

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)

REPETICIÓN

Radicado:	25000-23-26-000-2011-01451 – 00
Actor:	BOGOTÁ D.C. – CONCEJO DE BOGOTÁ
Demandado:	ESPERANZA AVELLANEDA ORDOÑEZ
Tema:	PARTE DEMANDANTE NO DEMOSTRÓ LA CUALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DETERMINANTE EN LA CONDENA PAGADA POR EL ESTADO, COMO DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA
Sentencia N°:	SC3 – 11 – 20 – 2651
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 interpuesta por el Distrito Capital Bogotá – Concejo de Bogotá en contra la señora Esperanza Avellaneda Ordoñez.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

El 29 de septiembre de 2011, en ejercicio de la acción de repetición, el Distrito Capital de Bogotá – Concejo de Bogotá interpuso demanda en contra de la señora Esperanza Avellaneda Ordoñez, en calidad de Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá, con el fin de que se le declarara responsable y condenara al pago de la suma sufragada en cumplimiento de las sentencias anulatorias del acto administrativo que declaró insubsistente a la señora Luz Faride Restrepo González, debido a que lo ejecutó sin haber sido notificado en debida forma a la afectada y soslayó el estado de gravidez en que ella se encontraba.

Las pretensiones textuales fueron las siguientes:

“1. Que se declare que la señora ESPERANZA AVELLANEDA ORDOÑEZ, quien se desempeñaba para el momento de los hechos en el cargo Directora Administrativa y Financiera, es responsable a título de CULPA GRAVE, al haber ejecutado al acto administrativo de insubsistencia de la señora LUZ FARIDE RESTREPO GONZÁLEZ, sin haberlo notificado en debida forma conforme a las normas establecidas en el CCA, así como ejecutar su declaratoria de insubsistencia teniendo en cuenta que la señora LUZ FARIDE RESTREPO se encontraba en estado de embarazo y el acto administrativo de insubsistencia no se encontraba debidamente notificado.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a la exfuncionaria demandada al pago de las sumas de dinero en valor de Ciento Cuarenta y Seis Millones Cuatrocientos Diez Mil Ochenta y Ocho Pesos M/te (\$146.410.088), que la entidad le canceló a la señora LUZ FARIDE RESTREPO GONZÁLEZ con ocasión de la sentencia condenatoria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y confirmada por el Consejo de Estado mediante fallo de segunda instancia dentro del proceso No. 2004/3177 en el cual se declaró la nulidad de la Resolución 757 de 2 de diciembre de 2003 del (sic) por medio del cual se le había declarado insubsistente del cargo Auxiliar Administrativa Código 550 grado 06.

3. Solicito así mismo que la sentencia que ponga fin al presente proceso, sea de aquellas que reúnen los requisitos exigidos por los artículos 68 del C.C.A. y 488 del C.P.C., es decir, que en ella conste una obligación clara expresa y actualmente exigible a fin de que preste mérito ejecutivo.

4. Que el monto de la condena que se profiera en contra de la demandada, sea actualizada hasta el momento del pago efectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

5. Que se condene en costas a la demandada”

Los hechos relevantes que sustentaron las pretensiones fueron los siguientes:

- Mediante la Resolución No. 757 de 2 de diciembre de 2003, la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá declaró insubsistente a la señora Luz Faride Restrepo González, del cargo de libre nombramiento y remoción de Auxiliar Administrativa, código 550, grado 06, a partir del 31 de diciembre del mismo año.
- La Directora Administrativa y Financiera del Concejo, Esperanza Avellaneda Ordoñez, remitió la Resolución No. 757 a la señora Restrepo González por correo certificado, cuando esta última estaba en periodo de vacaciones. Sin embargo, no fue posible confirmar que recibió la comunicación.
- El 9 de enero de 2004, Luz Faride Restrepo González tuvo conocimiento del acto administrativo que la declaró insubsistente, cuando acudió a la entidad demandada para comunicar su estado de gravidez.

- A través de Sentencia de 21 de septiembre de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la Resolución No. 757 y dispuso el reintegro de la señora Restrepo González, con la respectiva indemnización salarial.
- El Consejo de Estado confirmó la Sentencia de 21 de septiembre de 2006, mediante providencia de 19 de noviembre de 2009.
- En cumplimiento de las sentencias precitadas, el Concejo de Bogotá pagó la suma de \$146.410.088 a la señora Restrepo.
- El 29 de noviembre de 2010, el Comité de Conciliación de la parte demandada optó por ejercer la acción de repetición en contra de quien fue la Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá.

Los argumentos de la parte actora para imputar la condena a la señora Esperanza Avellaneda se resumen a que no cumplió con sus funciones de Directora Administrativa y Financiera, señaladas en la Resolución 00276 de 29 de junio de 2001, relativas al manejo de personal y los procesos de administración del talento humano, la dirección y coordinación de la correspondencia, la buena administración y prevención de riesgos, la administración de hojas de vida y el diseño y aplicación de los sistemas de control interno.

El reproche anterior lo sustenta en que la Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá: (i) No informó a la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá el estado de gravidez de la señora Restrepo, con el fin de que la Corporación aplazara la decisión de insubsistencia y (ii) Omitió notificar el acto administrativo que declaró la insubsistencia, de acuerdo con lo exigido en los artículos 44 y 45 del C.C.A.

III. TRÁMITE PROCESAL INICIAL

- La demanda fue repartida al Juzgado 22 Administrativo de Descongestión, que mediante auto de 11 de octubre de 2011 declaró la falta de competencia y remitió el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, siendo repartido al Magistrado Alfonso Sarmiento Castro¹.
- Mediante Auto de 2 de febrero 2012, el Magistrado admitió la demanda, conforme al criterio en relación con la competencia en la acción de repetición, expuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia de 21 de abril de 2009².
- A través de Auto de 26 de julio de 2012, la Subsección “C” en Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca asumió conocimiento del proceso, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PSAA12-9461 del Consejo Superior de la Judicatura³.

¹ Folios 45 y 47.

² Folio 49.

