la matemática financiera:

$$R = RH \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

“En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el cancelado por la institución por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, sobre el índice inicial que lo es el de la fecha de cada pago.

¹ Es de anotar que con estos segundos apellidos fue que se demandó indistintamente -fl. 5 y 8 cd. ppal- y en el poder otorgado al apoderado para contestar la demanda a fl. 156 -cd.ppal.- la demandada hace presentación personal y reconocimiento de firma ante el Tribunal *a quo* sin el “De Ramirez” y con el apellido “Parra”, que por la naturaleza de la diligencia (individualización del compareciente) debe corresponder al que aparece en su documento de identificación (C.C. No. 26.563.245 -San Agustín-), de manera que bajo este segundo apellido -Parra- contestó la demanda (fl. 145 cd. ppal) y, por lo mismo, con el nombre de Alba Adielia Calderón Parra se le condenó por el Tribunal por tratarse de la misma persona.

“CUARTO: La sentencia deberá cumplirse dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria.

“QUINTO: En firme la sentencia se expedirán copias de la sentencia, con destino, a la parte actora como el Ministerio Público con las constancias previstas por el Art. 115 del CPC”.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 5 de octubre de 1995, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, formuló demanda en contra de Alba Diela Calderón de Ramírez - en adelante “Parra”-, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1). La Doctora ALBA DIELA CALDERÓN PARRA, Ex-Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es responsable civilmente de pagar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la suma de \$43.423.153.00.

“Erogaciones que el aludido establecimiento público nacional hizo derivada de la nulidad de los actos administrativos dictados por la Doctora ALBA DIELA CALDERÓN PARRA en su condición de Directora Regional ICBF Huila referentes a las resoluciones #1019 de julio 19 de 1988; #0726 del 15 de mayo de 1989; #00461 de abril 3 de 1989 y #01230 del 12 de agosto de 1998 por las cuales declaró insubsistentes los nombramientos de MARÍA EUGENIA TRUJILLO CEBALLOS, GLORIA LUISA LOSADA, JOSÉ ADOLFO PERDOMO y MARÍA VICTORIA TAFUR GUZMÁN, respectivamente.

“2) Las demás que se deriven de la anterior y sean pertinentes”

2. Fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda por la actora son, en resumen, los siguientes:

Afirmó que la Doctora Alba Diela Calderón Parra quien fue Directora Regional del ICBF - en adelante también Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Huila, declaró insubsistente del cargo a algunas personas que laboraban en el Instituto conforme los siguientes actos administrativos: i). Resolución No. 01019 de 19 de julio de 1988, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de

María Eugenia Trujillo Ceballos en el cargo de ayudante de oficina 5155 grado 07 Centro Zonal Neiva Sur ICBF; ii). Resolución No. 0726 de 15 de mayo de 1989, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Gloria Luisa Losada en el cargo de auxiliar de técnico 4110 grado 05 Centro Zonal Neiva Sur ICBF; iii). Resolución No. 00461 de 3 de abril de 1989, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de José Adolfo Perdomo Andrade en el cargo de auxiliar administrativo 5120 grado 20 de la Sección Administrativa Financiera ICBF Huila; y iv). Resolución No. 01230 de 12 de agosto de 1988, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de María Victoria Tafur Guzmán en el cargo de profesional universitario ICBF Huila.

Sostuvo que los señores a quienes se les declaró insubsistente el nombramiento demandaron mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho al ICBF.

Adujo que el Tribunal Administrativo del Huila en sentencias proferidas los días 18 de diciembre de 1992, 13 de diciembre de 1994, 14 de marzo de 1994 y 15 de marzo de 1995 declaró la nulidad de los citados actos administrativos y condenó al Instituto a reintegrar a los actores en los cargos que venían desempeñando o en otras similares de igual o superior categoría y a reconocerles y pagarles los salarios, aumentos de los mismos, demás emolumentos que constituyan retribución del servicio, y las prestaciones sociales dejadas de percibir desde el día de la desvinculación hasta cuando se reintegren a su cargo.

Aseveró que mediante Resoluciones Nos. 0311 de 23 de febrero de 1993, 2263 de 25 de noviembre de 1994, 0518 de 21 de marzo de 1995, aclarada por resoluciones 1236 de 23 de mayo de 1995 y 1251 de 25 de mayo de 1995, se ordenó el reintegro al servicio de María Eugenia Trujillo, María Victoria Tafur, Gloria Luisa Losada y José Adolfo Perdomo, y que además pagó la suma de \$43'423.153.

Indicó que el 3 de mayo de 1991, la Procuraduría General de la Nación profirió la resolución No. 123 en la que impuso una sanción en contra de Alba Diela Calderón de Ramírez de "solicitud de destitución" ante el ICBF, lo cual demuestra la intervención en política por parte de la ex-directora del ICBF Huila durante la época en que se produjo el retiro de los funcionarios.

Agregó que la sentencia del Tribunal en la que se declaró la nulidad de los mencionados actos administrativos, se refirió a dichas circunstancias, estimando que las resoluciones demandadas no se ajustaron al concepto de buen servicio sino que fueron dictados con “desviación de poder”.

3. La oposición del demandado

En el escrito de contestación de la demanda, la señora Alba Diela Calderón Parra, por conducto de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que si bien es cierto que se le impuso una sanción disciplinaria, ésta no tiene relación con los hechos que dieron lugar a la condena impuesta al ICBF, toda vez que la sanción se le impuso en consideración a que intervino en política, pero no por la insubsistencia de funcionarios y menos de los demandantes que promovieron la acción judicial que motivó la repetición.

Adujo que la representante judicial del Instituto en esta acción de repetición, también lo fue en los procesos que concluyeron con sentencia condenatoria en contra del ahora demandante, y que si consideraba que la demandada actuaba por móviles políticos debió llamarla en garantía para establecer dentro de esos procesos la culpa grave o el dolo de la señora Alba Calderón en la emisión de los actos administrativos.

Propuso las excepciones de: (i) “inexistencia de culpa o dolo”, por considerar que la demandada no actuó con culpa grave o dolo en la emisión de los actos administrativos, toda vez que las declaraciones de insubsistencia fueron expedidas por el funcionario competente en desarrollo de una potestad discrecional y dentro del concepto de mejoramiento del servicio, y que además la sanción impuesta por la Procuraduría no guarda ninguna relación con los motivos que tuvo la demandada para expedir los actos; y (ii) “no aparece calificada la culpa o el dolo en las sentencias”, dado que las sentencias que impusieron la condena en contra del ICBF y que son el fundamento de este proceso, no calificaron la culpa en que incurrió la demandada al expedir los actos administrativos que se enjuiciaron en esos procesos. Respecto de esta última excepción, explicó que para que proceda la acción de repetición es necesario que en la sentencia se califique el elemento culposo o doloso del funcionario que expidió el acto anulado y que además tampoco existe prueba alguna de desviación subjetiva de poder.

4. Actuación procesal

4.1. Por auto de 22 de febrero de 1999 se abrió el proceso a pruebas, se decretaron las documentales que acompañó la actora con la demanda y la demandada con la contestación de la demanda.

4.2. Mediante auto de 15 de diciembre de 2000 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

La parte demandada reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, y adujo que en ninguna de las sentencias presentadas como base de la acción de repetición y en las cuales se condenó al Instituto, se calificó la conducta de la ex-funcionaria que expidió las resoluciones anuladas, ni se estableció que estas hubieren sido expedidas con una connotación dolosa o gravemente culposa. Estableció que esa conclusión se obtiene del material probatorio obrante en el expediente, como son los testimonios que demuestran que la labor desempeñada por la demandada se prestó con eficiencia y dedicación.

