**MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN – Perspectiva desde la cual actualmente debe calificarse la conducta del agente o exagente.**

Para abordar estos aspectos, el Tribunal considera necesario hacer referencia a la perspectiva desde la cual actualmente debe calificarse la conducta del agente o exagente estatal en sede de repetición. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-259 de 2021 sostuvo que el análisis de la imputación subjetiva (dolo o culpa grave del demandado) “implica una valoración más desde las aristas juspunitivas, sin que obviamente puedan asimilarse en esta sede”, lo que significa “decantar las citadas ideas de dolo y culpa en perspectivas que aluden al conocimiento de hechos, voluntad de realizarlos y conciencia de su ilicitud (dolo) o a la realización de comportamientos que trasgreden reglas, por no tener el cuidado debido, en virtud de normas objetivas de comportamiento, o acaso sobre criterios de previsibilidad (imprudencia o culpa)”. Esta idea se concreta en las siguientes premisas: (…) En similar sentido, el Consejo de Estado se ha referido a la culpa en materia sancionatoria, particularmente disciplinaria, como sigue: (…) Si bien la jurisprudencia sigue sosteniendo el carácter resarcitorio y no sancionatorio del medio de control de repetición, el anterior aparte es útil para entender la culpabilidad bajo la lógica del *ius puniendi*.

**MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN – Demostración de la culpa grave con la que actuó el ex agente del Estado en el caso concreto por falsa motivación de acto de insubsistencia de empleada nombrada en provisionalidad.**

