

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

REPETICIÓN

Radicado:	11001 – 33 – 31 – 029 – 2013 – 00002 – 01
Actor:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL
Demandado:	JUAN CARLOS ROBERTO VÉLEZ URIBE
Tema:	REPETICIÓN
Sentencia No:	SC3-1121- 2583
Instancia:	PRIMERA
SISTEMA:	ESCRITURAL

Asunto: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia en la acción de repetición presentada el 04 de noviembre de 2011¹ por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil contra al señor Juan Carlos Roberto Vélez Uribe.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones.

“

1. Que se declare responsable al Dr. **JUAN CARLOS ROBERTO VELEZ URIBE**, quien fue director de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil entre el 20 de febrero de 2001 al 10 de marzo de 2005 Civil (sic) de los perjuicios ocasionados a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL**, derivados de la sentencia proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de agosto de 2008, en el proceso adelantado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Santos Leónidas Flechas Díaz. Contra la Aeronáutica Civil.
2. Que se condene al Doctor **JUAN CARLOS ROBERTO VELEZ URIBE**, quien fue director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en el periodo comprendido entre el 20 de febrero de 2001 hasta el 10 de marzo de 2005, al reintegro

¹ Fol. 12.

*de la suma de **CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES SESICIENTOS CURENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$473.642.273)**, correspondientes al pago que la entidad efectuó al señor Santos Leónidas Flechas Díaz, como consecuencia de la sentencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de agosto de 2008.*

3. *Que se condene al demandado al pago de los intereses moratorios a que hubiere lugar previa actualización o indexación del capital de la suma debida para los fines de los artículos 177 y 178 del CCA.*
4. *Se condene en costas al demandado.*
5. *Que se me reconozca personería para actuar en el presente proceso.”*

2.2. Hechos.

1. El señor Santos Leónidas Flechas Díaz, prestó sus servicios en el entonces Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, desde el 18 de julio de 1984 hasta el 30 de abril de 1987, cuando se retiró voluntariamente de la Entidad y nuevamente ingresó a la Aerocivil, el 21 de mayo de 1996 hasta el 19 de diciembre de 2008.
2. Que el último cargo desempeñado por el señor Santos Leonidas Flechas Díaz en la Aerocivil fue el de Asesor Grado 40 del Grupo Almacén y Activos Fijos.
3. Por medio de Acto Administrativo No.05072 del 08 de octubre de 2002 suscrito por el entonces Directo de la Aerocivil, Dr. Juan Carlos Vélez Uribe, en su condición de nominador, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 8 y 50 del Decreto 2724 de 1993 y de conformidad con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, se declaró insubsistente a Santos Leónidas Flechas Díaz.
4. El señor Flechas Díaz demandó el acto por medio del cual se le declaró insubsistente, proceso que fue conocido por el Juzgado 29 Administrativo de Bogotá en primera instancia, y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, autoridad judicial que resolvió: (i) revocar la sentencia proferida por el Juzgado, (ii) declarar la nulidad de la Resolución 05072 del 8 de octubre de 2002, por medio de la cual, se declaró la insubsistencia del señor Flechas Díaz, (iii) reintegrar al señor Flechas Díaz, a un cargo de igual o superior categoría al que se encontraba al momento del retiro y, (iv) pagarle todos los salarios y prestaciones dejadas de percibir.
5. En cumplimiento de la sentencia, la Aerocivil pagó al señor Santos Flechas, la suma de \$473.642.273.

III. TRÁMITE PROCESAL

- Con el líbello, visible a folio 123 de expediente, la parte demandante solicitó el decreto de medidas cautelares sobre los bienes del demandado.

- Con auto del 18 de abril de 2012 el Consejo de Estado admitió la demanda de repetición y requirió a la parte actora para que prestara caución por la suma de \$48.000.000 para decretar las medidas cautelares solicitadas. (fol. 130-132).
- Con auto del 10 de octubre de 2012 el Consejo de Estado revocó el auto del 18 de abril de 2012 y en su lugar remitió el proceso por competencia al Juzgado 29 Administrativo de Bogotá. (fol. 138-141).
- Con auto del 14 de junio de 2013 el proceso fue remitido al Juzgado 18 Administrativo de Descongestión de Bogotá. (fol. 159).
- Enviado el proceso al Juzgado 7º de Descongestión de Bogotá, en virtud del Acuerdo PSAA14-10156 del 30 de mayo de 2014, tal autoridad judicial, con auto del 20 de agosto de 2014 remitió el proceso por competencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera. (fol. 201-205).
- El proceso fue admitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con auto del 03 de marzo de 2015 (fol. 211-212), notificado personalmente el 17 de junio de 2015 al demandado (fol. 216), fijado el asunto en lista el 26 de enero de 2017 (fol. 220), y contestada la demanda el 08 de febrero de 2017. (fol. 221).
- Con auto del 09 de noviembre de 2017 el Despacho corrió traslado de las excepciones y el 26 de septiembre de 2019 el Tribunal abrió a la etapa probatoria. (fol. 259-263).

El 24 de octubre de 2019 el Despacho constituyó audiencia para recepcionar los testimonios solicitados por la parte demandante, y los testimonios y declaración de su misma parte, solicitados por el extremo demandado. A la diligencia no asistieron los testigos citados, ni la parte demandada, ni su apoderado. (fol. 274).

A instancias de la parte demandante, con auto del 26 de marzo de 2021 el Despacho fijó como fecha para practicar los testimonios de Santos Leonidas Flechas y Olga Inés Moncada Roa. Así mismo, en aquella providencia se tuvo por desistida la declaración de parte del demandado Juan Carlos Vélez Uribe.

El 08 de julio de 2021 se llevó a cabo la audiencia de recepción de testimonios (índice 45- SAMAI), a la que no compareció el señor Santos Leónidas Flechas Díaz. En la misma fecha se recibió el testimonio de la señora Olga Inés Moncada Roa.

- El 28 de septiembre de 2021 el Despacho cerró la etapa probatoria y corrió traslado para alegar de conclusión. (Expediente digital SAMAI).

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 08 de febrero de 2017 el demandado contestó el líbelo², se opuso a las pretensiones y argumentó que no está probado el dolo o la culpa grave en la que presuntamente habría incurrido el demandado.

Así mismo, argumentó que la Aerocivil, en inobservancia de los postulados legales y jurisprudenciales, pretende acreditar los elementos subjetivos de la responsabilidad en juicio de repetición, únicamente con el aporte de la providencia del 28 de agosto de 2008, con la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la resolución No. 05072 del 08 de octubre de 2002.