5. La sentencia recurrida

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal *a quo* en Sentencia de 15 de noviembre de 2002 recurrida, luego de realizar el planteamiento general de la cuestión litigada y el desarrollo del proceso, declaró patrimonialmente responsable a Alba Diela Calderón Parra y la condenó al pago de la suma de \$33'527.972, por los siguientes motivos:

Sostuvo que se encontraba plenamente establecido que las declaratorias de insubsistencia proferidas a través de los actos administrativos anulados, las cuales fueron suscritas por la demandada en la época en que se desempeñó como directora del ICBF - Regional Huila, tuvieron una finalidad diferente al mejoramiento del servicio público. Señaló que al haber actuado por móviles distintos al mejoramiento del servicio, significa que se desconocieron principios superiores constitucionales que deben guiar la función administrativa, al permitir que intereses particulares y personales influyeran en la toma de decisiones,

circunstancia que dista del cuidado que deben guiar los actos administrativos de un servidor público.

Afirmó que en relación con las personas que declaró insubsistentes la actuación de la demandada fue dolosa, pero respecto al daño sufrido por la entidad la misma fue culposa, lo cual dedujo de los testimonios rendidos en el proceso que le permitieron inferir que la actuación de la señora Calderón como directora del ICBF, analizada en su conjunto, no fue completamente dolosa ni encaminada en su totalidad a realizar actuaciones diferentes al mejoramiento del servicio, por lo cual atenuó la responsabilidad de la demandada frente al monto que le corresponde reintegrar a la institución, condenándola al pago del 80% del valor que debió cancelar la actora.

6. Recurso de apelación

La parte demandada interpuso el 7 de febrero de 2003, recurso de apelación contra la sentencia de 15 de noviembre de 2002, con el fin de que fuera revocada. El recurso fue concedido por el Tribunal el 14 de febrero de 2003.

La demandada sustentó la interposición del recurso, afirmando que la sentencia recurrida declara su responsabilidad con base en los criterios establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política, sin tener en cuenta que los hechos ocurrieron entre el 19 de julio de 1988 y el 15 de mayo de 1989, es decir, con anterioridad a que se expidiera la nueva Constitución Política.

Esgrimió al efecto, que si bien los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo consagraron la responsabilidad patrimonial de los funcionarios que causaren daño al Estado, también lo es que esas normas prevén que la responsabilidad se establezca en el mismo proceso y no en otro diferente. Es decir que el régimen legal anterior a la Constitución Política de 1991 facultó a la administración para iniciar la acción de repetición contra el servidor público sólo cuando la sentencia dispusiera que el funcionario debía responder en todo o en parte de los perjuicios y, por tanto, no se trata de una acción autónoma e independiente como la que se estableció en el artículo 90 de la Carta.

Sostuvo que en los procesos que concluyeron con la anulación de los actos y en los que se condena al ICBF, la demandada no fue convocada ni llamada en

garantía, no se estableció que hubiere actuado con dolo o culpa grave, como tampoco se consideró que debió responder en todo o en parte de los perjuicios causados por el restablecimiento del derecho que dio origen al detrimento patrimonial que se pretende repetir en contra de la señora Calderón.

Manifestó que la sentencia recurrida confunde la responsabilidad patrimonial del Estado con la responsabilidad patrimonial de sus agentes, en tanto dicha providencia señaló que la actuación de la demandada fue dolosa en relación con las personas que declaró insubsistentes, pero fue culposa respecto del daño sufrido por la entidad.

Añadió que disiente de la posición adoptada en la sentencia, por cuanto consideró que no se puede inferir que la actuación de la demandada hubiere sido dolosa o gravemente culposa, dado que en ninguna de las providencias en las cuales se sustentó la anulación de los actos que dieron lugar a la condena impuesta al ICBF, se calificó la culpa de la ex - funcionaria.

Afirmó que si bien las sentencias que condenaron a la entidad establecen que los actos fueron expedidos por motivos ajenos al mejoramiento del servicio, de ello no se puede inferir la culpa o el dolo en la conducta de la demandada. Señaló que *“[e]n el caso que nos ocupa, ciertamente que los actos que dieron origen a la declaración de responsabilidad estatal se demostró que la agente del Estado obró -sic- por motivos diferentes al buen servicio, por desviación y abuso de poder, pero en ninguno de esos fallos se estableció que el obrar del funcionario estuviera determinado por dolo o culpa grave”*.

Finalmente, mencionó que el *a quo* aplicó las presunciones de dolo y culpa grave establecidas en la Ley 678 de 2001, y que a pesar de que existió alguna irregularidad en la actuación de la demandada, el hecho de que hubiere actuado por móviles diferentes al buen servicio no se equipara a una actuación dolosa o gravemente culposa porque se trata de responsabilidades diferentes.

7. Actuación en segunda instancia

7.1. El recurso de apelación fue admitido por auto de 30 de mayo de 2003, por haberse interpuesto y sustentado oportunamente.

7.2. Mediante providencia de 4 de julio de 2003, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían.

7.3. La parte actora y la demandada guardaron silencio.

El Ministerio Público señaló que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en el sentido de que los hechos ocurrieron con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, y que la misma no podía aplicarse en forma retroactiva, dado que con anterioridad otros estatutos de carácter legal habían previsto la figura de la repetición.

Señaló que se encuentra probado que se declaró la nulidad de los actos administrativos y como consecuencia a título de restablecimiento del derecho se condenó al ICBF al reintegro de los funcionarios desvinculados y a pagarles el valor de todos los emolumentos desde que se produjo la desvinculación hasta que se hiciera efectivo el reintegro; que se demostró que el ICBF dio cumplimiento a dichos fallos a través del reintegro de los funcionarios, así como el pago de las sumas de dinero debidas; que también existe certeza de que para la fecha en que se produjo la declaratoria de insubsistencia de los empleados del ICBF, quien ejercía el cargo de Directora Regional del ICBF - Huila, era la señora Alba Diela Calderón Parra.

Argumentó que con las piezas procesales arrojadas por la entidad pública demandante se probó que la ex - funcionaria actuó con dolo o culpa grave en la expedición de los actos administrativos. Sostuvo que de conformidad con la parte motiva de cada uno de los fallos que declararon la nulidad de los actos administrativos de insubsistencia expedidos por la señora Calderón cuando se desempeñaba como directora regional del ICBF - Huila, se observó que tales actuaciones estuvieron signadas de móviles diferentes al mejoramiento del servicio y abuso del poder de la nominadora.

Concluyó que se desconocieron los principios constitucionales que deben guiar la función administrativa, dado que el actuar de la demandada permitió que intereses particulares y personales influyeran en la toma de decisiones administrativas de insubsistencia, que fueron anuladas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por tanto, consideró que se encuentra obligada a

reembolsar a la demandante el valor de las sumas que efectivamente se cancelaron por parte del ICBF.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala, tal y como se manifestó, confirmará la sentencia apelada, por los motivos que expondrá a continuación:

1. OBJETO DEL RECURSO

El presente proceso en el cual se acogieron las súplicas de la demanda, lo apeló la parte demandada, razón por la cual la Sala entiende la apelación interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, de conformidad con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, y según lo establecido en el artículo 305 *ejusdem*, el análisis se referirá a los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, para conocer si de los mismos se deducen o no los presupuestos para la procedencia de la acción de repetición contra la señora Alba Diela Calderón Parra y la declaración de responsabilidad patrimonial de la misma frente al Estado por los hechos a que se refiere el presente proceso.

Para tal efecto, la Sala analizará, en primer término, algunas generalidades de la acción de repetición y los presupuestos para su interposición y prosperidad; en segundo lugar, hará referencia a lo demostrado en el presente proceso; y finalmente se pronunciará sobre el caso concreto.

2. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y LOS PRESUPUESTOS PARA SU INTERPOSICIÓN Y PROSPERIDAD

2.1. Sea lo primero manifestar que los hechos objeto de discusión sucedieron en los años de 1988 y 1989, es decir, antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, motivo por el cual se resalta que los mismos se estudiarán al amparo de los artículos 77 y 78 del Decreto - ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, normas que desarrollaron legalmente la acción de repetición con anterioridad a aquella.

