

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Sala de Decisión No. 2

Tunja, 27 FEB 2019

Medio de Control : **Repetición**  
Demandante : **E.S.E Santiago de Tunja**  
Demandado : **Luz Patricia Sánchez Rojas**  
Expediente : **15001-33-33-006-2015-00094-01**  
Tema : **Condena por insubsistencia de empleada en provisionalidad con fuero de maternidad.**

**Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia fechada del 29 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por el la E.S.E Santiago de Tunja

**I. ANTECEDENTES**

**1. DE LA DEMANDA.** La E.S.E Santiago de Tunja, mediante apoderado judicial instauró demanda de repetición contra la señora Luz Patricia Sánchez Rojas en su calidad de ex gerente de la entidad, para que se acojan las siguientes pretensiones:

**2. PRETENSIONES.** Que se declare responsable a la doctora Luz Patricia Sánchez Rojas, identificada con cedula de ciudadanía No. 51.614.761 de Bogotá, de los perjuicios ocasionados a la E.S.E Santiago de Tunja por la condena impuesta por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, dentro del proceso de

Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 2005-02170 en el que se declaró la nulidad de la resolución No 073 del 16 de marzo de 2005 por medio del cual dio por terminado el nombramiento provisional de la señora Ana Myriam Moreno Quemba ordenando su reintegro al cargo que ocupaba o a uno equivalente al cargo que ocupaba al momento de su desvinculación, así como el pago indexado de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el término de 60 días más 8 semanas de descanso remunerado.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar a favor de la demandante la suma de catorce millones ciento veinte mil ochocientos sesenta y dos pesos m/cte (\$ 14.120.862), valor que canceló la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja a ANA MYRIAM MORENO QUEMBA, como consecuencia del cumplimiento de la condena impuesta por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, dentro del proceso 2005-02170.

Que se condene a la demandada a pagar los intereses comerciales del pago efectuado por la entidad, desde el momento en que se hicieron efectivos hasta que se restituyan las sumas canceladas por la E.S.E Santiago de Tunja.

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

Que se condene en costas a la demandada.

### 3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que la señora Luz Patricia Sánchez Rojas en su calidad de Gerente de la **Empresa Social del Estado Santiago de Tunja**, mediante resolución No 073 del 16 de marzo de 2007 dio por terminado el nombramiento provisional de la señora **Ana Myriam Moreno Quemba** en el cargo de Auxiliar de enfermería urbana código 555 grado 26, a partir del 16 de marzo de 2005.

El referido acto administrativo fue demandado en nulidad y restablecimiento del derecho por la señora **Ana Myriam Moreno Quemba** correspondiendo su conocimiento al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja, quien

mediante sentencia del 10 de diciembre de 2010 accedió a las pretensiones y para tal efecto declaró la nulidad de la resolución No 073 del 16 de marzo de 2005, ordenando el reintegro de la demandante y el pago indexado de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el término de 60 días más 8 semanas de descanso remunerado.

La Empresa Social del Estado Santiago de Tunja, no realizó el reintegro de la demandante al mismo o equivalente cargo en razón a que había sido ocupado por personal de carrera administrativa. Sin embargo, la entidad pagó a la señora Ana Moreno Quemba la suma de catorce millones ciento veinte mil ochocientos sesenta y dos pesos m/cte (\$ 14.120.862).

## **II. TRAMITE PRIMERA INSTANCIA.**

La demanda fue presentada el 21 de mayo de 2015 ante el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, quien mediante auto del 30 de julio de 2015 se abstuvo de avocar conocimiento y ordenó la remisión del expediente al Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja de conformidad con el artículo 7 de la Ley 678 de 2001.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja, mediante auto del 3 de marzo de 2016 admitió la demanda y ordenó su notificación a la señora Luz Patricia Sánchez Rojas y al Agente del Ministerio Público de conformidad con los artículos 197, y199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. (Fls.129 vto.).

### **1. Contestación de la Demanda**

La doctora Luz Patricia Sánchez Rojas por intermedio de apoderada judicial presentó contestación de la demanda en los siguientes términos: (Fls. 145 a 166)

Se opone a las pretensiones de la demanda y acepta los presupuestos fácticos narrados por la demandante, salvo aquellos que presentan consideraciones y apreciaciones subjetivas sobre la conducta de la demandada.

En lo tocante a los fundamentos de derecho, trae a colación la Ley 443 de 1998, los decretos 1572 y 1567 de 1998 y jurisprudencia del Consejo de Estado, para significar que los nombramientos provisionales carecen de fuero de estabilidad por lo que no es posible predicar que dichos empleados sean titulares de algún tipo de aforo y por ende el nominador puede disponer de su retiro, incluso antes de nombrar a la persona seleccionada por concurso de méritos, y se presume que el retiro fue por razones del servicio o reestructuración de las entidades.

Entonces, teniendo en cuenta que la facultad nominadora la tenía la gerente de la E.S.E Santiago de Tunja, se encontraba facultada para disponer la terminación del nombramiento en provisionalidad, pues le estaban atribuidas funciones de nombrar y remover a sus subalternos, en aras de propender por dar aplicación a los principios que gobiernan la Administración Pública como eficiencia y mejoramiento del servicio, aunado a que el acto administrativo de insubsistencia está cobijado por la presunción de legalidad.

Señala además que la declaratoria de insubsistencia hecha por la demandada fue el resultado de aplicar la facultad discrecional que tenía la entonces nominadora de apreciar libremente los motivos y tomar por razones del servicio la decisión correspondiente, máxime cuando el ingreso a la función pública es mediante concurso de méritos.

Recalca que el Decreto 1950 de 1973 señala que 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.

Aunado a lo anterior, para el momento de la ocurrencia de los hechos, la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado señalaba que el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad debía estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general. No obstante, ha dicho esa corporación que si bien es cierto el nombramiento provisional es válido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no procede como forma de provisión de cargos

de libre nombramiento y remoción, sí es posible 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 a la luz de la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador no requería ser motivado, esto es, no debía expresar las razones del retiro. Insiste entonces que la jurisprudencia vigente para el momento de desvinculación de la empleada era la que indicaba que los actos de insubsistencia de los empleados provisionales no requerían motivación alguna.

En lo referente al retiro de la empleada por causa de su embarazo señala que en el proceso no se demostró que ella hubiese informado a la entidad de su estado y posterior aborto en los términos del artículo 51 de la Ley 909 de 2004, y el mismo no era un hecho notorio porque se trataba de un embarazo de 5 semanas, además, el aborto sucedió el 2 de febrero de 2005 y su retiro fue el 16 de marzo de 2005, fecha para la cual se encontraba laborando normalmente en la entidad, pues estuvo en incapacidad hasta el 11 de febrero de 2005.

Argumenta que en el actuar de la demandada no existe una conducta de la que desprenda el dolo o la culpa grave, pues del sólo análisis del fallo condenatorio no se desprende tal actuar, a lo que debe sumarse que la entidad no demostró tales aspectos subjetivos propios de la acción de repetición cuya ausencia generan un fallo inhibitorio.

Propuso las siguientes excepciones:

**IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN PORQUE LA ENTIDAD DEMANDANTE NO ACREDITÓ LOS ELEMENTOS NECESARIOS Y CONCURRENTES PARA LA DECLARATORIA DE REPETICIÓN PRETENDIDA.**

Pese a que correspondía probar a la demandante en qué consistió la conducta enmarcada como dolosa o gravemente culposa para que la ex funcionaria pudiera controvertirla garantizando con ello su derecho de defensa, la entidad no lo hizo y tampoco estableció el nexo de causalidad entre la omisión, culpa grave o dolo por parte de los agentes o funcionarios del Hospital, por error cometido al proferir la resolución anulada, y el detrimento patrimonial para la demandante.

**INEXISTENCIA DE REPSONSABILIDAD DE LA DRA LUZ PATRICIA SÁNCHEZ ROJAS, AL HALLARSE PLENAMENTE DESVIRTUADA LA CONDUCTA DAÑINA QUE SE LE PRETENDE ATRIBUIR.**

Señala que la parte demandante se limitó a realizar una imputación de la conducta en forma objetiva derivada del fallo condenatorio sin realizar análisis que demostrara la conducta dolosa o gravemente culposa de la demandada, estudio que es necesario en la medida en que no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir responsabilidad, siendo necesario comprobar la gravedad de la conducta.

Ahora bien, en el presente caso no se encuentra que dentro de los fundamentos expuestos para declarar la nulidad de la resolución No 073 del 16 de marzo de 2005, se haya establecido como causal de falsa motivación, lo cual permitirá en principio presumir la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público que la expidió, por el contrario se advierte que los argumentos empleados en las diferentes instancias judiciales para declarar la nulidad de la referida resolución, fue la falta de motivación que debía contener el acto de retiro de la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA y que se tradujo según el fallador en una desviación de poder.

**COBRO DE LO NO DEBIDO**

Lo anterior por cuanto a título de intereses e indexación de la condena se pagó más del doble con respecto a las sumas ordenadas en el fallo de primera instancia. De otra parte, en el cumplimiento de la condena se cancelaron los valores objeto de condena indexados a la fecha del pago, sin que se hubiesen calculado como ordena

el despacho hasta la fecha de reintegro o hasta que se hubiese provisto el cargo, es decir, la condena es efectiva hasta que se produjo el reintegro y no hasta la fecha del fallo, sin que en los documentos aportados al trámite se determine claramente dicho procedimiento y la liquidación correspondiente.

## **2. Audiencia inicial**

Mediante auto del 28 de noviembre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA. (Fls. 173).

El juzgado de conocimiento realizó las etapas de la audiencia inicial, incorporó las pruebas allegadas por la parte demandante y solicitó las pruebas de oficio que consideró pertinentes y útiles para resolver el conflicto planteado (Fl 175-178)

## **3. Audiencia de pruebas.**

El día 15 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, incorporando las decretadas y concediendo el término de 10 días para que las partes y el Ministerio Público si así lo disponían, presentaran alegatos de conclusión (Fls 303 y 304), término dentro del cual presentaron escrito las partes y el Ministerio Público.