Resaltó que el cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40, el cual desempeñaba el doctor Santos Flechas Díaz, correspondía a un cargo de libre nombramiento y remoción de aquellos catalogados por la ley como de dirección, confianza y manejo, en virtud del Decreto 248 de 1994. En consecuencia, el señor Flechas Díaz podía ser retirado del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación, pues la ley ha dado un tratamiento especial a ese tipo de cargos, para que sean ejercidos sólo por aquellas personas que el nominador llame a que lo acompañen en su gestión, en razón al alto grado de confianza que debe depositar en ellas.

Por último, el demandado propuso la excepción de caducidad de la acción; la de falta de legitimación en la causa por activa, en razón a que la acción de repetición no se instauró por parte de la Entidad Pública afectada dentro de los 6 meses siguientes al pago de la última cuota por concepto del a condena, y la de falta motivación de la decisión del Comité Técnico de Conciliación para iniciar la acción de repetición.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- 5.1.** El 18 de octubre de 2021 la parte demandada presentó alegatos de conclusión; en síntesis, la Aeronáutica Civil afirmó que contaba con una planta global y flexible, y el cargo que ocupaba el señor Santos Flechas era de libre nombramiento y remoción, por ser de confianza, dirección y manejo. El acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento se profirió con base en las normas que facultan para esta toma de decisiones discrecionales frente a tal clase de nombramientos y estaba avalado por la Secretaría General y el Director de Talento Humano.

No se desmejoró el servicio por cuanto las funciones que cumplía Santos Flechas y Anselmo Cañón eran prácticamente las mismas y ni en lo restante de la administración del Dr. Vélez, ni en las posteriores, se volvió a nombrar a nadie para ocupar el cargo que ocupaba el señor Flechas en el almacén. Prueba esto que el señor Santos Flechas no ocupaba un cargo que implicara para la entidad absoluta imprescindibilidad, lo que demuestra que la decisión administrativa fue acertada y, por ende, no solo, no se desmejoró el servicio, sino que se tomó carente de dolo o culpa grave.

² Fol. 222-

Por último, no hay certeza del cumplimiento de la totalidad de la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pues para que obrara dentro del plenario, la entidad demandante debió haber aportado la certificación expedida por cada una de las entidades encargadas de la administración de los aportes de previsión social y parafiscales ordenados en la citada resolución, pues mal haría la entidad accionante en cobrar en acción de repetición, sumas de dinero sobre las que no se tiene certeza, si las pagó o no.

5.2. El 29 de octubre de 2021 la parte demandante alegó de conclusión y, en suma, argumentó que la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fundó su decisión y así lo sostuvo en el texto de la sentencia, según se lee en el numeral 6°, en el cual analiza el desvío de poder, por haber actuado el aquí demandado con una intención distinta e interés ajeno al mejoramiento del servicio, se dan los presupuestos exigidos, en particular el haber obrado con dolo según la presunción referida.

5.3. El Ministerio Público no rindió concepto.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Caducidad de la acción.

El numeral 9º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece que la acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de 2 años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-832 de 2001, declaró exequible la norma *ibid*, bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.³

Descendiendo al caso concreto, la sentencia del 28 de agosto de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda cobró ejecutoria el 07 de noviembre de 2008.⁴

Por su parte, se encuentra que el 19 de noviembre de 2009 la Aeronáutica Civil efectuó el último pago por concepto de la sentencia condenatoria del 28 de agosto de 2009.⁵

Visto que los 18 meses con que contaba la Entidad para realizar el pago vencieron el 07 de mayo de 2010, pero que el último pago lo efectuó el 19 de noviembre de 2009, esto es, antes del vencimiento de los 18 meses de plazo, el término bienal de

³ Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

⁴ Fol. 55 vto.

⁵ Fol. 56, 57.

caducidad se computará desde el 20 de noviembre de 2009 al 20 de noviembre de 2011.

En ese orden, como la demanda de repetición fue radicada el 04 de noviembre de 2011, la Sala considera que se presentó en término y por lo tanto no operó la caducidad de la acción.

En consecuencia, no prospera la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada.

6.2. Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 2o de la Ley 678 de 2001 es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

En cuanto a la legitimación, el artículo 8º de la Ley 678 de 2001 señala:

“ARTÍCULO 8o. LEGITIMACIÓN. *En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley.*

Si no se iniciare la acción de repetición en el término y por la entidad facultada que se menciona anteriormente, podrá ejercitar la acción de repetición:

1. El Ministerio Público.

PARÁGRAFO 1o. *Cualquier persona podrá requerir a las entidades legitimadas para que instauren la acción de repetición, la decisión que se adopte se comunicará al requirente.*

PARÁGRAFO 2o. *Si el representante legal de la entidad directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero a que se refiere este artículo no iniciare la acción en el término estipulado, estará incurso en causal de destitución.”*

De la lectura de los artículos 2º y 8º de la Ley 678 de 2001, se tiene que, en principio, está legitimada en la causa por activa la Entidad Pública directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto y, por pasiva, servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado.

De lo anterior, se tiene que, en principio, está legitimada por activa la UAE de Aeronáutica Civil, y por pasiva, el señor Juan Carlos Roberto Vélez Uribe, por ser quien en su calidad de Director de la Aerocivil suscribió el acto administrativo anulado por la Jurisdicción Contenciosa -Resolución No. 05072 del 08 de octubre de 2002, que declaró insubsistente el nombramiento hecho al señor Santos Leonidas Flechas Díaz para el cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40⁶-, y en virtud del cual, se condenó a esa Entidad Pública. Ahora, la cualificación de la conducta -dolo o culpa grave- del demandado, será un tópico que se tratará en un acápite posterior de esta sentencia.

De otro lado, en cuanto al argumento del demandado consistente en que al no haberse presentado la demanda de repetición dentro de los 6 meses siguientes al último pago efectuado por la Entidad Pública, tal ya no tendría legitimación en la causa por activa para ejercer la acción, la Sala considera que el incumplimiento al mencionado plazo contemplado en el artículo 8^o Ibid no constituye una causal de pérdida de la facultad de acción de la Entidad Pública afectada por el pago de la condena, sino que tal norma, lo que establece es que al vencimiento del término de 6 meses sin que la entidad pública afectada hubiera presentado la acción de repetición, se encontraría legitimado también el Ministerio Público. No obstante, la entidad pública afectada por la condena, no perdería su legitimación para acudir en ejercicio de la acción de repetición.

Por lo tanto, no prosperan los argumentos de la demandada dirigidos a que se declarara la falta de legitimación en la causa por activa de la Aerocivil.

6.3. De la falta de autorización del Comité de Conciliación para iniciar la acción de repetición.

Sobre la excepción de falta de autorización del Comité de Conciliación de la Aerocivil para iniciar la acción de repetición, la Sala considera que tal medio exceptivo no tiene vocación de prosperidad, en razón a que, en primer lugar, el parágrafo primero del artículo 37 de la Ley 640 de 2001 estableció que el requisito de conciliación extrajudicial no se exige para el ejercicio de la acción de repetición.⁷

Ahora, la Ley 678 de 2001 ni el Código Contencioso Administrativo previeron requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción de repetición, por lo que tampoco, podría considerarse que la autorización del comité de conciliación constituya un requisito de procedibilidad de la acción de repetición.

Ahora, de acuerdo con el artículo 2^o de la Ley 678 de 2001 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, existen requisitos para la prosperidad de las pretensiones de la

⁶ Fol. 72.

⁷ **PARÁGRAFO 1^o.** Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

⁸ Sobre este tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

demanda de repetición, los cuales, se insiste, no son requisitos de procedibilidad, ni contemplan como requisito de procedibilidad el de la autorización del comité de conciliación de la respectiva entidad.

Con todo, se encuentra visible a folios 79 y 80 del expediente, la decisión del Comité de Conciliación de la Aerocivil, para iniciar la acción de repetición contra el Director de la Entidad que suscribió el Acto Administrativo anulado por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante el cual, se dispuso el retiro del señor Santos Leonidas Flechas de la Aerocivil.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

7.1. Problema jurídico

La Sala deberá determinar si concurren los requisitos para la prosperidad de las pretensiones de la acción de repetición contra el señor Juan Carlos Roberto Vélez Uribe, quien en su calidad de Director de la UAE de Aeronáutica Civil, profirió la Resolución No. 05072 del 08 de octubre de 2002, anulada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y mediante la cual, se declaró insubsistente el nombramiento ordinario o provisional del señor Santos Leonidas Flechas Diaz para el cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40 de la División de Almacén de la Dirección Administrativa de la UAE de Aeronáutica Civil, lo que obligó a la entidad a disponer su reintegro y pagos correspondientes.

7.2. Tesis.

Es tesis de la Sala que no prosperan las pretensiones de la acción de repetición, pues no se probó que el demandado Juan Carlos Vélez Uribe hubiera incurrido en dolo o culpa grave al expedir la Resolución 05072 de 2002, pues para esa fecha, no existía línea consolidada por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto a que los actos de insubsistencia de empleos de carrera ocupados de manera provisional, requirieran motivación o debieran fundarse expresamente en la comprobada mejora del servicio.

VIII. CONSIDERACIONES

8.1. De la acción de repetición.

La Constitución Política de 1991, en el artículo 90, consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Respecto de la obligación de repetir contra el servidor público, el inciso segundo de la norma citada dispone:

⁸ ibídem

“Artículo 90: (...) En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

Asimismo, en los artículos que a continuación se relacionan de la norma superior, se regula lo atinente a la responsabilidad de los servidores públicos:

*“Artículo 6°: “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa, o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.**” [Negrilla fuera del texto].*

*“Artículo 83: “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 éstas”. [Negrilla fuera del texto]*

*“Artículo 122: **No habrá empleo público que no tenga funciones señaladas en la ley o reglamento** (...).” [Negrilla fuera del texto]*

“Artículo 124: “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

8.2. De los presupuestos legales de la acción de repetición.

La acción de repetición permite recuperar u obtener ante la jurisdicción, el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, o reconocido a través de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular que desempeñe una función pública.

La responsabilidad de los agentes del Estado en el evento de una condena pecuniaria decretada contra éste, también se encuentra establecida en el Código Contencioso Administrativo:

*“Artículo 77. **De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.**” [Subrayado y negrilla fuera del texto].*

El artículo 78 de dicha norma, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000, constituye un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente a causa de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo, pueda solicitar de éste el reintegro de lo que ha pagado como consecuencia de una sentencia o de un mecanismo de solución de controversias.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos, a saber: a) que la entidad haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente, a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; b) que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación; y c) que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente o servidor público en ejercicio de sus funciones.

El Congreso de la República expidió la Ley 678 de 2001, *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*, y reguló, tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, como las definiciones de dolo y culpa grave con las que se califica la conducta del agente, y el establecimiento de presunciones legales en las que estaría incurso el funcionario, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y al amparo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución; así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

Frente a este tema, el Consejo de Estado ha sostenido que:

“Considerando que el actuar del Estado se ejecuta a través de personas naturales, éstas podrán declararse patrimonialmente responsables, cuando con sus actuaciones u omisiones, calificadas como dolosas o gravemente culposas, se haya causado un daño antijurídico. La acción de repetición se erige, entonces, como el mecanismo procesal especial con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el derecho-deber de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que se declare responsable al sujeto, que con su actuar doloso o gravemente culposo, ha causado un daño antijurídico por el cual -el Estado- ha respondido. El objeto de la acción de repetición se encamina a la protección directa del patrimonio y de la moralidad pública y, además, estimula el correcto ejercicio de la función pública. Sumado a lo anterior, un efecto indirecto de esta acción se dirige a la reducción del manejo indebido de los dineros y bienes públicos, pues este mecanismo procesal se establece como la herramienta propicia para que las entidades públicas actúen contra los agentes que por conductas arbitrarias han generado una condena en contra del Estado, más aún, cuando se cuenta con la posibilidad de perseguir, directamente, su patrimonio, a través de medidas cautelares o de la ejecución de la sentencia.”

En reciente pronunciamiento⁹, la mentada Corporación ha reiterado la postura de su Sección Tercera¹⁰, en cuanto a que los elementos necesarios y concurrentes para la declaratoria de repetición son:

i) **La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena.** *La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.*

ii) **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 entidad pública debe probar 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.*

iii) **El pago efectivo realizado por el Estado.** *La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación.*

iv) **La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.** *La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables.”*

Esa alta Corporación ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y se encuentran sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, y el último requisito, en cuanto a la conducta del agente, es de carácter subjetivo, el cual se encuentra sometido a la normatividad vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión que dio origen a la responsabilidad del Estado, es decir, se debe acreditar dentro del proceso la responsabilidad subjetiva del demandado.

Es pertinente señalar que la conducta subjetiva del agente del Estado es una garantía y una realización de los principios de la buena fe, debido proceso, presunción de inocencia, responsabilidad y solidaridad, que le permiten al servidor público cumplir sus obligaciones y deberes sin miedo o con la confianza que requiere

⁹ Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia del 12 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación: 68001233100020090036201 (54.394)

¹⁰ Sobre este tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

¹⁰ ibídem

el buen servicio público, por ello, solamente el actuar irresponsable, malintencionado o descuidado son los que le generan responsabilidad.

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

Entonces, la responsabilidad subjetiva que se le exige al agente del Estado en las acciones de repetición debe hacerse a título de dolo o culpa grave, siempre aplicando la normatividad que se encuentre vigente al momento de los hechos, por esta razón, no cualquier conducta que desconozca el ordenamiento jurídico permite inferir la responsabilidad del servidor o ex servidor público, por lo que resulta necesario estudiar la gravedad de la falla de su conducta.