En efecto, fue en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto - ley 01 de 1984) en los que se consagró como vía judicial la posibilidad

de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena y además se señaló que en el evento de la declaratoria de responsabilidad, la sentencia siempre dispondría que los perjuicios fueren pagados por la entidad, rompiendo con el concepto de la responsabilidad solidaria a que se refería la normativa anterior.²

El artículo 77 señaló que “[s]in 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.” -Subraya la Sala-

En consonancia con la norma anterior, el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, estableció que:

“Artículo 78.- Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexas. 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.”³

En relación con esta norma, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

“Si bien es cierto por expreso mandato legal (art. 78 del C.C.A.) se puede en este tipo de acción demandar a la entidad pública o al

² Es de anotar que, antes de la consagración a nivel constitucional de esta institución, el ordenamiento jurídico en el nivel legal había regulado la responsabilidad patrimonial del servidor público en relación con los perjudicados y las entidades por los daños causados a éstas. En efecto, el Decreto – ley 150 de 1976, da cuenta de la acción de responsabilidad patrimonial contra los agentes públicos, bajo el título de “responsabilidad civil”, en los artículos 194 y ss., pero circunscrita únicamente al desarrollo de la actividad contractual de la administración, esto es, por los perjuicios que se causaran a los contratistas o terceros por acciones u omisiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales a título de culpa grave o dolo a propósito de la celebración, ejecución o inexecución indebidas de los contratos. En ese entonces, el artículo 197 *ibidem* facultó al contratista o al tercero lesionado, para demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o al exfuncionario responsable o a los dos en forma solidaria, en cuyo caso la sentencia determinaría de manera precisa la responsabilidad de cada uno de los demandados. Cuando el perjuicio se causaba a la entidad contratante se contaba con igual acción, que podía ser ejercida por su representante legal o el Ministerio Público (artículo 196 *idem*). Posteriormente, se expidió el Decreto – ley 222 de 1983, estatuto de contratación de la administración, en cuyos artículos 290 y ss., subrogó la anterior normativa, aunque reguló esta acción de responsabilidad patrimonial con similares alcances y también sólo en materia de actividad contractual del Estado.

³ La expresión subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-430 de 2000, en la cual se señaló, entre otros aspectos que: “Ello es así, porque la responsabilidad por el daño antijurídico es del Estado y no propiamente de su agente; lo que sucede es que la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, determinante del daño, tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado...”

funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad del ente al cual está adscrito o a ambos (como sucedió aquí), no es menos cierto que en esta última eventualidad no puede hablarse de solidaridad entre la persona pública y su servidor, porque, en el fondo, este último es la administración misma; en otros términos, porque la persona pública y su funcionario son una sola persona, ya que aquélla actúa a través de éste y para que exista la solidaridad debe darse, por activa, o por pasiva la pluralidad de sujetos.

“No obstante lo dicho la antecitada norma permite demandar al funcionario cuando éste con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones, cause perjuicios que deban resarcirse.

“Es esa la razón que les permite a los perjudicados demandar, ante esta jurisdicción, a la entidad pública, al funcionario o ambos como pasa a explicarse:

“a) Si se demanda sólo a la entidad y no se hace llamamiento en garantía, la condena será contra ésta. Si dentro del proceso se infiere que la responsabilidad del ente se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, podrá la administración demandar en acción de repetición a dicho funcionario.

“b) Si se demanda sólo a la entidad, esta podrá llamar en garantía al funcionario que la comprometió con su conducta dolosa o gravemente culposa. Aquí la condena, frente al demandante se entiende, será sólo contra la entidad. Pero, si además se comprobó dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario, la sentencia deberá disponer que la entidad repita contra dicho funcionario por lo que le corresponde.

“c) Si se demanda a la entidad y al funcionario y se considera que éste debe responder, en todo o en parte, se impondrá la condena contra aquélla, debiendo ésta repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera, una vez efectuado el pago.

“Lo precedente permite afirmar que en tales eventos por voluntad de la ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, en donde de manera expresa la ley (art. 293 del decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario.

“Se insiste que en los eventos de responsabilidad extracontractual o de reparación directa, la posibilidad de demandar al funcionario se da cuando a éste pueda imputársele dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (art. 77 del c.c.a.).

“Hechas las precisiones precedentes, se anota:

“Los artículos 77 y 78 del C.C.A., aunque anteriores al art. 90 de la nueva carta, continúan vigentes porque no solo no coliden con éste, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal,

como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicios.

“Se estima, entonces, que para la prosperidad de la repetición deberá no sólo resultar probada la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, sino que, precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó daño a la persona demandante. Se entiende, asimismo, que una vez cumplida la obligación por la entidad, esta deberá repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera.

“Lo precedente tiene su apoyo, como se dijo, en el artículo 78 del C.C.A., armonizado con el 77 del mismo estatuto”.⁴

Como puede apreciarse, de acuerdo con la norma explicada en precedencia, el perjudicado podrá demandar el resarcimiento de perjuicios a la entidad, al funcionario o a ambos, sólo que el agente público incurrirá en responsabilidad en el evento de que prospere la demanda contra la entidad o contra ambos. En estos últimos casos, cuando se demanda a la entidad y al funcionario o se llama a este en garantía la sentencia declarará tanto la responsabilidad de la entidad pública por el daño antijurídico irrogado a la víctima, como la responsabilidad del funcionario por su conducta dolosa o gravemente culposa que ocasionó el daño, pero dispondrá que los perjuicios sean pagados por aquélla y no por éste, contra quien la entidad deberá repetir lo pagado. Y en el evento de que en el juicio de responsabilidad administrativa no se demande también al funcionario o no se le llame en garantía, podrá la entidad pública repetir el valor de la condena contra el mismo, si de la sentencia se colige o infiere que la misma se produjo por dolo o culpa grave predicable de la actuación del agente público.

De ahí que la Sala en anterior oportunidad concluyó que:

“La acción de repetición busca responsabilizar patrimonialmente frente al Estado, al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con la víctima, para evitar un proceso o terminarlo anticipadamente. En ambos casos el patrimonio del Estado se disminuye y es precisamente la disminución del patrimonio estatal como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, la fuente de la acción de repetición.”⁵

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de diciembre de 1993, Exp. 7818, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 22 de octubre de 1997, Exp. 13977, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas.

2.2. De otra parte, cabe advertir que la Ley 678 de 2001, en desarrollo del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política⁶, reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, como las definiciones de dolo y culpa grave con las que se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales de estas dos modalidades y en las que estaría incurso el funcionario, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución; así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

Empero, los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001 y del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política, potencialmente constitutivos de la acción de repetición contra funcionarios o exfuncionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado, como se dijo, por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado.⁷

⁶ El Artículo 90 de la C.P. es del siguiente tenor: "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."

⁷ A manera de ejemplo los artículos 63 y 2341 del Código Civil; artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo; artículos 6, 90, 95, 121, 122, 124 de la Constitución Política; artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de Administración de Justicia"; artículo 54 de la Ley 80 de 1993, derogado expresamente por el artículo 30 de la Ley 678 de 2002; artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998.

Estas situaciones pretéritas que son sometidas y susceptibles de conocimiento de la jurisdicción, tal y como ocurre en el presente evento, cuyos hechos, según la demanda, datan de los años de 1988 y 1989, son las que plantean un conflicto de leyes en el tiempo, derivadas del tránsito normativo, tema que resulta de trascendental importancia jurídica en la medida en que, como se señaló, la Ley 678 de 2001, a manera de ejemplo, en sus artículos 5 y 6, contiene definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición y además consagra una serie de presunciones legales en las que estaría incurso el funcionario⁸, preceptos de suyo más rigurosos que lo previsto en las normas anteriores aplicadas en esta materia (artículos 63⁹ y 2341 del Código Civil).