## **4. Alegatos de conclusión**

### **4.1. Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante (Fls 321-329).**

Adujo que la doctora **Luz Patricia Sánchez Rojas** obró con culpa grave en los hechos ventilados en el proceso **No 2005-2170**, toda vez que el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja declaró la nulidad de la resolución No 073 del 16 de marzo de 2005 por falsa motivación. No obstante dicho juzgado indicó en la sentencia condenatoria que el acto administrativo no evidencia fundamento que justifique la decisión porque fue expedido pese a que la empleada se encontraba nombrada en provisionalidad y quien sufrió un aborto espontáneo el 2 de febrero de 2005. Ahora bien, desde la fecha en que ocurrió el aborto y la fecha de expedición del acto

administrativo transcurrió un mes y 14 días por lo que se concluye que el nominador no acató la protección legal a la mujer embarazada prevista en el Decreto 3135 de 1968 en concordancia con la Ley 909 de 2004 dirigida a prohibir su retiro del servicio durante los tres meses posteriores al aborto, sin la existencia de justa causa comprobada.

Indicó el a quo en esa oportunidad que demostrada la existencia del estado de gravidez en que se encontraba la actora al momento del retiro, y el conocimiento de la administración de tal hecho, por lo menos en forma indirecta con el radicado de los certificados de incapacidad, o licencia de maternidad, expedidos como consecuencia del aborto espontáneo del que fue víctima, debe concluirse, en aplicación a la normatividad que rige la materia y los criterios jurisprudenciales mencionados, que el despido se produjo como consecuencia de la maternidad y no por razones o fines del buen servicio público, en consecuencia, las pretensiones deben prosperar al encontrarse probado que el acto administrativo objeto de nulidad, fue expedido con desviación de poder.

Entonces, las razones que llevaron a la juez a declarar la nulidad del acto demandado son suficientes para demostrar que la demandada actuó de manera gravemente culposa como quiera que obró por fuera del marco legal establecido en el Decreto 3135 de 1968, en concordancia con la Ley 909 de 2004 configurándose una de las causales de nulidad de los actos administrativos, cual es, ser expedido con falsa motivación y desviación de poder, circunstancia esta que evidencia de manera clara que la conducta del ex agente del Estado es gravemente culposa por cuanto el daño fue consecuencia de una violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, concretamente el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y el parágrafo del artículo 51 de la Ley 909 de 2004, presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001.

Aduce la parte que se encuentran acreditados los requisitos objetivos del medio de control de repetición cuales son la calidad de ex agente del Estado de la demandada, la condena en contra de la demandante y el pago efectivo realizado a la señora Ana Myriam Moreno Quemba. Respecto de elemento subjetivo debe tenerse en cuenta que la demandada expidió el acto administrativo con falsa motivación y desviación

de poder , dejando anotación en la hoja de vida de la exfuncionaria en la que hace referencia al contenido del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, norma inaplicable para insubsistir a la funcionaria, por cuanto ya se encontraba en vigor el parágrafo de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005., incurriendo en una violación manifiesta además del Decreto 3135 de 1968.

Indica finalmente que la parte demandante actuó motivada por fines personales, con miras a favorecer a terceros o influenciada por una causa contraria al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, de obligatoria observancia en la ejecución de la función administrativa, consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, y además la demandada dentro de este proceso no desvirtuó la presunción de la conducta gravemente culposa del numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, por lo que debe ser declarada responsable patrimonialmente de los perjuicios ocasionados a la E.S.E SANTIAGO DE TUNJA, por la condena impuesta por la juez séptimo administrativo de Tunja.

#### **4.2. Alegatos de conclusión presentados por la parte demandada (Fls 306-320).**

Reitera los argumentos de defensa presentados con la contestación de la demanda y además indica que en el caso no se encuentra presente el elemento subjetivo o conducta dolosa o gravemente culposa respecto de la demandada, por cuanto siempre actuó de acuerdo a los preceptos legales vigentes para el momento de los hechos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el cambio de jurisprudencia en cuanto a que los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia de un empleado debían ser motivados, se dio con posterioridad a la expedición del acto atacado, por lo que no es dable endilgarle culpa grave a la demandada.

Transcribe jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se relaciona el concepto de culpa grave y dolo, para significar que en el presente caso no se presentan tales grados de culpabilidad. Ahora bien, si la E.S.E SANTIAGO DE TUNJA consideraba que la conducta era gravosa y dañosa, debió presentar fórmula conciliatoria dentro del curso del proceso a fin de precaver el daño que sufriría la entidad. No obstante, lo que hizo E.S.E Santiago de Tunja fue presentar recurso de apelación en el que manifestaba estar de acuerdo con la conducta de la hoy

demandada y sólo después, cuando en el mes de mayo de 2011 el cargo estaba provisto en propiedad, retira el recurso, pagando la condena tres años y medio después.

La parte demandante pretende hacer pasar la conducta de la demandada como dañina y determinante del daño sufrido por la E.S.E SANTIAGO DE TUNJA, pero no tiene en cuenta que ella no ejerció el derecho a la defensa dentro del proceso, pues no contestó la demanda, no presentó fórmula conciliatoria dentro del proceso, ni presentó alegatos de conclusión, evidenciando un completo desinterés que conllevó a la emisión de sentencia condenatoria en ambas instancias.

Entonces la entidad incumplió las obligaciones legales y constitucionales que como ente público le competen, pues si consideraba que la conducta ejercida como nominadora por parte de la accionada respecto del retiro del servicio de la entonces demandante era ilegal, debió dentro de las oportunidades legales proponer fórmula conciliatoria para evitar los efectos dañinos del acto que califica como desbordado. Solicita entonces se desestimen las súplicas de la demanda.

#### **4.3. Alegatos de conclusión presentados por el Ministerio Público (Fls 330-339).**

Indica que se debe determinar si la condena contra la ESE Santiago de Tunja, **se debió a la actuación gravemente culposa** de la entonces Gerente señora Luz Patricia Sanchez Rojas por la infracción directa a la Constitución y a la Ley. Indicó la Procuradora:

*“Resulta entonces pertinente recordar que el cargo que desempeñaba la señora Ana Miryam Moreno Quemba era en provisionalidad y que posteriormente, mediante Resolución No 064 de 3 de mayo de 2011 la ESE Santiago de Tunja en cumplimiento del resultado de la convocatoria No 001 de 2005 que realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer cargos administrativos de carrera, procedió a nombrar en carrera a la señora Hilda Turca González en el cargo de Auxiliar en el Área de la Salud, Código 412 Grado 16, que en la anterior nomenclatura correspondía al Código 555 Grado 26, por lo que con el fin de dar cumplimiento a la decisión judicial se procedió a pagar en dinero los 60 días correspondientes al periodo por el cual el Juez ordenó el reintegro.*

*Sin embargo, nos encontramos en una circunstancia especial, y es que, como se desprende del expediente de Nulidad y restablecimiento del derecho adelantado en el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja bajo el radicado No 2005-2170,*

*la señora Ana Miryam Moreno Quemba hasta el mes de febrero de 2005 se encontraba en estado de embarazo, dado que el día dos (2) de ese mismo mes, le fue otorgada incapacidad por COOMEVA EPS atendiendo aborto instantáneo.*

*En ese orden de ideas, como la ESE Santiago de Tunja fue condenada por la expedición de la Resolución No 073 de 16 de marzo de 2005 suscrita por la señora Luz Patricia Sanchez Rojas cuando fungió como Gerente de la ESE, decidió acudir a esta jurisdicción por vía de repetición, al considerar que como se había verificado el estado de gravidez y posterior aborto e incapacidad otorgada a la señora Ana Miryam Moreno Quemba, para la fecha de retro aún se encontraba amparada por el fuero de protección, e igualmente concluyó el juez de conocimiento que la administración tenía en tal hecho (por lo menos en forma indirecta, atendiendo las incapacidades puestas en su conocimiento en atención al aborto sufrido), pues apenas transcurrió el término de un (1) mes y catorce (14) días, por lo que el nominador no acató la protección legal a la mujer embarazada prevista en el Decreto 3135 de 1968 en concordancia con la Ley 909 de 2004, considerando que "en aplicación a la normatividad que rige la materia y los criterios jurisprudenciales mencionados, el despido se produjo como consecuencia de la maternidad y no por razones o fines del buen servicio público, y, en consecuencia, las pretensiones deben prosperar al encontrarse probado que el acto administrativo objeto de nulidad fue expedido con desviación de poder" lo que le permitió indicar que el acto administrativo contenido en la Resolución 073 de 16 de marzo de 2005 fue expedido con desviación del poder.*

*Pese a la conclusión del proceso originario, revisado el expediente de repetición y el proceso originario, no advierte esta delegada que efectivamente la señora Luz Patricia Sánchez Rojas tuviera conocimiento directo del estado de embarazo y el aborto sufrido por la demandante, pues no obstante se aportaron las incapacidades, no existe registro de la entrega y conocimiento directo de la accionada del estado o fuero de protección del que gozaba la señora Ana Myriam Moreno, y adicionalmente, por el tiempo de gestación, su estado no podía considerarse un hecho notorio; de otro lado, aun cuando fue allegada la historia clínica, lo cierto es que se trata de un documento reservado, del cual no podía tener conocimiento para la fecha de los hechos la ESE y mucho menos su Gerente, pues hace parte de las restricciones o derecho a la intimidad de la señora Moreno; y adicionalmente, aún cuando a folio 93 del proceso originario, el Jefe del grupo de la ESE Santiago de Tunja, informó que esa entidad realizó el pago de las incapacidades el día 14 de marzo de 2005, no fue allegada prueba de la estructura de la entidad, o del acto administrativo de reconocimiento, medio de prueba que acreditara que la accionante autorizada, diera el visto bueno o conociera del pago que por concepto de incapacidades realizara la entidad."*

Llama la atención la agente del Ministerio Público en que la demanda se halla ausente de concreción de la conducta imputada a la demandada en sede de repetición y su relación directa con el elemento subjetivo necesario para determinar su responsabilidad, es decir, la entidad no cumplió con su obligación de probar sus afirmaciones, lo que conlleva a que no se invierta la carga de la

prueba, por cuanto ni aún la entidad sabe cuál de las presunciones contenidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 es la que se les imputa a la accionada.