³ Folio 79

- Al no ser posible la notificación de la demandada, mediante Auto de 19 de marzo de 2013 fue dispuesto su emplazamiento; al no comparecer, dictó providencia de 30 de julio de 2013, a través de la cual nombró curadora *ad litem*, la cual tomó posesión del cargo el 12 de agosto de 2013⁴.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La curadora *ad litem* señaló que no le constaban la mayoría de los hechos que sustentaron la demanda, enfatizó en que desconocía si la señora Restrepo había comunicado el estado de gravidez a su defendida y solicitó negar las pretensiones.

A su vez, solicitó el decreto de pruebas documentales (Resolución No. 757 de 2003 y la guía de correo de comunicación de dicho acto) y del testimonio de Presidente de la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá.

V. TRÁMITE PROBATORIO

- Con auto de 21 de enero de 2014, fueron decretados los documentos aportados con la demanda y los solicitados por la parte actora, correspondientes a las Resoluciones mediante las cuales dio cumplimiento a las sentencias condenatorias fundamento de la demanda de repetición, órdenes de pago y certificados de los depósitos judiciales. Por el contrario, negó las pruebas solicitadas por la curadora *ad litem* de la demandada.

- A través de auto de 8 de agosto de 2014, el Consejo de Estado revocó parcialmente el auto de decreto de pruebas, en el sentido de decretar las pruebas documentales solicitadas por la parte demandada⁵.

- El recaudo probatorio continuó y mediante Auto de 18 de agosto de 2015, el Concejo de Bogotá fue requerido, con el fin de que aportara los documentos decretados, señalados por las partes del proceso a folios 19 y 108, este último correspondiente a los solicitados por la curadora *ad litem* de la demandada⁶.

- Mediante Auto de 22 de noviembre de 2017, el Magistrado Ponente colocó en conocimiento de las partes los documentos aportados por el Concejo de Bogotá, sin que formularan objeción⁷.

- Por medio de Auto de 5 de febrero de 2020, tras la consideración de que el período probatorio se encontraba más que vencido, el Despacho dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto⁸.

⁴ Folios 100 a 102

⁵ Cuaderno 2

⁶ Folio 193.

⁷ Folios 235 y 236

⁸ Folio 237

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reiteró en síntesis los argumentos expuestos en la demanda.

En sus alegaciones finales, la curadora ad litem de la señora Esperanza Avellaneda destacó que la declaratoria de insubsistencia de la señora Luz Faride Restrepo González fue una decisión de la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá y no de su representada, quien para ese tiempo fungía como Directora Administrativa y Financiera de dicha Corporación, lo cual impedía que se le declarara responsable a título de culpa grave.

Agregó que en el expediente no estaban las pruebas que había solicitado, pese a que el Consejo de Estado había dispuesto su decreto en sede de apelación. Finalmente, solicitó le fueran fijados sus honorarios.

El Ministerio Público emitió concepto desfavorable a las pretensiones de la demanda, al considerar no demostrado la conducta dolosa o gravemente culposa de la demandada, en tanto que:

“(...) la declaratoria de nulidad del acto administrativo de insubsistencia correspondió a que la señora Luz Faride Restrepo González, al momento de enterarse de su retiro, estaba amparada bajo la presunción de que trata el artículo 21 del decreto 3135 de 1986, teniendo en cuenta su estado de embarazo y no a la indebida notificación del mismo, como lo argumenta la demandante.

Es decir, la ahora demandada cumplió con su obligación de notificar el acto administrativo contenido en la Resolución 757 de 2003, de la cual no podía abstraerse (...)

Por lo demás, del precario material probatorio aportado tampoco es posible verificar que la notificación del acto administrativo que declaró la insubsistencia se haya surtido indebidamente.

En cuanto a la omisión del deber de haber puesto en conocimiento de la Mesa Directiva la situación de embarazo de la señora Luz Faride, la parte actora se limitó a aportar la sentencia proferida en su contra y la que la confirmó (...)”

En todo caso, para el Procurador 132 Judicial II para Asuntos Administrativos, la omisión de información alegada por la parte actora, no fue la causa adecuada de la condena proferida en su contra, porque el defecto de validez del acto administrativo de insubsistencia fue su inadecuada motivación, no atribuible a la demandada.

VII. CUESTIÓN PREVIA

En sus alegatos de conclusión, la curadora *ad litem* de la demandada señaló que en el expediente no se encuentran los documentos que solicitó como pruebas. Sobre el particular, consta que proferido el auto de segunda instancia por el Consejo de Estado que dispuso su decreto, través del auto visible a folio 193 fue impulsado el

recaudo de los documentos enunciados por la Curadora *ad litem* a folio 108, correspondientes a la Resolución No. 757 de 2003 y la guía de correo de comunicación de dicho acto.

Sin embargo, los documentos no fueron aportados por la parte demandante y la curadora *ad litem* tampoco realizó diligencia alguna para su recaudo, de modo que vencido el periodo probatorio, a través de providencia que no fue objeto de recurso, se dispuso su cierre para dar paso a la etapa de alegatos de conclusión.

VIII. PROBLEMA JURÍDICO

8.1. Problema jurídico

La Sala deberá determinar si concurren los requisitos para la prosperidad de la pretensión de repetición en contra de la señora Esperanza Avellaneda Ordoñez, en calidad de Directora Administrativa y Financiera al Concejo de Bogotá D.C., por la condena impuesta como restablecimiento consecuencial de la nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró la insubsistencia de la señora Luz Faride Restrepo González, funcionaria de dicha corporación de libre nombramiento y remoción, que se encontraba en estado de embarazo.

8.2. Tesis

Deben negarse las pretensiones de la demanda, puesto que no está probado que de las actuaciones u omisiones de la señora Esperanza Avellaneda Ordoñez, en calidad de Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá, pueda predicarse el dolo y la culpa grave y, en ausencia de este elemento, no es posible repetir en su contra por la condena impuesta a la parte demandante.

IX. PRESUPUESTOS PROCESALES

9.1. Caducidad

Para la época en que se efectuó el pago de la indemnización que fundamenta las pretensiones en este proceso, la caducidad de la acción de repetición se regía por las disposiciones del numeral 9 del artículo 136 del C.C.A., dicha disposición preveía que la acción caducaba al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad.

La Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente el artículo precitado, mediante Sentencia C - 832 de 2001, bajo el entendido de 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 los 18 meses previsto en el cuarto inciso del artículo 177 del C.C.A.

En este caso, la sentencia condenatoria de segunda instancia que motivó la demanda de repetición fue proferida el 19 de noviembre de 2009 y si bien no obra constancia de ejecutoria, sí de que el pago se efectuó dentro de los 18 meses

siguientes a la fecha de su expedición, el 19 de agosto de 2010, el 30 de septiembre de 2010 y el 26 de octubre de 2010, de modo que la demanda fue interpuesta oportunamente el 29 de septiembre de 2011, dentro de los dos años siguientes a dichas fechas.

9.2. Legitimación

La parte demandante, Bogotá D.C. – Concejo de Bogotá, está legitimada en la causa por activa, debido a que resultó condenada al pago de la indemnización cuyo monto exige de la demandada. Por su parte, la demandada, Esperanza Avellaneda Ordoñez, está legitimada en la causa por pasiva, por ser la persona a quien se dirigen las pretensiones de repetición en calidad de Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá, según está acreditado en el proceso.

X. CONSIDERACIONES

10.1 De la acción de repetición.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 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:

“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”.

10.2. 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, presenta 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

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

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 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).

En este caso, los hechos tuvieron lugar cuando estaba vigente la Ley 678 de 2001, que sobre el dolo y la culpa grave estableció unas presunciones en los artículos 5 y 6, las cuales son del siguiente tenor:

“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:

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

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 de 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.

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 conducta¹².

XI. CASO CONCRETO

11.1. Cumplimiento de los requisitos objetivos de la pretensión de repetición.

De acuerdo con los medios de prueba aportados al proceso, están demostrados los siguientes requisitos objetivos de la acción de repetición:

- La condena impuesta mediante sentencia ejecutoriada, está probada con las copias de las Sentencias de 21 de septiembre de 2006 y 19 de noviembre de 2009, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, anulatorias del acto administrativo de insubsistencia de la señora

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

Luz Faride Restrepo González, y que condenaron al Distrito Capital de Bogotá – Concejo de Bogotá a pagar a la señora Restrepo González los emolumentos que dejó de recibir desde la fecha en que fue retirada del servicio hasta que se hiciera efectivo su reintegro¹³.

- El pago de la obligación impuesta en la sentencia, respecto del cual obran las siguientes pruebas:

- i. Certificación del Pagador del Distrito Capital de Bogotá, en cuanto a que fueron efectuados los siguientes pagos a la señora Luz Faride Restrepo González¹⁴:

	VALOR	FECHA DE PAGO
1	\$143.088.536	19 de agosto de 2010
2	\$3.224.914	30 de septiembre de 2010
3	\$96.638	26 de octubre de 2010

- ii. La certificación está respaldada con los comprobantes de consignación de depósitos judiciales en el Banco Agrario, correspondientes a las fechas y los montos precitados¹⁵.
- iii. Obra Resolución No. 138 de 22 de julio de 2010, mediante la cual la Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá ordenó cancelar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el 1 de enero de 2004 hasta el 29 de julio de 2010, por la señora Luz Faride Restrepo González, en cumplimiento del fallo judicial¹⁶.
- iv. Obra Resolución No. 218 de 14 de septiembre de 2010, mediante la cual la Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá ordenó cancelar el retroactivo y demás salarios y emolumentos dejados de percibir desde el 1° de enero de 2010 al 7 de septiembre de 2010, a la señora Luz Faride Restrepo González, en cumplimiento de un fallo judicial¹⁷.
- v. Obra Resolución No. 239 de 29 de septiembre de 2010, a través de la cual la Directora Administrativa y Financiera ordenó cancelar los valores actualizados del IPC de salarios y emolumentos dejados de percibir desde el 1 de enero de 2010 al 29 de julio de 2010, a la señora Luz Faride Restrepo González, en cumplimiento de un fallo judicial¹⁸.

¹³ Folios 17 a 79, cuaderno de pruebas.

¹⁴ Folio 200, cuaderno de pruebas.

¹⁵ Folios 202 y 203, cuaderno de pruebas

¹⁶ Folios 201 a 211, cuaderno de pruebas

¹⁷ Folios 203 a 208, cuaderno de pruebas

¹⁸ Folios 260 a 263, cuaderno de pruebas

- vi. Obra la Resolución No. 277 de 16 de julio de 2010, mediante la cual se dio cumplimiento a la Sentencia de 21 de septiembre de 2006¹⁹.
- vii. Órdenes de Pago Nos. 5, 6, 7 y 8 del Concejo de Bogotá a favor de Luz Faride Restrepo González²⁰.
- La calidad de agente o ex agente del Estado de la persona demandada, señora Esperanza Avellaneda Ordoñez, de acuerdo con la certificación de 14 de abril de 2011, emitida por el Director Administrativo y Financiero del Concejo de Bogotá, en la que consta que entre el 30 de abril de 2003 y el 31 de marzo de 2004 desempeñó el cargo de Directora Administrativa y Financiera, Código 009, Grado Salarial 02²¹.

11.2. De la conducta dolosa o gravemente culposa

En este caso el elemento subjetivo es el aspecto decisivo para definir el problema jurídico. La parte demandante acude a las presunciones de culpa grave de los numerales 1 y 3 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, atinentes a (i) la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho y (ii) la omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por el error inexcusable.

En concreto, el Concejo de Bogotá alude a la violación de los artículos 44 y 45 del C.C.A. sobre la notificación personal de los actos administrativos particulares, o supletoria a través de edicto, y las disposiciones normativas que consagran la protección a la mujer embarazada.

11.3. Pruebas relevantes aportadas al expediente

Ahora, en lo concerniente a si la conducta de la señora Esperanza Avellaneda fue gravemente culposa, las pruebas relevantes obrantes en el expediente son las siguientes:

- Copia de la historia laboral, que, entre otros aspectos, da cuenta de que la señora Esperanza Avellaneda tiene un título como especialista en derecho administrativo²².
- De acuerdo con la certificación del Concejo de Bogotá, según la Resolución 00276 de 29 de junio de 2001, el cargo de Directora Administrativa y Financiera, Código 009, Grado Salarial 02 tenía las siguientes funciones:

“1. Responder por la planeación, dirección, gestión y control de los procesos de administración del Talento Humano, de los recursos financieros y físicos de la Corporación.