En esencia, el recurso de apelación insiste en que el demandado sustentó el acto de insubsistencia en un supuesto de hecho falso, que la motivación de la decisión expone el conocimiento que aquel tenía del marco jurídico que debía acatar, que la exigencia de mayores requisitos para el cargo debió estar precedida de la modificación del manual de funciones, y que el exalcalde no acreditó ni el mejoramiento del servicio, ni la existencia del supuesto estudio técnico que fundamentó la orden de retiro del servicio. Además, cuestionó la argumentación de la sentencia de primera instancia en relación con la exigencia del certificado de manipulación de alimentos. Teniendo en cuenta estas premisas, la Sala considera que le asiste la razón a la entidad demandante, porque el accionado efectivamente actuó de forma gravemente culposa al desatender los deberes objetivo y subjetivo de cuidado, pese a que le era exigible un comportamiento distinto. El señor Higuera Robles, en su calidad de alcalde del Municipio de Sotaquirá, declaró insubsistente el nombramiento provisional de la señora María Helverena Pulido Avendaño a través de la Resolución 028 del 1.º de febrero de 2016. Para tomar esta decisión, después de exponer sus bases jurídicas (principalmente, jurisprudencia acerca del deber y estándar de motivación de los actos de retiro de los servidores provisionales), el mandatario relacionó las funciones y contribuciones individuales del cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 1 y manifestó lo que sigue, que, valga decirlo, es el único párrafo en el que el análisis se refiere a la situación concreta de la empleada: “(…) Para el caso específico la funcionaria HELVERENA PULIDO AVENDAÑO, es quien ocupa el cargo en provisionalidad, al realizar la verificación de la historia laboral dentro del estudio técnico de la conveniencia de la planta de personal, se puede evidenciar que dentro de la experiencia acreditada por la funcionaria no se encuentra la de manipulación de alimentos, aspecto que por las características del cargo que desempeña son necesarios, por lo cual es prioritario proveer este cargo con una persona que tenga un perfil con experiencia en manipulación de alimento (sic), asepsia en proceso de limpieza y desinfección, aspectos que permitirían impactar el mejoramiento del servicio. (…)” Según se observa, la motivación del retiro del servicio se refirió a la falta de acreditación de experiencia relativa a labores de manipulación de alimentos (no se reprochan falencias en el requisito relativo a los estudios). La afectada presentó recurso de reposición contra esta determinación, con fundamento en tres argumentos de relevancia para este caso, a saber: (i) que adelantó en el Sena un curso de manejo tecnológico de alimentos perecederos; (ii) que laboró en Emsotaquirá E.S.P. también como auxiliar de servicios generales, con funciones de cafetería y manipulación de alimentos; y (iii) que el acto de insubsistencia creaba requisitos para el cargo que no aparecían en el manual de funciones de la entidad, máxime cuando la manipulación de alimentos no era su única ni principal función. En el recurso en comento (y dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho) la servidora desvinculada aportó pruebas para sustentar sus reparos. Por un lado, el manual de funciones del cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 1, que únicamente establece como requisitos para ocuparlo acreditar 5 años de educación básica primaria y 24 meses de experiencia laboral específica. Además, el manual relaciona las siguientes funciones del cargo: (…)“(…) III. DESCRIPCIÓN DE LAS FUNCIONES ESENCIALES 1. Mantener en perfecto estado de aseo y presentación las paredes, pisos, muebles, sanitarios, puertas y equipos de las diferentes dependencias de la Alcaldía. 2. Prestar eficientemente los servicios de cafetería, de conformidad con las instrucciones recibidas del jefe inmediato. (…) Por otro lado, copia del contrato de trabajo con base en el cual prestó sus servicios en Emsotaquirá E.S.P., cuya cláusula 2.ª establece que las funciones del empleo eran las siguientes: “Servicio de aseo en las oficinas de los entes Administrativos de la Alcaldía Municipal, servicio de cafetería y servicio de estafeta entre otros (sic)”. Asimismo, la empresa emitió una certificación en la que hizo constar que la señora María Helverena Pulido Avendaño laboró allí entre el 1.º de febrero de 2012 y el 13 de junio de 2014, esto es, 28 meses y 12 días. Cabe anotar que este documento estaba en la hoja de vida que reposaba en los archivos del municipio. También allegó una certificación del Sena que señala que en el año 1994 la señora Pulido Avendaño aprobó un curso de manejo tecnológico de alimentos perecederos, con una intensidad de 106 horas, cuyos componentes fueron *“IDENTIFICACION* (sic) *DE PROVEEDORES Y SISTEMAS COMERCIALES”*, *“CARACTERISTICAS* (sic) *FISIOLOGICAS* (sic) *DE LOS ALIMENTOS PERECEDEROS”*, *“MANIPULACION* (sic) *Y REGISTRO DE ALIMENTOS PERECEDEROS”*, y *“TECNICAS* (sic) *DE HIGIENE Y LIMPIEZA EN MANEJO DE ALIMENTOS PERECEDEROS”.* El recurso fue resuelto con la Resolución 042 del 24 de febrero de 2016. Este acto, suscrito por el demandado, señaló que no se estaban creando nuevos requisitos para el cargo, sino que “en virtud del mejoramiento del servicio se requiere un funcionario que acredite mejores calidades atendiendo el aspecto de Criterios de Desempeño”. Bajo esta premisa, la resolución indicó: “(…) La recurrente aduce en su escrito que los requisitos de estudio y experiencia para este acaso (sic) en especifico (sic) según el manual de funciones son: (…) Aspecto, que al analizarlo en unísono, cabría la posibilidad de hallarle la razón al recurrente, pero como el manual de funciones evalúa más condiciones entre las que esta (sic) las funciones a realizar, los criterios de desempeño, criterios básicos de conocimientos y por supuesto el propósito del mismo, nos lleva a la conclusión que el cargo en sí mismo puede soportar funcionarios con condiciones de experiencia y educación superiores a las exigidas, situación que no está controvirtiendo que la funcionaria contara con los requisitos mínimos, por el contrario se aduce su legalidad pero se advierte que el servicio puede ser mejorado buscando un funcionario con mejores calidades que impacte el servicio, y esas calidades las soporta (sic) los criterios de desempeños (sic) y las funciones a realizar. (…)”(Subraya y negrilla fuera del texto original)Conforme puede leerse, la principal razón para confirmar la decisión consistió en que *el servicio podía mejorarse* con el nombramiento de una persona que contara con calidades más altas. Adicionalmente, el entonces alcalde expresamente manifestó que la señora Pulido Avendaño sí cumplía los requisitos para ocupar el cargo. El anterior relato permite evidenciar el incumplimiento del deber objetivo de cuidado en cabeza del exalcalde. Desde el año 2010 la Corte Constitucional disipó las dudas que podían existir acerca del deber de motivar los actos de retiro de empleados provisionales en cargos de carrera administrativa y dilucidó el contenido que debía tener dicha motivación: (…) Entonces, el demandado estaba obligado a motivar el acto de retiro con razones fácticas verificables, pero no lo hizo. Inicialmente adujo que la señora Pulido Avendaño no tenía la experiencia que demandaba una de las funciones del cargo, pese a que en la hoja de vida que reposaba en los archivos de la entidad había una certificación en la que constaba que antes había prestado sus servicios en el área de servicios generales (incluyendo servicio de cafetería). Y, ante las pruebas que aportó la afectada junto con su recurso de reposición, varió la argumentación para aseverar, ya no la falta de experiencia, sino que el servicio mejoraría si se nombraba a una persona con mejores calidades, pese a reconocer que la señora Pulido Avendaño cumplía los requisitos que estableció el manual de funciones. Entonces, el burgomaestre en realidad acudió a una razón genérica para mantener la declaratoria de insubsistencia: el mejoramiento del servicio en abstracto. Incluso, debe ponerse de presente que la versión acerca del motivo del retiro ha venido cambiando a lo largo del tiempo. En el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el Municipio de Sotaquirá centró su contestación de la demanda en que “en la historia laboral no se encuentra indicio alguno frente a cualidades o capacitación para el servicios (sic) en aspectos de manipulación de alimentos y asepsia en los procesos de limpieza” Pero luego, al apelar la sentencia condenatoria, sostuvo que el certificado del Sena que allegó la afectada “no cumple con los requisitos de equivalencias entre estudios y experiencia”. El Tribunal aclara que estas últimas manifestaciones corresponden al Municipio de Sotaquirá y no propiamente al señor Luis Felipe Higuera Robles. Sin embargo, resultan relevantes porque la totalidad del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se surtió mientras aquel fungía como alcalde y, por ende, fue quien confirió el poder como representante legal del ente territorial y lideró su posición institucional. El demandado inició su mandato el 1.º de enero de 2016, expidió el acto de insubsistencia el 1.º de febrero de 2016, lo confirmó el 24 de febrero de 2016, y, posteriormente, la jurisdicción dictó las sentencias de primera y segunda instancia los días 8 de febrero de 2017 y 8 de febrero de 2018, respectivamente (el accionado renunció el 9 de octubre de ese año). (…) En este orden de ideas: (i) en sede administrativa, el señor Higuera Robles fundamentó el acto de retiro primero en la falta de experiencia en manipulación de alimentos por parte de la afectada y después en que, a pesar de tenerla, era posible que una persona con mejores calidades ocupara el cargo; (ii) en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras el accionado fungía como alcalde, el municipio primero señaló que la señora Pulido Avendaño no cumplía el requisito de capacitación y luego que el certificado del Sena no podía homologarse como experiencia; y (iii) en este proceso, el exalcalde expuso que la razón de la expedición del acto de insubsistencia consistió en que la afectada no acreditó el requisito de capacitación en manipulación de alimentos y, más adelante, al alegar de conclusión en primera instancia, manifestó que ella sí contaba con una certificación en la materia, pero que no estaba vigente para el año 2016. Adicionalmente, la Sala considera que existen tres puntos que merecen especial atención. Primero, aun cuando el acto de insubsistencia se fundamentó en la posibilidad de mejorar el servicio con la vinculación de una persona más calificada, ni en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ni en este hay pruebas acerca de este aspecto. Nunca se demostró que la persona que reemplazó a la señora María Helverena Pulido Avendaño contara con una mejor hoja de vida; en cambio, es claro que esta última sí era idónea para ocupar el cargo. Segundo, aun dejando de lado lo antedicho, el manual de funciones del Municipio de Sotaquirá no estableció como requisito la demostración de capacitación o experiencia específica en manipulación de alimentos, y esto es así porque el servicio de cafetería no implica adelantar dicho ejercicio de forma directa, pues las reglas de la experiencia apuntan a que esas labores se refieren a llevar bebidas calientes al equipo de trabajo y ocasionalmente entregarles alimentos ya preparados. Una muestra de ello es que el exalcalde (ni el municipio, en su momento) nunca exteriorizó cuáles fueron las actividades a través de las cuales la servidora manipulaba directamente alimentos, en el sentido de fabricarlos, procesarlos, prepararlos, envasarlos, almacenarlos, transportarlos o venderlos (art. 3.º Res. 2674/2013 MinSalud), más allá de las esbozadas previamente, y mucho menos que de su desempeño se infiera una falta de conocimientos o de pericia en la materia. Esto sin mencionar que las funciones del cargo principalmente giraban en torno a las labores de aseo de las instalaciones del palacio municipal. Y, tercero, tanto el acto de insubsistencia como la declaración del señor Luis Felipe Higuera Robles en su interrogatorio expusieron que la decisión se basó en un estudio técnico que elaboró la administración anterior. No obstante, ese documento no fue aportado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ni en el presente. En suma, el incumplimiento del deber objetivo de cuidado se extrae de la falta de veracidad de los motivos de hecho del acto que posteriormente resultó anulado, las incongruencias en las razones del retiro del servicio (todas ellas, desacertadas) y la falta de prueba del cumplimiento del presunto efecto que perseguía el retiro, así como de su supuesto fundamento técnico. (…). Todo lo anterior permite concluir que, aun cuando en el expediente no obre prueba de que el señor Luis Felipe Higuera Robles actuó con la intención de producir las consecuencias nocivas o, dicho de otra forma, que estuvo motivado por finalidades diferentes al buen servicio público, en todo caso sí se reúnen los elementos para calificar su conducta como gravemente culposa, pues representó una profunda falta de cuidado en el ejercicio de sus funciones.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
|  https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list\_procesos.aspx?guid=150013333009201900261011500123 |



***REPÚBLICA DE COLOMBIA***

***TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN 4***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, siete (7) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

|  |  |
| --- | --- |
| **MEDIO DE CONTROL:**  | REPETICIÓN  |
| **RADICADO:**  | 15001-33-33-009-**2019**-**00261**-01  |
| **DEMANDANTE:**  | MUNICIPIO DE SOTAQUIRÁ  |
| **DEMANDADO:**  | LUIS FELIPE HIGUERA ROBLES  |
| **TEMA:**  | ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADO PROVISIONAL – MOTIVACIÓN CON RAZONES DE HECHO FALSAS – CULPA GRAVE  |
| **ASUNTO:**  | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**  |

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la entidad demandante contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2022, mediante la cual el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja negó las pretensiones de la demanda.

 **I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA[[1]](#footnote-1)**

# DECLARACIONES Y CONDENAS

1. El Municipio de Sotaquirá, por intermedio de apoderado, presentó demanda de repetición contra el señor Luis Felipe Higuera Robles (exalcalde de la localidad), con el fin de que se le declare responsable por los perjuicios que presuntamente causó a la entidad con ocasión de la condena que se le impuso dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2016-00066.

1. Como consecuencia de lo anterior, pidió que se condene al demandado a pagar la suma de $23.855.693, debidamente indexada y junto con los intereses correspondientes.

# FUNDAMENTOS FÁCTICOS

1. El apoderado de la parte demandante enunció los fundamentos fácticos relevantes que se resumen enseguida:

1. Que la señora María Helverena Pulido Avendaño obtuvo una sentencia condenatoria dentro del proceso 2016-00066, en el cual solicitó que la jurisdicción declarara nulo el acto administrativo a través del cual el Municipio de Sotaquirá declaró insubsistente su nombramiento provisional.

1. Que el Municipio de Sotaquirá dio cumplimiento a la sentencia definitiva con la Resolución 085 del 16 de abril de 2019 y, en ese sentido, ordenó el pago de $23.855.693 a favor de la señora Pulido Avendaño, por concepto de

*“indemnización costas procesales”* (sic).

1. Que el pago se hizo efectivo el 16 de abril de 2019.

1. Que la señora Pulido Avendaño cumplía las condiciones de experiencia e idoneidad para ocupar el cargo de auxiliar de servicios generales, modo que el accionado (quien suscribió la resolución de insubsistencia) omitió su obligación de estudiar el caso con objetividad y profundidad, pues el acto resultó estar falsamente motivado y se apartó del precedente relativo a la motivación del acto de retiro de este tipo de empleados.

1. Que el deber de motivar el acto no era meramente formal, pues imponía que el fundamento de la decisión fuera razonable y coherente con la función pública. En ese sentido, de acuerdo con la jurisprudencia, debía tener relación con la provisión definitiva del cargo a través de un concurso de méritos, imposición de sanciones disciplinarias, calificación no satisfactoria o razones afines al servicio, lo cual no se expuso en este caso.

1. Que lo anterior, máxime que el accionado es abogado, representa un actuar gravemente culposo y se enmarca en la causal que prevé el artículo 6-1 de la Ley 678 de 2001 (violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho).

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

1. El accionado no contestó la demanda.

# SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[[2]](#footnote-2)

1. El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 16 de junio de 2022, resolvió:

*“(…)* ***PRIMERO.- NEGAR*** *las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:*** *Sin condena en costas a la parte demandante. (…)”* (Resaltado del texto original)

1. Para adoptar esta determinación, la jueza de primera instancia hizo referencia al marco normativo del medio de control de repetición y las presunciones de dolo o culpa grave, para luego abordar el caso concreto.

1. Señaló que en el proceso estaba probado que el señor Luis Felipe Higuera Robles se desempeñó como alcalde del Municipio de Sotaquirá para entre el 1.º de enero de 2018 y el 11 de octubre de 2018 y, además, suscribió los actos que finalmente fueron anulados.

1. Consideró que también se acreditó la existencia de la condena judicial, la cual está contenida en la sentencia proferida el 8 de febrero de 2017, que este Tribunal confirmó el 8 de febrero de 2018. Además, agregó que se demostró que el pago de la indemnización se produjo el 16 de abril de 2019.

1. Expuso que el análisis del elemento subjetivo de la repetición implicaba la

*“valoración integral de todos los elementos que encierran la demanda y de los medios probatorios”*, sin que fuera posible extrapolar las conclusiones del juicio que produjo la condena. Además, que el juez no podía variar la imputación fáctica y jurídica que proponía la demanda, so pena de vulnerar el principio de congruencia.

1. Coligió que, en ese sentido, *“el juicio de reproche planteado en el escrito introductorio carece de profundidad, claridad, precisión, desde el punto de vista fáctico y jurídico (…) pues se limita a justificar la imputación de la conducta como gravemente culposa de manera exclusiva en las conclusiones del juicio ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho que condenó la Municipio de Sotaquirá, carencia que no le corresponde al Despacho entrar a suplir”*.

1. Argumentó que, si bien era cierto que la sentencia del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho encontró viciado el acto de insubsistencia por falsa motivación (adujo falsamente que la servidora no cumplía los requisitos para ocupar el cargo), también lo era que en este proceso debían analizarse las demás aristas del caso, para concluir si la conducta del exalcalde envolvía una violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

1. Relató que la carga de acreditar la gravedad e inexcusabilidad de la conducta estaba en cabeza de la entidad demandante, pero la actividad de esta última *“se tornó superficial”*.

1. Adujo que el acto de insubsistencia no solo se sustentó en la falta de requisitos para ocupar el cargo, sino también en el mejoramiento del servicio con el nombramiento de otra persona con un perfil superior.

1. Coligió, por ende, que no estaba probado que el accionado actuara con culpa grave, pues *“en materia de manipulación de alimentos existen normas de rango superior al manual de funciones y requisitos adoptado por ese ente territorial, en las que se exige la capacitación en esa área para quienes sean manipuladores de alimentos, razones que dejan entrever un análisis amplio de las normas que regulan el caso bajo una convicción errada por criterios de interpretación”*.

1. Explicó que la señora María Helverena Pulido Avendaño no había actualizado la certificación médica de aptitud para manipular alimentos, de manera que la conducta del demandado no obedeció a un actuar lejano de las normas constitucionales y legales, sino que *“estuvo permeada por errores de interpretación normativa”*.

# RECURSO DE APELACIÓN[[3]](#footnote-3)

1. La parte actora apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

1. Afirmó que las pruebas que se recaudaron dentro de este proceso exponen que la decisión que tomó el señor Higuera Robles desconoció las normas legales que regulaban la materia. Además, agregó que, si bien el resultado del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no configura la responsabilidad del ex agente estatal, esto no impide recurrir a lo allí probado para fundamentar el análisis del elemento subjetivo de la repetición.

1. Manifestó que el contenido el acto de insubsistencia no solo mostraba la existencia de falsa motivación, sino también el conocimiento de las normas que regulaban la actuación y la intención de efectuar la desvinculación de la servidora sin hacer referencia a la realidad fáctica (no atendió el manual de funciones).

1. Añadió que el acto que resolvió el recurso de reposición que la afectada interpuso contra el acto de insubsistencia justificó la decisión con una análisis superficial y poco técnico de los criterios de desempeño. En ese sentido, recalcó que si lo que pretendía el entonces alcalde era el mejoramiento del servicio, debió primero llevar a cabo un estudio técnico y modificar el manual de funciones, y luego verificar si la empleada cumplía los requisitos para el cargo.

1. Esgrimió que el entonces alcalde no nombró en la vacante a una persona que contara con las calidades que echó de menos respecto de la empleada desvinculada, de modo que el objetivo de la actuación no fue el mejoramiento del servicio.

1. Redundó en que en este caso no se produjo un error de interpretación normativa, pues los actos que la jurisdicción declaró nulos indican un conocimiento en las normas que regulan el tema y, pese a ello, la adopción de una decisión incoherente con el sustento de derecho de la decisión.

1. Enfatizó que el demandado no desvirtuó la presunción de culpa grave, no contestó el libelo y la defensa consistió en asegurar que el acto anulado tuvo su soporte en un estudio técnico que no reposa en el proceso.

1. Insistió en que la motivación de los actos de retiro debe contener una razón suficiente y sustentada en motivos de hecho y de derecho coherentes con la realidad, que los requisitos de los empleos públicos deben fundarse en los estudios técnicos y manuales de funciones correspondientes, y que el retiro de empleados provisionales debe producirse por las causales legales.

1. Manifestó que los argumentos de la sentencia en relación con el deber de contar con un certificado de manipulación de alimentos y certificaciones médicas anuales tampoco son válidos, pues el Decreto 3075 de 1997 está derogado desde el 12 de febrero de 2015 y la Resolución 2674 de 2013 pone en cabeza del empleador tanto el deber de realizar los reconocimientos médicos, como el de contar con un plan de capacitación para los manipuladores de alimentos.

# TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

**31.** El juzgado concedió el anterior recurso mediante auto del 18 de agosto de 2022[[4]](#footnote-4) y esta Corporación lo admitió con providencia calendada del 13 de octubre del mismo año[[5]](#footnote-5). La parte demandada no se pronunció en relación con la apelación en la oportunidad que prevé el artículo 247-4 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021).

# CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO[[6]](#footnote-6)

1. La procuradora 121 judicial II con funciones de intervención ante este Tribunal rindió concepto oportunamente, en el sentido de solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia.

1. Sostuvo que la parte recurrente insiste en los argumentos que expuso a lo largo del proceso, pese a que las conclusiones del juicio ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho que condenó al Municipio de Sotaquirá se fundaron en el control de legalidad de los actos allí acusados y no en la valoración de la conducta del funcionario que los profirió.

1. Hizo alusión al carácter legal de las presunciones de dolo y culpa grave, para afirmar que *“para que la parte demandante pueda beneficiarse de estas presunciones debe precisar con total claridad la modalidad de conducta que imputa (…) y cuál es la presunción enlistada en los numerales de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 de la que se va a beneficiar, dejando sentado también en el libelo demandatorio la causa o porque la conducta del demandado se encuadra en una o varias de estas causales”*.

1. Reseñó que no cualquier error de los servidores públicos genera responsabilidad y, en ese sentido, *“la parte actora (…) no señaló, ni probó cual fue el comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario en el que incurrió el señor Exalcalde”*.

 **II. CONSIDERACIONES**

# CONTROL DE LEGALIDAD

**36.** De conformidad con el artículo 207 del CPACA, la Sala no encuentra hasta este momento que se haya configurado alguna causal de nulidad que pueda invalidar la actuación realizada dentro del proceso.

# PROBLEMA JURÍDICO

1. Corresponde a esta Sala establecer si: *¿En el proceso se acreditó que el señor Luis Felipe Higuera Robles actuó con culpa grave al declarar insubsistente el nombramiento provisional de la señora María Helverena Pulido Avendaño?*

1. De la interpretación de la sentencia apelada y los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

# TESIS ARGUMENTATIVA PROPUESTA POR LA SALA

*En este caso se demostró que el accionado actuó de forma gravemente culposa (con violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho) al declarar insubsistente el nombramiento de la señora María Helverena Pulido Avendaño.*

*El incumplimiento del deber objetivo de cuidado se extrae de la falta de veracidad de los motivos de hecho del acto que posteriormente resultó anulado, las incongruencias en las razones del retiro del servicio (todas ellas, desacertadas) y la falta de prueba del cumplimiento del presunto efecto que perseguía el retiro, así como de su supuesto fundamento técnico. Y el elemento subjetivo surge de la previsibilidad de las consecuencias de la actuación, pues con el fundamento jurídico que plasmó el acto podía anticiparse que la actuación estaba viciada de nulidad. Además, al demandado le era exigible un comportamiento diferente, como nominador y representante legal de la entidad.*

*Por lo tanto, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenará al señor Luis Felipe Higuera Robles a que reembolse el valor total de la condena que tuvo que sufragar el Municipio de Sotaquirá.*

# ANÁLISIS DE LA SALA

1. En la segunda instancia las partes no plantean ningún cuestionamiento a la configuración de los elementos objetivos del análisis de responsabilidad que debe llevarse a cabo en sede de repetición.

1. Así, la entidad accionante acreditó que el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja emitió sentencia condenatoria en su contra dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2016-00066 y que el Tribunal Administrativo de Boyacá confirmó esa determinación en sede de apelación[[7]](#footnote-7).

1. La entidad también demostró que dispuso cumplir la decisión judicial con la Resolución 085 del 16 de abril de 2019, la cual, al efectuar la liquidación respectiva, concluyó que la obligación ascendía a $22.717.976 por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir, y a $1.237.717 por concepto de costas procesales, para un total de $23.855.693 (sic). Este último valor fue pagado el 17 de abril de 2019 a través de cheque[[8]](#footnote-8).

1. Adicionalmente, en el proceso aparece probado que el señor Luis Felipe Higuera Robles fungió como alcalde del Municipio de Sotaquirá para el periodo 2016-2019, pero renunció al cargo el 9 de octubre de 2018 y el gobernador de Boyacá aceptó esa manifestación con el Decreto 542 del 8 de noviembre de ese mismo año[[9]](#footnote-9). En ese interregno suscribió personalmente tanto el acto de insubsistencia, como el que confirmó dicha decisión en sede de reposición, según se extrae del contenido de ambos documentos10.

1. Entonces, la discusión gira en torno al elemento subjetivo, es decir, si el daño por el que el municipio tuvo que pagar la indemnización se deriva de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.

1. En este contexto, el Tribunal se adentrará en los argumentos de la apelación, sin perjuicio de aclarar que el despacho de primera instancia decretó de oficio y como prueba trasladada el expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2016-00066, y permitió su contradicción en la audiencia de pruebas que llevó a cabo el 8 de marzo de 2022. Por esa razón, es posible su apreciación en esta sentencia, de conformidad con el artículo 174 del CGP.

# LAS PRUEBAS DEMUESTRAN QUE EL DEMANDADO ACTUÓ CON CULPA GRAVE

1. En esencia, el recurso de apelación insiste en que el demandado sustentó el acto de insubsistencia en un supuesto de hecho falso, que la motivación de la decisión expone el conocimiento que aquel tenía del marco jurídico que debía acatar, que la exigencia de mayores requisitos para el cargo debió estar precedida de la modificación del manual de funciones, y que el exalcalde no acreditó ni el mejoramiento del servicio, ni la existencia del supuesto estudio técnico que fundamentó la orden de retiro del servicio. Además, cuestionó la argumentación de la sentencia de primera instancia en relación con la exigencia del certificado de manipulación de alimentos.

1. Para abordar estos aspectos, el Tribunal considera necesario hacer referencia a la perspectiva desde la cual actualmente debe calificarse la conducta del agente o exagente estatal en sede de repetición.

1. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-259 de 2021 sostuvo que el análisis de la imputación subjetiva (dolo o culpa grave del demandado) *“implica una valoración más desde las aristas juspunitivas, sin que obviamente puedan asimilarse en esta sede”*, lo que significa *“decantar las citadas ideas de dolo y culpa en perspectivas que aluden al conocimiento de hechos, voluntad de realizarlos y conciencia de su ilicitud (dolo) o a la realización de comportamientos que trasgreden reglas, por no tener el cuidado debido, en virtud de normas objetivas de comportamiento, o acaso sobre criterios de previsibilidad (imprudencia o culpa)”*. Esta idea se concreta en las siguientes premisas:

*“(…) 76. Así las cosas, en el análisis de dolo y culpa en punto de la acción de repetición, debe establecerse la responsabilidad a partir de contenidos de imputación jurídica, que en ese sentido, dejen ver: i) ya la actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento* ***y con la intención de producir las consecuencias nocivas*** *– actuación dolosa–, o, ii) en su defecto, el actuar que pudo prever la irregularidad en la cual incurriría* ***y el daño que podría ocasionar*** *y aún* (sic) *así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa. (…)”[[10]](#footnote-10)* (Resaltado del texto original)

1. En similar sentido, el Consejo de Estado se ha referido a la culpa en materia sancionatoria, particularmente disciplinaria, como sigue:

*“(…) Además de ser un principio rector, la culpabilidad también es una categoría dogmática de la responsabilidad disciplinaria, que demanda que, luego de haberse constatado que la conducta era típica y sustancialmente ilícita, se valore, por un lado, el aspecto subjetivo de esta, a partir del análisis de las intenciones o la imprudencia del presunto autor de la falta, esto es, si actuó con dolo o con culpa. Por el otro, la* ***exigibilidad de un comportamiento distinto*** *por parte de disciplinado, o la demostración de que pudo y debió adoptar una actuación diferente a la ilícita.*

*(…)*

*Desde la doctrina especializada en la materia se ha dicho que ambas formas de culpa* [grave y gravísima] *tienen, como elemento común, que ellas dependen de la* ***desatención simultánea de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado****. El primero se refiere a la meticulosidad necesaria que, como dice la disposición, cualquier persona del común tiene en sus actuaciones, no obstante que, sobre esto, ha de valorarse la condición del sujeto disciplinable como servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas, y el conocimiento y diligencia que ha de poseer respecto de su función. Y el segundo, se relaciona con la previsibilidad de los acontecimientos derivados de la conducta del sujeto. (…)”[[11]](#footnote-11)* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Si bien la jurisprudencia sigue sosteniendo el carácter resarcitorio y no sancionatorio del medio de control de repetición, el anterior aparte es útil para entender la culpabilidad bajo la lógica del *ius puniendi*.

1. Teniendo en cuenta estas premisas, la Sala considera que le asiste la razón a la entidad demandante, porque el accionado efectivamente actuó de forma gravemente culposa al desatender los deberes objetivo y subjetivo de cuidado, pese a que le era exigible un comportamiento distinto.

1. El señor Higuera Robles, en su calidad de alcalde del Municipio de Sotaquirá, declaró insubsistente el nombramiento provisional de la señora María Helverena Pulido Avendaño a través de la Resolución 028 del 1.º de febrero de 2016[[12]](#footnote-12). Para tomar esta decisión, después de exponer sus bases jurídicas (principalmente, jurisprudencia acerca del deber y estándar de motivación de los actos de retiro de los servidores provisionales), el mandatario relacionó las funciones y contribuciones individuales del cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 1 y manifestó lo que sigue, que, valga decirlo, es el único párrafo en el que el análisis se refiere a la situación concreta de la empleada:

*“(…) Para el caso específico la funcionaria HELVERENA PULIDO AVENDAÑO, es quien ocupa el cargo en provisionalidad, al realizar la verificación de la historia laboral dentro del estudio técnico de la conveniencia de la planta de personal, se puede evidenciar que* ***dentro de la experiencia acreditada por la funcionaria no se encuentra la de manipulación de alimentos****, aspecto que por las características del cargo que desempeña son necesarios, por lo cual es prioritario proveer este cargo con una persona que tenga un perfil con experiencia en manipulación de alimento* (sic)*, asepsia en proceso de limpieza y desinfección, aspectos que permitirían impactar el mejoramiento del servicio. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Según se observa, la motivación del retiro del servicio se refirió a la falta de acreditación de *experiencia* relativa a labores de manipulación de alimentos (no se reprochan falencias en el requisito relativo a los estudios).

1. La afectada presentó recurso de reposición contra esta determinación, con fundamento en tres argumentos de relevancia para este caso, a saber: (i) que adelantó en el Sena un curso de manejo tecnológico de alimentos perecederos; (ii) que laboró en Emsotaquirá E.S.P. también como auxiliar de servicios generales, con funciones de cafetería y manipulación de alimentos; y (iii) que el acto de insubsistencia creaba requisitos para el cargo que no aparecían en el manual de funciones de la entidad, máxime cuando la manipulación de alimentos no era su única ni principal función[[13]](#footnote-13).

1. En el recurso en comento (y dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho) la servidora desvinculada aportó pruebas para sustentar sus reparos. Por un lado, el manual de funciones del cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 1, que únicamente establece como requisitos para ocuparlo acreditar 5 años de educación básica primaria y 24 meses de experiencia laboral específica[[14]](#footnote-14). Además, el manual relaciona las siguientes funciones del cargo:

*“(…)* ***III. DESCRIPCIÓN DE LAS FUNCIONES ESENCIALES***

* 1. *Mantener en perfecto estado de aseo y presentación las paredes, pisos, muebles, sanitarios, puertas y equipos de las diferentes dependencias de la Alcaldía.*
	2. *Prestar eficientemente los* ***servicios de cafetería****, de conformidad con las instrucciones recibidas del jefe inmediato.*
	3. *Responder por todos los utensilios de aseo, loza, electrodomésticos y demás asignadas, en desarrollo de sus funciones.*
	4. *Mantener informado al Jefe inmediato las necesidades de pedidos de café, azúcar, papel y demás elementos para el aseo y la ejecución de las labores asignadas.*
	5. *Cuidar las plantas ornamentales que se encuentran en la alcaldía y parque principal del municipio.*
	6. *Participar en la formación de una cultura de autocontrol y mejoramiento continua* (sic) *en la gestión del municipio, que contribuya al cumplimiento de la misión institucional.*
	7. *Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, de que reciba por delegación, y aquellas inherentes a la naturaleza del cargo de las funciones y a la formación del empleado. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Por otro lado, copia del contrato de trabajo con base en el cual prestó sus servicios en Emsotaquirá E.S.P., cuya cláusula 2.ª establece que las funciones del empleo eran las siguientes: *“Servicio de aseo en las oficinas de los entes Administrativos de la Alcaldía Municipal,* ***servicio de cafetería*** *y servicio de estafeta entre otros* (sic)*”[[15]](#footnote-15)*.

1. Asimismo, la empresa emitió una certificación en la que hizo constar que la señora María Helverena Pulido Avendaño laboró allí entre el 1.º de febrero de 2012 y el 13 de junio de 2014, esto es, 28 meses y 12 días. Cabe anotar que este documento estaba en la hoja de vida que reposaba en los archivos del municipio[[16]](#footnote-16).

1. También allegó una certificación del Sena que señala que en el año 1994 la señora Pulido Avendaño aprobó un curso de manejo tecnológico de alimentos perecederos, con una intensidad de 106 horas, cuyos componentes fueron

*“IDENTIFICACION* (sic) *DE PROVEEDORES Y SISTEMAS COMERCIALES”*, *“CARACTERISTICAS* (sic) *FISIOLOGICAS* (sic) *DE LOS ALIMENTOS PERECEDEROS”*, *“MANIPULACION* (sic) *Y REGISTRO DE ALIMENTOS PERECEDEROS”*, y *“TECNICAS* (sic) *DE HIGIENE Y LIMPIEZA EN MANEJO DE ALIMENTOS PERECEDEROS”[[17]](#footnote-17)*.

1. El recurso fue resuelto con la Resolución 042 del 24 de febrero de 2016[[18]](#footnote-18). Este acto, suscrito por el demandado, señaló que no se estaban creando nuevos requisitos para el cargo, sino que *“en virtud del mejoramiento del servicio se requiere un funcionario que acredite mejores calidades atendiendo el aspecto de Criterios de Desempeño”*. Bajo esta premisa, la resolución indicó:

*“(…) La recurrente aduce en su escrito que los requisitos de estudio y experiencia para este acaso* (sic) *en especifico* (sic) *según el manual de funciones son:*

*‘Aprobación de cinco (5) años de educación Básica Primaria y experiencia laboral especifica* (sic) *mínima de veinticuatro (24) meses.’*

*Aspecto, que al analizarlo en unísono, cabría la posibilidad de hallarle la razón al recurrente, pero como el manual de funciones evalúa más condiciones entre las que esta* (sic) *las funciones a realizar, los criterios de desempeño, criterios básicos de conocimientos y por supuesto el propósito del mismo, nos lleva a la conclusión que* ***el cargo en sí mismo puede soportar funcionarios con condiciones de experiencia y educación superiores a las exigidas, situación que no está controvirtiendo que la funcionaria contara con los requisitos mínimos, por el contrario se aduce su legalidad pero se advierte que el servicio puede ser mejorado buscando un funcionario con mejores calidades que impacte el servicio****, y esas calidades las soporta* (sic) *los criterios de desempeños* (sic) *y las funciones a realizar. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Conforme puede leerse, la principal razón para confirmar la decisión consistió en que *el servicio podía mejorarse* con el nombramiento de una persona que contara con calidades más altas. Adicionalmente, el entonces alcalde expresamente manifestó que la señora Pulido Avendaño sí cumplía los requisitos para ocupar el cargo.

1. El anterior relato permite evidenciar el incumplimiento del deber objetivo de cuidado en cabeza del exalcalde. Desde el año 2010[[19]](#footnote-19) la Corte Constitucional disipó las dudas que podían existir acerca del deber de motivar los actos de retiro de empleados provisionales en cargos de carrera administrativa y dilucidó el contenido que debía tener dicha motivación:

*“(…) El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA* [hoy, art. 138 CPACA]*. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.*

*Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de ‘razón suficiente’ en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde ‘****deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predican directamente de quien es desvinculado’****. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, ‘para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado* ***es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión’****. (…)”[[20]](#footnote-20)* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Siguiendo esa línea, la alta corte sostuvo que la exigencia argumentativa en estos escenarios no puede equipararse a la del retiro de los empleados en carrera, pero en todo caso debe basarse en motivos *“constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico”*:

*“(…) Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad.* ***Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación****. En este sentido, como bien señala la doctrina, ‘la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados’. (…)”[[21]](#footnote-21)* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Entonces, el demandado estaba obligado a motivar el acto de retiro con razones fácticas verificables, pero no lo hizo. Inicialmente adujo que la señora Pulido Avendaño no tenía la experiencia que demandaba una de las funciones del cargo, pese a que en la hoja de vida que reposaba en los archivos de la entidad había una certificación en la que constaba que antes había prestado sus servicios en el área de servicios generales (incluyendo servicio de cafetería).

1. Y, ante las pruebas que aportó la afectada junto con su recurso de reposición, varió la argumentación para aseverar, ya no la falta de experiencia, sino que el servicio mejoraría si se nombraba a una persona con mejores calidades, pese a reconocer que la señora Pulido Avendaño cumplía los requisitos que estableció el manual de funciones. Entonces, el burgomaestre en realidad acudió a una razón genérica para mantener la declaratoria de insubsistencia: el mejoramiento del servicio en abstracto.

1. Incluso, debe ponerse de presente que la versión acerca del motivo del retiro ha venido cambiando a lo largo del tiempo. En el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el Municipio de Sotaquirá centró su contestación de la demanda en que *“en la historia laboral no se encuentra indicio alguno frente a cualidades o capacitación para el servicios* (sic) *en aspectos de manipulación de alimentos y asepsia en los procesos de limpieza”[[22]](#footnote-22)*. Pero luego, al apelar la sentencia condenatoria, sostuvo que el certificado del Sena que allegó la afectada *“no*

*cumple con los requisitos de equivalencias entre estudios y experiencia”*.

1. El Tribunal aclara que estas últimas manifestaciones corresponden al Municipio de Sotaquirá y no propiamente al señor Luis Felipe Higuera Robles. Sin embargo, resultan relevantes porque la totalidad del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se surtió mientras aquel fungía como alcalde y, por ende, fue quien confirió el poder como representante legal del ente territorial y lideró su posición institucional. El demandado inició su mandato el 1.º de enero de 2016, expidió el acto de insubsistencia el 1.º de febrero de 2016, lo confirmó el 24 de febrero de 2016, y, posteriormente, la jurisdicción dictó las sentencias de primera y segunda instancia los días 8 de febrero de 2017 y 8 de febrero de 2018, respectivamente (el accionado renunció el 9 de octubre de ese año).

1. Ya dentro del presente proceso, el señor Luis Felipe Higuera Robles no contestó la demanda, pero en su interrogatorio de parte, que la jueza decretó de oficio, se limitó a afirmar que recordaba que expidió el acto de insubsistencia porque la servidora no contaba con una certificación en manipulación de alimentos24. Pero, en sus alegatos de conclusión de primera instancia (no se pronunció en la segunda instancia), además de extensas alusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre aspectos meramente conceptuales, aseguró que *“la certificación de manejo de alimentos debe actualizarse de manera anual, por lo que la certificación aportada al momento de expedir* [el acto de insubsistencia]*, se encontraba sin vigencia”.*

1. En este orden de ideas: (i) en sede administrativa, el señor Higuera Robles fundamentó el acto de retiro primero en la falta de experiencia en manipulación de alimentos por parte de la afectada y después en que, a pesar de tenerla, era posible que una persona con mejores calidades ocupara el cargo; (ii) en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras el accionado fungía como alcalde, el municipio primero señaló que la señora Pulido Avendaño no cumplía el requisito de capacitación y luego que el certificado del Sena no podía homologarse como experiencia; y (iii) en este proceso, el exalcalde expuso que la razón de la expedición del acto de insubsistencia consistió en que la afectada no acreditó el requisito de capacitación en manipulación de alimentos y, más adelante, al alegar de conclusión en primera instancia, manifestó que ella sí contaba con una certificación en la materia, pero que no estaba vigente para el año 2016.

1. Adicionalmente, la Sala considera que existen tres puntos que merecen especial atención. Primero, aun cuando el acto de insubsistencia se fundamentó en la posibilidad de mejorar el servicio con la vinculación de una persona más calificada, ni en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ni en este hay pruebas acerca de este aspecto. Nunca se demostró que la persona que reemplazó a la señora María Helverena Pulido Avendaño contara con una mejor hoja de vida; en cambio, es claro que esta última sí era idónea para ocupar el cargo.

1. Segundo, aun dejando de lado lo antedicho, el manual de funciones del Municipio de Sotaquirá no estableció como requisito la demostración de capacitación o experiencia específica en manipulación de alimentos, y esto es así porque el servicio de cafetería no implica adelantar dicho ejercicio de forma directa, pues las reglas de la experiencia apuntan a que esas labores se refieren a llevar bebidas calientes al equipo de trabajo y ocasionalmente entregarles alimentos ya preparados.