Recuerda que el Tribunal Administrativo de Boyacá ha reiterado que cuando se acude a las presunciones previstas en la citada norma, debe precisarse en la demanda, de cuál de las causas contempladas se va a beneficiar, *“dirigiendo su actividad probatoria a la acreditación del supuesto de hecho en el que se funda. Lo anterior, como ya se dijo, en atención a que el ordenamiento jurídico asigna al demandante cargas para el ejercicio de esta ventaja probatoria”*. En caso de que la entidad omita tal obligación, deberá probar el dolo o la culpa grave del agente, porque la carga de la prueba no se invierte, pues el solo hecho de allegar la sentencia condenatoria no da cuenta de la culpa grave o dolo de la demandada., indicando al respecto:

*“De otra parte, si bien es claro, que en el acto de retiro de la señora Moreno Quemba no existió una motivación, y aun al haberse indicado en el proceso de nulidad que por parte de la administración se tenía conocimiento indirecto de las incapacidades generadas por el aborto sufrido, contrariando con ello lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1225 de 2007, y que éste fue el motivo de la nulidad en sede del proceso originario, lo cierto es que tratándose de un régimen sancionatorio como el contenido en la Ley 678 de 2001, para efectos de declarar responsable a la ex servidora pública autora de la Resolución, la ESE Santiago de Tunja no desplegó una labor más allá de aportar la sentencia de primera instancia, la que no constituye prueba eficiente que permita vislumbrar si la señora Luz Patricia Sanchez Rojas actuó conforme a las presunciones de culpa, conducta frente a la cual no existe medio de prueba que acredite la intención de la demandada de causar daño antijurídico con su decisión a la administración, máxime si se tiene en cuenta que del análisis de las pruebas recaudadas en el proceso originario, que fuera decretado como medio de prueba por el Juzgado, no existe prueba que permita establecer que la señora Sánchez conocía el estado de la señora Quemba, y que se encontraba amparada por fuero de protección, pues por el tiempo de gestación, no era un hecho notorio.*

*Conforme a lo expuesto, y en aplicación de la línea jurisprudencial tanto del Consejo de Estado como del Tribunal Administrativo de Boyacá, en criterio de esta Delegada la ESE Santiago de Tunja no cumplió con la carga de precisar cuál de las presunciones contenidas en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001 es la que imputa a la señora Luz Patricia Sanchez Rojas, y a partir de ello, omitió desplegar el deber de probar el elemento subjetivo de tal conducta, pues no podía en forma genérica como lo refiere la demanda, esgrimir la conducta como de culpa, sin encajar la misma en un actuar específico, presupuesto necesario para que la accionada ejerza a cabalidad su derecho de defensa y contradicción, como también para la prosperidad del medio de control que se echa de menos.*

(...)

*Acogiendo la línea jurisprudencia! antes citada, es evidente que no obran elementos de prueba suficientes que permitan demostrar la condena fue producto de la conducta culposa de Luz Patricia Sanchez Rojas, pues la*

*actividad probatoria de la ESE Santiago de Tunja se limitó a señalar el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, y allegar la sentencia de primera instancia, en la cual se indica que el acto administrativo es declarado nulo por haber sido expedido por desviación de poder, sin hacer ningún análisis entorno al elemento subjetivo de la demandada al expedir la Resolución acusada, sin que en el proceso de repetición demostrara que en realidad ocurrió un desmejoramiento del servicio con ocasión del retiro de la señora Ana Miryam Moreno Quemba, o que la decisión fue adoptada bajo el fuero de protección especial y que la demandada lo conocía; por lo cual no se reúnen los elementos necesarios para la procedencia del medio de control”.*

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de fecha 29 de marzo de 2017 accedió a las pretensiones de la demanda. (Fls 343-357), con fundamento en los siguientes argumentos:

Dentro del plenario se encuentran acreditados los elementos objetivos para invocar el medio de control de repetición, cuales son, la calidad de agente del Estado de quien profirió el acto administrativo anulado, la existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública y el pago realizado por la entidad.

Ahora bien, en lo tocante a la calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa adujo que la parte actora no señaló de manera taxativa la causal de presunción de culpa grave bajo la que ampara sus pretensiones, sino que acudió al concepto general de culpa grave por infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, por lo que indicó que bajo este criterio se estudiaría el medio de control de repetición.

En efecto, como lo afirma la parte demandada y de acuerdo al criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, la sentencia condenatoria por sí sola no tiene vocación de probar la culpa grave o el dolo respecto del agente estatal demandado, lo cual no obsta para que pueda abordarse el análisis conjunto de pruebas obrantes en el expediente, en procura de establecer si la demandada obró con culpa grave, título de imputación propuesto en la demanda.

Analiza entonces el a quo la sentencia condenatoria para concluir que la condena impuesta a la entidad tuvo lugar como consecuencia del desconocimiento de la protección a la maternidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, normas donde se prohíbe la desvinculación, sin justa causa, de las servidoras en estado de gravidez durante el tiempo del embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto según el caso, indicando que en el evento de desconocerse dicha garantía, la trabajadora tendría derecho al pago de 60 días de salario por concepto de indemnización, más 8 semanas de descanso remunerado.

En aquella oportunidad la juez de primera instancia para llegar a la condena discutida, indicó que si bien no se allegó prueba en la que constara por escrito el informe de gravidez al nominador, lo cierto es que en aplicación del indicio o prueba indirecta, la cual no es otra cosa que la capacidad de razonamiento del juez a partir de la contemplación de la prueba indirecta; se logra abstraer y concluir que el nominador conocía del estado de embarazo de la accionante previo a la declaratoria de la insubsistencia, pues al no asistir a sus labores diarias debió la señora Ana Myriam Moreno Quemba presentar ante la E.S.E. Santiago de Tunja la incapacidad por maternidad concedida por COMEBA E.P.S., en la que de manera indirecta se les da a conocer sobre su estado de gravidez, quedando así protegida por el fuero de estabilidad que le otorga la ley a la mujer embarazada durante su embarazo y tres meses siguientes al parto o aborto. Señala que la entonces demandante radicó ante la entidad los certificados de incapacidad que daban cuenta de su estado de gestación.

Al tener por sentado entonces que la entidad conocía del estado de embarazo de la demandante, aplicó el a quo la presunción de que el despido se produjo como consecuencia de la maternidad y no por razones o fines del buen servicio público, imponiendo la condena a la entidad.

Entonces, indicó la juez de conocimiento de la repetición que el fundamento central de la sentencia para sustentar la declaratoria de nulidad del acto de retiro, fue la infracción de las normas de protección a la maternidad al haberse dado por terminado su nombramiento sin tener en cuenta su estado de gravidez y posterior

aborto, circunstancia que según el enfoque expuesto en la providencia a partir de la prueba indirecta, era conocida por la administración en la medida que la interesada había allegado las respectivas incapacidades médicas.

Sin embargo, consideró la juez de primera instancia que el hecho de tal condena en la que se consideró que la administración tenía conocimiento del estado de gravidez, no da cuenta del actuar gravemente culposo de la hoy demandada, en tanto no se probó que ella hubiese tenido conocimiento de manera directa del fuero materno que amparaba a la señora Ana Moreno Quemba, pues a esa conclusión se llegó de manera indiciaria con base en las incapacidades médicas allegadas a la entidad y dichas consideraciones no pueden trasladarse para sustentar el elemento subjetivo de la responsabilidad de la demandada, toda vez que la culpa grave constituye un criterio personal cuya existencia únicamente podría predicarse en el evento en que el estado de embarazo se hubiese conocido de manera directa y que a pesar de ello decidió retirarla del servicio sin justa causa antes de que culminara el fuero que la amparaba, desconociendo por negligencias las normas que regulan la materia.

Hasta este momento, aduce el a quo no podría endilgarse culpa grave en el actuar de la demandada. Sin embargo, estudiados los documentos obrantes en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No 2005-2170 se percata el a quo que mediante resolución No. 073 del 16 de marzo de la señora LUZ PATRICIA SÁNCHEZ ROJAS, dio por terminado sin motivación alguna el nombramiento provisional de la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA, en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA URBANA, CÓDIGO 555, GRADO 26 y **mediante escrito radicado ante la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA el 22 de marzo de 2005 (fls. 35 - 36), la señora ANA MIRYAM MORENO QUEMBA, interpuso recurso de reposición contra el acto que dispuso su retiro, indicando entre otros aspectos, que hasta el mes de febrero se encontraba en embarazo, y que dicha situación era conocida por la nominadora de acuerdo con la historia laboral, por lo que solicitó la revocatoria de la desvinculación.**

Mediante Resolución No. 119 del 2 de mayo de 2005 se rechazó de plano el anterior recurso, al considerar que la decisión de retiro del servicio en el caso de la señora

ANA MIRYAM MORENO QUEMBA, constituía un acto de ejecución, por tratarse de una insubsistencia declarada en ejercicio de la facultad discrecional, por lo que en criterio de la nominadora, no era procedente ningún medio de impugnación.