En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación, con antelación a la expedición de la Ley 678 de 2001, para determinar si las conductas de los agentes públicos se subsumían en culpa grave o dolo, únicas modalidades que comprometen su responsabilidad personal y patrimonial frente al Estado en materia de repetición y

8 El artículo 5o. de esta ley define que "La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado", y la presume así: 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; y 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Por su parte el artículo 6o. *ibidem* señala que "La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones", y la presume por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; 2. Carencia o abuso de competencia para proferir decisión anulada, determinada por error inexcusable; 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable; y 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

9 El artículo 63 del Código Civil, es del siguiente tenor:

"ARTICULO 63. [CULPA Y DOLO]. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

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

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

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

llamamiento en garantía, utilizó las nociones previstas en la norma civil anterior y asimiló la conducta del agente al modelo del buen servidor público.¹⁰

Posteriormente, agregó, que estas previsiones debían ser armonizadas con lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política, que se refiere a la responsabilidad de los servidores públicos por infringir la Constitución y las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones; con el artículo 91 *ibídem*, según el cual no se exime de responsabilidad al agente que ejecuta un mandato superior, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona; y con la particular asignación de funciones señaladas en el reglamento o manual de funciones.¹¹

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, se tiene suficientemente averiguado por la jurisprudencia y la doctrina que la regla general es que la norma nueva rige hacia el futuro, al porvenir, esto es, se aplica a los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; por excepción, puede ser retroactiva, esto es, cobijar hechos o situaciones ocurridas en el pasado y con anterioridad a su vigencia.

Este postulado según el cual, en principio, la ley rige hacia el futuro y no puede ser retroactiva, daría a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001 y al inciso según del artículo 90 de la Constitución Política, continuarían rigiéndose por la normatividad anterior¹², máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de dolo o culpa grave, de manera que en aras de garantizar el derecho al debido proceso, se impone lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Constitución Política, por cuya inteligencia:

¹⁰ Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹¹ Sentencia de 31 de julio de 1997, Exp. 9894. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹² Así lo entendió el Ejecutivo en la publicación intitulada "Cartilla Instructiva de Acción de Repetición y Llamamiento en Garantía", en la que señala que: "...Ello resulta lógico, pues en el momento que se analiza los elementos de la responsabilidad civil necesariamente se deben examinar los hechos que dieron lugar a la conciliación o demanda contra la entidad para poder determinar, primero, la individualización de la responsabilidad del estado en uno de sus funcionarios y segundo para establecer si existió o no falla o culpa personal del funcionario para lo cual resulta indispensable analizar, entre otros documentos, las funciones que tenía asignadas en el momento de los hechos..." Cfr. Ministerio de Justicia y del Derecho y Programa de Lucha Contra la Corrupción. Op cit. Pág. 21

“...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.
(Subrayado de la Sala).

De acuerdo con la norma anterior, cabe efectuar las siguientes precisiones:

- a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad 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 aquella 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 patrimonial frente al Estado.
- c) Por consiguiente, si los hechos o actuaciones que dieron origen a la demanda y su posterior condena, son anteriores a la Carta Política de 1991, la normatividad aplicable será la vigente al momento de la conducta del agente público, que correspondía a los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo.

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 de conformidad con las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*. Es decir, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua.

Colígese de lo anterior que la Ley 678 de 2001, se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001¹³, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, la responsabilidad del agente público se debe analizar conforme a la normativa anterior; y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultratractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998.¹⁴

3. EL CASO CONCRETO

3.1. El recurso

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF formuló demanda de repetición contra Alba Diela Calderón Parra, en su calidad de ex - directora regional del ICBF - Huila, por considerar que es civilmente responsable de pagar al instituto la suma de \$43.423.153, que canceló en virtud de unas sentencias condenatorias en contra suya, proferidas los días 18 de diciembre de 1992, 13 de

13 Según Diario Oficial No. 44.509 de 4 de agosto de 2001.

14 En relación con lo anteriormente expuesto por la Sala ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 31 de agosto de 2006, Expediente Rad. No. 17.482 Actor: Nación – Ministerio De Defensa Nacional - Ejército Nacional, Demandado: Manuel Jesús Guerrero Pasichana; y Expediente No. 28.448, Actor: Lotería La Nueve Millonaria de La Nueva Colombia Ltda. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

diciembre de 1994, 14 de marzo de 1994 y 15 de marzo de 1995 por el Tribunal Administrativo del Huila, en las que se declaró la nulidad por “desviación de poder” de las Resoluciones Nos. 01019 de 19 de julio de 1988, 0726 de 15 de mayo de 1989, 00461 de 3 de abril de 1989, 01230 de 12 de agosto de 1988 a través de los cuales declaró insubsistente el nombramiento de los funcionarios María Eugenia Trujillo Ceballos, Gloria Luisa Losada Orozco, José Adolfo Perdomo Andrade y María Victoria Tafur Guzmán.

El Tribunal *a quo* consideró que se demostró que la demandada incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa, y que además en el expediente obra prueba de los actos administrativos que declararon la insubsistencia de varios funcionarios y de las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo del Huila que anularon dicho actos e impusieron condena en contra del ICBF.

En el recurso de apelación, la demandada arguyó: i) que se le aplicaron los criterios de responsabilidad del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, por hechos acaecidos entre el 19 de julio de 1988 y el 15 de mayo de 1999; ii) que en los términos de los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo y antes de la Carta Política, sólo se podía iniciar la acción de repetición contra el servidor público cuando la sentencia dispusiera que el funcionario debía responder en todo o en parte por los perjuicios, lo cual no ocurrió en las sentencias cuyo valor de las condenas impuestas se le cobran; iii) que se le aplicaron las presunciones de dolo y culpa grave establecidas en la Ley 678 de 2001; iv) que la sentencia impugnada confunde la responsabilidad patrimonial del Estado con la responsabilidad patrimonial de sus agentes, porque señaló que la actuación de la demandada fue dolosa en relación con las personas que declaró insubsistentes, pero fue culposa respecto del daño sufrido por la entidad; v) que a pesar de que existió alguna irregularidad, el hecho de que hubiere actuado por móviles diferentes al buen servicio no se equipara a una actuación dolosa o gravemente culposa, dado que no existe prueba y en ninguna de las providencias en las cuales se sustentó la anulación de los actos que dieron lugar a las condenas impuestas al ICBF se calificó la culpa de la ex - funcionaria.

En este contexto, la Sala procederá al estudio del recurso de apelación contra la sentencia así:

3.2. Régimen jurídico aplicable

Cabe precisar que, aún cuando en este asunto se advierte una ambigüedad en los argumentos de la demandada quien al contestar la demanda propuso la excepción de inexistencia de culpa grave o dolo precisamente sobre la base del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y en los alegatos de conclusión se fundamentó en dicha norma, como arriba se anticipó, teniendo en cuenta que los hechos que suscitan este proceso son anteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001 y a la Constitución Política de 1991 (1988 y 1989), fuerza concluir que la normativa que resulta aplicable para determinar los aspectos sustanciales de la responsabilidad del agente público, los elementos objetivos de la acción y analizar si en ese momento la demandada actuó con culpa grave o dolo, es la vigente a la fecha en que ellos ocurrieron y no aquella que fue expedida con posterioridad a los mismos.

De ahí que en aplicación de lo previsto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, las condiciones objetivas para que proceda la acción de repetición, como se señaló en esta providencia, consisten en que el Estado haya sido condenado o visto compelido conforme a la ley a la reparación de un daño antijurídico, y que se haya pagado el perjuicio o indemnización impuesto en la condena, todo lo cual debe ser acreditado en el plenario por la entidad pública demandante en el proceso, mediante el aporte de copias auténticas de la sentencia ejecutoriada y copias auténticas de los actos administrativos y demás documentos o pruebas idóneas que demuestren la cancelación de la indemnización del daño; de lo contrario, esto es, si no se cumplen esas dos condiciones y no se acreditan en forma legal dentro del proceso, el Estado no puede ni tiene la posibilidad de sacar adelante la acción contra el agente estatal y menos aún la jurisdicción declarar su responsabilidad y condenarlo a resarcir.

Así las cosas, en relación con el primer punto del escrito de apelación, se concluye que a la situación de la demandada no se aplica el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 678 de 2001, por tratarse de hechos acaecidos entre el 19 de julio de 1988 y el 15 de mayo de 1999, sino los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto - ley 01 de 1984), que, como atrás se explicó, habían consagrado como vía judicial la posibilidad de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad, pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con la segunda inconformidad del impugnante, la cual no resulta de recibo, por cuanto de los términos de esas normas no es posible inferir, como pretende, que sólo se podía iniciar la acción de repetición contra el servidor público, cuando la sentencia condenatoria en el proceso de responsabilidad de la administración dispusiera que el funcionario debía responder en todo o en parte por los perjuicios, pues ese era uno de los supuestos o escenarios que podían presentarse para demandar por vía de la acción de repetición al agente público que por culpa grave o dolo dio lugar a aquella; al contrario, resulta perfectamente posible que la entidad estuviera legitimada para impetrar dicha acción -en ese entonces por vía de la de reparación directa- en aras de recuperar el valor de la condena que se ocasionó por su conducta gravemente culposa o dolosa, aunque no se hubiera vinculado al funcionario a ese proceso de responsabilidad de la administración bien porque el actor no los demandó a ambos o porque la entidad no lo llamó en garantía.

De otra parte, respecto a la tercera censura cabe precisar que en la sentencia impugnada no se dio aplicación a los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 que establecen presunciones de dolo y culpa grave en la conducta del agente público, sino al artículo 63 del Código Civil, disposición a la cual se debía remitir, según la jurisprudencia, para determinar las nociones de esas dos modalidades subjetivas de actuación para fines de repetición.

En consecuencia, por versar el *subjudice* sobre hechos que se remontan a los años de 1988 y 1989, se examinará bajo la normativa sustancial vigente para aquella época y a la luz de los conceptos expuestos a propósito de las mismas en esta providencia.

3.3. Análisis de los presupuestos de la responsabilidad personal del agente

El acervo probatorio que obra en el expediente muestra en relación con lo elementos de la responsabilidad que se estudia, lo siguiente:

3.3.1. Sentencia judicial condenatoria

Se encuentra demostrado que la entidad pública demandante fue declarada patrimonialmente responsable mediante Sentencias de 18 de diciembre de 1992, 13 de diciembre de 1994, 14 de marzo de 1994 y 15 de marzo de 1995 proferidas por el Tribunal administrativo del Huila, en las que se declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 01019 de 19 de julio de 1988, 00726 de 15 de mayo de 1989, 01230 de 12 de agosto de 1988 y 00461 de 3 de abril de 1989, se ordenó el reintegro de los señores Marías Eugenia Trujillo, Gloria Luisa Losada Orozco, María Victoria Tafur Guzmán y José Adolfo Perdomo Andrade, y se condenó al pago de los salarios, primas, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir por cada uno de ellos desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea reintegrado.

Así consta en las copias auténticas aportadas al proceso de las sentencias (visibles a folios 20 a 90 del cd. 1), y notificadas a las partes mediante edictos de 12 de enero de 1995, 18 de marzo de 1994 y 22 de marzo de 1995 (folio 53, 71 y 90 cd. 1).

En consecuencia, se cumple con uno de los hechos generadores de la acción de repetición, cual es que el Estado se haya visto compelido de acuerdo con la ley, a la reparación de un daño antijurídico causado a un particular, a través de una sentencia condenatoria, en la que se vincula su responsabilidad patrimonial por la expedición de los actos administrativos a que hace referencia este proceso.

3.3.2. Pago a las víctimas del daño

Se demostró que los funcionarios desvinculados del ICBF fueron reintegrados a la entidad mediante Resoluciones Nos 0311 de 23 de febrero de 1993, 2263 de 25 de noviembre de 1994, 1236 de 23 de mayo de 1995 y 1251 de 25 de mayo de 1995 (copias auténticas fls. 91, 94, 95, 98 y 102 cd. 1) y sus respectivas actas de posesión (copias auténticas a fls. 92, 96, 100, y 104 cd. 1), y también se acreditó en el plenario que la entidad pagó a todas las víctimas del daño las sumas asumidas por la entidad pública a título de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por los funcionarios desde el momento en que fueron desvinculados hasta que efectivamente fueron reintegrados, por cuanto con la demanda y mediante oficio de 7 de diciembre de 1995 se aportaron copias auténticas de:

1) Relación de sueldos y demás prestaciones liquidadas a favor de María Eugenia Trujillo Ceballos por el período comprendido entre el 19 de julio de 1988 y el 3 de marzo de 1993 por valor de \$4.865.650, expedida por el jefe de división de recursos humanos del ICBF, que obra a folio 93 del cuaderno No. 1, y certificación expedida por la oficina de recursos humanos ICBF - Huila en la que consta que se canceló dicho valor a través del Banco Popular de Neiva el 18 de marzo de 1994 con cheque No. 1601708, suscrita por la beneficiaria del pago como constancia de recibo a satisfacción (fl. 140 cd. 1).

2) Relación de sueldos y demás prestaciones liquidadas a María Victoria Tafur por el período comprendido entre el 11 de agosto de 1988 y el 22 de diciembre de 1994 por valor de \$16.827.121, expedida por el director regional ICBF Huila, el jefe división administrativa y financiera y el jefe oficina recursos humanos del ICBF, visible a folio 97 del cuaderno No. 1, comprobante de pago No. 1858 de 9 de octubre de 1995 expedido por el Tesorero del ICBF en la que hace constar que dicho valor fue cancelado (fl. 133 cd. 1); y consignación de depósitos judiciales efectuada el 12 de octubre de 1995 en el Banco Popular por el monto señalado a orden del Tribunal Administrativo (Neiva), a nombre del ICBF regional Huila y en favor de la señora Tafur (fl. 134 cd. 1).

3) Relación de sueldos y demás prestaciones liquidadas a Gloria Luisa Losada Orozco por el período comprendido entre el 15 de mayo de 1989 y el 30 de mayo de 1995 por valor de \$11.581.941, expedida por el director regional ICBF Huila, el jefe división administrativa y financiera y el jefe oficina recursos humanos del ICBF, que obra a folio 101 del cuaderno No. 1; y comprobantes de pago Nos. 1857 de 9 de octubre de 1995 por \$10.068.753,67 y 2121 de 15 de noviembre de 1995 (valor del capital de sueldos, salarios y prestaciones) y por \$5.444.981 (valor de los intereses comerciales y moratorios), expedidos por el Tesorero del ICBF y con firma de recibido por la beneficiaria en la que hace constar que se le pagó estos montos. (fls. 131 y 132 cd.1).

4) Relación de sueldos y demás prestaciones liquidadas a José Adolfo Perdomo Andrade por el período comprendido entre el 4 de abril de 1988 y el 11 de junio de 1995 por valor de \$10.148.441, expedida por el director regional ICBF Huila, el jefe división administrativa y financiera y el jefe oficina recursos humanos del ICBF, que obra a folio 105 del cuaderno No. 1, y comprobantes de pago No. 1766 de 26 de septiembre de 1995 por valor de \$10.148.441 (valor del capital de sueldos,

salarios y prestaciones) y 2028 de 27 de octubre de 1995 por valor de \$2.665.793 (valor intereses comerciales y moratorios) expedido por el Tesorero del ICBF en la que hace constar que dicho valor fue cancelado y con firma de recibido por la beneficiaria en la que hace constar que se le pagó estos montos (fls. 129 y 131 cd. 1).

En consecuencia, se cumplió con el segundo requisito para la procedencia de la acción de repetición, esto es, la prueba del pago de las condenas impuestas a la entidad pública en unas sentencias en su contra y con base en las cuales se sustentan los hechos relatados en su escrito de postulación.

3.3.3. La conducta a título de dolo o culpa grave

Para que se pueda imputar la responsabilidad al agente público se requiere demostrar que la actuación que originó la condena contra el Estado lo fue con culpa grave o dolo, y que dicha actuación la realizó en su calidad de servidor público o de particular investido de funciones públicas con ocasión del ejercicio de éstas o a propósito de la prestación del servicio. Es decir, se trata de un responsabilidad subjetiva y, por ende, se encontrará obligado a reparar al Estado si el daño o perjuicio le es imputable por haberlo causado con dolo o culpa grave.