¹⁹ Folios 197 a 199, cuaderno principal

²⁰ Folio 200, 216, 217 y 228, cuaderno principal

²¹ Folio 81, cuaderno de pruebas.

²² Folios 85 a 198, cuaderno de pruebas.

2. Adoptar los mecanismos que garanticen el cabal cumplimiento de las actividades de la Corporación en materia de manejo de personal.

(...)

10. Responder por la implementación de políticas, normas, metodologías y procedimientos que garanticen la buena administración y uso de los recursos informáticos, así como condiciones de seguridad y prevención de riesgos en todos sus componentes.

11. Dirigir y controlar el desarrollo de las actividades relacionadas con correspondencia interna y externa de la Corporación (...)

13. Adoptar las estrategias necesarias para la administración, manejo y custodia de las hojas de vida de los funcionarios de la Corporación.

(...)

16. Diseñar y aplicar los sistemas de control interno de gestión para los procesos que se generen o surtan en la dependencia.

(...)

18. Las demás funciones que le sean asignadas por Acuerdo, por la mesa Directiva o al Presidente de la Corporación”²³

- Copia del Acta de Comité de Conciliación de 29 de noviembre de 2010 del Concejo de Bogotá. En su intervención, la abogada externa de la Alcaldía Mayor de Bogotá consideró que había conductas atribuibles tanto a la Mesa Directiva, como al Concejal García Mancipa, teniendo en cuenta que la señora Luz Faride Restrepo laboraba en su Unidad de Apoyo Normativo, y a la Directora Administrativa, por lo que recomendó iniciar acción de repetición en su contra. Por su parte, el Comité de Conciliación, tras la deliberación con la abogada, decidió iniciar la acción de repetición únicamente en contra de quien fungía como Directora Administrativa del Concejo de Bogotá, entre otras razones, por ausencia de pruebas del dolo o culpa grave de la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá, al no estar demostrado que conocieran el estado de gravedad de la señora Restrepo cuando expidieron el acto de insubsistencia o que la Directora Administrativa les hubiese informado esta circunstancia una vez se enteró²⁴.
- En sentencia de primera instancia de 21 de septiembre de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (i) declaró la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 757 de 2 de diciembre de 2002, mediante la cual la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá declaró insubsistente el nombramiento de la señora Luz Faride Restrepo González; (ii) dispuso su

²³ Folio 81, cuaderno de pruebas.

²⁴ Fl. 15, cuaderno de pruebas.

reintegro al cargo de auxiliar administrativo, código 550, grado 06 o a uno de similar o mayor categoría, sin solución de continuidad; (iii) condenó al Distrito Capital de Bogotá – Concejo de Bogotá D.C. a pagar a la señora Restrepo, los emolumentos que dejó de recibir desde la fecha de retiro hasta que se hiciera efectivo su reintegro.

Entre las consideraciones de la Sentencia de 21 de septiembre de 2006 son destacables para este proceso, las siguientes:

“Mediante Resolución No. 757 del 2 de diciembre de 2003, la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá D.C. declaró insubsistente a partir del 31 de diciembre de 2003, el nombramiento hecho a la actora en el cargo de auxiliar administrativo, código 550, grado salarial 06.

*A folio 8 C.1 y 421 C.3. reposa oficio del 2 de diciembre de 2003, expedido por la Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá, mediante el cual le comunican a la señora Luz Faride Restrepo González que por resolución No. 757 del 2 diciembre de 2003 ha sido declarado insubsistente su nombramiento. En el mismo oficio se verificó **constancia de recibido de fecha 9 de enero de 2004 suscrito por la demandante.***

*Adicional a lo anterior se verificó el mismo oficio a folio 417 C3, **con sello de la División de Correspondencia Interna del Concejo de Bogotá con fechas del 3 de diciembre de 2003.** A folio 418 C.3. se observó copia autenticada del lado posterior del sobre de remisión del anterior oficio a la dirección de la demandante, con sello de Adpostal Bogotá D.C. y Correos de Colombia. Lo anterior permite concluir **que aunque la entidad demandada intentó comunicar de forma oportuna la decisión de insubsistencia del cargo de la demandante, no se conoce el recibo,** y en todo caso la demandante solo se enteró el día 9 de enero de 2004, cuando concurrió a informar su estado de embarazo.*

Se observó a folio 420 C3 y 4 C1 comunicación suscrita por el Director Administrativo y Financiero del Concejo de Bogotá D.C., a través de la cual le informan a la actora que mediante resolución No. 176 del 6 de noviembre de 2003 le han concedido 15 días de vacaciones para salir a disfrutarlas a partir del 2003/12/01 hasta 2003/12/22, acto que se halla en firme y no se demostró que se haya ordenado la suspensión de ellas por la insubsistencia.

(...)

*Mediante escrito dirigido a la Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá **con radicación del 9 de enero de 2004, la demandante adjuntó el resultado de la prueba de embarazo practicada por el Laboratorio Biolmagen en convenio con la EPS Cafesalud.***

*A folio 11 C1 obra **solicitud de servicio de examen de retiro de la Dirección Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá para la señora Luz Faride Restrepo González, en la fecha de 14 de enero de 2004.***

*Figura a folio 444 y anverso C3, examen de retiro del 14 de enero de 2004 practicado a la señora Luz Faride Restrepo González en el cual se menciona lo siguiente: “La paciente requiere **prueba gravidez (5-01-03) la cual salió positiva**”.*

Consideraciones propiamente:

“...la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá D.C. se encontraba revestido de la facultad discrecional para disponer el retiro de la actora. Dicha facultad encuentra resorte jurídico en el artículo 12 del acuerdo 095 de 2003 “Por el cual se expide el reglamento interno del Concejo de Bogotá D.C.” Veamos:

“Artículo 12. Funciones de la Mesa Directiva del Concejo Distrital. La Mesa Directiva del Concejo Distrital ejercerá las siguientes funciones:

(...)

7. Nombrar y remover mediante resolución los empleados de la corporación.

(...)

*Ahora bien, es claro que **para la fecha de expedición del acto administrativo de insubsistencia -2 de diciembre de 2003-, el Concejo de Bogotá D.C. no conocía del estado de gravidez de la demandante,** empero su vinculación laboral se encontraba vigente hasta el 31 de diciembre de 2003, según el mismo acto, **y para la señora Luz Faride Restrepo González hasta el momento que tuvo conocimiento del él, eso es 9 de enero de 2004.***

*Ahora bien, claro es que **contra el acto de insubsistencia, no procede ningún recurso, pero mínimamente debió darse a conocer mediante la comunicación asegurando el recibo por la demandante, cosa que no ocurrió o por lo menos no se demostró,** puesto que de la remisión por correo certificado no se infiere su llegada al destino y recibo por la demandante. Contrario a ello, obra el recibo personal el día 9 de enero de 2004.*

*Entonces, si los efectos de la resolución 757 del 2 de diciembre de 2003 comenzaron a surtirse para la demandante a partir del 9 de enero de 2004, fecha en que puso en conocimiento su estado de embarazo a la administración, nada obsta para afirmar que de igual forma el retiro del servicio o despido empezó a operar en ese mismo instante; y en concordancia con las disposiciones contenidas en el artículo 21 del decreto 3135 de 1968 y los artículos 39 y 40 del decreto 1848 de 1969, **la Sala ha de concluir que dicho despido se efectuó encontrándose la actora en estado de gravidez, caso en el cual la entidad tenía la carga de mostrar una justa causa distinta a su propia liberalidad de la decisión, la cual debía motivar el acto**²⁵ (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

- El Consejo de Estado confirmó la sentencia de 21 de septiembre de 2006, a través de providencia del 19 de noviembre de 2009:

“...Así las cosas, el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 550, Grado 06, de la Unidad de Apoyo Normativo, es de libre nombramiento y remoción, por lo que la demandante podía ser declarada insubsistente discrecionalmente como lo proveen los artículos 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973.

²⁵ Fls. 17 a 55, cuaderno de pruebas.

Conforme el numeral 7 del artículo 12 del Acuerdo No. 095 de 25 de agosto de 2003, la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá D.C., podía proferir la Resolución No. 00757 de 2 de diciembre de 2003, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 550, Grado 06.

(...)

En el sub – júdece la Sala observa que **en el trámite seguido para realizar la notificación personal de Resolución No. 00757 de 2 de diciembre de 2003 – acto acusado-, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 550, Grado 06, no se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 44 del CCA y tal incumplimiento afectó la validez y ejecutoriedad del acto como lo prevé el artículo 48 ibídem.**

(...)

Así las cosas, el incumplimiento de lo dispuesto en la norma que regula la notificación personal de los actos administrativos, **pone de manifiesto que en este caso la que se surtió por correo certificado el 3 de diciembre de 2003 resultaba improcedente** y así entonces no podría afirmarse que la demandante conoció la determinación tomada por la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá D.C., contenida en la Resolución No. 00757 de 2 diciembre de 2003.

En esas condiciones, conforme los términos del artículo 48 del CCA, el acto acusado – Resolución No. 00757 de 2003- no puede considerarse notificado y la decisión contenida en él no produjo efecto legal alguno, por lo que la Administración no podía válidamente proceder a su ejecución como lo hizo.

Caso concreto

(...)

De las pruebas aportadas al proceso, se concluye que el acto acusado **no fue notificado de conformidad con la Ley y por tanto, no podía producir efectos, y adicionalmente, el ente acusado al pretender corregir su yerro, desconoció la protección que le otorga la ley a toda mujer embarazada, pues una vez el Concejo de Bogotá D.C., fue informado del estado de embarazo de la actora, persistió en la declaratoria de insubsistencia.**

De acuerdo con el principio de protección a la maternidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política y el criterio Jurisprudencial establecido por esta Corporación en los pronunciamientos transcritos, la demandante al momento del retiro del servicio estaba amparada por el fuero de maternidad, ya que el nominador conocía el hecho, según la declaración de la señora Oliva Parra Trujillo, la que no fue controvertida ni redargüida de falsa o de sospechosa, y porque la demandante informó sobre su estado de embarazo **al momento en que se le comunicó la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento o unos instantes antes o después del recibo de la comunicación**²⁶.

²⁶ Fls. 58 a 79, cuaderno de pruebas.

11.4. Análisis probatorio.

En este caso son aplicables las presunciones establecidas en la Ley 678 de 2001 porque la Ley 678 de 2001 estaba vigente en el momento en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la condena judicial.

Cuando se trata de una condena derivada de la anulación de un acto administrativo, a partir del fundamento de las sentencias judiciales que declaran su nulidad puede acudir a las presunciones de dolo o culpa grave establecidas en la Ley 678 de 2001. Particularmente, el artículo 6 de dicha Ley consagra como *presunciones de culpa grave* (i) la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho y (ii) la omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por el error inexcusable, invocadas por la parte demandante para sustentar las pretensiones de repetición.

En este punto debe aclararse que la autoridad competente para la emisión del acto administrativo de insubsistencia era la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá, de ahí que, en principio, de las sentencias de anulación del acto administrativo de insubsistencia solo podría inferirse directamente la existencia de dichas presunciones respecto de este órgano, por ser el único encargado de la expedición de la decisión anulada.

Sin embargo, no puede soslayarse que la pretensión de repetición, acude a las presunciones por considerar que fueron las actuaciones de la Directora Administrativa y Financiera las que dieron lugar a la configuración de las causales de nulidad, porque omitió realizar la notificación personal de la declaratoria de insubsistencia en debida forma a la señora Luz Faride Restrepo y no informó a la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá que ella se encontraba en estado de embarazo, con el fin de replantear su decisión, de modo que extiende dichas presunciones a esta funcionaria.