En consecuencia consideró la juez de primera instancia lo siguiente:

*"No encuentra el Despacho ningún referente a partir del cual pueda establecerse que la señora LUZ PATRICIA SÁNCHEZ ROJAS, en su condición de Gerente de la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA, haya conocido de manera directa la situación con anterioridad a la fecha del acto por medio del cual se dispuso el retiro de la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA, por lo que en principio, no sería posible establecer la responsabilidad subjetiva sobre el desconocimiento del fuero de maternidad.*

*Empero, no puede perderse de vista que mediante escrito radicado ante la entidad el 22 de marzo de 2005 (fls. 35 - 36), es decir, encontrándose dentro del término establecido para el efecto (artículo 51 del C.C.A.), la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA interpuso recurso de reposición contra el proveído de desvinculación, haciendo énfasis en su estado de embarazo previo, lo que significa que la nominadora tuvo la oportunidad de enmendar su error en vía gubernativa, al conocer la situación de protección en que se encontraba la demandante.*

*No obstante, como pudo verse, a través de Resolución No. 119 del 2 de mayo de 2005 (fls. 33 - 34), la funcionaria decidió rechazar la impugnación aduciendo que por tratarse de una decisión proferida en ejercicio de la facultad discrecional no era susceptible de recurso alguno, perdiendo de vista que al enterarse del fuero de protección, su decisión debía ser reglada, pues no podía disponer el retiro de la servidora sin justa causa.*

*En esta medida, salta a la vista que en lugar de rechazar por improcedente la reposición, la entonces Gerente de la entidad ha debido reponer su decisión de insubsistencia, para así garantizar el fuero materno que amparaba a la señora ANA MIRYAM MORENO QUEMBA, pues si bien se trataba de un acto que en principio había sido proferido en ejercicio de la facultad discrecional, y como tal no era susceptible de recursos (artículo 2º del C.C.A.), lo cierto es que al enterarse del fuero de protección que le asistía a la servidora retirada, la nominadora pudo darse cuenta que su decisión inicial ya no estaba regida por la simple discrecionalidad, sino que estaba reglada por las previsiones contenidas en el artículo 20 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, que impedían la desvinculación sin justa causa.*

*Bajo este enfoque, más allá de la discusión que pueda presentarse sobre la exigencia de motivación para los actos de retiro de empleados nombrados en provisionalidad en general, se puede inferir que a pesar de que la nominadora tuvo la oportunidad de garantizar el fuero de maternidad en el caso de la señora ANA MIRYAM MORENO QUEMBA, hizo caso omiso a la situación que le fue puesta en conocimiento por vía de impugnación, desconociendo de manera flagrante el contenido de las normas precitadas, sin que exista circunstancia alguna que justifique su actuación.*

*Es más, aun insistiendo en la improcedencia del recurso, la nominadora bien pudo haber acudido a la revocatoria directa consagrada para ese entonces en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, donde justamente se señalaba como causa de revocación, el hecho de que las decisiones administrativas resultasen manifiestamente opuestas a la constitución o a la Ley, como ocurría en el caso del despido de la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA, por*

*desconocimiento del fuero especial que la amparaba”<sup>1</sup>.*

*(...)*

*No pasa por alto el Despacho que dentro del expediente obra la hoja de vida de la señora NINI JOHANA SIERRA MOLINA (236 - 251), quien remplazó a la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA, según nombramiento provisional efectuado por la nominadora a través de Resolución No. 078 del 17 de marzo de 2005 (fl. 236), es decir, al día siguiente de la insubsistencia y con anterioridad a la interposición del recurso de reposición.*

*Desde esta perspectiva, podría pensarse en la improcedencia de la revocatoria del acto de retiro, al haberse designado una nueva funcionaria, antes de que la nominadora tuviese conocimiento del fuero materno que amparaba a la servidora saliente, pues en tal caso se afectaría la situación laboral de quien la remplazó.*

*No obstante, en criterio del Despacho, ello no implicaba un obstáculo para garantizar los derechos de la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA, pues su fuero de protección la ubicaba en un mejor derecho que el que tenía la servidora NINI JOHANA SIERRA MOLINA, quien en consecuencia podía ser retirada del servicio para reintegrar a la funcionaria aforada, sin problema alguno, dado que se encontraba plenamente demostrada dicha situación que justificaría la desvinculación de su remplazo.*

*En otras palabras, al conocer el fuero de estabilidad que amparaba a la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA, la entonces nominadora, bien podía dar por terminado el nombramiento de su remplazo, aduciendo como razones de la decisión, la existencia del mejor derecho.*

*Así pues, conforme a lo expuesto hasta el momento, para el Despacho es claro que se encuentra demostrada la infracción directa de las normas legales por parte de la señora LUZ PATRICIA SÁNCHEZ ROJAS, específicamente aquellas que gobernaban el retiro del servicio de la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA, contenidas en el artículo 20 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 909 de 2004, disposiciones que impedían la desvinculación sin justa causa de la servidora al encontrarse amparada por el fuero de maternidad.*

*Esta circunstancia fue desconocida por la entonces nominadora, sin ningún tipo de justificación, pues a pesar de que estaba plenamente informada sobre la existencia de la garantía foral y pudo remediar la situación en sede de impugnación, o incluso a través de la revocatoria directa del acto de insubsistencia, prefirió mantenerse en su decisión de retiro, conllevando a la posterior condena de la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA, evidenciándose la existencia de culpa grave a la luz del concepto general contenido en el artículo 6º de la Ley 678 de 2001, donde precisamente se señala que la conducta es gravemente culposa cuando se presenta una infracción directa a la Constitución o a la ley, como ocurre en el presente caso, por lo que habrá de declararse la responsabilidad de la demandada, ordenando el pago de los valores que tuvo que asumir la administración como consecuencia de su conducta, referidos precedentemente.*

Condenó entonces la primera instancia a la señora Luz Patricia Sánchez Rojas a título de culpa grave.

---

<sup>1</sup> Fls 353 y 354 c2

#### IV. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

Insistió la apelante en que según la normatividad y jurisprudencia vigente para el momento de ocurrencia de los hechos, los actos administrativos de insubsistencia de los empleados provisionales hacían parte de la facultad discrecional del nominador y no requerían motivación alguna. Se abstiene el Despacho de ahondar en este argumento, por cuanto este aspecto no fue tenido en cuenta por la juez de primera instancia para proferir sentencia condenatoria.

De otra parte indicó la apelante que el fallador consideró probada la responsabilidad al considerar la presunción legal respecto a que el retiro de la empleada se realizó, sin considerar la protección reforzada que le era inherente y las disposiciones contenidas en el artículo 21 del decreto 3135 de 1968, y el artículo 51 de la ley 909 de 2004, que prevé la prohibición del despido de la trabajadora durante el embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, aclarando que solo podrá efectuarse el retiro por una justa causa comprobada y que ese estado se encontraba probado.

Sin embargo no se tuvo en cuenta que la empleada nunca informó sobre su estado de embarazo y que la condena se basó en la presunción según la cual era de conocimiento de la empresa su estado por las incapacidades presentadas por la entonces demandante, pero ello no da cuenta, de que haya cumplido con su deber de del artículo 51 de la ley 909 de 2004 de informar al empleador de su estado de gestación y además debe considerarse que el embarazo de la mencionada señora era de 5 semanas por lo que no era un hecho notorio.

Aunado a lo anterior su retiro se dio el 16 de marzo de 2005, fecha para la cual la empleada se encontraba laborando normalmente y la última incapacidad había caducado el 11 de febrero de 2005.

Por su parte, reiteró los argumentos según los cuales la entidad demandante no probó que el actuar de la demandada se haya dado con dolo o culpa grave.

## V. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia y repartido a este despacho, por auto 18 de agosto de 2017 se resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (fl.390).

Así mismo, mediante proveído de 2 de febrero de 2018, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento (fl. 394), 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 señalado presentó escrito la parte demandante.

### **5.1 Alegatos de conclusión presentados por la parte demandada (Fls 396 a 410).**

Reitera los argumentos esbozados en el recurso de apelación, en la contestación de demanda y alegatos de conclusión presentados en primera instancia, según la cual los nombramientos provisionales no tienen fuero alguno de estabilidad y su insubsistencia puede ser declarada sin motivación alguna, por la facultad discrecional que le asiste al nominador.

Insiste en que la señora Ana Moreno Quemba no informó a la entidad sobre su estado de embarazo y posterior aborto y el mismo no constituía un hecho notorio.

No obstante el artículo 20 del decreto 3135 de 1968 dispone que en el caso de aborto se dará una licencia de 2 a 4 semanas según el avance del embarazo y según disponga el médico tratante, por tanto, la entonces demandante no se encontraba con fuero de protección especial por licencia de maternidad como erróneamente consideró la primera instancia. Por su parte el artículo 237 del Código Sustantivo del trabajo señala que la trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos a cuatro semanas, remunerada con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso.

Para disfrutar de la licencia se debe presentar al empleador el certificado médico que dé cuenta del aborto, indicación del tiempo de reposo que necesita y la duración de la licencia que a criterio de médico tratante será entre 2 y 4 semanas.

En el caso que nos ocupa señala la parte que no se encuentra que fuese concedida licencia de maternidad a la demandante por tres meses como consideró el despacho, o que estuviese vigente dicha protección a la fecha de retiro, la licencia que aporta al proceso fue de 10 días que vencieron el 11 de febrero de 2005, cuando el retiro se produjo el día 16 de marzo de la misma vigencia, así mismo una vez analizado el acervo, no se demostró que las condiciones de embarazo fuesen la causa del retiro o que pudiese establecerse esa presunción jurídica, por encontrarse con fuero de protección derivada del aborto.

Entonces la demandante no actuó con dolo ni con culpa grave, teniendo en cuenta además que la parte demandante solo trajo la copia de la sentencia al proceso sin desplegar actividad que probara el grado de culpabilidad con que actuó la demandada.

## **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. De la caducidad.**

La sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja el día 10 de diciembre de 2010 dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No 2005-2170, cobró ejecutoria el día 17 de octubre de 2012, fecha en la cual se aceptó el desistimiento que hiciera la parte demandada respecto del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

Se colige entonces que la E.S.E. Santiago de Tunja contaba con dieciocho meses para cumplir la condena, esto es, hasta el 17 de abril de 2014. No obstante, el pago lo hizo efectivo el 25 de septiembre de 2013, por lo que desde esta fecha la entidad contaba con dos años para interponer el medio de control de repetición.

En este sentido, los dos años de caducidad se presentaban el 25 de septiembre de 2015 y la demanda fue presentada el 21 de mayo de 2015, es decir, estando en término para ello.

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

Visto el recurso de apelación y la sentencia proferida por el a quo, se trata en esta instancia de establecer si la ex gerente de la E.S.E SANTIAGO DE TUNJA – señora Luz Patricia Sánchez Rojas -, es civil y administrativamente responsable a título de culpa grave por la actuación administrativa que dio lugar a la condena impuesta por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Tunja el 10 de diciembre de 2010, dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2005-2170 instaurado por la señora Ana Myriam Moreno Quemba en contra de la E.S.E SANTIAGO DE TUNJA.

Con el fin de absolver este cuestionamiento, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: (i). de la normativa aplicable al presente caso, (ii). Del medio de control de repetición (iii) de los presupuestos de prosperidad del medio de control de repetición, (iv) de la de las presunciones establecidas en los numerales 1 y 3 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, y (v) del caso concreto.

#### **a. De la normativa aplicable**

La Ley 678 de 2001, es una norma sustancial y, en consecuencia, su aplicación no puede ser retroactiva. En efecto, para el tema relativo a la presunción de dolo o culpa grave, si bien ello afecta directamente la carga de la prueba que, en principio, llama a un tema procesal, lo cierto es que el debate probatorio se da respecto del hecho que dio lugar a la sentencia condenatoria o conciliación y, en consecuencia, mal podría considerarse como un asunto meramente procesal de aplicación

inmediata. Por el contrario, es el derecho de defensa el que se afecta de manera directa, así lo ha venido sosteniendo este Tribunal en diversas oportunidades<sup>2</sup> y lo consideró también la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 31 de agosto de 2006, dijo:

“...Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, **son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001**, para “determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter “civil” que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política). **Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado. En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar conforme a las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.**”<sup>3</sup> Resaltado fuera de texto

La misma sección en sentencia de 26 de febrero de 2009, con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Saavedra Becerra señaló que:

“La Sala advierte que los hechos y actos debatidos en este proceso tuvieron lugar el día 8 de noviembre de 1993, fecha en que el Director del IDU de esa época, expidió el acto administrativo por el cual declaró desierta la licitación pública 05, esto es, antes de la expedición de la Ley 678 de 2001. Por lo tanto, dicha normativa no es aplicable en los aspectos sustanciales a este caso. No obstante lo anterior, en materia procesal, el asunto en estudio sí se puede analizar a la luz de dicha Ley, por tratarse de normas de orden público y, por ende, de aplicación inmediata. Ahora, para determinar cuáles son los asuntos procesales y sustanciales que gobiernan el caso, es necesario determinar los elementos de la acción de repetición, los cuales han sido explicados por la Sala en varias oportunidades: La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero que generó la condena, o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto; La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública, o de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto; El pago realizado por parte de la Administración; y La calificación de la

<sup>2</sup> Expedientes Nos. 150002331000 1999-1149; 150002331000 1999-1081– 00, entre otros. BD

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. No. 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio

conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa. Los tres primeros son de carácter objetivo, frente a los cuales resultan aplicables las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, según se explicó. **Por su parte, la conducta dolosa o gravemente culposa es un elemento subjetivo que se debe analizar a la luz de la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante del pago por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición.**<sup>4</sup> Resaltado fuera de texto

De los documentos obrantes en el plenario se evidencia que la expedición de la resolución No 073, por medio del cual dio por terminado el nombramiento provisional de la señora Ana Moreno Quemba del cargo de auxiliar de enfermería urbana código 555 grado 26 de la E.S.E SANTIAGO DE TUNJA, fue proferida el 16 de marzo de 2005, de donde se infiere que la norma aplicable al presente caso es la Ley 678 de 2001, vigente para el momento en que se expidió el Decreto No 0342 de 2008.

#### **b. Del medio de control de repetición**

El medio de control de repetición es de carácter constitucional, por el cual la administración obtiene de sus agentes o de quienes fungieron como tales, el reintegro de las indemnizaciones que ha debido reconocer a los particulares como consecuencia de una condena judicial por los daños antijurídicos causados con su conducta dolosa o gravemente culposa.

Sobre sus presupuestos la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia de 18 de abril de 2016, Exp. No. 73001-23-31-000-2004-00001-01(40694), con ponencia del Doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, explicó:

“Para la prosperidad de la acción de repetición se requiere: i) que haya una condena contra el Estado, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, por daños imputables a la acción o a la omisión de alguna autoridad pública, ii) que la entidad obligada haya efectuado el pago a la víctima y iii) que se pruebe que el pago fue consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del servidor o ex servidor público demandado o de un particular mientras ejerció funciones públicas (artículos

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009 con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Saavedra Becerra en el radicado 25000 2326 000 2003 02608-01 (30329)

90 de la C.P. y 77 del C.C.A). Los anteriores elementos deben estar debidamente acreditados por la entidad pública para que prospere la acción de repetición.” (Resaltado fuera de texto).

### **c. De los presupuestos de prosperidad de la acción de repetición**

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres (3) primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos es de carácter subjetivo y está gobernado por la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición.

**Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes:**

#### **1. De la calidad del demandado de agente o ex agente del Estado y su conducta determinante en la condena**

La calidad y la actuación u omisión de los agentes o ex agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario de la persona que se llama a juicio y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

#### **2. De la existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado**

La parte actora debe acreditar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia

debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto.

### 3. Del pago efectivo realizado por el Estado

Con la demanda se tiene que demostrar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.

### 4. Del elemento subjetivo en la acción de repetición

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

La Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, proceso Radicado N° 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360), en providencia del 30 de abril de 2014, precisó:

“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 asunto 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>5</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**

---

<sup>5</sup> Enrique Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile 2009.

usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir cómo 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>6</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.**” Resaltado fuera de texto.

En oportunidad anterior, la Subsección C, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en sentencia del 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>7</sup> y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77<sup>8</sup> y 78<sup>9</sup> del C. C. A.. Así, dijo<sup>10</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>11</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

<sup>6</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 (...)”.

<sup>7</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>8</sup> Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

<sup>9</sup> Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

<sup>10</sup> Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

<sup>11</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” BD.

podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.”  
Resaltado fuera de texto

Así las cosas, la jurisprudencia estructuró los conceptos de dolo y culpa grave a partir del artículo 63 del Código Civil<sup>12</sup>, el cual señala respecto a la segunda -culpa grave-, que se constata cuando los negocios ajenos no son manejados, **siquiera, con aquella diligencia que una persona negligente o de poca prudencia** suele emplear en los suyos, esto es, aquel descuido o desidia inconcebible, que sin implicar intención alguna de inferir un daño, lo produce.

En efecto, hay culpa grave cuando la conducta dañina sin ser intencional es consecuencia de la infracción al deber objetivo de cuidado. Ha sido considerada tradicionalmente<sup>13</sup> como aquella actuación no deliberada del sujeto que en forma especialmente grosera, negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la prudencia ni atención requerida deja de cumplir u omite el deber funcional que le es exigible.

De tal modo que esa modalidad de conducta errática obedece a la ligereza e incuria del agente en el ejercicio de sus funciones, que termina por ocasionar un daño antijurídico y que necesariamente debe ser reparado por el Estado.

En cuanto al dolo, prescribe que se configura cuando la persona incurre en la acción 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

---

<sup>12</sup> Art. 63, Código Civil. “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

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

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

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

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

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosa Administrativa. 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.

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, sí 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>14</sup> Resaltado fuera de texto

Lo anterior, en consideración a los principios inspiradores del Estado Social de Derecho, que exigen proteger especialmente el derecho de audiencia y contradicción de quien ha sido involucrado en un juicio como generador de un perjuicio, para que pueda demostrar que su actuar no fue doloso o gravemente culposos.

De suerte que el convocado al juicio desde el mismo momento en que se notifica de la demanda, tenga conocimiento de los motivos por los cuales le endilgan una responsabilidad con consecuencias patrimoniales y de esta forma, en condiciones de igualdad, goce de la facultad de estructurar su defensa y la contradicción de los fundamentos fácticos y jurídicos que se aduzcan en su contra.

La Corte Constitucional de forma reiterada<sup>15</sup> ha considerado que el contenido del derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política comprende la garantía de la defensa, entendida como la oportunidad, otorgada a las partes, de emplear todos los medios legítimos para ser oídas, preparar la contradicción y probar su dicho con la finalidad de evitar que se produzcan decisiones en su contra.

El derecho del demandado de tener **conocimiento sobre la modalidad de conducta que se le imputa y la causal de presunción legal que alegan en su contra, no es más que la manifestación del referido derecho constitucional**, que exige que desde la presentación de la demanda se expongan los argumentos de hecho y de derecho que identifique la controversia, de modo que el juez pueda tomar una decisión de conformidad.

---

<sup>14</sup> Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente D-8104

#### 4.1. De las presunciones establecidas en la Ley 678 de 2001

Tal y como se observó en acápite que antecede, 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.

No obstante la valoración que debe hacer el juez a fin de verificar la culpa grave o el dolo en el actuar de un servidor público y que debe estar precedida de las consideraciones ya plasmadas en este escrito e indicadas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, el legislador ha establecido ciertos hechos cuya ocurrencia generan su presunción, por ello los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, consagraron un **régimen de presunción** en los siguientes términos:

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

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

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

**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 que 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 manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”. Subrayado fuera de texto.

Tal como lo enunció en sentencia la Sala de Decisión No. 3 de este Tribunal<sup>16</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.

De acuerdo con lo anterior, quien se beneficia con una presunción únicamente debe probar los hechos en que fundamenta la consecuencia que reclama.

Las presunciones son **iuris tantum** o **legales**, que admiten prueba en contrario, o **iris et de iure** o **de derecho**, que no admiten prueba en contrario. Las primeras hacen relación a aquellos hechos, que por disposición expresa de la ley, deben tenerse como ciertos cuando se demuestren determinadas circunstancias; mientras que las segundas, son de pleno derecho pues se sabe, que de ser cierto el supuesto de hecho en que se basan, siempre va a resultar la misma consecuencia.

Los artículos que contemplan las causales de presunción de dolo y culpa grave en la ley que reglamenta la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, son **legales** o **iuris tantum** ya que reconocieron la existencia de situaciones lógicamente posibles, que de ser probadas permiten inferir el resultado jurídico, esto es, el dolo o culpa grave en el obrar del agente.

Lo anterior tiene significancia en la carga de la prueba, ya que se traslada al demandado, quien debe acreditar que no es cierto el supuesto de hecho en que se basa el actor para imputarle alguna de las modalidades de la conducta -culpa o dolo- y así, evitar una decisión desfavorable.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010, explicó:

“Una presunción legal releva a una de las partes de la carga de probar el hecho presumido. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones a quien favorece la presunción

<sup>16</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.

**debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente** a partir del cual se deriva la existencia del hecho presumido, cuya demostración no es comúnmente un asunto complicado. **La ley que establece la presunción al beneficiar a una de las partes termina por afectar a la otra parte ya que resulta obligada a demostrar la inexistencia del hecho presumido de manera directa o desvirtuando el hecho antecedente. Luego, las presunciones tienen como efecto procesal el invertir la carga de la prueba.**” Resaltado fuera de texto

Para que esta consecuencia jurídica acontezca -inversión de la carga de la prueba-, **el actor debe indicar en el libelo demandatorio la clase de conducta que imputa y la causal de presunción**, de tal forma que su actividad probatoria se dirija exclusivamente a **acreditar los supuestos fácticos** que consagra la norma, relevándolo así, de demostrar que el agente actuó con dolo o culpa grave.

Esa misma Corporación, al estudiar sobre la constitucionalidad de las presunciones que preceptúan los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, en la sentencia C- 374 de 2002, precisó:

“Según la citada disposición legal (artículo 66 del C.C.), los hechos antecedentes en que se apoya una presunción legal **se deben demostrar y sólo probándolos la presunción opera a favor del que la tiene**, a menos que la otra parte demuestre lo contrario. **Es decir, que quien se halla favorecido con una presunción legal tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la misma, o sea aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce. Es claro, entonces, que la dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es apenas parcial ya que solamente opera respecto del hecho deducido.**

El que la ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción o, lo que es lo mismo, la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los hechos o circunstancias de que lo infiere la ley, obedece a que las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error. Luego, dada esa posibilidad de equivocación, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario. De esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción. (...)

Hechas estas observaciones resulta claro que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 no implican la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en acción de repetición que, de contera, acarree desconocimiento del principio superior de la igualdad, puesto que constituyen un mecanismo procesal que ha sido diseñado por el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional para configurar las instituciones procesales y definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (arts.124 y 150 Superiores), con el fin de realizar el mandato del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política que le ordena al Estado repetir contra sus agentes cuando éstos en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa han dado lugar a una condena de reparación patrimonial en su contra.

(...)

Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que "el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, **resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró**".

Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión -onus probandi incumbi actori-, también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la acción de repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba **cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave**, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario.

De tal manera que cuando en la demanda se acude a las presunciones de los artículos 5 o 6 de la Ley 678 de 2001 no es aplicable el principio procesal contemplado el artículo 167 del CGP, según el cual, "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", pues como se precisó, basta que se indique la conducta que se presume dolosa o gravemente culposa, consagrada en la norma, y le corresponderá a la otra parte demostrar lo contrario.

Como se dijo, esta presunción trae aparejada la consecuencia que al demandado se le traslada la carga de desvirtuar su responsabilidad, es decir, lo ubica en una situación que comporta una conducta facultativa tendiente a probar que no actuó con dolo o culpa grave; y en caso de no asumir con dinamismo su defensa, la falta de prueba de su obrar conforme a derecho generaría resultados desfavorables como una condena patrimonial.

Así, para que el actor se beneficie de la presunción, **tiene la carga de precisar en las pretensiones de la demanda, de manera clara y sin lugar a divagaciones, la modalidad de conducta que imputa, es decir si es dolosa o gravemente culposa, y cuál es la presunción enlistada en los numerales de los artículos 5º y 6º de la Ley**

**678 de 2001 de la que se va a beneficiar**, dejando sentado en el libelo demandatorio la causa de la presunción, verbigracia, violación manifiesta e inexcusable de las normas.

Queda claro entonces, que respecto a la prueba de la modalidad de la conducta, el actor tiene dos vías: la primera, **acudir a las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001**, siempre y cuando precise en la demanda, de cuál de las causas contempladas en los numerales 5° o 6° se va a beneficiar, dirigiendo su actividad probatoria a la acreditación del supuesto de hecho en el que se funda; lo anterior - como ya se dijo-, en atención a que el ordenamiento jurídico asigna al demandante obligaciones o cargas para el ejercicio de esta ventaja probatoria. Si la anterior carga se omite, deberá **probar el dolo o la culpa grave del agente**, evento en el cual, **la carga de la prueba no se invierte**, y en consecuencia, al demandado no le corresponde realizar ninguna actividad de desacreditación ya que quien promueve la acción debe generar un convencimiento en el juzgador, consistente en que el demandado, intencional o desprevenidamente, desatendió de forma grosera sus deberes objetivos de cuidado generando un daño antijurídico.

## **5. Del caso concreto**

La demanda presentada por la E.S.E SANTIAGO DE TUNJA contra su ex gerente - señora Luz Patricia Sánchez Rojas -, pretende obtener la declaratoria de responsabilidad civil y extracontractual, de quien con su conducta gravemente culposa generó en contra de dicha entidad territorial una carga pecuniaria a la cual no estaba obligada, por haber expedido la resolución No 073 del 16 de marzo de 2005 ordenando dar por terminado el nombramiento de la señora Ana Myriam Moreno Quemba del cargo de auxiliar de enfermería urbana código 555 grado 26 que desempeñaba de manera provisional. Contra el referido acto se interpuso recurso de reposición resuelto mediante Resolución No 119 del 2 de mayo de 2005, por el cual se rechaza por improcedente el recurso.

La resolución No 073 del 16 de marzo de 2005 fue declarada nula por el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja mediante sentencia fechada del 10 de diciembre de 2010, ordenando el reintegro de la señora Ana Moreno Quemba al cargo que

venía ejerciendo al momento de que fuera declarada insubsistente o a uno de igual categoría, por el término de 60 días, y al pago de los salarios dejados de percibir por dicho término más las ocho semanas de descanso remunerado, conforme lo dispone en inciso 2 del Decreto 3135 de 1968.

El Juzgado Séptimo Administrativo de del Circuito Judicial de Tunja mediante sentencia de 26 de mayo de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que la demandada actuó con culpa grave en la expedición de la resolución 073 del 16 de marzo de 2007 por no haber respetado el fuero de maternidad que amparaba a la señora Ana Myriam Moreno Quemba, pese a haber tenido la oportunidad de enmendar su error con la interposición del recurso de reposición que radicó la actora en contra del acto anulado.

Para tal efecto, la Sala revisará los presupuestos objetivos y el subjetivo indicados por la jurisprudencia del Consejo de Estado para la prosperidad de la acción de repetición.

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

Obra a folio 32 del proceso No 2005-2170 remitido como prueba a este proceso, original de la resolución No 073 del 16 de marzo de 2005, por medio de la cual la doctora Patricia Sánchez Rojas en su calidad de gerente de la E.S.E Santiago de Tunja, dio por terminado el nombramiento provisional de la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA del cargo de auxiliar de enfermería urbana código 555 grado 26 a partir del 16 de marzo de 2005 de donde se infiere que la aquí demandada fungía como gerente de la E.S.E Santiago de Tunja para el momento de ocurrencia de los hechos.

Además obra a folio 49 del plenario constancia suscrita por la Subgerente de la E.S.E Santiago de Tunja en la que se indica que la doctora Luz Patricia Sánchez Rojas laboró en la empresa desde el 4 de junio de 2002 hasta el 16 de marzo de 2009, estando entonces acreditada la calidad de ex agente del estado de la demandada.

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

La resolución No 073 del 16 de marzo de 2005, por medio de la cual la doctora Patricia Sánchez Rojas en su calidad de gerente de la E.S.E Santiago de Tunja, dio por terminado el nombramiento provisional de la señora ANA MYRIAM MORENO QUEMBA del cargo de auxiliar de enfermería urbana código 555 grado 26 a partir del 16 de marzo de 2005, fue demandada y anulada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Como consecuencia de ello se condenó a la E.S.E Santiago de Tunja (hoy demandante) en sentencia del 10 de diciembre de 2010, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja, a pagar a la actora los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir durante el término de sesenta días, más las 8 semanas de descanso remunerado de que trata el inciso 2 del Decreto 3135 de 1968.

## **5.3 El pago realizado por el Estado**

En el sub examine está probado el pago en favor de la señora Ana Myriam Moreno Quemba, a través de los siguientes documentos obrantes a folios 35 a 45 de las diligencias:

- Copia de la Resolución No 089 del 12 de septiembre de 2013 (F1 35 a 38) por medio de la cual se da cumplimiento a la condena impuesta en la sentencia del 10 de diciembre de 2010, de la siguiente manera:

1. Once millones doscientos cuarenta y cuatro mil trescientos ochenta y dos pesos m/cte (\$ 11.244.380), por concepto de salarios y prestaciones sociales, suma por la cual se expidió el comprobante de egreso No 8099 del 25 de septiembre de 2013 con destino a la señora Ana Moreno Quemba (Fls 46 - 47).
2. Dos millones cuatrocientos sesenta y cinco mil quinientos cincuenta y cuatro pesos m/cte (\$ 2.465.554), por concepto de seguridad social en salud y pensiones, suma por la cual se expidieron los comprobantes de egreso No 8100 y 8103 del 25

de septiembre de 2013, los recibos de consignación y planilla de aportes, con destino a COOMEVA entidad promotora de salud S.A. y a Colfondos Pensiones y Cesantías. (Fls 40-41 y 44-45).

3. Cuatrocientos diez mil novecientos veintiséis (\$ 410.926), por concepto de aportes parafiscales a la Caja de Compensación Familiar de Boyacá, correspondientes al 4% del valor de la nómina en el caso de la beneficiaria, suma por la cual se expidió el comprobante de egreso No 8101 del 25 de septiembre de 2013 con destino a COMFABOY.(Fls 42-43).

Por medio de los mencionados documentos se acreditó el pago de la condena impuesta dentro de proceso No 2005-2170 a favor de la señora Ana Myriam Moreno Quemba.

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

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

Revisados los argumentos de la demanda, evidencia la Sala que la entidad demandante señala que el demandado actuó de manera gravemente culposa como quiera que obró por fuera del marco constitucional y legal configurándose causal de nulidad del acto demandado por falsa motivación y desviación de poder, presupuesto establecido en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001.

Al respecto, este Tribunal en concordancia con jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, *ha reiterado que es deber del demandante invocar la presunción bajo la que se ampara a fin de invertir la carga de la prueba*, probando el hecho a partir del cual puede aplicarse la presunción, so pena de verse en la obligación de probar el dolo o la culpa grave en el actuar del agente estatal.

No obstante lo anterior, considera la Sala que no le asiste razón al a quo cuando afirma que la entidad demandante no se amparó en ninguna causal taxativa de la Ley 678 de 2001, pues cuando afirma que actuó con culpa grave por actuar en contra de

la constitución y la ley, de ello se extrae con claridad que invocó en su favor el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001.