Con respecto a la responsabilidad subjetiva del servidor público o ex agentes estatales o particulares revestidos de funciones administrativas, que con su conducta dolosa o gravemente culposa dieron origen a la condena en contra del Estado, es importante señalar que al tratarse de un juicio de responsabilidad patrimonial de naturaleza civil e indemnizatoria, el juez no puede limitarse a los postulados abstractos de las disposiciones, sino que debe analizar el **“caso concreto”** a partir de las **“funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos de estos, y los conceptos de buena y mala fe contenidos en la Constitución Política”**, frente a las cuales se haya presentado un *“incumplimiento grave... o una actuación consciente y voluntaria del agente, esto es, con el pleno conocimiento de la irregularidad de sus acciones y con la intención de producir las consecuencias nocivas, configurando así una actuación dolosa o, por el contrario, si al actuar pudo prever la irregularidad en la que incurría y evidenció el daño que podría generar y aun así lo hizo, o confió imprudentemente en poder evitarlo, configurando una actuación gravemente culposa¹¹.”* (Art. 6, 90, 91, 121 y 122 CP).

Aunado a lo anterior, también ha sostenido el Consejo de Estado que el juez no debe limitarse a las definiciones contenidas en el Código Civil sobre el dolo o la culpa grave, sino que debe analizar las características particulares del caso, las cuales deben armonizarse con lo contemplado en los artículos 6° y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos; de igual forma, deberá tener en cuenta los reglamentos o manuales respectivos y los conceptos de buena y mala fe contenidos en la Constitución Política y en la Ley.

Por su parte la Ley 678 de 2001, sobre el dolo y la culpa grave estableció unas presunciones en los artículos 5 y 6, las cuales son del siguiente tenor:

¹¹ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 08/01/2016, radicado número 54001233100020020152901 (40476). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

“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.

Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 374 de 2002

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. (**Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-455 de 2002**)

Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 374 de 2002”

Sobre el alcance de las presunciones consagradas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, el Consejo de Estado en recientes pronunciamientos ha reiterado que son legales (*iuris tantum*) y no de derecho (*iuris et de iure*); entonces, por un lado, la carga de probar únicamente los supuestos a los que alude la norma es de la administración demandante y, por el otro lado, el agente o ex agente estatal contra

el cual se dirige la acción de repetición, tiene el derecho de presentar prueba en contrario para ser liberado de responsabilidad civil.

De igual forma, en este mismo precedente, el Consejo de Estado ha mantenido su posición referida a que los supuestos contenidos en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, más que estatuir presunciones, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos; esto, como quiera que ellos no describen antecedentes a partir de los cuales se puede inferir o se presume el dolo o la culpa grave, sino que simplemente están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos allí enunciados, se presume que el proceder del agente fue doloso o gravemente culposo, así que las previsiones señaladas en esta norma, no son las únicas que puedan calificarse como conductas dolosas o gravemente culposas.

En consecuencia, el Juez que estudia la acción de repetición podrá deducir otras conductas que pueden apreciarse como dolosas o gravemente culposas y que no se encuadran o no se mencionan en los preceptos mencionados en la norma.

De esta manera, el Consejo de Estado concluyó:

“... las presunciones son suposiciones que pueden provenir de la ley o del juicio del juez frente a la observancia de los hechos, las cuales constituyen medios indirectos para alcanzar la verdad a partir de hechos conectados entre sí. Es así como, el actor debe demostrar que de una circunstancia o causal, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias que permitan liberar su responsabilidad patrimonial. (...) Es evidente 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.”

Lo anterior significa que el debate sobre la responsabilidad subjetiva del demandado siempre puede ser objeto de controversia dentro del proceso, ya sea que parta de una presunción donde la carga de la prueba se revierte, toda vez que le corresponde al demandado desvirtuarla y al demandante solamente demostrar la ocurrencia del hecho descrito en la disposición, o cuando no se parte de la presunción sino que dentro del proceso habrá que probarse la responsabilidad del demandado a partir de los hechos que originaron la condena en contra de la entidad demandante y que su actuación fue a título de dolo o culpa grave. Es decir, el hecho de que haya habido un proceso (penal, disciplinario o fiscal) donde resultó condenado el demandado, no implica necesariamente que éste quede sin defensa dentro del proceso de repetición, pues lo que cambia es la rigurosidad o intensidad probatoria que debe desplegar en su defensa, toda vez que debe desvirtuar los hechos que sirven de fundamento a las presunciones o defenderse de la imputación hecha por el demandante de que habría incurrido en dolo o culpa grave. De esta manera, si bien se puede traer como prueba trasladada lo recaudado en los otros procesos donde se debatió la responsabilidad

del demandado, debe comprenderse que es aquí en el proceso de repetición donde se juzga la conducta a título de dolo o culpa grave del demandado en la participación de los hechos que dieron origen a la condena.

Frente a este tema, el Consejo de Estado¹² ha sostenido que:

“Considerando que el actuar del Estado se ejecuta a través de personas naturales, éstas podrán declararse patrimonialmente responsables, cuando con sus actuaciones u omisiones, calificadas como dolosas o gravemente culposas, se haya causado un daño antijurídico. La acción de repetición se erige, entonces, como el mecanismo procesal especial con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el derecho-deber de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que se declare responsable al sujeto, que con su actuar doloso o gravemente culposo, ha causado un daño antijurídico por el cual -el Estado- ha respondido. El objeto de la acción de repetición se encamina a la protección directa del patrimonio y de la moralidad pública y, además, estimula el correcto ejercicio de la función pública. Sumado a lo anterior, un efecto indirecto de esta acción se dirige a la reducción del manejo indebido de los dineros y bienes públicos, pues este mecanismo procesal se establece como la herramienta propicia para que las entidades públicas actúen contra los agentes que por conductas arbitrarias han generado una condena en contra del Estado, más aún, cuando se cuenta con la posibilidad de perseguir, directamente, su patrimonio, a través de medidas cautelares o de la ejecución de la sentencia.”

Entonces, la responsabilidad subjetiva que se le exige al agente del Estado en las acciones de repetición debe ser a título de dolo o culpa grave, siempre aplicando la normatividad que se encuentre vigente al momento de los hechos, por esta razón, no cualquier conducta que desconozca el ordenamiento jurídico permite inferir la responsabilidad del servidor o ex servidor público, por lo que resulta necesario estudiar la gravedad de la falla de su conducta¹³.

IX. CASO CONCRETO

De acuerdo con los medios de prueba aportados con la demanda de repetición se tienen como probados los siguientes elementos:

- 9.1. **La condena impuesta mediante sentencia ejecutoriada**, se encuentra probada con la copia auténtica de la Sentencia del 28 de agosto de 2008 y su constancia de ejecutoria del 07 de noviembre de 2008, providencia en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en segunda instancia, resolvió: (fol. 36-56).