3.3.3.1 En este sentido, cabe precisar brevemente los dos conceptos, dolo y culpa grave, que integran el requisito subjetivo de la acción de repetición.

Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó¹⁵; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas

15 La cual coincide en términos generales con el significado que a la palabra suele dársele; así el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Espasa, Tomo 4, 2001, Pág 482), trae la siguiente definición: Culpa: "F. Imputación a alguien de una determinada acción como consecuencia de su conducta". 3. Der: Omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal."

circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible.

A propósito de la noción de culpa, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que:

"Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar."

"La culpa, pues se presenta en dos casos:

"a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

"b) Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.

"Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo..."¹⁶

Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico.

Precisamente, en relación con la gradación de la culpa el artículo 63 del Código Civil establece que:

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2 junio de 1958.

“ARTICULO 63. [CULPA Y DOLO]. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

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

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

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

De la norma que antecede se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo.

Respecto de la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. “*Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender quod omnes intelligunt para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño*”. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha “*...obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...*” (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110)¹⁷ y agregan que “*...reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no*

17 Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. La jurisprudencia de la Sección antes de la expedición de la Ley 678 de 2001 se apoyó en esta doctrina para precisar el alcance de la culpa grave.

podría explicarse sino por la necesidad, la temeridad o la incuria del agente...”
(Mazeaud y Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen II, pág 384.)

Ahora bien, en cuanto a la segunda modalidad subjetiva con la que se califica la conducta del agente, esto es, el dolo, debe entenderse por tal, aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción, un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado.

Así pues, dentro de los aspectos integrantes del dolo, nuestra doctrina ha mencionado que *“deben estar presentes dos aspectos fundamentales, uno de carácter intelectual o cognoscitivo y otro de naturaleza volitiva; o en palabras más elementales, para que una persona se le pueda imputar un hecho a título de dolo es necesario que sepa algo y quiera algo; que es lo que debe saber y que debe querer...”*¹⁸, de donde los dos aspectos resultan fundamentales, pues el volitivo es el querer la conducta dañina y el cognitivo le entrega al autor aquellos elementos necesarios para desarrollar la conducta de manera tal que logre u obtenga el fin dañino deseado.

De otro lado, en materia civil el doctrinante Arturo Valencia Zea, ha manifestado que:

“...es necesario distinguir entre el dolo contractual (o dolo como vicio del consentimiento) y el dolo extracontractual. El dolo contractual (dolo in contrahendo) es el engaño consciente que uno de los contratantes infiere a otro para inducirlo a la celebración de un contrato (C.C., art. 1515). El dolo extracontractual es el daño causado a otro en forma consciente al margen de un contrato.

*“En general, los daños cometidos con dolo, es decir con intención de dañar se denominan delitos civiles (C.C., art 2302, sustituido por el art.34 de la ley 57 de 1887; y los causados con culpa pero sin intención de dañar se denominan cuasidelitos o culpas (C.C., art.2301)...”*¹⁹

Resulta claro, entonces, que el elemento fundamental del dolo radica en el aspecto volitivo, de manera que obra dolosamente quien conociendo el daño que

18 ALFONSO REYES ECHANDÍA, Culpabilidad, Tercera Edición, Editorial Temis, 1998, pág 43.

19 VALENCIA ZEA ARTURO, Derecho Civil, Tomo III, Editorial Temis Bogotá Colombia, 1990, pag 167.

con su acción u omisión ha de producir, voluntariamente lo provoca²⁰, es decir, cuando actúa con intención maliciosa de generar un determinado resultado injusto, que se enmarca dentro de una conducta jurídicamente reprochable.

En suma, mientras la culpa es la falta de diligencia o de cuidado en la conducta por imprevisión, negligencia o imprudencia, el dolo como dice ENECCERUS “Es el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse un derecho o un deber”.

A propósito de estas dos nociones con ocasión de la acción de repetición, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de ‘culpa grave’ y ‘dolo’, la jurisprudencia (...) acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 (...) se distingue entre la culpa grave, la culpa leve y la culpa levisima, para efectos de señalar que culpa o negligencia grave es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios. Así mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo que, a su vez, se concibe como *‘la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro’*.

“(…)

“En términos generales la doctrina autorizada ha sostenido, que el dolo hace referencia a *‘la intención dirigida por el agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño’*, mientras que la culpa grave tiene que ver con *‘aquella conducta descuidada del agente estatal’*, causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal”.
(...).²¹

Finalmente, las nociones de culpa grave y dolo establecidas en el régimen civil deben ser acompañadas con la órbita funcional del servidor público, de manera que estos aspectos subjetivos de su actuación deba ser analizado y valorado a la luz del principio de legalidad, porque quienes están al servicio del Estado y de la comunidad, responden por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o

20 ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U, MANUEL; Y VODANOMIC H., ANTONIO, Tratado de la Obligaciones Volumen II, Segunda Edición, Ed. Jurídica de Chile, 2004, pág. 265.

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

extralimitación en el ejercicio de sus funciones, precepto constitucional previsto tanto en la Carta de 1991 (art. 6) como la de 1886 (art. 20).

Debe, entonces, el juzgador analizar o calificar la conducta del agente público bajo las anteriores nociones de título de culpa grave o dolo para atribuirle responsabilidad, a través de un juicio de valor de su conducta.

3.3.3.2 En el presente caso el acervo probatorio allegado al proceso permite deducir la actuación dolosa o gravemente culposa de la demandada en el entendido de su asimilación a términos del artículo 63 del Código Civil, pues está acreditado:

1) Que la demandada, ALBA DIELA CALDERON PARRA, en su condición de Directora del ICBF Regional Huila, declaró insubsistente el nombramiento del cargo de las siguientes personas que laboraban en el Instituto:

- María Eugenia Trujillo Ceballos en el cargo de ayudante de oficina 5155 grado 07 Centro Zonal Neiva Sur ICBF, según Resolución No. 01019 de 19 de julio de 1988 (fl. 16 cd ppal).

- Gloria Luisa Losada en el cargo de auxiliar de técnico 4110 grado 05 Centro Zonal Neiva Sur ICBF, según Resolución No. 00726 de 15 de mayo de 1989 (fl 17 cd ppal)

- José Adolfo Perdomo Andrade en el cargo de auxiliar administrativo 5120 grado 20 de la Sección Administrativa Financiera ICBF Huila, según Resolución No. 00461 de 3 de abril de 1989 (fl. 18 cd. ppal).

- María Victoria Tafur Guzmán en el cargo de profesional universitario ICBF Huila, según Resolución No. 01230 de 12 de agosto de 1988 (fl. 19 cd. ppal).

2) Que el Tribunal Contencioso del Huila de conformidad con las sentencias atrás referidas declaró la nulidad de los citados actos administrativos, por encontrar probado que fueron expedidos por ALBA DIELA CALDERON PARRA, en su condición de nominadora, con desviación de poder, esto es, que la desvinculación de los citados servidores fue una decisión adoptada con fundamento en móviles y

finés diferentes y opuestos al mejoramiento del servicio, tal y como se expone en cada uno de los fallos así:

a) En el caso de María Eugenia Trujillo Ceballos se dijo:

“...Para la Sala no queda la menor duda de que en dicha insubsistencia obraron motivos ajenos al del mejoramiento del servicio, como quedó establecido con las declaraciones, si se tiene en cuenta que MARIA EUGENIA TRUJILLO CEBALLOS, venía laborando con la Institución y en ese cargo por cerca de cuatro años, desempeñaba cabalmente su función y ninguno declara hechos que se desmeriten su capacidad laboral o su conducta en el desempeño de la función. Además, quien la reemplazó pese haber realizado un curso de secretariado, no sabía escribir a máquina, había terminado bachillerato y tenía experiencia poca, cerca de un año y medio en labores Secretariales generales, según se desprende de los documentos acompañados con la contestación de la demanda, lo que de entrada no garantizaba el mejoramiento del servicio...” (fls. 33 y 34 cd. ppal)

b) Respecto de Gloria Losada Orozco se señaló:

“...A este factor que pudiéramos decir convivía en el ánimo de la señora Directora Regional del ICBF hacía los subalternos que la acusaron ante el Director General, produjo la desvinculación de algunos de ellos, entre los que se cuenta GLORIA LUISA LOSADA OROZCO.

“Estos presupuestos procesales trasladados al campo jurídico conllevan la aseveración de que en efecto, el acto de insubsistencia de la actora se hizo con desviación de poder, desbordando la facultad discrecional, apartándose de los fines legales, que no podían ser distintos al mejoramiento del servicio, lo que nunca se cumplió, ya que las personas que sucedieron a GLORIA LUISA en el desempeño de sus funciones (...) no tenían entonces ni la experiencia ni la capacidad académica de la empleada removida.” (fl. 50 cd. ppal).

d) En relación con Maria Victoria Tafur Guzmán, se afirmó:

“...No obstante el testimonio allí recepcionado y las comunicaciones escritas por la Señora Directora (folios 36 a 43) confirman la molestia y disgusto que le causó aquel memorial, que la llevó, en sentir de algunos testigos, a buscar se firmará otro memorial de respaldo frente a la comunicación de los funcionarios del Centro Zonal Neiva Sur. A ellos se suman muchos otros testimonios que llevan a concluir que ciertamente hubo la desviación y abuso de poder de la nominadora al dictar el acto administrativo de insubsistencia de la nutricionista MARIA VICTORIA TAFUR GUZMAN, pues si bien su reemplazante (...) satisfacía la idoneidad académica y experiencia, su designación obedeció a intereses ajenos al buen servicio, dado que no se conocían antecedentes de eficacia o ineficacia en el desempeño del cargo de la demandante que ameritaran la insubsistencia...” (fls. 66)

d) Y sobre José Adolfo Andrade, se explicó:

“...Analizada en conjunto la prueba recaudada se concluye que la desvinculación del Demandante José Adolfo Perdomo, en realidad no obedeció al mejoramiento del servicio sino a la situación presentada debido al memorial de 29 de Enero de 1.988, firmado entre otros, por el aquí actor y por las personas a que se refieren las copias los fallos Allegados, memorial que se dirigió al Director Nacional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar informando de algunas conductas de la entonces Directora Regional del ICBF a raíz de la cual la señora directora ejerció represalias contra los firmantes. (...)

“Si bien la entidad demandada considera sospechosos la versión de Claudia Patricia Paéz Arciniegas, y Gloria Luisa Losada demandó también al ICBF, no puede desconocerse que las versiones de estos testigos encuentran respaldo no solo en los afirmado por Rubén Darío Toro Vallejo sino que fueron demostrados en otros procesos similares adelantados contra la entidad demandada, donde se estableció que la remoción de los demandantes obedeció a la persecución desatada por la Directora Regional del Instituto contra las personas firmantes de la carta dirigida al Director del Instituto.

“(...)”

“Sin embargo se demuestra como en el caso de estudio que la motivación no fue el mejoramiento del servicio, sino el descontento de la señora Directora Regional de la entidad demandada producido en el memorial firmado por algunos funcionarios, entre ellos, el Demandante Perdomo Andrade” (fls. 86 a 88 cd. ppal).

Como puede apreciarse, las sentencias dan cuenta que los actos de insubsistencia obedecieron a la situación presentada por un memorial de fecha 29 de enero de 1988 que dirigieron los funcionarios que posteriormente resultaron desvinculados al Director Nacional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, informando de algunas conductas de la ahora demandada y en ese entonces Directora Regional del ICBF, por lo cual ésta ejerció la atribución nominadora conferida en represalia contra los firmantes, máxime cuando en algunos eventos no se comprobó la ineficiencia laboral de los desvinculados o las personas por las que fueron reemplazadas no tenían la misma experiencia o capacidad académica, razón por la que en la expedición de los actos obraron motivos ajenos al del mejoramiento del servicio y, en consecuencia, fueron proferidos con desviación de poder.

En tal virtud, por sabido tiene la doctrina y la jurisprudencia que la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es

atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla.²² Se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas.

Esta expresión de la legalidad interna del acto administrativo implica la sujeción del poder administrativo al buen servicio y al interés general, para encausar la discrecionalidad de la actuación de las autoridades a estos postulados, y su existencia puede comprometer, incluso, la moralidad de la actuación. Así, la jurisprudencia de la Corporación a propósito de la configuración de la desviación de poder por desvinculación de servidores públicos en ejercicio de facultad discrecional, ha dicho que:

“...La desviación de poder es una modalidad de legalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 2o. de la Constitución Política y el art. 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser. De suerte que quien alega esta causal de anulación está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos para la moral administrativa...”²³

En otros términos, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto administrativo y posible un resarcimiento por los perjuicios que con su expedición se hayan inferido, pero que también puede comprometer su responsabilidad personal en los

²² VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho Administrativo, Edt Temis, Octava Edición, 1985, pág. 287.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia 16 de octubre de 1997, Exp. 92.64 C.P. Silvio Escudero Castro.

diferentes regímenes en que el ordenamiento jurídico encaja esa actuación para exigirla (penal, disciplinaria, fiscal, patrimonial, política, etc.).

En este caso las sentencias aportadas son prueba, como anotó el *a quo*, tanto de que la señora ALBA DIELA CALDERON PARRA en ejercicio de su cargo de directora actuó con desviación de poder en los actos de desvinculación, es decir, con móviles diferentes a la mejor prestación de servicio, como también de que soslayó los principios que deben orientar la actuación administrativa y el interés general (arts. 16 y 20 C.N anterior y 2 C.C.A. vigentes para la época de los hechos)²⁴, lo cual pugna en forma manifiesta con la diligencia y cuidado que un buen servidor público debe guardar en las actuaciones que le son confiadas. Pero, también, revelan que su intención, a más de no mejorar el servicio que se vislumbra como consecuencia de su conducta, fue la de inferir un daño a las personas que desvinculó por los móviles particulares enunciados en los fallos y, por ende, actuó en forma dolosa, tal y como lo calificó el *a quo* en la parte motiva de su sentencia (fl. 361 cd ppal).

Sobre la responsabilidad personal del agente por expedición de un acto administrativo que posteriormente es declarado nulo por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en juicios de repetición la Sala ha manifestado que, ante todo, dicha responsabilidad sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe la actuación dolosa o gravemente culposa del agente.

La Sala al preguntarse cómo se configuran el dolo y la culpa grave, en la expedición de un acto administrativo, ha dicho:

“...Toda vez que el acto administrativo es una decisión de una autoridad estatal con capacidad de modificar su entorno, obligatoria, en cuanto es ejecutiva y ejecutoria, es decir que se trata de una manifestación de voluntad unilateral de la Administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica general o particular, la acreditación de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente que obra a nombre de la Administración y expide el acto administrativo, implica que:

-O bien hubo mala fe en la toma de la decisión, porque el funcionario conocía su ilegalidad y el daño que de ella se derivaría para un

²⁴ Normas y principios que debían ser necesariamente del conocimiento de la demandada en razón del cargo y posición que ocupaba en la entidad pública –Directora Regional del ICBF- y de pertenecer aquellas al ordenamiento jurídico básico que deben ser del dominio y manejo de las autoridades para la prestación del servicio y la función pública a cargo de las mismas.

administrado, y no obstante expidió el acto administrativo, a sabiendas de esa ilegalidad, buscando obtener con él una finalidad ajena a la legalmente establecida para el ejercicio de esa competencia que le fue conferida;

- O bien, actuó observando una inexcusable ignorancia de la ley, teniendo en cuenta sus condiciones personales, profesionales y laborales....”²⁵

Por manera que, el asunto en examen se enmarca dentro de la primera de las posibilidades en las que la Sala considera que existe responsabilidad del agente público en la expedición de actos administrativos, esto es, la mala fe -que como se explicó equivale a dolo- en la toma de la decisión, porque el funcionario conocía que la medida no la adoptaba para mejorar el servicio -ilegalidad- y no obstante expidió el acto administrativo, a sabiendas de esas circunstancias, buscando obtener con él una finalidad ajena a la legalmente establecida para el ejercicio de esa competencia que le fue conferida y ocasionando así un daño a los funcionarios por la desvinculación injusta del servicio de la que fueron objeto.

Si bien es cierto que la responsabilidad patrimonial del agente y de la administración por un hecho lesivo a un particular es diferente, en tanto el Estado responde por el daño antijurídico y el agente por el hecho suyo atribuible por dolo o culpa grave, ello no significa que las circunstancias y hechos a evaluar para determinar una u otra responsabilidad no converjan en la conducta de la persona o agente público, de manera que es en este punto de encuentro de donde dimana la posibilidad de análisis de la responsabilidad personal del funcionario.

La distinción aunque puede no resultar sencilla es posible; *afirma Laferrère* “...Hay falta en el servicio si el acto dañoso administrativo es impersonal y revela al administrador más o menos sujeto de error. La falta personal, por el contrario es la que revela al hombre con sus debilidades, sus pasiones, su imprudencia...”²⁶, y esto fue precisamente lo que analizó el Tribunal *a quo* en la sentencia apelada, razón por la cual no resulta de recibo el argumento de que confundió la responsabilidad patrimonial del Estado con la responsabilidad patrimonial de sus agentes, porque señaló que la actuación de la demandada fue

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 30113 C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁶ Citado por VEDEL, Georges, Derecho Administrativo Edt. Aguilar, 1980, pág. 291.

dolosa en relación con las personas que declaró insubsistentes, pero fue culposa respecto del daño sufrido por la entidad, dado que esta manifestación tan sólo la hizo con el fin de atenuar el monto de la suma que le corresponde reintegrar a la entidad demandante.

Ahora bien, la inconformidad central de la demandada en su escrito de apelación consiste en que, como en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo contra los actos que fueron declarados nulos por haber sido expedidos con desviación de poder se tramitaron sin su presencia, se estaría afectando su derecho de defensa, puesto que no tuvo la oportunidad de contradecir las acusaciones formuladas contra los mismos, lo cual vulnera su derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Al respecto, debe precisar la Sala que en el evento de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición se sustenten en la expedición de un acto administrativo que es declarado nulo, dicha declaración ciertamente no implica necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, pues para ello se debe demostrar su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, y luego de un debate probatorio sobre estas modalidades de actuación del agente público que comprometen su responsabilidad.

Sin embargo, no se viola el principio del debido proceso y la presunción de inocencia, cuando el servidor público no haya sido vinculado en el proceso judicial que da lugar a la sentencia en la que se declara la nulidad del acto y la responsabilidad administrativa del Estado, y menos aún, cuando se aduzca esa providencia como soporte y prueba de los elementos de la acción de repetición correspondiente, toda vez que, precisamente, en garantía de dicho derecho, podrá el agente en el proceso de repetición desvirtuar las imputaciones dolosas o gravemente culposas que le endilga la entidad pública demandante con base en esa sentencia condenatoria.

La Administración tiene siempre la carga de probar la conducta irregular (dolosa o culposa) del agente que ocasionó la condena y el agente público tiene la oportunidad de demostrar en el juicio de la acción de repetición que el acto no fue expedido con dolo o con culpa grave, lo que ocurre, y sin que ello signifique que se estén aplicando las presunciones de dolo o culpa grave que consagra la Ley

678 de 2001, es que no puede desconocerse por el juez de la repetición que las sentencias son pruebas legalmente admisibles y valorables de hechos, en este caso concreto de una desviación de poder que motivó la anulación de unos actos administrativos, y que de acuerdo con las circunstancias y móviles en que se cometió esa conducta alejada de los fines del servicio equivalen a un hecho doloso, motivos y móviles que, pudiendo hacerlo en este juicio, por haber contado con todas las oportunidades y garantías legales para contradecir las pruebas, no fueron desvirtuados por la parte demandada contra la cual se adujeron las providencias, con las pruebas correspondientes.

De ahí que demostrada la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública), cuya definición entraña una actuación alejada de los fines del servicio público, sin que el servidor público hubiere demostrado en este proceso de repetición que ella realmente no existió (verbigracia no probó una mejora del servicio, o que vinculó en cada caso mejores funcionarios) o que no la hubiere cometido “voluntariamente” bajo esa modalidad de actuación (carga del agente demandado), no puede esperar que sea exonerado de la responsabilidad patrimonial que le atañe.

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.

Por lo anterior, contrario a lo aducido por el recurrente, la Sala observa que la causa del daño antijurídico por el que el Estado tuvo que indemnizar en virtud de las sentencias condenatorias al ICBF fue la conducta dolosa de la demandada, quien actuó por móviles diferentes al buen servicio, sin que se observe que para descargar esa responsabilidad patrimonial que le incumbe a la demandada de reintegrar la suma indemnizatoria pagada por la entidad pública a los funcionarios desvinculados, haya probado en este juicio alguna causa extraña (hecho de la víctima o de un tercero o fuerza mayor).

En efecto, si bien en el proceso obran testimonios practicados a petición de la demandada, los mismos no tienen el mérito suficiente para eximirla de la responsabilidad patrimonial por el pago de las condenas que originan la acción de repetición, dado que dichas declaraciones de los señores Ofelia Araujo Motta, Alfonso Trujillo Herrera, Carlos Julio González Villa, Inés Castaño Quiroga, Gerardo Murcia Gutiérrez, Diego Omar Muñoz Piedrahita y Carlos Eduardo Gómez, se refieren de manera general al desempeño y gestión de Alba Diela Calderón de Ramírez como Directora Regional del Huila -fls. 262 a 279 cd. ppal-, sin aporte de los detalles de las desvinculaciones y se realizan apreciaciones de esa gestión y de los requisitos académicos y de las personas que fueron nombradas en reemplazo de las desvinculadas sin ningún soporte documental de apoyo a su dicho o que aparezca en el proceso, los cuales, por lo demás, fueron el soporte del Tribunal *a quo* para atenuar su responsabilidad en cuanto a la suma a reintegrar, pero no alcanzan a desvirtuar las imputaciones realizadas en la demanda y que se probaron con las sentencias condenatorias aducidas en el proceso.

Se advierte que no se trata de que la desviación de poder equivalga automáticamente al dolo o la culpa grave en el régimen jurídico aplicable para la época de los hechos (1988 y 1989)²⁷, sino que los razonamientos de las sentencias condenatorias en cuanto a los móviles alejados del servicio y relacionados con intereses personales que determinaron la actuación de desvinculación de los funcionarios cuyo nombramiento en el cargo se les declaró insubsistentes y que permiten colegir este aspecto subjetivo en la conducta de la demandada en cuanto a la intencionalidad del hecho dañino, no fueron desvirtuadas por la misma.

De otra parte, no obstante que se observa que en la parte resolutive el Tribunal condenó por “culpa grave”, se considera que ello no tiene incidencia, habida cuenta que en su parte motiva fue clara en calificar la conducta en la modalidad de “dolo” y fundamentalmente porque en el régimen civil aplicable para la época de los hechos (art. 63 C.C), como se mencionó, ambos conceptos legalmente se equiparan.

²⁷ Porque actualmente, como se señaló, ello es diferente, en tanto en el numeral 1. del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, se presume el dolo cuando la realización del hecho se produce al obrar con desviación de poder, presunción en todo caso legal que admite prueba en contrario.

En este orden de ideas, los últimos dos argumentos del recurso no prosperan, toda vez que se probaron los elementos objetivos y subjetivos de la acción de repetición contra ALBA DIELA CALDERÓN PARRA, quien comprometió su responsabilidad patrimonial frente al Estado y, en consecuencia, está en el deber de reembolsar lo pagado por la entidad pública en las sentencias condenatorias.

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

F A L L A:

COMFIRMAR la sentencia apelada, esto es la proferida el 15 de noviembre de 2002 por el Tribunal Administrativo del Huila.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA