

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**Sala de Decisión No. 2**

Tunja.

13 SEP 2017

Medio de Control : **Repetición**  
Demandante : **Corporación Autónoma Regional de Boyacá**  
Demandado : **Ana Elvia Ochoa Jiménez**  
Expediente : **150013333008-2013-00184-01**

**Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja que negó las pretensiones de la demanda impetrada por la Corporación Autónoma Regional de Boyacá contra la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez.

**I. ANTECEDENTES**

**1.-DE LA DEMANDA**

En ejercicio de la acción de repetición, la Corporación Autónoma Regional de Boyacá a través de apoderada judicial, pidió a esta jurisdicción declarar la responsabilidad administrativa de la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez, en su condición de ex servidora pública, de los perjuicios ocasionados a dicha entidad, quien fue condenada por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja en fallo del 20 de enero de 2011, el cual fue confirmado por este Tribunal.

Medio de Control : **Repetición**  
Demandante : **Corporación Autónoma Regional de Boyacá**  
Demandado : **Ana Elvia Ochoa Jiménez**  
Expediente : **150013333008-2013-00184-01**

2

Que se condene a la demandada al pago de la suma de \$210.586.119, que corresponde al valor total de la condena que tuvo que sufragar la Corporación Autónoma Regional de Boyacá en favor del señor Luis Reinaldo Rincón Arias.

Pide que se condene a la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez a cancelar intereses comerciales a favor de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá - CORPOBOYACÁ, desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso.

Que se ajuste la condena tomando como base el índice de precios al consumidor.

## **2.-FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Narra la demanda que el señor Luis Reinaldo Rincón Arias interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de CORPOBOYACÁ, con el fin de que se declarara la nulidad de la Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004 proferida por la Directora General de dicha entidad, ingeniera Ana Elvia Ochoa Jiménez, a través de la cual se le dió por terminado el nombramiento en provisionalidad en el cargo de Técnico Código 4080 Grado 10 de la Corporación, demanda que cursó en el Juzgado Once Administrativo de este circuito judicial.

Que mediante sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Administrativo de este circuito judicial, se declaró la nulidad de la Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004, y se condenó a CORPOBOYACÁ al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por el señor Luis Reinaldo Rincón Arias, desde la desvinculación hasta su reintegro efectivo, con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

Que el pago total efectuado en favor del señor Luis Reinaldo Rincón Arias, ascendió a la suma de \$210'586.119; que el mismo fue realizado el 28 de diciembre de 2012.

Que el Comité de Conciliación de la entidad en sesión de fecha 14 de junio de 2013, procedió a realizar el estudio de la acción de repetición, en contra de los ex servidores públicos que con su actuar pudieron dar lugar al reconocimiento

indemnizatorio, concluyendo que se encuentran los presupuestos legales requeridos para adelantar la acción en contra de la ex servidora Ana Elvia Ochoa Jiménez, quien actuara en calidad de Directora General para la época de la ocurrencia de los hechos, puesto que la conducta desplegada por la misma se enmarca en los parámetros de la culpa, requisito esencial de la acción de repetición como lo prevé la Ley 678 de 2001 y la jurisprudencia actual del Consejo de Estado.

## II. TRAMITE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto de 28 de agosto de 2014 (fls. 123 a 125 c1).

Una vez fue notificada la demandada, ésta presentó escrito de contestación tal como se deja ver a folios 148 a 184 del cuaderno 1.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues si bien es cierto la Corporación Autónoma Regional de Boyacá – CORPOBOYACÁ fue condenada mediante sentencia de 20 de enero de 2011 proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Tunja, confirmada por este Tribunal, también lo es, que conforme a las razones de defensa se acreditará que la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez actuó siempre dentro de los parámetros de legalidad que informan las funciones de quien en una entidad pública tiene la responsabilidad de su representación, y en consecuencia de actuar siempre procurando defender los intereses de todo orden de la entidad respectiva, específicamente en el caso de la desvinculación del referenciado funcionario.

Sostiene que del texto de la sentencia de primera instancia proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y particularmente su ratio decidendi, se puede extractar sin mayor esfuerzo intelectual, que pese a que fueron distintas las causales propuestas como fundamento de la nulidad deprecada contra el acto administrativo acusado, que determinó la desvinculación del entonces actor, es determinante que ese despacho haya considerado únicamente como causal la de falsa motivación, porque comprendió que el acto de desvinculación aunque en su texto no expresaba los motivos por los cuales la administración adoptó la

Medio de Control : Repetición  
Demandante : Corporación Autónoma Regional de Boyacá  
Demandado : Ana Elvia Ochoa Jiménez  
Expediente : 150013333008-2013-00184-01

4

determinación respectiva, en la hoja de vida del entonces accionante dejó plasmadas las razones que habían concurrido en CORPOBOYACÁ para determinar separarlo del empleo, en especial los testimonios rendidos por los ex compañeros de labor del entonces accionante.

Señala que nunca hubo una falsa motivación determinada porque los supuestos que llevaron a la desvinculación del funcionario fueron imaginarios o inventados por la demandada, sino muy por el contrario, fueron fruto de un sesudo, planificado y fundamentado estudio y acción administrativa a favor de la administración pública y el Estado en general en CORPOBOYACÁ, lo cual está plasmado en documentos oficiales.

Asegura que del recorrido fáctico y probatorio que antecede, lo que permite establecer con toda precisión, es que el propósito único que inspiró a CORPOBOYACÁ en el acto de separación de la función pública del demandante, no fue otro que el de mejorar el servicio que específicamente correspondía a aquel ámbito preciso de sus funciones públicas y en el área, también exacta, donde la administración pudo detectar desde un inicio falencias graves que no logró superar por la falta de pericia y compromiso acreditados de aquel dicho funcionario, frente a los planes que la entidad diseñó para corregir el déficit de la prestación del servicio en el área de licencias ambientales que le correspondía.

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo del 3 de marzo de 2016, denegó las pretensiones de la demanda.

El problema jurídico planteado por el a quo se encaminó a establecer si la demandada Ana Elvia Ochoa Jiménez en su calidad de Directora General de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, resulta patrimonialmente responsable al haber dado lugar con su conducta dolosa o gravemente culposa al pago de la suma de doscientos diez millones quinientos ochenta y seis mil ciento diecinueve pesos (\$210'586.119) por parte de CORPOBOYACÁ, los cuales se derivaron de la

condena impuesta en contra de la entidad dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No.2005-0103, adelantado por el señor Luis Reinaldo Rincón Arias, que fue tramitado en primera instancia por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja y en segunda instancia por este Tribunal.

Manifestó ese despacho que no fue aportada prueba alguna que diera cuenta que la señora Ochoa Jiménez hubiera actuado con dolo o culpa grave y que, en razón de lo anterior, se hubiera generado la condena en contra de la entidad; que tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión, la entidad demandante alegó que la culpa de la accionada se concretaba en la omisión del deber objetivo de cuidado que le correspondía al no motivar el acto administrativo que dio por terminado el nombramiento efectuado al señor Luis Reinaldo Rincón Arias.

Señaló que ese aspecto no fue la razón por la que se declaró la nulidad del acto de desvinculación ya que, de hecho, después de ser expresamente estudiado ese cargo, fue desechado tanto por el a quo como por el a quem; que en dicho proceso se encontró acreditado el vicio de nulidad de falsa motivación, que necesariamente implica que se habían manifestado las razones de la decisión pero que aquellas no correspondían con la realidad fáctica o jurídica del caso; que la causal de nulidad declarada en el proceso originario no se convierte en hecho cierto ni plena prueba en sede de repetición: que en el presente juicio debe acreditarse el dolo o la culpa grave del agente o ex agente.

Que fue probada que la demandada al momento de ser nombrada Directora General de CORPOBOYACÁ realizó un informe del estado general de la entidad a diciembre de 2003, y al momento de ser expuesto se indicó lo siguiente: “(...) Área de Subdirección de Gestión Ambiental. Se destaca el **cúmulo por resolver de trámites de licencias, permisos y quejas**, el manejo de inventarios, el archivo de expedientes, el estado del laboratorio de calidad ambiental, y red de monitoreo de calidad de aire y manejo de viveros (...)”; que la demandada dejó una constancia del 23 de septiembre de 2004, día anterior al de la expedición del acto de desvinculación, en la que se señaló: “(...) que el área que tiene a cargo las funciones

Medio de Control : Repetición  
Demandante : Corporación Autónoma Regional de Boyacá  
Demandado : Ana Elvia Ochoa Jiménez  
Expediente : 150013333008-2013-00184-01

6

misionales de administración, control y vigilancia de los Recursos Naturales, específicamente el área de licencias ambientales, aprovechamientos forestales y seguimiento ambiental a cargo de la Subdirección de Gestión Ambiental, presenta una notoria debilidad en el cumplimiento de estas funciones, área para la cual presta servicios el técnico LUIS REINALDO RINCÓN (sic) ARIAS, evidenciándose que no ha demostrado el grado de compromiso y capacidad necesarios para el ejercicio de sus funciones, permitiendo que los trámites y conceptos técnicos bajo su responsabilidad evidencian deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones que por ley en esta área ejecuta la Corporación, generando inconformismo de los usuarios, reclamaciones verbales ante el Subdirector, el Director y la Secretaria (...)."

Que los testimonios rendidos dentro del plenario, dan cuenta de que el ingrediente subjetivo de la determinación no puede catalogarse como doloso en el sentido de ser una decisión caprichosa, ni tampoco puede considerarse gravemente culposo, siendo que los testigos manifestaron que el servidor retirado era ineficiente en el cumplimiento de sus funciones.

Señaló que los testigos coincidieron en dos aspectos relevantes, primero, que la decisión de retirar del servicio al señor Luis Reinaldo Rincón Arias fue dictada después de que las directivas de la entidad tuvieran consenso sobre el tema, es decir, no fue una determinación personal o individual, y segundo, que después de la salida del funcionario el servicio mejoró, lo cual se observó con los indicadores introducidos mediante la implementación del Sistema de Gestión de Calidad de la Corporación.

Manifestó que en la actuación que dio lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado no medió una intención directa de proceder arbitrariamente, ni tampoco la determinación fue adoptada con ligereza, negligencia, imprudencia o impericia en lo atinente a las funciones que cumplía la accionada sino que, por el contrario, aquella se condujo con la convicción de cumplir sus obligaciones y procurar el mejoramiento del servicio; que la actuación desplegada por la señora Ochoa Jiménez no puede encuadrarse en las presunciones de dolo o culpa grave

Medio de Control : **Repetición**  
Demandante : **Corporación Autónoma Regional de Boyacá**  
Demandado : **Ana Elvia Ochoa Jiménez**  
Expediente : **150013333008-2013-00184-01**

7

establecidas en la Ley 678 de 2001, ni en los mismos conceptos según las definiciones contempladas en el Código Civil.

Que para el despacho no es válida la afirmación de la parte demandante alusiva a que los deponentes atestiguaron sobre el cumplimiento de las funciones por parte del señor Rincón Arias, y no acerca de la actividad desplegada por la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez, debido a que ambas circunstancias se encuentran íntimamente relacionadas en tanto que en esta Litis se pretende averiguar la motivación de la decisión dictada por la accionada, que en todo caso fue previa a la expedición del acto y debe tener un sustrato material; que el hecho de que ninguno de los declarantes hubiera sido llamado al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho para que atestiguara, en nada desdibuja las afirmaciones efectuadas por ellos, debido que además de carecer de fundamento jurídico ésta aseveración, aquello limitaría el poder del juez para buscar la verdad real, siendo esto contrario al deber funcional de la administración de justicia.

Precisó que ante la inactividad probatoria de la entidad accionante para acreditar la configuración de este requisito y las circunstancias demostradas con los medios de convicción obrantes en el plenario, fuerza concluir que las pretensiones del medio de control no están llamadas a prosperar.

#### **IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Por intermedio de su apoderada, la entidad demandante interpone y sustenta el recurso de alzada con base en los siguientes argumentos:

Que se evidencia que existe relación o nexo de causalidad entre la conducta realizada por la ingeniera Ana Elvia Ochoa Jiménez en su calidad de Directora General de la Corporación para la época de los hechos y la condena impuesta por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja confirmada por la Sala de Descongestión de este Tribunal, pues la ex servidora pública no cumplió con todos los requisitos exigidos para realizar la declaratoria de la terminación del nombramiento provisional, en el cargo de Técnico Código 4080 Grado 10

Medio de Control : **Repetición**  
Demandante : **Corporación Autónoma Regional de Boyacá**  
Demandado : **Ana Elvia Ochoa Jiménez**  
Expediente : **150013333008-2013-00184-01**

8

CORPOBOYACÁ, del señor Rincón Arias; que según lo establecido por ese Juzgado y por este Tribunal se incurrió en la causal de falsa motivación en la expedición del acto de retiro del actor, sin que dentro de este proceso la demandada justificara probatoriamente su actuar frente a tal situación.

Que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 678 de 2001 se tiene que, una vez confrontadas las conductas irregulares de los funcionarios implicados, determinadas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con las causales de imputación de la conducta a título de dolo y de culpa grave, se tiene que la conducta desplegada por el entonces Director General de la Corporación, a saber, Ana Elvia Ochoa Jiménez, se encuadra en lo señalado en el numeral 3° del artículo 6° de la Ley 678 de 2001, por cuanto el daño se originó como consecuencia de la omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez del acto administrativo, determinada por el error inexcusable.

Señala que las pruebas testimoniales decretadas y practicadas por el juez de primera instancia fueron solicitadas por el extremo demandado, porque los declarantes “son conocedores directos de los hechos materia de controversia en el presente proceso, en tanto que eran funcionarios de CORPOBOYACÁ con responsabilidades en las áreas y temas específicos respecto de las funciones del señor Luis Reinaldo Rincón Arias y pueden, en consecuencia de ello, ofrecer testimonio sobre los asuntos que gravitan en la presente discusión jurídica”.

Sostiene que el propósito de las pruebas testimoniales era, como en efecto sucedió, que los testigos se pronunciaran en relación con las funciones que tenía el señor Luis Reinaldo Rincón Arias, quien fue la persona que como reiteradamente se ha dicho, demandó en nulidad y restablecimiento del derecho el acto administrativo que lo separó del servicio, es decir, que se trata de una persona ajena a este litigio, pues aun cuando el presente asunto deviene de la condena que debió asumir CORPOBOYACÁ en el proceso que inició dicha persona, esta última ninguna calidad ostenta en el presente proceso, de manera que pretender que a través de las declaraciones recepcionadas se determinen aspectos inherentes a quien ni es parte en

el proceso, y ni siquiera se relaciona con el objeto de este asunto, torna la prueba en impertinente e inconducente.

Asegura que todos los testigos coincidieron en relatar el desempeño laboral de terceros, y nada se dijo respecto del asunto en concreto, a saber, la responsabilidad o no que le atañe a la entonces Directora General de la entidad, señora Ana Elvia Ochoa Jiménez, en la desvinculación irregular del funcionario; que ninguno de quienes rindieron su testimonio dentro de las presentes diligencias, fue llamado como testigo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2005-0103, circunstancia que fue desestimada por la a quo, pero que al ser analizada causa extrañeza, pues obsérvese que fueron cuatro testigos en este proceso de repetición quienes afirmaron conductas abiertamente contrarias respecto del señor Luis Reinaldo Rincón Arias, frente a tres testigos que depusieron en el proceso de nulidad y restablecimiento, todos superiores jerárquicos y jefes del señor Rincón Arias, quienes llevaron a la convicción al juez de primera y segunda instancia, que en el caso estudiado dentro del proceso radicado No. 2005-0103 se encontró acreditada la existencia de falsa motivación en la expedición del acto demandado.

Manifiesta que la parte demandada no logró demostrar la falta de intencionalidad en la conducta desplegada, pues los testimonios que toma la a quo para desestimar las pretensiones de la demanda, nada dijeron respecto de la circunstancia particular de haber expedido una constancia sobre novedad laboral en la planta de personal referida a las fallas del señor Luis Reinaldo como funcionario de la entidad, y su confrontación con los testimonios rendidos dentro del proceso No. 2005-0103, que desvirtúan transversalmente la susodicha constancia.

Que de acuerdo a los hechos expuestos se encuentra que los mismos se basan en el fallo judicial condenatorio proferido por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, razón por la cual procede a analizar uno a uno los presupuestos legales para configurar la acción de repetición, en contra de los ex servidores públicos que eventualmente tuvieron injerencia, de conformidad con la Ley 678 de 2001.

Medio de Control : Repetición  
Demandante : Corporación Autónoma Regional de Boyacá  
Demandado : Ana Elvia Ochoa Jiménez  
Expediente : 150013333008-2013-00184-01

10

Menciona respecto del primer requisito "existencia y prueba del daño" que, mediante sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, calendada el 20 de enero de 2011, la cual fue confirmada en segunda instancia por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, se declaró la nulidad de la Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004, y se condenó a CORPOBOYACÁ al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir por el señor Luis Reinaldo Rincón Arias desde la desvinculación hasta su reintegro efectivo, lo que implicó que la Corporación pagara la suma de \$210'586.119.

Frente a la "conducta irregular de los funcionarios implicados, determinada por Culpa Grave o Dolo" señala que si bien la conducta de la ingeniera Ana Elvia Ochoa Jiménez, quien actuara en calidad de Directora General de la Corporación en la fecha que ocurrieron los hechos no configura un dolo, sí se enmarca en una conducta culposa, como quiera que omitió su deber objetivo de cuidado al motivar falsamente el acto administrativo que dio por terminado el nombramiento del técnico Luis Reinaldo Rincón.

Respecto a la "relación o nexo de causalidad entre el daño causado a la entidad y la conducta del o los funcionarios cuestionados", sostiene que se evidencia que existe relación o nexo de causalidad entre la conducta realizada por la ingeniera Ana Elvia Ochoa Jiménez en su calidad de Directora General de la Corporación para la época de los hechos, y la condena impuesta por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, confirmada por la Sala de Descongestión de este Tribunal, pues la ex servidora pública no cumplió con todos los requisitos exigidos para realizar la declaratoria de la terminación del nombramiento provisional en el cargo de Técnico Código 4080 Grado 10 de CORPOBOYACÁ, del señor Rincón Arias.

Por último solicita se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, y en su lugar declaren probados los hechos propuestos, y se acceda a las pretensiones de la demanda.

## V. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia y repartido a este despacho, mediante proveído de 11 de mayo de 2016 (fls. 300 y 300 vto. c2), se resolvió admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Así mismo, a través de auto de 13 de junio siguiente se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de ahí que se ordenó a las partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto. Dentro del término presentaron escrito la parte demandante y la parte demandada.

La parte demandante reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La parte demandada sostiene que se destacó y probó en el proceso como el ejercicio de la función pública ejecutada por la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez al frente de CORPOBOYACÁ, fue paradigmática de lo que debe ser un ejercicio eficiente y eficaz de la actividad administrativa, en tanto se estableció como a partir de estudios y análisis serios fundados y documentados, al inicio de su periodo de labor pudo establecer una serie de graves falencias en diferentes áreas de la institución, para posteriormente fijar una hoja de ruta o plan de mejoramiento para superar esas falencias que encontró, y así finalmente hacer un balance en relación con haber superado las deficiencias que halló primigeniamente, una vez hubo de entregar el cargo para el cual fue designada.

Que se acreditó probatoriamente que la desvinculación del entonces demandante y otro par de funcionarios del área de Gestión Ambiental, fue apenas un eslabón en una serie de medidas y correctivos administrativos que adoptó para superar un enorme déficit en la prestación del servicio, particularmente en esta área específica que representa, tal vez el rubro más importante de la actividad misional de CORPOBOYACÁ, para retirar de la función pública al entonces demandante y otros funcionarios.

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

### **2. Planteamiento del problema jurídico a resolver**

En concreto, corresponde a este Tribunal determinar si tal como lo aduce la apelante, la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez, quien fungió en calidad de Directora General de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, actuó con dolo o culpa grave al haber dado por terminado el nombramiento provisional del cargo de Técnico Código 4080 Grado 10, que ocupaba el señor Luis Reinaldo Rincón Arias, debiendo, por tanto, reintegrar las sumas por las cuales la demandante tuvo que cancelar con ocasión de la condena que le fue impuesta por esta jurisdicción.

Con el fin de absolver este cuestionamiento, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: (i) De los presupuestos de la acción de repetición; ii) Del elemento subjetivo - la culpa grave y/o dolo, y del caso concreto.

### **3. De los presupuestos de la acción de repetición**

La Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples ocasiones<sup>1</sup> ha explicado los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones en la acción de repetición. Ha señalado tres requisitos objetivos que se someten a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda y uno de carácter

<sup>1</sup> Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

subjetivo sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión de un servidor o ex servidor público, por cuya causa el Estado fue condenado<sup>2</sup>. Tales requisitos serán examinados.

### **3.1 La calidad de agente del Estado**

Se encuentra acreditado en el expediente que la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez, fue designada como Directora General de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2006, es decir, se encontraba ejerciendo dicho cargo para la fecha de desvinculación del señor Luis Reinaldo Rincón Arias.<sup>3</sup>

Igualmente, está demostrado, que en ejercicio de sus facultades expidió la Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004, por la cual se dio por terminado el nombramiento provisional del señor Luis Reinaldo Rincón Arias, en el cargo de Técnico, Código 4080, Grado 10 de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ, para el cual fue nombrado mediante Resolución No. 561 del 24 de septiembre de 1997, prorrogado mediante Resoluciones No. 015 del 30 de enero de 1998 y No. 048 del 29 de mayo de 1998.<sup>4</sup>

### **3.2 La existencia de una obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.**

La Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004 fue demandada y anulada por la jurisdicción contenciosa administrativa. Como consecuencia se condenó a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá -CORPOBOYACÁ- hoy demandante -, en sentencia proferida el 20 de enero de 2011 por el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C". Acción de Repetición. Sentencia de 24 de julio de 2013. Expediente 19001-23-31-000-2008-00125-01(46162). C.P. Jaime Oriando Santofimio Gamboa.

<sup>3</sup> Folio 40 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado número 2005-00103-00

<sup>4</sup> Folio 2 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No. 2005-00103-00

<sup>5</sup> Folios 263 a 272 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No. 2005-00103-02

La Sala de Descongestión de este Tribunal, mediante sentencia de 7 de febrero de 2012, confirmó la sentencia del 20 de enero de 2011, a través de la cual el Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Tunja accedió a las pretensiones de la demanda impetrada por el señor Luis Reinaldo Rincón Arias contra la Corporación Autónoma Regional de Boyacá - CORPOBOYACÁ -.<sup>6</sup>

### 3.3 El pago realizado por el Estado

La Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ, como entidad pública, tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de una suma dineraria impuesta por la condena judicial. En el sub examine está probado el pago a favor del señor Luis Reinaldo Rincón Arias, a través de:

Certificación de 18 de octubre de 2013 suscrita por el Técnico Administrativo de Tesorería de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ, mediante la cual se acredita lo siguiente: “Que los pagos realizados, según registros contables por el rubro de sentencias a RINCÓN ARIAS LUIS REYNALDO, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.237.718 son:

-05/10/2012	EGR2012002783	RINCÓN ARIAS LUIS REYNALDO	\$87.415.086.00
-14/12/2012	EGR2012003507	RINCÓN ARIAS LUIS REYNALDO	\$72.600.187.00

**Para un total de: \$160'015.273.00<sup>7</sup>**

-28/12/2012	EGR2012003853	Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES	\$20.936.388.00
-------------	---------------	---	-----------------

-14/12/2012	EGR2012003508	Caja de Compensación Familiar de Boyacá COMFABOY	\$3.981.600.00
-------------	---------------	--	----------------

-14/12/2012	EGR2012003508	Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A.	\$12.319.400.00
-------------	---------------	---	-----------------

-05/10/2012	EGR2012002784	Fondo Nacional del Ahorro	\$8'356.658
-------------	---------------	---------------------------	-------------

-14/12/2012	EGR2012003508	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	\$2'986.400.00
-------------	---------------	--	----------------

<sup>6</sup> Folios 309 a 327 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado número 2005-00103-01

<sup>7</sup> Folio 119

-14/12/2012 EGR2012003508 Servicio Nacional de Aprendizaje SENA \$1.990.400.00

**Para un total de: \$50'570.846.00<sup>8</sup>**

Presentes los tres requisitos objetivos que hacen prospera la pretensión de repetición, la Sala pasa a examinar el elemento subjetivo como último presupuesto de prosperidad.

#### **4. Del elemento subjetivo - la culpa grave y/o dolo**

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja negó las pretensiones de la demanda al no evidenciar una intención directa de proceder arbitrariamente, ni tampoco la determinación fue adoptada con ligereza, negligencia, imprudencia o impericia en lo atinente a las funciones que cumplía la accionada sino que, por el contrario, aquella se condujo con la convicción de cumplir sus obligaciones y procurar el mejoramiento del servicio; que la actuación desplegada por la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez no puede encuadrarse en las presunciones de dolo o culpa grave establecidas en la Ley 678 de 2001.

Señala el apelante que está probada la conducta gravemente culposa de la demandada al expedir la Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004, como quiera que omitió su deber objetivo de cuidado al motivar falsamente el acto administrativo que dio por terminado el nombramiento del cargo de Técnico, Código 4080, Grado 10, para el cual fue nombrado mediante Resolución No. 561 del 24 de septiembre de 1997 al señor Luis Reinaldo Rincón Arias.

Respecto del requisito consistente en la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa, el Consejo de Estado ha explicado en diferentes oportunidades<sup>9</sup> que, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos: para el caso concreto y como quiera que la Resolución No. 703 se

---

<sup>8</sup> Folio 119

<sup>9</sup> Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente: 29.223; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 22 de julio de 2009, expediente: 25659.

expidió el 24 de septiembre de 2004, las disposiciones a aplicar serían las establecidas en la Ley 678 de 2001, que define en sus artículos 5 y 6, las presunciones de dolo y de culpa grave, así:

**“ARTÍCULO 5o. DOLO.** La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.  
Se presume existe dolo del agente público por las siguientes causas:

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

**ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE.** 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.

Se presume la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de 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.
4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal”.

El dolo y la culpa grave son los elementos subjetivos de la procedencia de la acción de repetición y constituyen un reproche sobre la conducta que es ajena al derecho y que causa un daño antijurídico.

Los conceptos de culpa grave y dolo, fueron estudiados por el Consejo de Estado al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición<sup>10</sup> y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al examinar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77<sup>11</sup> y 78<sup>12</sup> del C.C.A. Así, dijo<sup>13</sup> que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las

<sup>10</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

<sup>11</sup> Sentencia C-100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

<sup>12</sup> Sentencia C-430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

<sup>13</sup> Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6° y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Como se dijo, el Consejo de Estado se ha encargado de delimitar estos dos conceptos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de aquellos que prestan o prestaron sus servicios al Estado. En Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia de la Doctora Stella Conto Díaz del Castillo, proceso Radicado N° 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360), en providencia del 30 de abril de 2014, expresó:

“La culpa grave o el dolo exigen una manifestación de reproche sobre la conducta del sujeto y excluyen la corrección sobre los deberes de conducta impuestos por el ordenamiento, en tanto implican un comportamiento no solo ajeno al derecho, sino dirigido a causar daño o cuando menos producto de una negligencia que excluye toda justificación. Se exige, entonces, adelantar un juicio especial de la conducta que no solo demuestre descuido sino negligencia en el manejo de los asuntos ajenos que no admite comparación, ni siquiera con la que emplean las personas de poca prudencia en los asuntos propios. Se concluye, entonces, que no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los servidores públicos. (...). La doctrina sobre el particular ha sostenido<sup>14</sup>:

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

(...)

(...) Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la conducta de los servidores se sujetó a los estándares de corrección<sup>15</sup> o si por el contrario los desbordó hasta descender a niveles que no se esperarían, ni siquiera del manejo que las personas negligentes emplean en sus propios negocios; de manera que lo acontecido no encuentre justificación.”

<sup>14</sup> Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.

<sup>15</sup> JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. El principio de la Buena Fe. Bosch. Casa Editorial Barcelona. 965 Pg. 57 “Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las más diversas (...)”.

Medio de Control : Repetición  
Demandante : Corporación Autónoma Regional de Boyacá  
Demandado : Ana Elvia Ochoa Jiménez  
Expediente : 150013333008-2013-00184-01

18

En oportunidad anterior, el Consejo de Estado en la Sección Tercera, Subsección C, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384), precisó:

“...El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición<sup>16</sup> y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77<sup>17</sup> y 78<sup>18</sup> del C. C. A.. Así, dijo<sup>19</sup> que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que **debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.**

Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política<sup>20</sup> y en la ley.

Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; **por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.**

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que **no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial** ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.” Resaltado fuera de texto.

Así las cosas, hay culpa grave cuando la conducta dañina no siendo intencional es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado. Ha sido considerada tradicionalmente<sup>21</sup> como aquella actuación no deliberada del sujeto que en forma especialmente grosera, negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la

<sup>16</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

<sup>17</sup> Sentencia C - 100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

<sup>18</sup> Sentencia C - 420 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

<sup>19</sup> Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

<sup>20</sup> El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación N° 25000-23-26-000-2001-02841-01(30226), Providencia del 26 de mayo de 2010.

prudencia ni atención requerida deja de cumplir u omite el deber funcional que le es exigible.

En cuanto al dolo, prescribe que se configura cuando la persona ejerce su actuación u omisión, con el ánimo consciente de inferir daño a otro o a sus bienes. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

**“Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, si lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.”<sup>22</sup>Resaltado fuera de texto**

Tal como lo enunció en sentencia la Sala de Decisión No. 3 de este Tribunal<sup>23</sup>, las presunciones son medios probatorios indirectos instituidos por el legislador con la finalidad de equilibrar las cargas en el acceso a las pruebas, y en virtud de las cuales, se deduce de lo conocido lo desconocido mediante la realización de un juicio lógico.

Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos.

<sup>22</sup> Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.

<sup>23</sup>Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, proceso en el que actuó como demandante el Municipio de Motavita y demandado Luis Fernando Aguilar Molina.

en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, diciendo<sup>24</sup>:

“En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

Por ello, la presunción constituye un medio indirecto y crítico para alcanzar la verdad, ya que se trata de un criterio que la ley o el juez se forma sobre la certeza de un hecho por su lógica conexión con otro hecho diferente y conocido como cierto.

(...)

(...) con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtir en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.”

De lo anterior se colige, que las presunciones son suposiciones que pueden provenir de la ley o del juicio del juez frente a la observancia de los hechos, las cuales constituyen medios indirectos para alcanzar la verdad a partir de hechos conectados entre sí. Es así como, el actor debe demostrar que de una circunstancia o causal, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias del cual se infieren para liberar su responsabilidad patrimonial. Como lo ha dicho la Corte, las presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas pues al facilitar el ejercicio de la acción de repetición que es una acción de naturaleza civil, en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la

<sup>24</sup> Sentencias C- 374/02, C- 423 /02 y 455/02.

integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)

Bajo estas precisiones, le corresponde a la Sala en el caso sub- examine analizar con el material probatorio obrante en el plenario, si el supuesto fáctico presentado por el actor, esto es, que la causa para la imposición de la condena a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, se debió a la **actuación gravemente culposa** por omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable (fl. 292) en la que incurrió la ex Directora General Ana Elvia Ochoa Jiménez, al expedir la Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004, que dio por terminado el nombramiento en provisional del señor Luir Reinaldo Rincón Arias.

Pues bien, para dilucidar este problema como primera medida es pertinente puntualizar, que el cargo de TECNICO, Código 4080, Grado 10 de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ, cuya naturaleza es de Carrera Administrativa, era el que de forma provisional desempeñaba el señor Luis Reinaldo Rincón Arias.

En el caso en comento, tenemos que mediante Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004, la Directora General de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ de esa época, terminó a partir del 24 de septiembre de 2004 el nombramiento provisional del señor Luis Reinaldo Rincón Arias para el cual fue nombrado mediante Resolución No. 561 del 24 de septiembre de 1997.

Nota la Sala que la terminación de ese nombramiento se dio sin motivación alguna, allí solo se consideró que la decisión se adoptaba en uso de las atribuciones legales y estatutarias, es especial las consagradas en el artículo 29 de la Ley 99 de 1993, el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y el artículo 36 de los estatutos de la entidad.

Y es que una vez revisada la jurisprudencia vigente para la época de desvinculación, ésta era reiterativa en establecer que, un nombramiento en provisionalidad, al no

Medio de Control : **Repetición**  
Demandante : **Corporación Autónoma Regional de Boyacá**  
Demandado : **Ana Elvia Ochoa Jiménez**  
Expediente : **150013333008-2013-00184-01**

22

gozar éste de fuero de estabilidad, el mismo podía proferirse sin necesidad de motivación.

Para efectos de demostrar lo dicho, es importante traer a colación varias providencias del Consejo de Estado, encontrándose que el máximo tribunal. no exigía decisión motivada para dar por terminado un nombramiento en provisionalidad, **sino que bastaba la necesidad de mejorar el servicio,** así:

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B. Consejero Ponente: Doctor Alejandro Ordoñez Maldonado. en sentencia del 20 de enero 2005, proferida dentro del proceso con radicación No. 25000-23-25-000-1999-03092-01(5195-02). actor: José Juan Solano Bermúdez. Demandado: Contraloría General de la Republica, señaló:

“(....)

En este sentido, no es lo mismo el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo. Sin demeritar las condiciones de la persona que ingresa a la administración mediante nombramiento sin concurso de méritos, las cuales debe apreciar el nominador objetivamente en beneficio del interés general, como su nombramiento no es equiparable al del escalafonado en la carrera, el retiro no puede ser en la misma forma.

(...)

Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es predicable como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, si es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro.

Es diáfano el contenido del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, al preceptuar:

**“En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.**

Ahora bien, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 el cual señala que: **“...en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por**

**terminados**", permite concluir, que fue voluntad del legislador no condicionar el retiro del servicio a la celebración del concurso de méritos, lo cual de admitirse constituiría una inusual y extraña "**estabilidad restringida**".

Igualmente, en el inciso 1º del mentado artículo, se indica que: "**...El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador**", y siendo en consecuencia procedente el retiro de los provisionales a través del mismo acto que materializa el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, es comprensible que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad.

Vistas así las cosas, en los términos del artículo 26, inciso 1º del Decreto 2400 de 1968 el retiro de la actora podía disponerse mediante acto de insubsistencia que **formalmente no requiere ser motivado**, vale decir, no debe expresar las causas del retiro. Resaltado fuera de texto

Así mismo, en sentencia de 19 de mayo 2005<sup>25</sup>, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, previó:

"(...)

De la provisionalidad

El nombramiento provisional procede como una forma transitoria de proveer cargos de carrera en la rama judicial mientras se realiza la designación por el sistema legalmente previsto (art. 132 Ley 270 de 1.996).

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en materia de la estabilidad en el empleo del personal sin escalafón que desempeña cargos de carrera, fue unificada mediante sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 13 de marzo de 2003, en la que se precisó - entre otros aspectos - que "...la provisión de los cargos en provisionalidad (lo que tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto), no implica que la persona provisionalmente designada no pueda ser removida del servicio hasta que se produzca el nombramiento previsto legalmente". El criterio se unifica acogiendo la tesis en virtud de la cual se tiene que "al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna....Se agrega que la permanencia del servidor público en el cargo por encima del término previsto en la ley, NO le genera a éste ningún derecho de inamovilidad, ni al nominador la obligación de motivar el acto de insubsistencia, pues tal circunstancia carece de la virtualidad para modificar la condición que legalmente tenía la demandante, cual es la de estar nombrada en provisionalidad, sin ninguna clase de estabilidad relativa..."<sup>26</sup>.

Se concluye entonces que:

1.- El nombramiento provisional tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema de concurso de méritos. Ello no implica que la persona provisionalmente

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, 19 de mayo 2005, radicación número: 25000-23-25-000-2001-04920-01(3001-04), actor: Eley del Socorro Acevedo de Melo. Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación.

<sup>26</sup> Exp. No. 4972-01 Actor: María Nelssy Reyes Salcedo M. P. Tarsicio Cáceres Toro.

Medio de Control : Repetición  
Demandante : Corporación Autónoma Regional de Boyacá  
Demandado : Ana Elvia Ochoa Jiménez  
Expediente : 150013333008-2013-00184-01

24

nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente.

2.- La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pero esta modalidad de vinculación no es generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.

3.- La autoridad nominadora mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público.

**4.- Como esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera.**

5.- Para esta forma de provisión de cargos –en provisionalidad- es pertinente predicar **las reglas de la facultad discrecional**, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción. **El retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado.**

En el **caso concreto** como la demandante accedió al servicio mediante nombramiento en provisionalidad, no le asiste fuero alguno de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante el sistema de concurso.

(...)” Resaltado fuera de texto

De igual manera, en sentencia del 19 de mayo 2005<sup>27</sup>, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B. Consejero Ponente: Doctor Alberto Arango Mantilla, precisó lo siguiente:

“(…)

No existe la menor duda entonces que el demandante no se encontraba escalafonado en carrera judicial para esa época. Así lo demuestra la prueba documental allegada al expediente.

**Por esa misma razón, la medida discrecional podía adoptarse en cualquier momento, sin necesidad de ser motivada, tal y como la adoptó la Fiscalía General de la Nación.** Como en esta oportunidad el demandante no estaba inscrito en carrera judicial en el cargo de Investigador Judicial I, ni ejercía el empleo en período de prueba, es claro entonces que su nombramiento podía ser declarado insubsistente. No estaba amparado por las prerrogativas inherentes a la carrera y que le permitieran una relativa estabilidad en el mencionado cargo.

(…)” Resaltado fuera de texto

Esta postura fue adoptada recientemente por la Sala de Decisión No. 6 de este Tribunal, en sentencia de 14 de julio de 2017. Magistrado Ponente: Doctor Félix

<sup>27</sup> Radicación número: 50001-23-31-000-1997-05917-01(0579-04), actor: Miguel Antonio Carranza Murcia. Demandado: Fiscalía General de la Nación.

Alberto Rodríguez Riveros, al resolver un caso en el cual el acto de desvinculación fue proferido en el año 2005:

“(…) Considera la Sala que ante ese estado de cosas, la actuación de la señora LUZ PATRICIA de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora YOLANDA STELLA VIASÚS SÁNCHEZ, en el cargo de AUXILIAR DE LABORATORIO, Código 527 Grado 21, a partir del día 13 de mayo de 2005, sin motivar el acto administrativo correspondiente, no puede enmarcarse en algunas de las presunciones de culpa grave establecidas en la Ley 678 de 2001, artículo 6, invocadas en la demanda, esto es: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, y, 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.

**A juicio de esta Sala, la señora LUZ PATRICIA SÁNCHEZ ROJAS, al proferir la Resolución No. 135 del 12 de mayo de 2005, no actuó con violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho y con carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, pues su decisión que se acepta, no fue motivada, se encuentra justificada en la jurisprudencia vigente, la cual disponía que no era un imperativo motivar el acto de declaratoria de insubsistencia de un provisional, por lo cual no se le puede exigir que aplique una norma cuando el mismo Consejo de Estado oo le estaba aplicando.”** Resaltado fuera de texto

De otro lado, el recurrente es enfático en indicar que la actuación de la ex Directora General al expedir la Resolución No. 703 del 24 de septiembre de 2004<sup>28</sup> mediante la cual dio por terminado el nombramiento provisional del señor Luis Reinaldo Rincón Arias, está incurso dentro de la presunción establecida en el numeral 3º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001, que se refiere a la “3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable”.

Al respecto dirá la Sala que la decisión de terminar el nombramiento en provisionalidad del señor Luis Reinaldo Rincón Arias fue tomada con fundamento en la medida discrecional de la ex Directora General de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ, medida que podía adoptarse en cualquier momento, sin necesidad de ser motivada.

Ahora cabe advertir que, la sola prueba de la idoneidad del trabajador no es suficiente para deducir que la decisión tomada está incurso dentro de la presunción que acarrea culpa grave, pues, otros motivos, ajenos a la buena o mala conducta

<sup>28</sup> Folio 2 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No. 2005-00103-00

laboral del señor Luis Reinaldo Rincón Arias, pudieron ser la causa o razón que impulsó al nominador para proferir al acto de retiro.

Copiosa y reiterada ha sido la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre éste tema. En Sentencia de dic 7 de 1.992, Consejero ponente: Dr. Álvaro Lecompte Luna, Sección Segunda, se precisó:

"... La idoneidad, la experiencia, los méritos y el Cumplimiento de los deberes propios del cargo, acreditados por el empleado de libre nombramiento y remoción no son suficientes para enervar la facultad discrecional del nominador y para garantizar la permanencia en el empleo, como se infiere de los planeamientos hechos por la parte Actora en el Escrito Demandatario. Por ende, el gran servicio que hubiere podido prestar el Demandante, no impedía desvincular a un funcionario de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de Insubsistencia de su nombramiento."

En providencia de Junio 8 de 1994, Exp. 729, Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, el H. Consejo de Estado, señaló:

"La sola circunstancia de idoneidad no genera para los empleados de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la Administración ejercite la facultad de remoción pues bien pueden existir otros motivos de buen servicio y el poder discrecional que tiene la Administración para remover empleados, se entiende ejercida en aras al buen servicio. ..."

Así las cosas, no se puede deducir que hay culpa grave partiendo exclusivamente de la buena conducta laboral del demandante. Por ello, es necesario establecer la causa (elemento subjetivo) que impulsó a la ex Directora General a utilizar la facultad discrecional para que de esta manera, el juez de lo Contencioso Administrativo, pueda observar si el retiro se produjo por razones de la ineficiencia y la incompetencia laboral del funcionario, caso en el cual serían pertinentes y conducentes la prueba de la hoja de vida, los méritos, la conducta y la trayectoria del accionante, o si por el contrario fueron otros motivos, también comprendidos dentro del concepto de eficacia y mejoramiento del servicio público.

De las pruebas que se allegaron al plenario, como ya se dijo, se establece que el señor Luis Reinaldo Rincón Arias no fue, ni ha sido jamás funcionario inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, ni de periodo fijo. El entonces demandante era un funcionario nombrado en provisionalidad, y siendo ello así, podía el

nominador retirarlo del servicio, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, sin necesidad de motivar la providencia para su expedición.

Adicionalmente ha de considerarse que para la época en la cual se tomó la determinación de retirar al funcionario en provisionalidad, la Ley 909 de 2004 tenía tan solo un día de vigencia, de modo que era excusable la omisión en la que incurrió el nominador de no motivar el acto de retiro, no incurriendo por tanto en culpa grave que se le endilga en la demanda.

Así las cosas, no se configuró el último requisito de prosperidad de la pretensión de repetición, de ahí que será confirmada la sentencia de primera instancia.

## VII. COSTAS PROCESALES

El artículo 188 del CPACA, acogió el régimen objetivo del Código General del Proceso para la imposición de la condena en costas, sujetando tal carga al hecho de ser vencido en juicio. No obstante, consagró una excepción a la mencionada regla, consistente en que en los procesos en que se ventile un interés público no hay lugar a condena en costas.

La acción de repetición se fundamenta en el interés público de la protección del patrimonio público del cual depende la realización de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho. Sobre el particular, el máximo órgano de cierre en materia constitucional en sentencia C-831 de 2001, precisó:

“Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”.

Este medio procesal –acción de repetición- se erige como el instrumento idóneo para garantizar los principios de moralidad administrativa y eficiencia de la función

Medio de Control : **Repetición**  
Demandante : **Corporación Autónoma Regional de Boyacá**  
Demandado : **Ana Elvia Ochoa Jiménez**  
Expediente : **150013333008-2013-00184-01**

28

pública cuando el Estado ha incurrido en erogaciones que no se sustentan en la realización efectiva de sus fines sino en una conducta dolosa o gravemente culposa de un representante suyo que generó un daño antijurídico.

En consecuencia, como lo ha señalado la jurisprudencia<sup>29</sup>, la acción de repetición tiene fines retributivos y preventivos, porque por una parte, busca regular la responsabilidad patrimonial y por otra, es el medio para disuadir a los agentes del Estado para que obren de forma diligente de acuerdo con los deberes que el cargo le impone y no ocasionen daño a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 3 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, dentro del medio de control de repetición adelantado por la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ en contra de la señora Ana Elvia Ochoa Jiménez, de conformidad con lo expuesto en este proveído.

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

**TERCERO:** En firme esta sentencia, por Secretaría envíese el proceso al juzgado de origen, previas las anotaciones necesarias.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

---

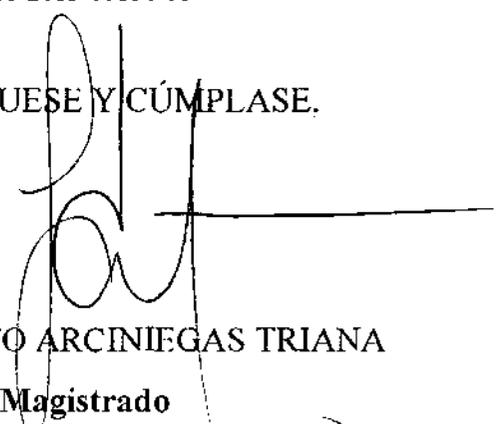
<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482). Providencia del 31 de Agosto de 2006.

Medio de Control  
Demandante  
Demandado  
Expediente

: Repetición  
: Corporación Autónoma Regional de Boyacá  
: Ana Elvia Ochoa Jiménez  
: 150013333008-2013-00184-01

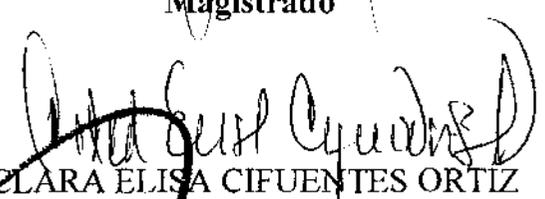
29

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



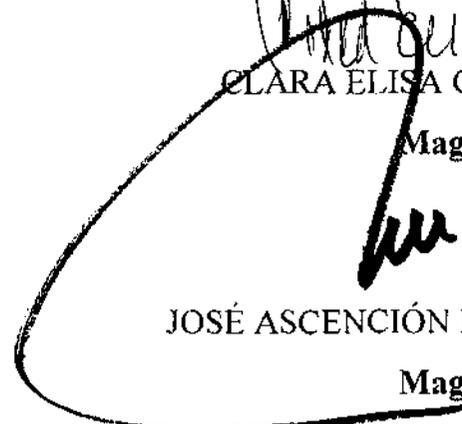
LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 150013333008-2013-00184-01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACA  
NOTIFICACION POR ESTADO  
El acto anterior se notifico por estado  
No 149 de hoy, 15 SEP 2017  
EL SECRETARIO