“PRIMERO.- Declárese la nulidad de la resolución 05072 de 8 de octubre de 2002, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, por medio de la cual declaró la insubsistencia del nombramiento

¹² Consejo de Estado- Ssección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., Radicación número 25000-23-26-000-1998-01148-01(16335).

¹³ Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia del 12 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación: 68001233100020090036201 (54.394).

del señor Santos Leonidas Flechas Díaz, en el cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40, de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la de la (si) Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, a reintegrar al señor Santos Leonidas Flechas Díaz, identificado con la cédula de ciudadanía 4.109.179 de Duitama, en un cargo de igual o superior categoría y remuneración, en las mismas condiciones que se encontraba al momento del retiro, así como a pagarle, todos los sueldos, los aumentos legales, las prestaciones sociales dejados de percibir y, los aportes para la Seguridad Social en Pensiones; declarando que no existió solución de continuidad en la relación laboral para todos los efectos legales.

QUINTO: (sic) Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: A las anteriores declaraciones se les dará cumplimiento dentro del término señalado en los artículos 176 y 177 del CCA y los valores que resultaren liquidados deberán actualizarse en la forma dispuesta en el artículo 178 *Ibídem*.

(...)"

- 9.2. El pago de la obligación impuesta en la sentencia**, se encuentra probado con: (i) la copia de la certificación de pagos en virtud de las resoluciones de cumplimiento a sentencias Nos. 01415, 04604 y 05888 (fol. 56); (ii) los respectivos comprobantes de pago (fol. 57-60); (iii) la copia del estado de cuenta (fol. 65); y (iv) las Resoluciones Nos. 01415 del 26 de marzo de 2009, 04604 del 02 de septiembre de 2009 y 05888 del 26 de octubre de 2009 (fol. 84-113).

Ahora, como lo resaltó la parte demandada en los alegatos de conclusión, solo se acreditó en el expediente el pago del valor de \$473.366.058 a favor del señor Santos Leonidas Flechas Diaz, "relacionados con sentencia condenatoria", sin que se discriminaran los pagos por concepto de seguridad social del señor Flechas Diaz. No obstante, se continuará con el análisis de las pretensiones de la acción de repetición, advertido que se encuentra probado que se liquidaron y pagaron dineros por concepto de cumplimiento de la sentencia condenatoria.

- 9.3. La calidad de agente o ex agente del Estado del demandado**, señor Juan Carlos Vélez Uribe, de acuerdo con (i) la copia del Decreto 62 del 17 de enero de 2001¹⁴, por medio de la cual, se nombró al Doctor Juan Carlos Vélez Uribe, como Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil; (ii) copia del Decreto 547 del 02 de marzo de 2005, por medio de la cual, se aceptó la renuncia del Doctor Juan Carlos Vélez Uribe del cargo de Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil¹⁵; (iii) la certificación del 13 de octubre de 2011 que da cuenta que el demandando fungió como Director General de la Aerocivil desde el 20 de febrero de 2001 hasta el 10 de marzo de 2005.¹⁶

¹⁴ Fol. 68.

¹⁵ Fol. 69.

¹⁶ Fol. 71.

Demostrada la calidad de agente o ex agente del Estado del señor Juan Carlos Vélez Uribe, se proseguirá con el análisis del caso, a efectos de determinar si su conducta fue dolosa o gravemente culposa.

9.4. De la conducta dolosa o gravemente culposa.

Ahora, en lo que concierne a si la conducta del señor Juan Carlos Vélez Uribe fue dolosa o gravemente culposa, este Tribunal resalta las siguientes pruebas y hechos probados:

- La naturaleza del nombramiento del Asesor Aeronáutico Grado 40 desempeñado por el servidor público Santos Leonidas Flechas Díaz, corresponde a provisionalidad en cargo de dirección, confianza y manejo, su ingreso no obedeció a concurso de mérito, no encontrándose inscrito en carrera administrativa. (fol. 292).
- Mediante Resolución No. 05072 del 08 de octubre de 2002 el Director General de la Aerocivil, Juan Carlos Vélez Uribe, declaró insubsistente el nombramiento hecho a Santos Leonidas Flechas Díaz para el cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40 de la División de Almacén de la Dirección Administrativa de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.¹⁷
- La motivación de la Resolución No. 05072 del 08 de octubre de 2002 se limitó a lo siguiente: *“En ejercicio de las facultades que le confieren los Artículos 8 y 50 del Decreto 2724 de 1993 y de conformidad con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.”*
- Copia de la certificación de tiempos de servicio y funciones del 28 de octubre de 2019 expedida por la Directora de Talento Humano, de los señores Santos Leonidas Flechas Díaz. (fol. 290-292).
- Copia de las Resoluciones de encargo, ubicación y nombramiento, y actas de posesión en los cargos que ocupó el señor Santos Leonidas Flechas Díaz en la Aerocivil. (fol. 293-301).
- La Sentencia del 28 de agosto de 2008, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó a la Aerocivil en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2003-00590, consideró: (fol. 50)

“(…)

5º.- Respecto a la falta de motivación, es de precisar que si bien el cargo de Asesor Aeronáutico, Grado 40, correspondía a un empleo de carrera administrativa, el actor fue vinculado al mismo en virtud de un nombramiento

¹⁷ Fol. 72.

provisional, siendo entonces improcedente que se le aplicara de facto los derechos propios de la carrera, pues el simple hecho de ocupar dicho cargo, no le otorgaba ninguna estabilidad, ni le concedía los beneficios del sistema de carrera, por cuanto la naturaleza del nombramiento provisional del que era titular, se fundaba en designación precaria, sujeta a cambios.

(...)

En este sentido, la discrecionalidad con la que el nominador efectúa el nombramiento provisional para proveer el empleo de carrera, esto es, sin procedimiento o motivación alguna, es la misma con la cual se adelanta la desvinculación. Pues, la permanencia en un empleo de carrera, no sujeta el nombramiento provisional a las reglas del retiro de personal de carrera ni impone un fuero temporal de estabilidad mientras se provee el cargo con la designación de empleado de carrera administrativa, en la medida que tal sistema como forma de proveer cargos tiene su razón de existir en la finalidad de prestar de manera ininterrumpida el servicio público, más no en la de otorgar estabilidad laboral. Razón por la cual dicho cargo no tiene vocación de prosperidad.

6ª.- En lo que respecta a la presunta configuración del desvío de poder, es de notar que pese a que el acto retiro no requiere de motivación alguna, tal consideración tiene su génesis en la presunción legal de que el mismo se encuentra motivado en el mejoramiento del servicio público, habida cuenta que la facultad discrecional está instituida con ese propósito, y no para favorecer intereses personales del nominador o de terceros o, con fines partidistas, ajenos al interés público.

Sin embargo, por tratarse de una presunción legal admite prueba en contrario, siempre que ésta tenga la capacidad y vigencia suficiente para demostrar que con el acto de retiro se persiguió una finalidad diversa.

(...)

7ª.- En el caso sub-examine, se observa que si bien en virtud del ejercicio de la facultad discrecional, la administración puede retirar del servicio al empleado nombrado en provisionalidad, sin que por ello se vea obligada a motivar tal decisión, dada la presunción de legalidad que recae sobre la misma, también es cierto que tras un seguimiento cronológico de las actuaciones de la entidad, existen pruebas indiciarias que permiten inferir con un alto grado de certeza que la insubsistencia del nombramiento del accionante estuvo determinado por fines diferentes a los previstos en la norma.

Razón por la cual esta Sala entrará a analizar cada una de las circunstancias que antecedieron el acto de retiro, así:

Durante el desempeño del actor como Asesor Aeronáutico, Grado 40, éste fue congratulado por sus superiores en razón del excelente desempeño laboral y

excepcional compromiso con la Unidad, cuyo soporte fue la gestión adelantada para llevar a final término el Proyecto Sistema de Información Planteamiento Administrativo y Financiero PAF. Tan determinante fue su intervención, que no solo le mereció felicitaciones de diversa índole, sino el reconocimiento de su liderazgo como Jefe de la División de Almacén, así como de sus altas capacidades profesionales y personales.

Circunstancias que a su vez conllevaron a que le fuera encargado el asesoramiento y dirección del proceso de Replicación del Proyecto PAF.

Pese a este antecedente, de manera intempestiva, el 27 de septiembre de 2002, el actor remite al Director de Recursos Humanos de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, renuncia a su cargo de Asesor Aeronáutico, Grado 40, con la salvedad que la misma era suscrita de manera involuntaria y por petición directa del mismo Director de Recursos Humanos; para lo cual dejo (sic) constancia de su intención de continuar en su cargo, en cuanto se encontraba gestionando los trámites de su pensión.

El 30 de septiembre de 2002, la entidad a través del Director de Recursos Humanos, rechaza la renuncia, citando el artículo 11 del decreto 1950 de 1973, sin hacer referencia alguna a la motivación invocada por el accionante.

El 8 de octubre de 2002, esto es, ocho días más tarde, mediante resolución 5072, se declaró insubsistente el nombramiento efectuado al accionante en el cargo de Asesor Aeronáutico, Grado 40, y de manera consecuente mediante resolución 05073, se nombró a la doctora Olga Inés Moncada Roa, en el cargo de Asesor Aeronáutico, Grado 40, en la Secretaria (sic) General de la Unidad Administrativa.

De otra parte, se observa que con independencia de las funciones encomendadas en virtud del Proyecto Sistema de Información Planeamiento Administrativo y Financiero PAF, las que le fueron asignadas al Jefe de División del Almacén, quedaron suspensas, en cuanto la doctora Moncada designada en el cargo de Asesor Aeronáutico fue adscrita a la Secretaria (sic) General.

Al respecto el Director General de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, mediante oficio de 13 de septiembre de 2004, rindió informe bajo la gravedad de juramento, en el siguiente sentido:

“Para proveer la vacante que se produjo como consecuencia de la insubsistencia del ingeniero Santos Leonidas Flechas, se nombró mediante resolución número 05073 de 8 de octubre de 2002, a la Doctora Olga Inés Moncada Roa, en el cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40 y se ubicó en la Secretaria (sic) General de la entidad, teniendo en cuenta que la planta de personal de la Aerocivil es global y flexible y permite el traslado de un cargo de un área a otra.

A la doctora Moncada Roa la conozco personalmente por razones laborales y su vinculación se llevó a cabo con miras al mejoramiento del servicio público, toda vez que para la fecha de ocurrencia de los hechos la entidad necesitaba urgente un profesional del derecho para ubicarlo en la secretaria (sic) General como Asesor Jurídico de la misma, y el señor Santos Leonidas Flechas Díaz es de profesión Ingeniero de Transportes y Vías y estaba ubicado en la División de Almacén; motivo por el cual se prescindió de un ingeniero y se vinculó a un abogado, con lo que el servicio mejoró evidentemente, en la medida en que se cambió (sic) el perfil del funcionario y pudieron satisfacerse las necesidades del área que más lo requería”.

De esta manera, y verificando que el demandante no solo tenía título universitario de Ingeniero de Transportes y Vías, además de estudios tales como dirección y mando, comercio exterior, organización administrativa de almacenes entre otros; y que tenía una considerable trayectoria en el cargo de Asesor Aeronáutico, en cuanto contaba con una antigüedad superior a los 6 años y con excelentes referencias profesionales; se concluye sin temor a equívocos que la declaratoria de insubsistencia estuvo determinada por hechos externos que denotaban un interés diverso al mejoramiento del servicio.

Pues de la prueba indiciaria, se verifica que con el retiro del demandante, la entidad abuso (sic) de la discrecionalidad que la ley otorgó, en cuanto adoptó (sic) decisiones administrativas sin fundamento legal para ello, pues no existe en el plenario prueba alguna que permita inferir que la entidad requería con urgencia los servicios de un profesional del derecho, ni que con la vinculación de la Doctora Olga Moncada se hubiera evidenciado un mejoramiento del servicio; pues por el contrario, como se confirmó, no solo que ésta era “asesora de la secretaria general” y que la misma ejercía funciones relacionadas con asuntos que fueran “encomendados por Secretaria General tales como: revisión de documentos que eventualmente debieran ser suscritos por ella, preparación de documentos, que eventualmente debieran ser suscritos por ella, preparación de documentos para su firma”, sino que mediante resolución 06567 de 26 de diciembre de 2002, esto es, dos meses después, le fue aceptada la renuncia a la doctora Moncada.

De igual manera se comprobó que las funciones ejercidas por el demandante fueron encomendadas al señor Anselmo Cañon, que ocupaba el cargo de Almacenista General, y que la persona nombrada en el cargo Asesor Aeronáutico, se designó para labores meramente administrativas, sin que la entidad demostrara en el plenario, los asuntos que demandaban con urgencia los conocimientos de un profesional del derecho, pues en detrimento de la experiencia del encargado, la administración contrarió los fines establecidos en la norma que el otorgaba competencia, al designar en su lugar a un (sic) persona para el desempeño de funciones administrativas, que distaban mucho mucha (sic) de las inicialmente atribuidas al cargo, sin que por demás se demostrara que las mismas demandaran la urgencia alegada por la entidad, o al menos la relevancia de las mismas en el objeto misional de la entidad, para que de alguna

manera justificará la desaparición de las funciones propias del Jefe de División de Almacén.

7ª.- Así las cosas, y tras la valoración integral del material probatorio allegado al proceso y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que determinaron la decisión de la entidad demandada, esta Sala concluye que existe una relación de causalidad entre la renuncia motivada del accionante y la razón que sustentó el acto de retiro, esto es, la necesidad de proveer el cargo del accionante con una persona que si bien no se ajustaba al perfil del cargo, sin (sic) representaba un alto interés para el nominador, que para efectos del presente asunto no era el mejoramiento del servicio.

En este evento la discrecionalidad se erigió en un acto arbitrario que se ajustó al capricho del jefe de turno; toda vez que la entidad actuó sin apreciar las circunstancias de hecho, las de oportunidad y conveniencia que rodeaban la decisión de retiro, apartándose de esta manera de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autorizaba la decisión discrecional.

(...)

En este sentido, se encuentra que al existir dentro del plenario pruebas documentales y testimoniales que acreditaban el hecho indicador, esto es, el acto de retiro, y que las mismas permitían inferir bajo un criterio lógico racional la relación de causalidad entre éste y la necesidad imperiosa de proveer el cargo, que para tales efectos implicó variar el perfil del empleo, esta Sala llega al convencimiento pleno que la declaratoria de insubsistencia, se fundó (sic) en motivos diversos al establecido en la norma.

Así se encuentra que el acto demandado infringió las normas en que debía fundarse, quedando incurso en causal de nulidad de desvío de poder que enerva su presunción de legalidad.

(...)"

Descendiendo al caso concreto, la Sala resalta que la Resolución No 05072 del 08 de octubre de 2002, se fundamentó en los artículos 107 del Decreto 1950 de 1973, 8º y 50 del Decreto 2724 de 1993, los cuales, se encontraban vigentes para el tiempo de expedición de ese Acto Administrativo.

En ese orden, el Decreto 2724 de 1993 “por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y se determinan sus funciones”, en sus artículos 8º y 50 disponía:

“Artículo 8º Director General. *El Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil es agente del Presidente de la*

República, de su libre designación, nombramiento y remoción, y ejercerá las siguientes funciones:

(...)

13. Administrar el recurso humano de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, establecer su jornada laboral; así como disponer de la suspensión de términos en los procesos administrativos en curso, de acuerdo con los reglamentos aeronáuticos, cuando las circunstancias lo exijan.

14. Las demás que le asigne la ley o le delegue el Ministro de Transporte.

(...)

Artículo 50. Régimen de personal. *Los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, serán nombrados, designados o comisionados en todo caso, por el Director de la entidad y a ellos les será aplicables las normas que regulan las situaciones administrativas, la vinculación, desvinculación, el régimen de carrera administrativa, disciplinario, salarial y prestacional, así como las demás normas sobre manejo de personal, previstas para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sin perjuicio de las prestaciones previstas en las normas especiales vigentes.”*

Por su parte, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 “*Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*”, establecía que en cualquier momento podría declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia.

“DE LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA

ARTÍCULO 107.- *En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”*

Ahora, la Sala también resalta que para el año 2002, tal y como lo describió la providencia del 28 de agosto de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Corte Constitucional ya había proferido la sentencia C-734 de 2000, mediante la cual, declaró exequible el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968. La mencionada sentencia de la Corte expuso:

“(...) puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. (...)

Así mismo, la Sala evidencia que la sentencia de nulidad del 08 de octubre de 2002 consideró que el Consejo de Estado-Sección Segunda en sentencia del 07 de julio de 1993 con ponencia del Magistrado Álvaro Lecompte Luna, había señalado que *“los actos discrecionales eran los dictados por las autoridades administrativas en procura del buen servicio público.”*¹⁸

De las posturas jurisprudenciales mencionadas, la Sala entiende que si bien el acto administrativo discrecional no requería “motivación formal” sí debía existir una razón justificada para ello, la cual, consistía en la procura del buen servicio.

No obstante, la Sala advierte también que, como lo ha citado esta Subsección, como por ejemplo en la sentencia del 27 de enero de 2021 con ponencia del Magistrado José Élvor Muñoz Barrera, radicado 2011-01342, el Consejo de Estado con sentencia de unificación del 13 de marzo de 2003 consideró:

“el Consejo de Estado al estudiar la situación de personas que ingresaban a prestar su servicio de forma provisional al Estado, había acogido la tesis de que aquellos ostentan una posición diferente a las personas vinculadas bajo el régimen de carrera, pues aquellos no ingresan mediante el respectivo concurso de méritos, sino de forma “ discrecional”, por lo tanto, no requerían de un procedimiento ni una motivación para su ingreso, como tampoco para su desvinculación, pues la misma podía seguir igual procedimiento. En este orden, este alto tribunal unificó criterio “ (...)acogiendo la tesis que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna” (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: Doctor Tarsicio Cáceres Toro, sentencia de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003) Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01. Ref. 4972-01.)

En la citada sentencia de unificación también se consideró que:

“La Subsección “B” ha venido sosteniendo, que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos, y que, por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

Luego entonces, esta Sala entiende que si bien, el Consejo de Estado en el año 1993 y la Corte Constitucional en el año 2000 habían proferido decisiones en el sentido que los actos discrecionales debían tener como razón la procura del buen servicio, lo cierto es que también la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado en los años anteriores al año 2003 también sostenía que los funcionarios nombrados en provisionalidad podían ser separados del servicio sin motivación alguna. Tan es así, que en el año 2003 la Sección Segunda del Consejo de Estado reafirmó y unificó el criterio que venía siendo esbozado por su

¹⁸ Fol. 44-45.

Subsección B, esto es, el que hace referencia a que los funcionarios nombrados en provisionalidad podían ser separados del servicio sin motivación alguna.

Entonces, sobre las posiciones jurisprudenciales mencionadas, esta Sala considera que un sector de la jurisprudencia sostenía la tesis que el motivo o razón de los actos discrecionales era el mejoramiento del servicio público, mientras que otro sector de la jurisprudencia argumentaba que los actos discrecionales no requerían motivación alguna.

Ahora, fue con posterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, y del Decreto 1227 de 2005, ¹⁹ *“por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004”*, que se dispuso que el retiro de los empleos de carrera deberá realizarse mediante acto motivado, mientras que la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción no necesita acto administrativo motivado.

Sin embargo, y aun así, con las disposiciones de la Ley 909 de 2004 y del Decreto 1227 de 2005, la interpretación consistente en la necesidad de motivar los actos de los empleos de carrera no fue unánime ni clara, pues existían posiciones disímiles a nivel de la jurisprudencia constitucional, respecto de lo que sobre el particular establecía la jurisprudencia contencioso-administrativa; tal como lo destacó esta Subsección²⁰, *“la jurisdicción Contencioso Administrativa, seguía sosteniendo que los actos administrativos que declaraban insubsistente a un provisional no requerían ser motivados, y sólo con sentencia del 23 de septiembre de 2010²¹, se procede a realizar la distinción entre las normas que gobernaban el acto administrativo de insubsistencia, para efectos de determinar si era o no obligatorio su motivación, sobre el particular se sostuvo:*

*“(…) Para resolver este cuestionamiento, debe la Sala acudir a su jurisprudencia y a las disposiciones normativas que puedan indicar una solución viable. Así, era criterio único de esta Corporación entender que los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera no estaban obligados indicar de manera expresa sus motivos, pues de cierta forma tal condición se asimilaba a la de los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción que no necesitan motivación. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, y en aplicación del artículo 41 parágrafo 2, resulta que “es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la Ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”, **lo cual, ha llevado a la Sección Segunda del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo²² a reconocer recientemente que debe hacerse distinción entre las normas que gobiernan el acto administrativo en cuestión, dado que, si aquel fue expedido en vigencia***

¹⁹ El Decreto 1083 de 2015 lo derogó.

²⁰ Sentencia del 27 de enero de 2021 con ponencia del Magistrado José Élvor Muñoz Barrera, radicado 2011-01342

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

²² Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Referencia N° 2005-01341-02. Actor: María Stella Albornoz Miranda.

de la Ley 909 de 2004 por existir disposición expresa, existía la obligación de motivar el acto administrativo²³

En ese mismo sentido, como lo ha destacado esta Subsección en la mentada sentencia del 27 de enero de 2021 con ponencia del Magistrado José Élvor Muñoz Barrera, radicado 2011-01342, el Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2019 concluyó:

“Para la época en que Hernando Julio Cabarcas Antequera profirió la resolución de insubsistencia -8 de julio de 2005- [hecho probado 12.2], la jurisprudencia contencioso administrativa no tenía un criterio definido respecto de la necesidad de motivación del acto de desvinculación de los empleados en provisionalidad. Tanto así, que la sentencia del 5 de abril de 2010, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Bogotá negó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por José Luis Rojas Reyes, al estimar que el nombramiento en provisionalidad no otorgaba estabilidad pues esta solo se predicaba para el personal que ingresaba mediante concurso [hecho probado 12.3]. Posteriormente, en sentencia del 4 de agosto de 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que mantenía la tesis de la no motivación del acto²⁴ y finalmente en sentencia del 23 de septiembre de 2010, esa sección unificó su criterio y señaló que el acto de desvinculación siempre debía motivarse²⁵” ²⁶.

Reitera nuevamente la Sala, que la alocución “motivación” o no del acto discrecional también abarca su razón o motivo, esto es, si requiere que se funde en el mejoramiento del servicio o no, lo cual, de todos modos, se presumía.

En ese orden, era tan evidente la falta de unanimidad y claridad de criterios en torno a la necesidad de motivar -mejoramiento del servicio- o no el acto administrativo de retiro de un empleado provisional que ocupaba un cargo de carrera, que en la sentencia de primera instancia proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2003-0590, el Juzgado 29 Administrativo de Bogotá negó las pretensiones por cuanto *“el accionante se encontraba ejerciendo el cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40, de la División de Almacén, bajo un nombramiento provisional, situación que permitía que el nominador en uso de la potestad discrecional declarara la insubsistencia del nombramiento, como causal de retiro.”*

Así las cosas, si bien, la Entidad demandante en repetición argumentó que se presumía el dolo del señor Juan Carlos Vélez Uribe, de conformidad con el numeral

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01401-00(AC)

²⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, Rad. 0319-08 [fundamento jurídico párrs. 93 a 109].

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 23 de septiembre de 2010, Rad. 0883-08 [fundamentos jurídicos II y III].

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00172-00(60564)

1º del artículo 5º de la Ley 678 de 2001, por cuanto la Aerocivil actuó con desviación de poder al proferir la Resolución 05072 de 2002, esta Sala considera que no se configura la presunción de dolo, pues existen pruebas en contrario que apuntan a que para la fecha de expedición del acto administrativo anulado, por medio del cual, el aquí demandado declaró insubsistente el nombramiento del señor Santos Leonidas Flechas Díaz del cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40 de la UAE de Aeronáutica Civil, quien ejercía el cargo por nombramiento en provisionalidad, no existía línea consolidada de que estos actos administrativos debían motivarse ni que tuvieran que fundarse expresamente en el mejoramiento del servicio público. Por el contrario, lo que establecía el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, era que en cualquier momento podría declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, tal como lo era el nombramiento del señor Flechas Diaz en el cargo de Asesor Aeronáutico Grado 40.

Así las Cosas, para esta Sala el demandado Juan Carlos Vélez Uribe no incurrió en dolo o culpa grave por desviación de poder al expedir la Resolución 05072 de 2002, pues para esa fecha, no existía línea consolidada por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto a la necesidad de motivación o de fundamento en el mejoramiento del servicio, de los actos de insubsistencia de empleos de carrera ocupados de manera provisional.

A contrario *sensu*, el comportamiento del demandado al momento de expedir el acto administrativo era excusable, aunado a que como lo ha concluido esta Subsección²⁷, el Consejo de Estado ha reiterado que “(...) **si un agente estatal obra conforme a un criterio jurisprudencial, que puede dar base a sus decisiones, su conducta no puede calificarse de “gravemente culposa” o “dolosa”, pues esta soportada jurídicamente**²⁸. “²⁹

En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

X. DE LA CONDENA EN COSTAS.

Esta instancia se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida dentro de la controversia, pues no se observó temeridad ni mala fe ni maniobras dilatorias de la parte vencida, de conformidad con lo señalado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁷ Sentencia del 27 de enero de 2021 con ponencia del Magistrado José Élvor Muñoz Barrera, radicado 2011-01342

²⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de diciembre de 2013, Rad. 27.835 [fundamento jurídico 16]; Subsección C, sentencia del 19 de diciembre de 2017, Rad. 49.194 [fundamento jurídico 15], sentencia del 9 de julio de 2018, Rad. 51.271 [fundamento jurídico 16] y sentencia del 1 de octubre de 2018, Rad. 56.401 [fundamento jurídico 16].

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00513-01(50695).

FALLA

PRIMERO: NEGAR la prosperidad de las excepciones de caducidad, de falta de legitimación en la causa por activa y de *“falta de acreditación del acta de comité de conciliación en la que autorice el inicio de la acción de repetición”*, propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas.

CUARTO: En firme esta providencia por Secretaría liquidar las costas del proceso, entregar el remanente a la demandante y archivar el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 138).

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
FACUNDO
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO
Magistrada

DRD