En el libelo de la demanda se encuentra que la E.S.E Santiago de Tunja invocó el actuar gravemente culposo de la demandada por infracción de la constitución y la ley que dio paso a la nulidad del acto demandado por desviación de poder y falsa motivación, presupuesto que considera la entidad se enmarca en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001. Es cierto que no invocó de manera textual el numeral 1 de dicho artículo, pero si refirió el actuar gravemente culposo del artículo 6 de la Ley 678 de 2001 por infracción directa de la Constitución y la ley y de una inexcusable extralimitación en el ejercicio de funciones, que se acompasa con la “violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”, contemplada en el numeral 1 del artículo 6 de la norma en cita.

En consecuencia, correspondía a la demandada desvirtuar la culpa grave invocada por la demandante.

#### **5.4.1. De la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho por parte del demandado.**

A fin de establecer la ocurrencia del hecho que da lugar a la aplicación de la presunción de la culpa grave por violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, se analizará la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja y el expediente remitido en calidad de préstamo No 2005-2170 adelantado en su momento por la señora Ana Myriam Moreno Quemba en contra de la E.S.E. Santiago de Tunja y dentro del que se produjo la condena hoy repetida en contra de la señora Luz Patricia Sánchez Rojas, dentro de los cuales se encuentran los siguiente hechos probados:

- Que la señora Ana Myriam Moreno Quemba se encontraba nombrada en provisionalidad en el cargo de auxiliar de enfermería urbana código 555 grado 26 de la planta de personal de la E.S.E Santiago de Tunja.
- Mediante Resolución No 073 del 16 de marzo de 2007, el hoy demandado declaró

insubsistente el referido nombramiento. (Fl 13 c1)

- La señora Ana Myriam Moreno Quemba demandó la legalidad de esa resolución y solicitó su nulidad, pues consideró que carecía de motivación. Igualmente, que se ordenara su reintegro al cargo que ocupaba y el pago de los salarios y demás emolumentos que dejó de percibir, desde el retiro hasta la nueva vinculación al servicio. (Fls 2-30 proceso No 2005-2170)

- El 10 de diciembre de 2010, el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja accedió a las pretensiones de la demanda (Fls 142-162 proceso No 2005-2170), con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Estudió la juez de conocimiento la estabilidad reforzada por maternidad que revestía a la demandante, de conformidad con la Ley 909 de 2004 y el Decreto 3135 de 1968, que señalaban

**Decreto 3135 de 1968**

*Artículo 20°.- La afiliada que en el curso del embarazo sufra aborto tiende derecho a una licencia remunerada de dos (2) a cuatro (4) semanas, conforme a la prescripción médica.*

*Artículo 21°.- Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres (3) meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del Jefe del respectivo organismo si de empleada. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece.*

*En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su situación legal o contractual y, además, al pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado.*

**Ley 909 de 2004**

**ARTÍCULO 51. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD.**

*1. No procederá el retiro de una funcionaria con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad.*

**PARÁGRAFO 2o.** *En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.*

Aunado a lo anterior tuvo en cuenta la juez, la protección a la maternidad establecida en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, la cual se

evidencia con la presunción legal de que el retiro del servicio de la empleada pública en embarazo se produce por dicho motivo, cuando la expedición del acto de remoción ha tenido lugar en el transcurso del embarazo y/o durante los tres meses siguientes al parto o aborto sin mediar justa causa, y en tanto la entidad demandada no desvirtúe tal presunción, se entiende que el despido no tuvo por finalidad el buen servicio público.

El fallo estudiado no declaró la nulidad del acto demandado por ausencia de motivación sino por el fuero de protección a la maternidad, indicando:

*“concluye el Despacho que si bien es cierto que los actos administrativos de remoción gozan de la presunción de legalidad de ser expedidos por motivos del buen servicio, también lo es que cuando se trata de la declaratoria de insubsistencia de un cargo ocupado por una empleada pública en embarazo vinculada en provisionalidad, tal presunción se invierte si el acto administrativo que así lo dispone se expide sin observar los requisitos que exige la Ley, eso es, ser desvinculada del servicio durante el embarazo o durante los tres meses posteriores al parto o aborto sin mediar justa causa.*

*De lo anterior se colige que los actos administrativos que declaran insubsistente a una empleado pública en estado de embarazo, debe llevar consigo la motivación clara de la justa causa que conllevó a la administración a tomar tal determinación dentro del término prohibido por la Ley”*

Ahora bien, indica el fallo que para aplicar la presunción señalada debe existir prueba de que el empleador conocía el estado de embarazo, y para el efecto concluyó lo siguiente:

*“No obstante lo anterior, para efectos de determinar si existe tal irregularidad, es preciso analizar si el nominador estaba informado sobre el estado de gravidez de la accionante al momento de expedir el acto administrativo que la declara insubsistente del cargo que ocupaba en la E.S.E Santiago de Tunja, aspecto que es posible comprobarlo por medio de los certificados de incapacidad o licencia que fueron expedidos por COOMEVA E.P.S., por los periodos comprendido del 23 de enero al 24 de enero de 2005 No de incapacidad 2050001688, del 27 de enero al 3 de febrero de 2005 No de incapacidad 205001727; del 4 de febrero al 13 de febrero de 2005 No de incapacidad 2050001777 y que tal como consta en oficio de 10 de agosto de 2007 expedido por la E.S.E Santiago de Tunja, fueron presentada por la señora Ana Myriam Moreno Quemba y canceladas por dicha entidad como consta en pago realizado el 14 de marzo de 2005.*

*Corolario de lo anterior, se observa que si bien no se aporta al proceso oficio en el que conste que la accionante informó sobre su estado de gravidez al nominador, lo cierto es que en aplicación al indicio o prueba indirecta, la cual no es otra cosa que la capacidad de razonamiento del juez a partir de la contemplación de la prueba indirecta, se logra abstraer y concluir que el nominador conocía del estado de embarazo de la accionante previo a la declaratoria de la insubsistencia, pues al no asistir a sus labores diarias debió la señora Ana Myriam Moreno Quemba*

*presentar ante la E.S.E Santiago de Tunja la incapacidad por maternidad concedida por COOMEVA E.P.S., en la que de manera indirecta se les da a conocer sobre su estado de gravidez, quedando así protegida por el fuero de estabilidad que otorga la Ley a la mujer embarazada durante su embarazo y tres meses siguientes al parto o aborto.*

*Así las cosas, demostrada la existencia del estado de gravidez en que se encontraba la actora al momento del retiro y el conocimiento de la administración de tal hecho, por lo menos en forma indirecta con el radicado de los certificados de incapacidad o licencia de maternidad expedidos como consecuencia del aborto espontáneo del que fue víctima, debe concluirse, en aplicación a la normatividad que rige la materia y los criterios jurisprudenciales mencionados, que el despido se produjo como consecuencia de la maternidad y no por razones o fines del buen servicio público, y, en consecuencia, las pretensiones deben prosperar al encontrarse probado que el acto administrativo objeto de nulidad fue expedido con desviación de poder.*

*Por las razones anteriores el Despacho accederá a las súplicas de la demanda por cuanto el retiro se produjo sin respetar el fuero de maternidad que amparaba a la demandante, es decir, quedó incurso en la presunción legalmente establecida, por el hecho de declararla insubsistente una vez transcurrido 1 mes y 14 días, sin argumentar justa causa debidamente comprobada.*

*En consecuencia, el Despacho, dispondrá el reintegro de la actora al empleo de Auxiliar de Enfermería Urbana, código 555, grado 26 de la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja, o a otro de igual o superior jerarquía, con el pago de todas las acreencias laborales debidas por el término de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal, y el pago de las ocho (8) semanas de descanso remunerado, conforme lo dispone el inciso 2 del Decreto 3135 de 1968...”*

Pese a lo anterior, las consideraciones transcritas anteriormente no fueron suficientes para que la juez séptima administrativa de oralidad de Tunja, declarara la culpa grave de la demandada en repetición, al considerar que si bien en aquella oportunidad era suficiente la prueba indirecta a fin de proteger el derecho constitucional a la maternidad, esa prueba indirecta no podía tener el alcance para indicar que la demandada actuó con culpa grave, pues a esa conclusión podría llegarse sólo en el evento que estuviera probado sin lugar a dudas que la señora Luz Patricia Sánchez Rojas tenía conocimiento directo del estado de embarazo de la empleada y aun así hubiese tomado la decisión de terminar su nombramiento provisional.

Sin embargo, estudiados los documentos obrantes en el proceso No 2005-2170 allegado como prueba a este proceso, encontró la juez que la señora Ana Myriam Moreno Quemba interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No 076 del 16 de marzo de 2005 por medio de la cual se terminó su nombramiento provisional, solicitando a la entonces nominadora la revocatoria de la decisión y mantenimiento de su estabilidad laboral, entre otras cosas por cuanto hasta el mes de

febrero de 2005 se encontraba en embarazo lo cual exigía un tratamiento propio del Estado Social de Derecho. La hoy demandada sin embargo, decidió rechazar por improcedente el recurso interpuesto por tratarse de un acto administrativo de ejecución expedido en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, no siendo procedente agotar la vía gubernativa.

Dicho recurso al decir de la juez de instancia dio la certeza a la entonces nominadora de la protección por maternidad que le asistía a su empleada, siendo entonces posible enmendar su yerro, pero pese a ello insistió en la insubsistencia, derivando entonces la culpa grave que dio lugar a la condena hoy repetida.

#### **5.4.1.1 Conclusiones de esta Sala**

Lo primero que ha de resaltar la Sala y respecto de lo que ha de llamar la atención a la defensa de la parte demandada, es que el fundamento argumentativo de la sentencia condenatoria dentro del proceso 2005-2170 y que a su vez permitió al a quo condenar en repetición a la demandada, **es la protección reforzada de que goza la maternidad en el Estado Colombiano**, al tanto que la juez de primera instancia al ver la defensa realizada, aclaró de manera insistente que tal protección era la estudiada en el fallo de origen y en la repetición propiamente dicha, sin que deba tenerse en cuenta la discusión en cuanto al deber de motivar o no los actos administrativos de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad.

No obstante, la defensa de la demandada insistió de manera recurrente en su escrito de contestación de demanda, alegatos de conclusión e incluso – pese a lo aclarado por el a quo – en el recurso de apelación, en que los actos administrativos de insubsistencia de los empleados provisionales no debían ser motivados, transcribiendo de manera extensa jurisprudencia que en su momento hablaba de la facultad discrecional de los nominadores con respecto a los empleados en la situación administrativa ya indicada.

Para la Sala, ello da cuenta de una falta de entendimiento tanto de la sentencia proferida dentro del proceso 2005-2170 como de la sentencia apelada y que es objeto de pronunciamiento, tanto así, que en el escrito de apelación y en los alegatos

de conclusión de segunda instancia son amplios los argumentos según los cuales no debió motivarse el acto de insubsistencia y de la ausencia de prueba respecto del dolo y la culpa grave por parte de la accionada.

En lo tocante al hilo conductor de los referidos fallos, indicó brevemente la defensa de la demandada que no se tuvo en cuenta por la juez de primera instancia que la empleada nunca informó sobre su estado de embarazo y que la condena se basó en la presunción según la cual era de conocimiento de la empresa su estado por las incapacidades presentadas por la entonces demandante, pero ello no da cuenta, de que haya cumplido la empleada con su deber del artículo 51 de la ley 909 de 2004 de informar al empleador de su estado de gestación y además debe considerarse que el embarazo de la mencionada señora era de 5 semanas por lo que no era un hecho notorio.

Aunado a lo anterior su retiro se dio el 16 de marzo de 2005, fecha para la cual la empleada se encontraba laborando normalmente y la última incapacidad había caducado el 11 de febrero de 2005.

No obstante, el artículo 20 del decreto 3135 de 1968 dispone que en el caso de aborto se dará una licencia de 2 a 4 semanas según el avance del embarazo y según disponga el médico tratante, por tanto, la entonces demandante no se encontraba con fuero de protección especial por licencia de maternidad como erróneamente consideró la primera instancia, no presentándose además los presupuestos del artículo 237 del Código Sustantivo del trabajo para la concesión de la licencia de maternidad por aborto.

En el caso que nos ocupa señala la parte que no se encuentra que fuese concedida licencia de maternidad a la demandante por tres meses como consideró el despacho, o que estuviese vigente dicha protección a la fecha de retiro, la licencia que aporta al proceso fue de 10 días que vencieron el 11 de febrero de 2005, cuando el retiro se produjo el día 16 de marzo de la misma vigencia, por lo que no puede inferirse dolo o culpa grave en el actuar de la demandada.

Serán estos entonces los argumentos tomados en cuenta por la Sala para resolver el presente litigio, porque son los únicos que atacan los considerandos del fallo de primera instancia, toda vez que se reitera, la necesidad de motivación de los actos administrativos de insubsistencia de los empleados provisionales no fue objeto de estudio en la sentencia apelada.

Al respecto considera la Sala que en efecto, como lo aduce la demandada y como se evidencia dentro de los elementos probatorios obrantes en el proceso 2005-2170 y en las consideraciones de la sentencia allí proferida, la señora Ana Myriam Moreno Quemba no cumplió de manera formal con lo ordenado por el parágrafo dos del numeral 1 del artículo 51 de la Ley 909 de 2004 sobre el aviso por escrito al jefe de la entidad sobre su estado de embarazo.

Y de ello da cuenta además la sentencia condenatoria que para proteger el fuero de maternidad de la entonces demandante acudió a indicios y pruebas indirectas que daban cuenta de que la entidad conocía de su estado, máxime cuando fue ella misma la que pagó el costo de las incapacidades al encontrarse en mora por cotizaciones al sistema de salud.

No discute la Sala que el alcance de la prueba indirecta sirviera de base a la juez de la nulidad y restablecimiento del derecho para proteger el fuero de maternidad de la entonces demandante y condenara a la entidad, más no sucede lo mismo en tratándose de atribuir la culpa grave o el dolo de la funcionaria que expidió el acto anulado, pues en este caso, el juicio no puede radicar en una prueba indirecta.

Y es que mal haría la instancia en afirmar que el hecho de que la entidad haya reconocido y pagado las incapacidades, tenga el alcance además de dar certeza de que la nominadora sabía de tal y hecho y que aun así procedió a la insubsistencia, pues ello desnaturalizaría el concepto de culpa grave.

Hasta este momento no discute la Sala que el beneficio de la duda cobije a la demandada en sede de repetición, de no ser porque tal y como lo adujo la juez de primera instancia, del expediente No 2005-2170 decretado e incorporado como prueba al plenario y frente a lo cual no presentó reparo la demandada (fls 177 vto y

304 c1), se extrae que la señora Luz Patricia Sánchez Rojas vulneró el fuero de maternidad de la señora Ana Moreno Quemba y que si bien pudo haber sido consecuencia de su desconocimiento al momento de proferir el acto, lo cierto es que de manera inmediata tuvo la oportunidad de enmendar tal yerro.

Oportunidad que se configuró cuando la señora Ana Moreno Quemba interpuso recurso de reposición en contra de la resolución No 073 de 16 de marzo de 2005, indicándole a la entonces nominadora que *“me encuentro en un estado de vulnerabilidad, que está protegido legal y constitucionalmente, por cuanto hasta el mes de febrero me encontraba en embarazo, situaciones médicas y particulares que usted conoce, dada mi historia laboral y que exige un tratamiento acorde a un Estado Social de Derecho”*<sup>17</sup>, momento este en que la demandada debió ponderar el fuero materno, protegido constitucional y legalmente y haber corregido el yerro en que incurrió.

Es decir, pese a que la entidad era concedora de las incapacidades por el estado de gravidez de la señora Ana Moreno Quemba, de ello no se infiere sin lugar a equívocos que la doctora Luz Patricia Sánchez lo conociera, pues bien pudo ser tenido en cuenta por la oficina de talento humano o por la dependencia encargada para pagar incapacidades pero ello no implica por sí, que la demandada tuviera conocimiento expreso del hecho.

De otra parte al no ser un hecho notorio porque la señora Ana Moreno Quemba cursaba su quinta semana de embarazo cuando fue interrumpido de manera espontánea, no puede afirmarse que estaba relevada de cumplir con el deber de informar a su empleador porque este no podía presumirlo, además que como lo afirmó el Ministerio Público en primera instancia, tal hecho podía pertenecer a la órbita interna de la empleada cuando no quiso informarlo a su empleador, hechos estos que permiten creer que en efecto la demandada no tenía conocimiento del estado de gestación.

---

<sup>17</sup> Fls 35 y 36 del Proceso No 2005 – 2170 adelantado por Ana Moreno Quemba en contra de la E.S.E Santiago de Tunja.

Sin embargo, una vez interpuesto el recurso de reposición, la empleada acudió a su fuero de maternidad y le pidió a la nominadora corregir su actuar y aun así, la misma sin ponderar los derechos fundamentales y de protección constitucional sobre normas procedimentales, resolvió rechazar el recurso por improcedente y dejar desprotegida a la recurrente.

Es este aspecto el que permite sostener que la demandada actuó con culpa grave, toda vez que pudo prever la irregularidad y el consecuente daño que ocasionaría a la empleada al no reponer o en su lugar revocar el acto y aun así no lo hizo, excusándose en una facultad discrecional que no ostentaba por tratarse de una mujer en estado de embarazo, caso en el cual su actuación debió ser reglada.

En consecuencia no se acogen los planteamientos esbozados por la parte demandada en su defensa, según los cuales no puede inferirse la culpa grave por el no aviso del estado de gravidez al empleador.

Se considera además que a la parte demandante le era dable ampararse bajo las presunciones establecidas en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, acreditando para tal efecto la condena, el pago y la calidad del agente del estado que ocasionó la condena, correspondiendo a la demandada desvirtuar tal presunción, lo cual no se dio en este caso por cuanto la demandada presentó argumentos no pertinentes al alegar insistentemente la facultad discrecional que permitía a la demandada terminar el nombramiento provisional sin motivación alguna y en lo tocante al fuero de maternidad adujo que la empleadora no tuvo conocimiento del hecho, situación que fue desvirtuada en párrafos que anteceden.

Como se vió, no podía la demandante aducir en su defensa que correspondía a la demandante probar el dolo o culpa grave, pues era a ella a quien correspondía desvirtuar la presunción que amparaba a la entidad y al no cumplir con tal carga, corresponde a la Sala confirmar la sentencia proferida en primera instancia, no sin antes aclarar, que no se tendrá en cuenta el argumento planteado en la apelación, según el cual la señora Ana Moreno Quemba no se encontraba en licencia de maternidad, pues lo que protegió en su momento el a quo fue la estabilidad laboral reforzada por el hecho del embarazo, más no por la licencia de maternidad.

Se confirmará entonces la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja el día 29 de marzo de 2017 que condenó a título de culpa grave a la señora Luz Patricia Sánchez Rojas por los perjuicios causados a la E.S.E Santiago de Tunja por la condena impuesta a la entidad en sentencia del 10 de diciembre de 2010.

## 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 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>18</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 29 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Oralidad de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

**CUARTO:** El juzgado de origen una vez reciba el expediente, deberá devolver el proceso No 2005-2170 a Archivo Judicial de Santa Rita, de donde fue remitido en calidad de préstamo.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

---

<sup>18</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 : Repetición  
Demandante : E.S.E Santiago de Tunja  
Demandado : Luz Patricia Sánchez Rojas  
Expediente : 15001-33-33-006-2015-00094-01

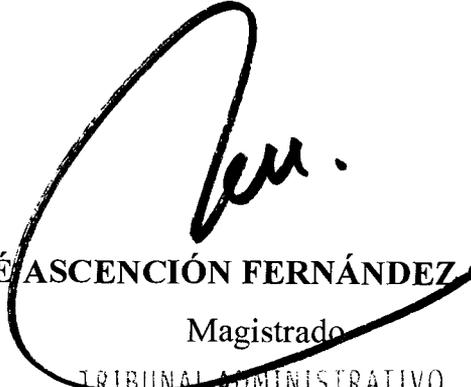
48



**LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**  
Magistrado



**CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ**  
Magistrada



**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACÁ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO  
El auto anterior se notifica por estado

No. 35 de hoy: 01 MAR 2019

EL SECRETARIO