A su vez, las presunciones no agotan los supuestos de prosperidad de la acción de repetición, puesto que de la conducta del agente estatal puede demostrarse la existencia de culpa grave. En este sentido, en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001 se dispone en forma general que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Con todo, de acuerdo con el 167 del CGP, al Concejo de Bogotá le correspondía demostrar las circunstancias concretas a partir de las cuales consideraba que la señora Esperanza Avellaneda, mientras fungió como Directora Administrativa y Financiera, actuó con culpa grave al ejecutar la Resolución No. 757 de 2 de diciembre de 2003, ya sea probando que los supuestos en que se apoyan las presunciones invocadas le son atribuibles a la demandada u otro tipo de hechos de los que su conducta sea reprochable a título de culpa grave.

Ahora bien, las sentencias condenatorias tuvieron en cuenta dos aspectos:

(i) Que la Resolución No. 757 de 2003, declaratoria de la insubsistencia de la señora Restrepo González no fue notificada personalmente sino hasta el 9 de enero de 2004, cuando estaba embarazada, puesto que no se acreditó la notificación en fecha anterior. Si bien la sentencia de primera instancia recalcó el valor que habría tenido la comunicación que fue enviada el 3 de diciembre de 2004, de haberse constatado que fue recibida; la sentencia del Consejo de Estado en segunda instancia destacó que la notificación debía hacerse de manera personal o, en su defecto, por edicto.

(ii) Que la declaratoria de insubsistencia representó un despido para una mujer en estado de embarazo, condición que le otorgaba una protección reforzada, y conforme a la cual la ley exigía que pese a tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, la decisión de insubsistencia estuviera motivada.

En definitiva, las sentencias anularon el acto administrativo por violación de las disposiciones normativas en materia de protección reforzada a la mujer embarazada, al señalar que, aunque para el momento en que fue expedida la decisión, el Concejo de Bogotá no estaba enterado del estado de gravidez de la señora Luz Faride Restrepo, cuando se le notificó la decisión, ella lo informó. Luego, en la decisión de anulación se involucró no solo lo relativo a la expedición del acto, sino a su notificación y ejecución.

En esa línea, se examinará si lo probado respecto de las actuaciones y omisiones de la señora Esperanza Avellaneda Ordoñez da lugar a tenerlas como causa de la anulación del acto administrativo de insubsistencia de la señora Restrepo, y si es predicable la culpa grave, elemento subjetivo necesario para la prosperidad de la pretensión de repetición.

En primer término, la Sala advierte que no fue aportado al expediente prueba distinta a las sentencias judiciales que declararon la nulidad del acto administrativo de insubsistencia de la señora Luz Faride Restrepo y condenaron al Concejo de Bogotá a la indemnización consecuencial.

Al respecto, debe destacarse que el juicio de repetición se adelanta de manera independiente, para que el agente estatal que no fue vinculado al proceso que dio origen a la condena, ejerza su derecho de defensa respecto a las conclusiones allí expuestas, la incidencia de sus actuaciones en los hechos censurados y la calificación de su conducta en cuanto a los criterios de culpa grave o dolo.

Luego entonces, en el proceso que originó la condena no se juzgaron responsabilidades individuales de los agentes estatales, sino relativas a la legalidad de la decisión de insubsistencia. Aun así, la sentencia condenatoria representa una prueba documental objeto de valoración, pero que no siempre se traduce en prueba suficiente del juicio de repetición.

La Sala reitera que la razón de la decisión anulatoria del acto de insubsistencia de la señora Luz Faride Restrepo, tuvo que ver con el fuero de maternidad con el que

estaba cobijada cuando se hizo efectiva, de ahí que, aunque el cargo que desempeñaba era de libre nombramiento y remoción, se exigía una motivación adicional para esta determinación.

En efecto, en la sentencia condenatoria de primera instancia se consignó que el Concejo de Bogotá no conocía el estado de gravidez de la señora Restrepo, pero que para el tiempo en que le fue notificada la decisión, 9 de enero de 2004, la empleada informó su condición y aun así se prosiguió con el retiro del servicio con fundamento en un acto administrativo de insubsistencia sin motivación.

De este modo, para el caso resultó determinante la verificación de la fecha en que la señora Luz Faride Restrepo tuvo conocimiento del acto administrativo que declaró su insubsistencia y la fecha en que informó al Concejo de Bogotá el estado de embarazo, puesto que a partir de estas circunstancias, las autoridades judiciales concluyeron que cuando le fue comunicada la decisión, se encontraba en estado de embarazo y por lo tanto cobijada por el fuero de maternidad, por lo cual el acto administrativo era nulo.

Por ende, en este proceso de repetición era menester aportar las pruebas con fundamento en las cuales la entidad demandada consideraba que la conducta de la Directora Administrativa y Financiera fue determinante en las causales de anulación del acto, correspondiente a dos hechos:

- i. Que la señora Esperanza Avellaneda Ordoñez incumplió con sus funciones en materia de notificación del acto administrativo que declaró la insubsistencia de la señora Luz Faride Restrepo, en contravía de lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del C.C.A.
- ii. Que Esperanza Avellaneda Ordoñez no informó a la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá el estado de gravidez de la señora Restrepo González, del que tuvo conocimiento cuando notificó personalmente el acto de insubsistencia.

La parte demandante aportó constancia de las funciones que debía ejercer la demandada en calidad de Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá, relacionadas con el manejo de correspondencia de dicha Corporación, así como el manejo de personal, lo cual implicaba la ejecución de actos administrativos, pero no demostró con grado de certeza suficiente los hechos a los cuales atribuye el incumplimiento de esas obligaciones.

Con respecto **al primero de los hechos a los cuales atribuye el incumplimiento de las funciones**, en la sentencia condenatoria de primera instancia se señaló que el 3 de diciembre de 2003, el Concejo de Bogotá había intentado comunicar oportunamente la decisión de insubsistencia con oficio enviado al domicilio de la señora Restrepo por una empresa de correo certificado, pero que no había constancia de recibo. Sin embargo, a este proceso no se trajo el reporte documental del trámite al cual alude la sentencia, pese a la cercanía de la parte demandante con estas pruebas y a que, incluso, fue la parte demandada la que impulso

infructuosamente su recaudo. Los documentos del trámite de comunicación o notificación del acto de insubsistencia eran necesarios con el fin de examinar la participación de la demandada y si fueron sus actuaciones u omisiones las que de forma inexcusable condujeron a que no concluyera.