1. Una muestra de ello es que el exalcalde (ni el municipio, en su momento) nunca exteriorizó cuáles fueron las actividades a través de las cuales la servidora manipulaba directamente alimentos, en el sentido de fabricarlos, procesarlos, prepararlos, envasarlos, almacenarlos, transportarlos o venderlos (art. 3.º Res. 2674/2013 MinSalud), más allá de las esbozadas previamente, y mucho menos que de su desempeño se infiera una falta de conocimientos o de pericia en la materia. Esto sin mencionar que las funciones del cargo principalmente giraban en torno a las labores de aseo de las instalaciones del palacio municipal.

1. Y, tercero, tanto el acto de insubsistencia como la declaración del señor Luis Felipe Higuera Robles en su interrogatorio expusieron que la decisión se basó en un estudio técnico que elaboró la administración anterior. No obstante, ese documento no fue aportado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ni en el presente.

1. En suma, el incumplimiento del deber objetivo de cuidado se extrae de la falta de veracidad de los motivos de hecho del acto que posteriormente resultó anulado, las incongruencias en las razones del retiro del servicio (todas ellas, desacertadas) y la falta de prueba del cumplimiento del presunto efecto que perseguía el retiro, así como de su supuesto fundamento técnico.

1. En otras palabras, el señor Luis Felipe Higuera Robles no actuó con la meticulosidad necesaria que le era exigible como nominador, la cual se acentuaba dado su rol de alcalde y, por ende, máxima autoridad del ente territorial. Esto, sin perder de vista que el accionado es abogado de profesión.

1. Por otra parte, el incumplimiento del deber subjetivo de cuidado surge de la evidente previsibilidad de las consecuencias de la conducta. Tanto el acto de insubsistencia como el que lo confirmó despliegan una amplia argumentación respecto del deber de motivar los actos de retiro de los empleados provisionales y cuáles son los requisitos para que esta sea válida, incluso con la citación de la jurisprudencia que se trajo a colación en esta providencia.

1. Además, como se dijo, el entonces alcalde reconoció explícitamente que la señora María Helverena Pulido Avendaño cumplía los requisitos para ocupar el cargo de auxiliar de servicios generales código 470 grado 1, pese a que posteriormente cuestionara este aspecto, al punto de convertirlo en el centro de su defensa ante la justicia.

1. El análisis conjunto de ambos aspectos permite concluir que el demandado podía anticipar que la actuación estaría viciada de nulidad, pero esperó que dicha consecuencia no se configurara bajo el argumento del mejoramiento del servicio.

1. Finalmente, las circunstancias del retiro exponen que el entonces alcalde bien pudo adoptar un comportamiento diferente. Por una parte, si existía duda sobre el cumplimiento de los requisitos del cargo, el funcionario pudo revisar el manual de funciones e incluso requerir a la servidora para que aclarara sus calidades, antes de expedir el acto de insubsistencia. Igualmente, el recurso de reposición que interpuso la afectada lo facultaba para corregir su decisión, al constatar que la señora María Helverena Pulido Avendaño reunía los requisitos para ocupar el cargo.

1. Todo lo anterior permite concluir que, aun cuando en el expediente no obre prueba de que el señor Luis Felipe Higuera Robles actuó con la intención de producir las consecuencias nocivas o, dicho de otra forma, que estuvo motivado por finalidades diferentes al buen servicio público, en todo caso sí se reúnen los elementos para calificar su conducta como gravemente culposa, pues representó una profunda falta de cuidado en el ejercicio de sus funciones.

1. Ahora bien, la entidad demandante alegó que en este caso se configuró la presunción de culpa grave que prevé el artículo 6-1 de la ley que regula la acción de repetición (L. 678/2001), es decir, *“[v]iolación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”*. La Corte Constitucional se ha referido a los elementos de la culpa grave por esta hipótesis como se cita enseguida:

*“(…) En respuesta al primer cargo esta Corte debe resaltar la evidente diferencia que existe entre la norma atacada y las demás que constituyen el artículo 5º de la Ley 678. De la simple lectura de la disposición se observa que ésta incluye, además del ingrediente ‘manifiesto’, el elemento de ‘inexcusabilidad’, el cual es ajeno a las demás normas del artículo 5º. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, refrendada en este punto por la Corte Constitucional con ocasión del estudio de la LEAJ* [Ley Estatutaria de la Administración de Justicia]*,* ***la inexcusabilidad es elemento fundamental de la culpa grave, toda vez que ‘la disposición al exigir que el error sea de abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse.’*** *(…)*

*Como lo dice la Corte Suprema de Justicia, no cualquier error tiene la potencialidad de comprometer la responsabilidad del agente estatal:* ***sólo aquel que por sus dimensiones no pudo haber sido cometido sino mediante total o crasa negligencia del sujeto que emite el acto, podría ser juzgado con esa calificación****. En este sentido, es cierto que si el error no es inexcusable, no existe responsabilidad patrimonial por parte del agente del Estado. No obstante, como se vio, esto no debilita los alcances del artículo 90 de la Constitución, porque al Estado lo ata, no la culpa del agente, sino la antijuridicidad del daño.*

*Por similares razones, el calificativo de ‘manifiesto’ tampoco resulta atentatorio del artículo 90 de la Carta. Si se siguen los mismos criterios expuestos en relación con el numeral último del artículo 5º de la Ley 678, se entenderá que* ***la manifestabilidad es requisito del concepto de culpa grave, ya que no cualquier error, en este caso uno poco evidente, recóndito o nimio, podría ser constitutivo de aquel tipo especial de culpa.*** *Como se dijo en aquel otro contexto, si el error no es manifiesto, sino que procede del normal desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, la culpa por él engendrada no tendría por qué ser catalogada como grave. (…)”25* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

1. Los anteriores elementos se reúnen en el presente caso. El señor Luis Felipe Higuera Robles incurrió en una omisión al incumplir el estándar de motivación del acto de retiro de la empleada provisional, el cual se desprende del artículo 125 de la Constitución26 y hace parte del contenido del mandato que contempla el parágrafo 2.º del artículo 41 de la Ley 909 de 200427, en concordancia con el principio de publicidad y el derecho al debido proceso, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y administrativa.

1. Esta omisión (i) es manifiesta debido a que, al contrario de ser insignificante, fue el aspecto trascendental que derivó en la condena por la que ahora se repite y se consumó a partir de razones de hecho claramente falsas; y (ii) es inexcusable, porque las justificaciones que el accionado ha expuesto carecen de validez jurídica y, como se dijo, se propusieron junto con un sustento jurisprudencial del cual podía extraerse la insuficiencia e irregularidad de la actuación.

1. Así las cosas, esta Corporación concluye que efectivamente se configura la presunción de culpa grave en comento. Por consiguiente, el accionado tenía la carga de probar que actuó con diligencia o que, por lo menos, su conducta culposa no podía calificarse como grave, pero en este caso no contestó la demanda y tampoco adelantó actividad probatoria alguna.

1. C. Const., C-455, jun. 12/2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
2. *“(…)* ***ARTICULO 125.*** *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*(…)*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (…)”* 27 *“(…)* ***ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO.***

*(…)*

***PARÁGRAFO 2o.*** *Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. (…)”*

1. Finalmente, la Sala considera que los argumentos con los que la sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda fueron desacertados porque, de un lado, la entidad demandante expuso con suficiencia los aspectos por los que consideraba que debía prosperar la repetición, y por otro, debido a que el supuesto problema de interpretación que fundó la absolución no proviene de la motivación del acto de insubsistencia ni de la defensa del accionado y, además, parte de un bases erradas, que consisten en que sí debía exigirse formación en manipulación de alimentos (requisito de estudios) para el cargo de auxiliar de servicios generales del Municipio de Sotaquirá, al margen de las exigencias que aparecían en el manual de funciones.

1. Adicionalmente, debe aclararse que, pese a que el Ministerio Público en esta instancia conceptuó en el sentido de pedir que se confirmara la negación de las pretensiones del libelo, en primera instancia y con las mismas pruebas su posición se dirigió a solicitar que la jurisdicción emitiera sentencia condenatoria.

# GRADO DE PARTICIPACIÓN, MONTO DE LA CONDENA Y PLAZO PARA EL PAGO

1. El artículo 14 de la Ley 678 de 2001 prescribe:

*“(…)* ***ARTÍCULO 14. CUANTIFICACIÓN DE LA CONDENA.*** *<Aparte tachado inexequible> Cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo a la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo ~~a sus condiciones personales~~ y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición.*

*(…)”*

1. En este caso, el señor Luis Felipe Higuera Robles fue quien adoptó directamente la decisión cuya anulación da lugar a la repetición, en su calidad de representante legal de la entidad. No existen pruebas de que su determinación se fundara en conceptos de otros funcionarios o en un estudio técnico, como lo menciona la motivación del acto, ni de que el menoscabo se originara por fallas estructurales en los diseños de los procesos misionales de la Administración.

1. Así las cosas, la Sala le ordenará reembolsar al Municipio de Sotaquirá el 100 % de la condena, que equivalió a **$23.855.693** y comprende la sumatoria de los emolumentos laborales y costas a cuyo pago fue condenado el municipio (sin incluir intereses moratorios ni otros conceptos ajenos a la declaratoria de insubsistencia). Es más, la sentencia definitiva del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho limitó la indemnización derivada de la orden de reintegro en los términos de la sentencia SU-556 de 2014 y la Administración descontó las sumas que la servidora devengó a título de remuneración durante el periodo en que permaneció desvinculada.

1. En estas condiciones, esta Corporación considera que el reintegro íntegro de la condena atiende el principio de proporcionalidad, de conformidad con la sentencia SU-354 de 2020, expedida por la Corte Constitucional.

1. Dicho valor se traerá al valor presente[[23]](#footnote-23), tomando como índice inicial el vigente al momento del pago a la señora Pulido Avendaño (17 de abril de 2019) y como índice final el vigente al momento de dictarse esta providencia, con base en la fórmula que emplea el Consejo de Estado, así:

 Ra = Rh Índice final

 Índice inicial

 Ra = $23.855.693 130,40 (enero 2023)

 101,62 (marzo 2019)

#  Ra = $30.611.911

**90.** Para el pago de estos valores por parte del demandado, el Tribunal le concederá el término de 6 meses, en consonancia con el artículo 15 de la Ley 678 de 2001[[24]](#footnote-24).

# COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

**91.** Al margen de la decisión de fondo que se adopta en esta sentencia, la acreditación de gastos procesales o la actividad de las partes, no se dictará condena en costas de acuerdo con el artículo 188 del CPACA (adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021), debido a que en el medio de control de repetición se ventila un interés público, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado[[25]](#footnote-25), y en la medida que la demanda no careció de fundamento legal, porque, de hecho, prosperó[[26]](#footnote-26).

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** lasentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja. En su lugar, se dispone:

1. **DECLARAR** patrimonialmente responsable al señor **Luis Felipe Higuera Robles**, identificado con c. c. 6.770.598, por los valores que reconoció y pagó el **Municipio de Sotaquirá** a favor de la señora **María Helverena Pulido Avendaño** en virtud de la sentencia definitiva que se dictó dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2016-00066, de acuerdo con lo que se indicó en precedencia.

1. Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** al señor **Luis Felipe Higuera Robles** a reintegrar la suma de **treinta millones seiscientos once mil novecientos once pesos ($30.611.911)** a favor del **Municipio de Sotaquirá**.

1. **FIJAR** el término de seis (6) meses, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta providencia, para el cumplimiento de lo anterior por parte del demandado.

1. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la Secretaría General del Tribunal deberá comunicar esta decisión a la División de Registro, Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, en los términos de los artículos 38 (num. 43) y 238 del Código General Disciplinario.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema Samai.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**

*Ausente con permiso*

**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

**Magistrada**

*Firmado electrónicamente*

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**Magistrado**

***Constancia:*** *La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma Samai por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.*

1. Archivo *“02. DEMANDA Y ANEXOS”*. [↑](#footnote-ref-1)
2. Archivo 15 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-2)
3. Archivo 22 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-3)
4. Archivo 21 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-4)
5. Anotación 4 Samai (segunda instancia). [↑](#footnote-ref-5)
6. Anotación 8 Samai (segunda instancia). [↑](#footnote-ref-6)
7. Archivo *“02. DEMANDA Y ANEXOS”*, pp. 17-50. [↑](#footnote-ref-7)
8. Archivo *“02. DEMANDA Y ANEXOS”*, pp. 54-63. [↑](#footnote-ref-8)
9. Archivo *“02. DEMANDA Y ANEXOS”*, pp. 13-14 y 64-71. 10 Archivo *“1. NYR 2016-066”*, pp. 27-39 y 74-86. [↑](#footnote-ref-9)
10. C. Const., Sent. SU-259, ago. 6/2021. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. [↑](#footnote-ref-10)
11. C.E., Sec. Segunda, Sent. 2015-00480 (1211-2015), jun. 23/2022. M.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Archivo *“1. NYR 2016-066”*, pp. 27-39. [↑](#footnote-ref-12)
13. Archivo *“1. NYR 2016-066”*, pp. 43-72. [↑](#footnote-ref-13)
14. Archivo *“1. NYR 2016-066”*, pp. 175-177. [↑](#footnote-ref-14)
15. Archivo *“1. NYR 2016-066”*, p. 109. [↑](#footnote-ref-15)
16. Archivo *“1. NYR 2016-066”*, p. 209. [↑](#footnote-ref-16)
17. Archivo *“1. NYR 2016-066”*, p. 106. [↑](#footnote-ref-17)
18. Archivo *“1. NYR 2016-066”*, pp. 74-86. [↑](#footnote-ref-18)
19. Para la fecha de expedición del acto de insubsistencia la Corte Constitucional ya había expedido, por ejemplo, las sentencias SU-556 de 2014 y SU-054 de 2015, que reiteraron la línea que se consolidó con la sentencia SU-917 de 2010. [↑](#footnote-ref-19)
20. C. Const., Sent. SU-917, nov. 16/2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-21)
22. Archivo *“1. NYR 2016-066”*, pp. 159-169. 24 Archivo 41 del expediente electrónico. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ver, por ejemplo: C.E., Sec. Tercera, Sent. 2011-00230 (55432), sep. 1.º/2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-23)
24. *“(…)* ***ARTÍCULO 15. EJECUCIÓN EN CASO DE CONDENAS O CONCILIACIONES JUDICIALES EN ACCIÓN DE REPETICIÓN.*** *En la sentencia de condena en materia de acción de repetición la autoridad respectiva de oficio o a solicitud de parte, deberá establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación. (…)”* [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver, por ejemplo: TAB, Sent. 2017-00181, ago. 12/2021. M.P. José Fernández Osorio. [↑](#footnote-ref-25)
26. Sobre los criterios para disponer sobre la condena en costas, ver, por ejemplo: TAB, Sent. 2018-00229, mar. 8/2022. M.P. José Fernández Osorio, entre otras. [↑](#footnote-ref-26)