Por el contrario, a partir de lo expuesto en las sentencias condenatorias, lo que puede concluirse es que hubo un intento fallido de comunicación del acto, pero no si a la demandada le es atribuible que la comunicación no haya sido recibida.

En todo caso, la parte demandante alude a que el acto administrativo debía notificarse en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del C.C.A., relativos a la notificación personal o, en su defecto, por edicto, y que estas normas fueron incumplidas por la demandada.

La sentencia condenatoria de segunda instancia expuso que la comunicación del acto administrativo de insubsistencia no era el procedimiento válido de notificación, pues se exigía la notificación personal o el edicto, en caso de no lograrse la primera; no obstante, esto no conduciría a predicar la culpa grave de su conducta, porque no está probado que representa una violación manifiesta e inexcusable de la ley o una omisión inexcusable al cumplimiento de sus funciones.

Lo anterior, porque desde el aspecto fáctico, no están demostrados los hechos particulares por los cuales la imposibilidad de efectuar la notificación personal o por edicto le son atribuibles, y desde el punto de vista jurídico, aun cuando se respeta el tránsito a cosa juzgada de la sentencia condenatoria de segunda instancia, de la valoración de su motivación en el juicio de repetición, la Sala advierte que para el tiempo en que fue expedido el acto administrativo de insubsistencia, existía una posición jurisprudencial reiterada en torno a que no era necesario notificar este tipo de actos cuando se trataba del retiro del servicio de empleados de libre nombramiento y remoción, sino que bastaba la comunicación de la decisión, por tener origen en el ejercicio de una facultad discrecional. En este sentido, en providencia de 15 de agosto de 2002, el Consejo de Estado sostuvo:

“...debe precisar la Sala que los actos de insubsistencia no se notifican, son actos de ejecución. En esas condiciones, carece de sentido examinar los defectos que pudieran haberse presentado en el trámite adelantado para informar al actor acerca de su retiro. En efecto, sobre el tema precisó la Sala Plena de esta Corporación, en providencia del 3 de septiembre de 1996, expediente S-636, actor Hernán Vega Vargas, magistrado ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo:

“...no todos los actos administrativos susceptibles de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se harán conocer de la misma forma, o sea indistintamente a través de la publicación, notificación o ejecución, porque estos fenómenos no sólo no son sinónimos, sino porque existen actos que sólo se publican, otros que se notifican y algunos que simplemente se ejecutan.

(...)

Cuando el acto administrativo se publica o notifica, según el caso, deberá indicarse en el cuerpo del mismo si contra él proceden o no recurso de vía gubernativa; y en caso afirmativo, cuáles y en qué oportunidad se deben formular. En cambio, frente a los actos de insubsistencia dictados en ejercicio de la potestad discrecional de libre remoción, que ni se publican ni se notifican, sino que simplemente se ejecutan, el código administrativo proscribía los recursos en forma implícita al precisar que los procedimientos administrativos regulados en la primera parte del mismo ‘tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción’ (art 1º in fine del c.c.a.)....’²⁷

En sentido similar, en providencia de 26 de septiembre de 2008, el Consejo de Estado señaló:

“Observa la Sala que en el caso laboral administrativo hay que distinguir, por lo menos, tres clases de nombramientos teniendo en cuenta la situación de vinculación del personal afectado, a saber: a) libre nombramiento y remoción; b) carrera; c) y de periodo. Por lo general, el acto de Insubsistencia de nombramiento se “comunica”, aunque simplemente se “ejecuta” en el caso de la insubsistencia tácita. Pero, cabe aclarar que cuando afecta realmente a personal de carrera o de periodo, debe notificarse y señalarse los recursos procedentes para la defensa de sus derechos”²⁸.

De otra parte, **en cuanto al segundo de los hechos alegados por la parte demandante**, que la demandada no informó a la Mesa Directiva del Concejo de Bogotá el estado de gravidez de la señora Luz Faride Restrepo, al expediente no se aportaron pruebas tendientes a demostrar que la Directora Administrativa y Financiera del Concejo de Bogotá omitió informar la situación a dicho órgano.

Es relevante traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en torno a las características que tienen las negaciones indefinidas exentas de prueba, con el fin de reafirmar que en este caso no se está en presencia de una y que la entidad demandada debió probar que no fue informada del estado de embarazo de la señora:

“En segundo lugar, para la Sala es claro que el demandado estaba en capacidad de acreditar la manifestación hecha en la contestación de la demanda según la cual a él no le comunicaron esa circunstancia (el estado de embarazo de la funcionaria) antes de que procediera a declararla insubsistente, para desvirtuar la imputación de haber obrado con culpa grave al haber adoptado tal decisión. Aquí no nos encontramos ante una negación indefinida eximida de prueba en los términos del artículo 167 del C.G.P. (177 del C.P.C.). Se trataba de demostrar una circunstancia fáctica delimitada en el tiempo, siendo claro que lo que hace imposible probar son las negaciones indefinidas: <<Se trata de aquellos hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven

²⁷ Consejo de Estado, 15 de agosto de 2002, Rad. No. 1999-00004-01(1635-01), C.P. Alberto Arango Mantilla.

²⁸ Consejo de Estado, Auto de 26 de junio de 2008, Rad. No. 2005-03899-01(1216-07), C.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez.

proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido - bien sea positivo o negativo - radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar>>²⁹30

A su vez, a partir de lo consignado en la sentencia condenatoria de segunda instancia, no fue inequívoco si la demandada obtuvo la información del embarazo antes o después de entregar el oficio por el que enteró a la señora Restrepo de la decisión de insubsistencia. En todo caso, para ese momento la Directora Administrativa y Financiera no podía evitar los efectos del acto, sino a partir de las determinaciones del Concejo de Bogotá y la afirmación de que ocultó la información posteriormente no tiene respaldo probatorio, más aun si en la sentencia condenatoria de primera instancia se tuvo como probado que posteriormente la señora Restrepo fue objeto de exámenes médicos de retiro que hicieron evidente su estado de embarazo, por lo que es contrario a las reglas de la experiencia que la Directora no compartiera la información con la mesa directiva o que por lo menos el Concejal que presidía la Unidad de Apoyo Normativo a la que estaba vinculada no conociera la situación y la compartiera con la mesa directiva.

En esta línea, sobre la aplicación de las reglas de la experiencia, el Consejo de Estado recientemente señaló:

“La regla de la experiencia que traduce lo que normalmente ocurre en una relación o en la percepción de cualquiera y no solo como suposición personal del Juzgador, no permite tener como verosímil razonablemente que la coordinadora de personal del hospital no le hubiese advertido al subgerente, ni al asesor jurídico, ni al director del mismo centro médico que la funcionaria a quien éste último iba a declarar insubsistente estaba embarazada, y no resulta admisible que el jurídico, del cual se asesoró el hospital, no hubiese indagado por esta circunstancia. No permite inferir que, si lo sabían, el jurídico y el gerente administrativo le hubiesen ocultado esta circunstancia al director. Y, si ello era así, claramente el demandado podía acreditarlo con las declaraciones de estas personas...”³¹

En cualquier caso, en los hechos de la demanda de repetición tampoco se esclarece en qué momento tuvo conocimiento la Mesa Directiva del estado de embarazo de la señora Restrepo y las implicaciones de la decisión de insubsistencia, para juzgar lo determinante que hubiese resultado la fecha en que la Directora Administrativa y Financiera informara esta circunstancia, pues no puede perderse de vista, que expedida la decisión de retiro, este órgano era el competente para tomar una determinación distinta.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-070/93.

³⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 5 de mayo de dos mil veinte 2020, Rad. No. 46621, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

³¹ Ibidem.

En síntesis, la parte demandante no acreditó la culpa grave de la demandada, requisito subjetivo indispensable para la prosperidad de la pretensión de repetición, porque las sentencias condenatorias no resultaban suficientes para este cometido, era necesario demostrar que la Directora Administrativa y Financiera no cumplió con la publicidad del acto administrativo de insubsistencia en forma inexcusable, que omitió informar el estado de embarazo de aquella a la Mesa Directiva, y que estos hechos fueron los causante de la anulación del acto administrativo.

XII. COSTAS

Esta instancia se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida dentro de la controversia, puesto que 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.

XIII. CUESTIÓN FINAL: SOLICITUD DE HONORARIOS DE LA CURADORA AD LITEM

La Curadora *ad litem* de la demandada solicitó le fueran fijados los honorarios por su gestión.

En atención a que la Curadora fue designada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, corresponde el reconocimiento de honorarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 388:

“El juez, de conformidad con los parámetros que fije el Consejo Superior de la Judicatura, señalará los honorarios de los auxiliares de la justicia, cuando hayan finalizado su cometido, o una vez aprobadas las cuentas mediante el trámite correspondiente si quien desempeña el cargo estuviere obligado a rendirlas. En el auto que señale los honorarios, se determinará a quién corresponde pagarlos.

(...)

Los honorarios del curador ad litem se consignarán a órdenes del despacho judicial, quien autorizará su pago al momento de terminación del proceso o al momento en que comparezca la parte representada por él.

La suma que se fija en el momento de la designación del curador ad litem no tiene relación con los honorarios y sólo se refiere a la suma para gastos de curaduría”

Culminada la gestión de la Curadora en esta instancia procede la fijación de honorarios por su gestión, debido a que solo le fue pagada la suma de \$500.000 por gastos de curaduría.

El Consejo Superior de la Judicatura estableció los parámetros para fijar los honorarios de los auxiliares de la justicia, mediante Acuerdo 1518 de 2002. En el artículo 36 se establece que el funcionario de conocimiento, en la oportunidad

procesal, con criterio objetivo y con arreglo a las tarifas señaladas en el presente Acuerdo, fijará los honorarios de los auxiliares de la justicia, individualizando la cantidad dentro de los límites que se le trazan, basado en la complejidad del proceso, cuantía de la pretensión, si es el caso, duración del cargo, calidad del experticio, requerimientos técnicos, científicos o artísticos propios del cargo y la naturaleza de los bienes y su valor.

Por su parte, sobre las tarifas para curadores ad litem, en el artículo 37 se establece:

“1. Curadores ad litem. En los procesos de mínima cuantía los curadores ad litem recibirán como honorarios, al finalizar su labor, entre dos y treinta salarios mínimos legales diarios; en los procesos de menor cuantía entre diez y ciento cincuenta salarios mínimos legales diarios y en los de mayor cuantía entre veinte y quinientos salarios mínimos legales diarios. En los procesos o asuntos sin cuantía, de única instancia, los curadores ad litem recibirán entre dos y cien salarios mínimos legales diarios, y en los de dos instancias entre dos y quinientos salarios mínimos legales diarios.

Cuando haya de señalarse previamente una suma para gastos, se limitará a lo estrictamente necesario.

En los procesos de mayor y menor cuantía, si la labor del curador ad litem se redujo a contestar la demanda, el juez podrá fijarle honorarios por debajo de la tarifa aquí establecida”.

Las actuaciones de la Curadora en el proceso fueron: (i) contestar la demanda; (ii) presentar recurso contra el auto que decretó las pruebas y (iii) presentar alegatos de conclusión. Sin embargo, fueron escasas las diligencias de indagación que realizó para sus intervenciones, en las cuales manifestó que no le era posible formular mayores argumentos de defensa por la falta de insumos probatorios, lo cual denota que su gestión no revistió un amplio grado de complejidad.

Por lo expuesto y atendiendo que en este caso la competencia del proceso no estaba determinada por la cuantía, los honorarios se fijaran en cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que deberán ser pagados por el Distrito Capital de Bogotá – Consejo de Bogotá, en la forma dispuesta en el artículo 388 del C.P.C.

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,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO: FIJAR los honorarios de la curadora *ad litem* Carmen Lucy Céspedes Gasca, en la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de la parte demandante, Bogotá D.C. – Concejo de Bogotá, los cuales deberán sufragarse conforme a lo previsto en el artículo 388 del C.P.C.

CUARTO: En firme esta providencia, por Secretaría, si existe remanente, entregar a la demandante y archivar el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 135).



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada