



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá, D.C, veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia:	2500023260002011-01342-01
Sentencia:	SC3-21012771
Acción:	REPETICIÓN
Demandante:	DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ SECRETARÍA DE MOVILIDAD
Demandado:	JUSTO GERMÁN BERMÚDEZ GROSS
Tema:	Concepto. Requisitos de procedibilidad de la acción. Motivación de actos administrativos de insubsistencia de provisionales en vigencia de la Ley 909 de 2004 y del Decreto 1227 de 2005. No existía línea consolidada para el momento de la expedición del acto administrativo respecto a la obligatoriedad de motivar la declaratoria de insubsistencia de provisionales Disparidad de criterios. No se demuestra la culpa grave.
Expediente:	Hibrido (escritural y digital)

Procede la Subsección a proferir sentencia de primera instancia dentro del presente proceso de repetición instaurado por DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ SECRETARÍA DE MOVILIDAD contra JUSTO GERMÁN BERMÚDEZ GROSS.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En demanda presentada el 2 de diciembre de 2011 el **DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ SECRETARÍA DE MOVILIDAD** solicitó que se declare responsable al señor **JUSTO GERMÁN BERMÚDEZ GROSS** por los perjuicios patrimoniales causados a la entidad demandante por la condena judicial de que fue objeto por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 13 de mayo de 2010 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2006-0146; que como consecuencia de lo anterior, se condene al demandado al pago de \$ 384.268.096 y se cancelen los intereses comerciales desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso; y que se ajuste la condena tomando como base el índice de precios al consumidor.

Como fundamentos de hecho, expuso que, el señor Rafael Herrera Rodríguez desempeñaba el cargo de ASESOR código 105 grado 04 perteneciente a la planta global de la Secretaría de Tránsito Transporte de Bogotá.

Precisó que el demandado en su calidad de secretario de Tránsito y Transporte de Bogotá, nombrado mediante Decreto 385 de 14 de octubre de 2005 expedido por el Alcalde de Bogotá y acorde con el manual de funciones, expidió la resolución No. 431 de 19 de julio de 2006, a través de la cual declaró insubsistente el nombramiento del señor Rafael Herrera Rodríguez en el cargo antes citado.

Como consecuencia de lo anterior el señor Rafael Herrera Rodríguez presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, donde en segunda instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó al Distrito Capital – Secretaría Distrital de Movilidad a reintegrarlo al mismo cargo que ocupaba, al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha del retiro hasta su reintegro.

Así las cosas, indica que con resolución No. 281 de 12 de octubre de 2010 se dio cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal en sentencia del 13 de mayo de 2010, en lo que tiene que ver con el reintegro, y con resolución No.081 de 12 de octubre de 2010, la Secretaría de Movilidad ordenó el reconocimiento y pago de la suma de \$ 384.268.096 por concepto de salarios y prestaciones sociales a favor del señor Herrera Rodríguez, realizando este pago mediante orden No. 5266 de 27 de diciembre de 2010.

Sostiene que la resolución No. 431 de 2006 se expidió sin haberse motivado como lo exige el parágrafo 2ª del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la motivación de esta clase de actos administrativos, situación que dio origen a la condena impuesta a la hoy demandante.

Finalmente, indica que el demandado incurrió en conducta gravemente culposa en la expedición del acto administrativo declarado nulo, bajo las causales de i) violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho y ii) omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

2. Tramite de la demanda.

La presente acción fue admitida el 7 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 14 y vlta Cp2) en la misma fecha se negaron las medidas cautelares solicitadas por la parte actora (fls. 15 a 17 Cp2) siendo esta última decisión apelada y resuelta por el Consejo de Estado con auto del 18 de febrero de 2018, confirmando la misma. (fls. 112 a 120 Cp2)

El 5 de septiembre de 2019 fue notificado personalmente el demandado (fl. 131Cp2); posteriormente, el día 31 de enero de 2020 se abrió a etapa probatoria (fls.151 a 152 Cp2) y finalmente, en audiencia virtual realizada el 3 de septiembre de 2020 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión (expediente digital No. 006 y 007).

3. Contestación de la demanda.

Antes del término de fijación el lista (fl. 14 vlta Cp2) el apoderado de la parte demandada presentó contestación de la demanda.

Para ello, presenta como excepciones “la falta de señalamiento del hecho generador de culpa grave o dolo al momento de iniciar la acción de repetición”, pues el demandante no identifica ni el dolo ni la culpa grave que se le imputa al demandado, como tampoco sustenta argumentos y pruebas de tales circunstancias, siendo un requisito exigido por el Consejo de Estado a la hora de iniciar la demanda de repetición o de llamamiento en garantía a un funcionario.

Agrega que no existe prueba que demuestre el dolo o la culpa grave del demandado, pues la parte actora parte de meras conjeturas e interpretaciones simples, pues la norma exige comportamientos reprochables absolutamente claros e indiscutibles.

Resalta que para la fecha de expedición del acto de insubsistencia del señor Herrera Rodríguez, el mismo Consejo de Estado desestimaba cualquier tipo de estabilidad relativa respecto de aquellos funcionarios que ostentaban su estabilidad a través del concurso de carrera administrativa.

Insiste que el alto Tribunal de lo contencioso Administrativo ha sido enfático en señalar que no cualquier error puede convertirse en culpa grave o dolo, sobre todo si la conducta del funcionario cuestionado estaba revestida de buena fe.

Además, señala que dentro de las mismas altas cortes ha surgido diversas interpretaciones de la figura de provisionalidad, la cual continúa siendo objeto de estudio y controversia, esto conforme se analiza en la sentencia SU 691 de 2011. Precisa que este debate se traslada a este caso, y no puede circunscribirse dentro de la figura de dolo y culpa grave, como lo pretende la parte actora, porque en ese mismo señalamiento podrían estar cientos de juzgadores que emitieron fallos en uno u otro sentido. (fls. 132 a 140 Cp2)

4. Alegatos de las partes y Concepto del Ministerio Público.

La parte demandada presentó alegatos de conclusión en tiempo el 14 de septiembre de 2020 (expediente digital No. 008 y 009) sosteniendo que los testigos son contundentes en sostener que la insubsistencia tuvo como fundamento el mejoramiento del servicio que se veía afectado por la deficiente gestión del señor Herrera Rodríguez. Agrega que no se puede perder de vista que para la fecha en que se expidió el acto administrativo de insubsistencia (19 de julio de 2006) el Consejo de Estado aún mantenía la tesis de que las insubsistencias de nombramientos en provisionalidad no debían motivarse. Concluye que dentro del expediente no obran pruebas que demuestren el dolo o la culpa grave del demandado. Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El 17 de septiembre de 2020, **la parte actora** presenta alegatos de conclusión en tiempo (expediente digital No. 10 y 11) manifestando que si bien con los testimonios allegados al proceso se pudo determinar que existían diferencias de trabajo entre el señor Germán Gross y Rafael Herrera, no se entiende porque el demandado no interpuso queja disciplinaria o memorandos para efectos de subsanar estas falencias; además con los testimonios quedó demostrado que a pesar de haberse manifestado por parte del secretario jurídico, que en el evento de terminar con la relación legal y reglamentaria que tenía con la entidad aquí demandante debían manifestarse todas las situaciones que se presentaron en el acto de insubsistencia, no se entendía por qué el acto que declaró terminado dicho empleo no se sustentó en debida forma. Finalmente, insiste que está demostrado que el demandado actuó con dolo o culpa grave al momento de expedir el acto administrativo de insubsistencia del señor Rafael Herrera sin tener en cuenta la debida motivación tal como lo exigía la ley, presentándose una motivación falsa del acto administrativo, así como una expedición viciada al no exponer los motivos de la decisión.

El Ministerio Público dentro del término de ley, presenta concepto (expediente digital No. 12 y 13) sosteniendo que se encuentra probado los elementos objetivos de la

responsabilidad del Estado como lo son, la calidad de agente del Estado de la parte demandada, la existencia de una sentencia condenatoria en contra de la entidad aquí demandante y el pago de la condena.

Ahora, respecto al elemento subjetivo sostiene que revisada la Resolución No. 431 de 2006 en la misma no se establece motivación objetiva alguna, sino la referencia genérica de algunas normas y otras consideraciones jurisprudenciales, así como la citación a la reglamentación de los cargos de carrera administrativa, más no una motivación expresa, concreta y específica que permita establecer con certeza las razones fácticas y jurídicas que llevaron a tomar la decisión, tal como lo exigió el juez de tutela.

Sostiene que conforme a los testimonios se logra establecer que las verdaderas razones de la insubsistencia del señor Rafael Herrera fue el incumplimiento de sus funciones en la Secretaría de Tránsito de Bogotá, lo que demuestra que su desvinculación tuvo como fin solucionar esta situación y mejorar el servicio, no obstante, estas razones no se expusieron en el referenciado acto de insubsistencia cuando el demandado conforme a sus obligaciones debía plasmar en concreto los motivos de la desvinculación, esto teniendo en cuenta que esta obligación había sido ordenada en sede de tutela, por ello, carece de relevancia determinar si para el momento de la expedición del acto de subsistencia existía disparidad de criterios interpretativos respecto a la motivación de actos administrativos de insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción, toda vez que la exigencia de motivación emanaba directamente de la sentencia de tutela.

Finalmente, concluye que emerge la culpa grave del demandado al expedir el referido acto de insubsistencia, pues su conducta resulta inexcusable, toda vez que la tutela fue clara en dejar sin efectos el acto administrativo de desvinculación anterior, y en ordenar que el demandado expidiera un acto que estuviera motivado, lo cual no solo abarcaba lo jurídico sino los fundamentos fácticos de la decisión, no obstante esto no fue incluido.

II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

La Sala observa que, revisado integralmente el proceso, se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y el derecho a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

¿Es responsable patrimonialmente el señor Justo Germán Bermúdez Gross, al expedir el acto administrativo resolución No. 431 del 19 de julio de 2006, con el cual declaró insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Enrique Herrera del cargo de Asesor 105-05 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, sin motivación alguna, lo que trajo como consecuencia la condena impuesta a la entidad hoy aquí demandante a través de la sentencia del 13 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección “C”?

La tesis de la Sala es que el demandado no es responsable patrimonialmente frente al Estado

a título de culpa grave, pues para la fecha de expedición del acto administrativo No. 431 de 19 de julio de 2006, no existía línea consolidada por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto a que los actos de insubsistencia de provisionales proferidos después de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 debían motivarse, pues solo con sentencia del **23 de septiembre de 2010**, 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, siendo por tanto, excusable el comportamiento del demandado al momento de expedir el acto administrativo. Además, 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 jurídicamente¹.

²

Para resolver el problema, la Sala abordará el asunto los siguientes temas: Acción Repetición. Concepto. Presupuestos procesales de la acción, los requisitos de procedibilidad, elementos subjetivo y el caso en concreto.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Presupuestos procesales de la acción.

1.1 Competencia.

Esta Subsección es competente para conocer del presente proceso, pues el Consejo de Estado conoció el proceso de la referencia en segunda instancia, sosteniendo que era competente dado que la cuantía asciende a la suma de \$ 384.268.092 la cual resulta superior a 500 SMLMV exigido por el artículo 132 del CCA para las acciones de repetición presentadas en el año 2011 y teniendo en cuenta que la cuantía se obtiene de la sumatoria de la totalidad de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo dispuso en la ley 1395 de 2010. (fl. 32 vltm Cp2)

Aunado a lo anterior, en cuanto al tema de reparto, es a esta subsección a quien le corresponde el proceso de la referencia, como quiera que en el Acuerdo No. CSBTA15-421 del 13 de agosto de 2015, de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, se ordenó la distribución de procesos escriturales de los Magistrados de la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a esta Subsección.

1.2- Caducidad de la acción.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que al tenor del numeral 9 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 11 de la Ley 678 de 2001, y del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, la acción de repetición caduca "a/

¹ 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].

² 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).

vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad¹³, o del vencimiento del término de 18 meses de que dispone la Entidad condenada para efectuar el pago, en los eventos en los cuales no se hubiere pagado la condena respectiva (art. 177 inc. 4 C.C.A)⁴.

En el caso sub examine, se tiene que la sentencia del 13 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso adelantado por el señor Enrique Herrera se condenó a la entidad aquí demandante por lo que el vencimiento del plazo de 18 meses de que dispone la entidad condenada para pagar, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia (la fecha de ejecutoria fue el 28 de mayo de 2010 fl. 165 Cp2) fenecieron el día **29 de noviembre de 2011**.

Sin embargo, se encuentra que la Entidad demandante realizó el **29 de diciembre de 2010** el pago de los \$ 348.268.096 (fl. 159 Cp2), esto es antes de la fecha de vencimiento de los 18 meses otorgados para el pago, por lo que la caducidad se contará a partir del día siguiente de la fecha del pago, entonces, entre el 30 de diciembre de 2010 al 30 de diciembre 2012, corría el término de 2 años, la demanda fue presentada el 2 de diciembre de 2011(fl. 5 vlt Cp1), es decir, la acción se presentó dentro del término contemplado por la norma.

1.3.- Legitimación en la causa.

1 .3.1.- Legitimación por activa.

Los artículos 4 y 8 de la Ley 678 de 2001 y el inciso segundo del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo determinan que *"es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes"; "deberá ejercitar la acción de repetición la persona 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", y "Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex -servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública"*.

En el presente asunto se allegó copia de la sentencia del 13 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 2006-148, en donde se condenó al Distrito Capital- Secretaría de Movilidad a reintegrar al señor Rafael Enrique Herrera y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir (fls. 21 a 47 Cuaderno pruebas 2) razón por la cual, es clara la legitimación en la causa por activa de dicha Entidad.

³ Es de advertir que el Consejo de Estado-Sección Tercera- Subsección "A" en sentencia del 10 de agosto de 2016, rad. (37265), sostuvo que se permiten los pagos parciales, pues *"es válido afirmar que si bien el pago se constituye como un presupuesto para que la acción de repetición tenga vocación de prosperidad, toda vez que otorga legitimación en la causa para demandar, no necesariamente implica que se deba rechazar la demanda cuando la acción se haya iniciado por el pago parcial de la condena impuesta, de lo cual se desprende, en consecuencia, que resulta procedente ejercitar la acción con la pretensión de repetición incluso cuando el pago efectuado por la administración no se corresponda con el total al que haya sido obligada, pero, por obvias razones, en dicho evento solamente se podrá repetir por los valores efectivamente cancelados"*

⁴ Sentencia C 832 de 2001 donde se declara exequible la expresión *"contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad", contenida en el numeral 9º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, 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."*

1.3.2.- Legitimación por pasiva.

Al tenor del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición "*deberá ejercerse contra el 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*".

En este caso se observa que la demanda fue incoada contra el señor Justo Germán Bermúdez quien fue el que expidió el acto administrativo de insubsistencia No. 431 de 2006 en calidad de Secretario de Despacho de la Secretaría de Tránsito de Bogotá, acto que posteriormente fue declarado nulo por la jurisdicción y como consecuencia, condenada la entidad aquí demandante (fls.15 a 18 Cuaderno pruebas No. 2), por tanto, está legitimado para comparecer como demandado en el presente proceso.

2. De las excepciones propuestas.

Respecto a la excepción de "falta de señalamiento del hecho generador de culpa grave o dolo al momento de iniciar la acción de repetición" para esta Sala no es de recibo la misma, pues, en primer lugar, una vez revisada la demanda en su integridad es claro que la parte actora sostiene que la responsabilidad del señor Justo Germán Bermúdez recae a título de culpa grave bajo las causales de i) violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho y ii) omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable, como consecuencia de la expedición del acto administrativo No. 431 de 2006 al no motivar el mismo, lo que dio origen a la condena impuesta a la entidad aquí demandante, y en segundo lugar, indica las circunstancias fácticas por las cuales debe ser condenado el demandado y allega las pruebas que considera necesarias para acreditar estas circunstancias, por lo tanto, esta excepción se declarará no probada.

Ahora, frente a las demás excepciones, para la Sala son argumentos de fondo que deberán ser analizados en el caso en concreto dentro del sub lite.

3. Argumentos Jurídicos

3.1 De la acción de repetición

El artículo 90 de la Constitución Política estableció la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que sean causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, así mismo, este artículo consagró que en el evento de que sea condenado el Estado por reparación patrimonial, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, la administración deberá repetir contra este último, a través de la acción de repetición.

Ahora bien, la evolución normativa de la responsabilidad de los agentes del estado, cuando con su conducta el Estado ha tenido que responder patrimonialmente, viene desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), el Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario

que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena. Finalmente se elevó a deber constitucional en el artículo 90 inciso 2º.

En desarrollo de la anterior norma constitucional se 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"*, en donde se estableció tanto los aspectos sustanciales como los procesales de esta acción. Esta norma definió la acción de repetición como una acción de naturaleza civil, patrimonial y autónoma, resarcitoria de perjuicios cuyo objeto es la protección del patrimonio público, la cual debe ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiese dado lugar al reconocimiento y pago de una indemnización por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. (Art. 2).

Frente a este tema, el Consejo de Estado⁵ 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."

Los requisitos de procedibilidad de la acción de repetición. La Corte Constitucional, ha sostenido que la acción de repetición se encuentra supeditada a la observancia de los siguientes requisitos, (i) que la entidad pública sea condenada por la jurisdicción contencioso administrativa para efectos de reparar los daños con ocasión de una acción u omisión de un particular; (ii) que se demuestre que el daño se produjo a raíz de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada haya realizado el pago de la suma de dinero.⁶

⁵ 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).

⁶ Sentencia C 619 de 2002.

Por su parte el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento⁷, ha reiterado la postura de la Sección Tercera⁸, de 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.”

Esta 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 demandando.

Es muy importante señalar que la conducta subjetiva del agente del estado es un garantía y una realización a los principios de la buena fe, debido proceso, inocencia, responsabilidad y solidaridad pública, 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, mal intencionado o descuidado son los que le genera responsabilidad.

En este entendido, la normatividad que se encontraba vigente para efectos de determinar el dolo o la culpa grave del agente al momento de los hechos (**en el caso en concreto año 2006**) era la Ley 678 de 2001, que define dolo y culpa grave y señala unas presunciones, así:

⁷ Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia del 12 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación: 68001233100020090036201 (54.394)

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.

⁸ ibídem

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

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

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

ARTÍCULO 6º. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

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

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. (**Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-455 de 2002](#)**)

Entonces, la responsabilidad subjetiva que se le exige al agente del estado en las acciones de repetición deben 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 conducta.

Con respecto a la responsabilidad subjetiva del servidor público o exagente estatales o particulares revestidos de funciones administrativa, que con su conducta dolosa o gravemente culposos 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... a 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 culposa.”⁹ (Art. 6, 90, 91, 121 y 122 CP)

Aunado a lo anterior, también ha sostenido el Consejo de Estado, que el operador no debe limitarse a las definiciones contenidas en el Código Civil de dolo o culpa grave, sino debe analizar las características particulares del caso, las cuales deben armonizarse con lo contemplado en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, también, 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.¹⁰

Sobre el alcance que ha dado el Consejo de Estado de las presunciones consagradas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001. Esta alta corporación en recientes pronunciamientos¹¹ ha reiterado sobre este tema, que estas presunciones 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 ibídem, más que estatuir presunciones lo que realiza 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 enunciados se presume que el proceder de la 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, por eso 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 se 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

⁹ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 08/01/2016, radicado número 54001233100020020152901 (40476). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia del 12 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación: 68001233100020090036201 (54.394).

¹¹ Consejo de Estado-Sección Tercera- Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2016 con radicación: 5400123330002012000202 y sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación: 85001233300020140004501, , CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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.¹²

Lo anterior significa que el debate sobre la responsabilidad subjetiva del demandado siempre puede ser objeto de debate o juicio dentro del proceso. En caso de la presunción legal, lo que se prueba son los hechos descritos en las disposiciones o que se presente la circunstancia allí establecida, entonces, se infiere que el dolo o la culpa grave queda probada. En el caso de que no exista presunción, entonces, se debe probar directamente la responsabilidad a título de dolo o culpa grave. Sin embargo, en los dos casos, este elemento subjetivo puede ser controvertido al interior del proceso de repetición, la diferencia está en que en el primer caso la responsabilidad se infiere y lo que se controvierte son los hechos que configuran la presunción, mientras que en el segundo se prueba directamente.

V. EL CASO CONCRETO

1. Los hechos probados.

Los siguientes son los elementos probatorios que se recaudaron en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de dilucidar si procede o no declarar la responsabilidad del ex servidor público señor Justo Germán Bermúdez.

- 1.1 Certificación expedida por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la entidad demandante a través de la cual concluyó que existe mérito para iniciar acción de repetición contra el aquí demandando por haber incurrido en una conducta gravemente culposa conforme al artículo 6 de la Ley 678 de 2001. (fl. 4 Cuaderno pruebas 2)
- 1.2 Resolución No. 081 del 20 de diciembre de 2010 expedida por la entidad demandante a través de la cual se reconoce y ordena un pago en cumplimiento de una orden judicial por la suma de \$384.268.096. (fls. 5 a 7 Cuaderno pruebas 2)
- 1.3 Certificado de disponibilidad presupuestal No. 1129 de 2010 a través del cual se señala que en el presupuesto de gastos e inversiones de la vigencia de 2010, existe aprobación disponible para atender las sentencias judiciales en cumplimiento del fallo proferido el 13 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el valor de \$ 500.317.192. (fl. 8 Cuaderno pruebas 2)
- 1.4 Orden de pago No. 5266 del 27 de diciembre de 2010, teniendo como beneficiario al señor Rafael Enrique Herrera, dando cumplimiento al fallo del 13 de mayo de

¹² CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE (E): JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA sentencia del cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 85001233300020140004501 (53130).

2010 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2006-0148, por la suma de \$384.268.096. (fl. 9 Cuaderno pruebas 2 y 167 Cp2)

- 1.5 Resolución No. 017 del 21 de enero de 2011 expedida por la entidad demandante a través de la cual se reintegra al señor Rafael Enrique Herrera Rodríguez en cumplimiento de un fallo judicial. (fls. 11 a 13 Cuaderno pruebas 2)
- 1.6 Resolución No. 431 del 19 de julio de 2006, suscrita por el demandado Justo Germán Bermúdez Gross en calidad de Secretario de Despacho de la Secretaría de Tránsito de Bogotá, por medio de la cual declara insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Enrique Herrera del cargo de Asesor 105-05 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, sustituyendo con este acto la Resolución No. 295 de 1º de junio de 2006 en cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado 53 Municipal de Bogotá, en fallo de 14 de julio de 2006, señalándose lo siguiente:

“ (...) que con fecha del 23 de abril de 2004 fue nombrado el doctor RAFAEL ENRIQUE HERRERA RODRÍGUEZ (...) en el cargo de ASESOR código 105- grado 5 Subsecretaría Operativa de la planta global de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, cargo que para la fecha era de libre nombramiento y remoción.

(...)

Que posteriormente producto de la reglamentación de la ley 909 de 2004 se estableció que el cargo de ASESOR código 105 GRADO 5 de la Subsecretaría operativa es un cargo de carrera administrativa.

Que por efecto de la disposición anterior, el doctor RAFAEL ENRIQUE HERRERA RODRÍGUEZ continuó ocupando el cargo al que ingresó por libre nombramiento y remoción, con carácter de provisionalidad, al convertirse en cargo de carrera administrativa.

Que mediante Resolución 295 del 1º de junio 2006, el Doctor RAFAEL ENRIQUE HERRERA RODRÍGUEZ fue declarado insubsistente del cargo de ASESOR 105-05 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá.

Que mediante fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado 53 Civil Municipal de Bogotá, el 14 de julio de (...) se ordenó a la administración:

“Dejar sin efectos la Resolución 295 del 1º de junio de 2006, advirtiendo que en caso de proferir un nuevo acto administrativo sustitutivo deberá hacerlo con la motivación del caso (...)”

Que en consecuencia, procede la Secretaría de Tránsito y Transporte en Bogotá, a preferir un nuevo acto administrativo, el presente, con la motivación contenida en este acto (...)

Que el Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, radicado 110010325000 2001 0020700 ha reconocido reiteradamente “ la facultad discrecional de los empleados provisionales se impone al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realice el proceso selectivo, autoriza a la administración a efectuar nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado cómo de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleador se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad.”

Que actualmente no se han previsto las vacantes mediante el concurso abierto de méritos, convocatoria 01 de 2005 dirigida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, apenas está en sus etapas iniciales y desarrolla el concurso de méritos ordenado por la ley 909 de 2004, Para proveer los cargos que la citada ley y su reglamentación estableció como de carrera administrativa.

Que analizados los antecedentes que reposan en la hoja de vida de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, no obra documento alguno que acredite que el doctor Rafael Enrique Herrera Rodríguez es un funcionario de carrera administrativa; o que haya concursado para ingresar a la carrera administrativa; o que haga parte de una lista de elegibles.

(...)

Que al no constar su registro en la carrera administrativa, ni su clasificación en el escalafón, ni su participación en procesos de carrera o de mérito para acceder a la misma, como tampoco el cargo de asesor 105-05, ni su designación en periodo de prueba y siendo su vinculación, anterior a la fecha en que se determinó que el cargo sería de carrera administrativa, se entiende que su vinculación al servicio público fue libre nombramiento y remoción.

Que, con base en lo expuesto, se afirma que la provisionalidad no se produjo en este caso concreto por el nombramiento en un cargo de carrera administrativa, sino en un cargo de libre nombramiento y remoción, que por disposición posterior de la ley 906 de 2004 adquirió el carácter de cargo de carrera, lo cual establece una diferencia frente a la provisión del cargo, ya que con ello no se desconocieron las disposiciones legales para la provisión de cargos de carrera. (...)” (fls. 15 a 18 Cuaderno pruebas 2) negrilla fuera de texto.

- 1.7 Resolución No. 295 de 2006 a través de la cual el demandado Justo Germán Bermúdez Gross en calidad de Secretario de Despacho de la Secretaría de Tránsito

de Bogotá, declara insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Enrique Herrera del cargo de Asesor 105-05 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá. (fl.19 Cuaderno de pruebas 2)

- 1.8 Sentencia del 13 de mayo de 2010 en segunda instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección “C” dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2006-148, a través de la cual revoca la decisión proferida en primera instancia, y declara la nulidad de la resolución No. 431 de 2006 proferida por el Secretario del Despacho de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Enrique Herrera del cargo de Asesor 105-05, y como restablecimiento del derecho de ordena su reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, dentro de la parte motiva de esta sentencia se extrae lo siguiente:

“(…) **Del nombramiento provisional**

han sido reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado en el sentido de determinar que los nombramientos en provisionalidad no generan fuera de estabilidad, pues se “ asimilan a los de libre nombramiento y remoción dada la similitud en la forma de provisión del empleo y la discrecionalidad en que se escoge al servidor público para ingresar a la función pública “ , **por esta circunstancia, se ha considerado que la administración tiene la potestad de declararlo insubsistente a través de dicha facultad y sin motivar el acto administrativo que así lo dispone, pues se presume que se fundamenta en razones del servicio.**

En providencias anteriores con ponencia del suscrito, se ha precisado que los actos administrativos declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales debían contener una motivación expresa que no genera irregularidad en su expedición y justificará la causal de la desvinculación del funcionario para confrontar que la intención no fue diferente a la señalada por el legislador. **No obstante, la sala ha preservado la línea jurisprudencial fijada en las provincias del H. Consejo de Estado como se ha indicado en el sentido de que estos actos no requieren de aquella motivación expresa como presupuesto de legalidad.**

Sin embargo, en el caso que nos ocupa comporta una situación diferente con la entrada en vigencia de la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 (...) al establecer la competencia reglada para el retiro de los empleos de carrera (artículo 41, parágrafo 2º) y la reiterada jurisprudencia proferida por H. Corte Constitucional (Su 250 de 2008) sobre la obligación de la motivación expresa de los actos de declaratoria de insubsistencia como expresión del principio de publicidad y el respeto al debido proceso en aras de evitar la arbitrariedad de la administración con dichas actuaciones. **Criterio adoptado por la sala en sentencia del 6 de mayo de esta anualidad expediente No. 2006-0062,**

siendo ponente la doctora Amparo Oviedo Pinto en un caso similar a que aquí se estudia, variando con ello, la posición asumida en providencias precedentes.

(...)

Así entonces, según el parágrafo 2º de la norma transcrita se colige que no es factible declarar la insubsistencia de servidores públicos que ocupen empleos de carrera administrativa en situación de provisionalidad sin acto motivado, es decir que la competencia para el retiro en estos eventos es reglada y no discrecional y comprende todos los empleados que lo ocupen, los que se encuentran en propiedad, que ingresaron por concurso de méritos (...) o los provisionales catalogados como temporales por el artículo primero de la ley 909 de 2004 designados en ejercicio de la facultad discrecional (...)” (fls. 21 a 47 Cuaderno pruebas 2)

- 1.9 Sentencia proferida el 26 de febrero de 2009, en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2006-148, a través de la cual el juzgado Quinto Administrativo de Bogotá, niega las pretensiones de la demanda **citando precedente del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo donde se señala que no es necesario la motivación en los actos de desvinculación de provisionales.** (fls. 48 a 63 Cuaderno pruebas 2)
- 1.10 Certificación expedida por la Jefe de Gestión de pagos de la entidad demandante indicando que el pago realizado al señor Rafael Enrique Herrera con orden de pago No. 5266 de 2010 se realizó el 29 de diciembre de 2010, a través de abono a la cuenta. (fl. 64 Cuaderno pruebas Mo. 2)
- 1.11 Resolución No. 21 de 15 de enero de 2004, a través de la cual se actualiza el manual específico de funciones y requisitos de los diferentes empleos de la planta global de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá. (fls. 67 a 71 Cuaderno pruebas No. 2)
- 1.12 Testimonio del señor Alfonso González Rodríguez quien expone sus generales de ley; refiere que conoce al demandado cuando se desempeñaba como Alcalde menor de la localidad y por eso tuvieron varias reuniones y desarrollaban distintas actividades en conjunto; que para finales del año 2005 al señor Germán Bermúdez lo nombraron Secretario de Tránsito y por eso lo invita a ser ASESOR de su despacho donde se manejaban trámites de chatarrización de vehículos, entre otros; que realizaron una gestión muy ardua sobre el proceso de la chatarrización dado que el secretario tenía preocupación por la Subsecretaría operativa porque la gestión no se adelantaba, siendo el subsecretario la persona que se declaró insubsistente; que las razones para declarar la insubsistencia era para el mejoramiento del servicio en el transporte y el cumplimiento de varios Decretos para llevar a cabo la transformación del sistema de transporte; que después de declarar la insubsistencia empezó a fluir el trabajo; señala que desconoce las razones jurídicas de por qué no se motivó el acto administrativo de insubsistencia (expediente digital No. 007)

- 1.13 Testimonio de Luis Alejandro Fernández Vargas quien manifiesta sus generales de ley; sostiene que trabajó con el demandado en el cargo de Subsecretario jurídico de la Secretaría de Movilidad; indica que tuvieron muchos inconvenientes con la Subsecretaría Operativa a cargo de Rafael Herrera, pues por ejemplo éste se ausentaba en reuniones importantes, que cuando se le pedía información no la suministraba, no realizaba registros adecuados respecto a taxis lo que desencadenaba tutelas contra la entidad pública; refiere que se presentaron denuncias penales para investigar los registros pero no se puso denuncia en materia disciplinaria; precisa que cualquier acto administrativo debía pasar por jurídica quien le hacía las recomendaciones respectivas; señala que se le dijo al señor Rafael Herrera que tuviera mayores controles (expediente digital No. 007)

2. Precisiones del caso.

Lo pretendido dentro del presente proceso es la declaratoria de responsabilidad del ex servidor público señor Justo Germán Bermúdez Gross, dado que presuntamente incurrió en culpa grave bajo las causales de i) violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho y ii) omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable, al expedir el acto administrativo declarado nulo en sentencia del 13 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sin motivación alguna.

El demandado sostiene que no existe prueba que demuestre el dolo o la culpa grave del exservidor público demandado, aunado a que dentro de las mismas altas cortes ha surgido diversas interpretaciones de la figura de provisionalidad, la cual continúa siendo objeto de estudio y controversia.

3. Cumplimiento de los requisitos para la procedibilidad de la acción de repetición.

Frente a este tema, la Sala procederá a analizar uno por uno los requisitos establecidos para la procedencia de la acción de repetición en el caso en concreto, teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, así:

3.1 La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena. Este requisito se encuentra cumplido, teniendo en cuenta que el señor Justo Germán Bermúdez fue quien expidió y firmó la Resolución No. 431 del 19 de julio de 2006, en calidad de Secretario de Despacho de la Secretaría de Tránsito de Bogotá, declarando insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Enrique Herrera del cargo de Asesor 105-05 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, acto administrativo que posteriormente fue declarado nulo, y en consecuencia de ello, condenada la entidad aquí demandante. (1.6)

3.2 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.

Este requisito se satisfizo, como quiera que dentro del proceso obra copia de sentencia del 13 de mayo de 2010 en segunda instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección “C” dentro del proceso de nulidad y

restablecimiento del derecho radicado No. 2006-148, a través de la cual se condenada a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá la reintegro y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por el señor Enrique Herrera (1.8)

3.3. El pago efectivo realizado por el Estado.

Frente a la condena impuesta a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá en sentencia antes referenciada, se encuentra las siguientes pruebas en el expediente respecto a su pago:

- i) Resolución No. 081 del 20 de diciembre de 2010 expedida por la entidad demandante a través de la cual se reconoce y ordena un pago en cumplimiento de una orden judicial por la suma de \$384.268.096 (1.2)
- ii) Certificado de disponibilidad presupuestal No. 1129 de 2010 a través del cual se señala que en el presupuesto de gastos e inversiones de la vigencia de 2010, existe aprobación disponible para atender las sentencias judiciales en cumplimiento del fallo proferido el 13 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el valor de \$ 500.317.192 (1.3)
- iii) Orden de pago No. 5266 del 27 de diciembre de 2010, teniendo como beneficiario al señor Rafael Enrique Herrera, dando cumplimiento al fallo del 13 de mayo de 2010 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2006-0148, por la suma de \$384.268.096. (1.4)
- iv) Certificación expedida por la Jefe de Gestión de pagos de la entidad demandada indicando que el pago realizado al señor Rafael Enrique Herrera con orden de pago No. 5266 de 2010 se realizó el 29 de diciembre de 2010, a través de abono a la cuenta.(1.10)

Así las cosas, se encuentra acreditado el pago efectivo por parte de la entidad pública al señor Enrique Herrera esto como consecuencia de las condenas impuestas judicialmente, es de advertir, que en algunas sentencias del Consejo de Estado se exigía para acreditar el pago efectivo, la copia del paz y salvo suscrito por el interesado, no obstante, en sentencias de esta misma corporación, ha encontrado acreditado el pago efectivo sin necesidad de este paz y salvo¹³, sino con otras pruebas que son válidas para acreditar este hecho, tal como ocurre en el presente caso.¹⁴

En este sentido, para esta Sala con las pruebas atrás referenciadas, se encuentra acreditado el pago, por lo tanto, se cumple con este requisito.

3.4 La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

En el caso en concreto, se encuentra probado que el día 19 de julio de 2006 el demandado Justo Germán Bermúdez Gross en calidad de Secretario de Despacho de la Secretaría de

¹³ Sección Tercera, sentencia del 12 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación: 68001233100020090036201 (54.394); Sección Tercera- Subsección "B" sentencia del 26 de junio de 2015, MP. Stella Conto Díaz del Castillo, rad. 21712; Sección Tercera-Subsección "B" sentencia del 31 de mayo de 2013, MP. Stella Conto Díaz del Castillo rad. 25051.

¹⁴ Consejo de Estado - Sección tercera- subsección "B", sentencia de fecha 29 de agosto de 2014, Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, Rad. 41125.

Tránsito de Bogotá, expidió la Resolución No. 431 a través de la cual declaró insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Enrique Herrera en el cargo de Asesor 105-05 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá (1.6) acto administrativo que fue declarado nulo por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en consecuencia, se ordenó a la aquí demandante reintegrar al señor Rafael Enrique Herrera, como también se le pagara los salarios y prestaciones dejadas de percibir. (1.8)

En este entendido, es claro que es procedente la aplicación de las presunciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, que para el caso en concreto, la parte demandante alega que el demandado incurrió en la causal de culpa grave por “la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho” y “omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable” dado que actuó en contravía de los postulados exigidos en el parágrafo 2ª del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a que debía motivar esta clase de actos administrativos.

Así las cosas, para efectos de establecer la culpa grave del ex funcionario demandado, es necesario establecer todos los presupuestos que se han dado en torno a la motivación de los actos administrativos que declaraban la insubsistencia de un cargo en provisionalidad.

Entonces, se tiene que en principio 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”¹⁵

Claro esta dicha línea aplicó para los actos administrativos expedidos en vigencia de la Ley 443 de 1998, en donde se podía disponer de los cargos en provisionalidad de forma discrecional, sin expresar las causales de retiro, es decir, no requería ser motivado.¹⁶

Posteriormente, se expidió 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” la cual contempló en su artículo 41, parágrafo 2º, 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.

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005¹⁷, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley anterior y el Decreto Ley 1567 de 1998, previó en sus artículos 9 y 10 que “De acuerdo

¹⁵ 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.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010) y radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

¹⁷ El Decreto 1083 de 2015 lo derogó.

con lo establecido en la Ley 909 de 2004, **en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera**, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron” y “**Antes de cumplirse el término de duración del encargo**, de la prórroga o del nombramiento provisional, **el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados**”.

Es decir, a partir de la expedición de esta reglamentación se impuso la carga o deber de los funcionarios de motivar los actos de insubsistencia respecto a los empleados provisionales que se encontraban ocupando un cargo de carrera administrativa.

No obstante, esta interpretación no fue tan clara pues 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 2010¹⁸, 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 Administrativo¹⁹ 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 de la Ley 909 de 2004 por existir disposición expresa, existía la obligación de motivar el acto administrativo**²⁰

En igual sentido, y en una acción de repetición se pronunció este alto Tribunal, así:

“ 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**

¹⁸ 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)

¹⁹ 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.

²⁰ 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)

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 acto²¹ y finalmente en sentencia del 23 de septiembre de 2010, esa sección unificó su criterio y señaló que el acto de desvinculación siempre debía motivarse²² 23** negrilla fuera de texto.

En este sentido, para la fecha de expedición del acto administrativo No. 431 de 19 de julio de 2006 por medio de la cual el aquí demandado declaró insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Enrique Herrera del cargo de Asesor 105-05 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá el cual se encontraba en provisionalidad ²⁴(1.6) y por el cual fue condenada la entidad hoy demandante, no existía línea consolidada de que estos actos administrativos debían motivarse, pues solo hasta el 2010 se aclaró dicha situación, como se expuso anteriormente.

Esta situación la corrobora las siguientes situaciones fácticas demostradas dentro del expediente:

- i) El mismo acto administrativo que fue anulado por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Resolución No. 431 del 19 de julio de 2006) citaba precedente del Consejo de Estado relacionado con la facultad discrecional del retiro de los provisionales (1.6)
- ii) La sentencia proferida el 26 de febrero de 2009, en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2006-148, donde se niegan las pretensiones de la demanda, cita precedente del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo donde se señala que no es necesario la motivación en los actos de desvinculación de provisionales.(1.9)
- iii) La sentencia proferida el 13 de mayo de 2010 en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección “C” dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2006-148, en donde se accedieron a las pretensiones de la demanda, dentro de su parte motiva cita que la Sala ha preservado la línea jurisprudencial fijada en providencias del Consejo de Estado en el sentido de que los actos que declaran insubsistente a un provisional no requieren de aquella motivación expresa como presupuesto de legalidad, **no obstante**, en la referida sentencia cambia esta posición asumida en providencias precedentes conforme al criterio adoptado en ese mismo año por esa Sala en sentencia proferida dentro del expediente 2006- 0062. (1.8)

²¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, Rad. 0319-08 [fundamento jurídico párrs. 93 a 109].

²² Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 23 de septiembre de 2010, Rad. 0883-08 [fundamentos jurídicos II y III].

²³ 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)

²⁴ cargo que si bien en principio fue de libre nombramiento y remoción, posteriormente se convirtió en carrera y por ende, el señor Rafael Enrique Herrera pasó a ser provisional.(1.6)

Así las Cosas, para esta Sala el demandado Justo Germán Bermúdez no incurrió en culpa grave por “ la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho” y “omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable” al expedir el acto administrativo No. 431 de 19 de julio de 2006, pues para esa fecha, no existía línea consolidada por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto a que los actos de insubsistencia de provisionales proferidos después de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 debían motivarse, siendo por tanto, excusable el comportamiento del demandado al momento de expedir el acto administrativo, además, 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 está soportada jurídicamente²⁵. ”²⁶

Ahora, no es de recibo el argumento del Ministerio Público respecto a que carece de relevancia determinar si para el momento de la expedición del acto de insubsistencia existía disparidad de criterios interpretativos respecto a la motivación de actos administrativo ya que la exigencia de motivación provenía directamente de una sentencia de tutela, esto como quiera, que la providencia que condenó a la entidad aquí demandante proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección “C” dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2006-148 (1.8) , no declaró la nulidad por dicha razón, sino el tema obedeció a la discusión de fondo si se debía o no motivar el acto administrativo, y no porque no se hubiera cumplido la orden del Juez de tutela, pues contrario a ello, se demuestra que el demandado reemplazó la resolución No. Resolución No. 295 de 2006 (1.7) por la Resolución No. 431 del 19 de julio de 2006 (1.6) dando en principio cumplimiento al fallo de tutela, además se desconoce si este cumplimiento fue o no objeto de incidente de desacato.

En este orden de ideas, se negaran las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto anteriormente.

4. Costas Procesales.

Por no existir temeridad manifiesta de la parte vencida, la Sala se abstiene de condenar en costas, 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,

FALLA

²⁵ 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].

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: 20001-23-31-000-2011-00513-01(50695).

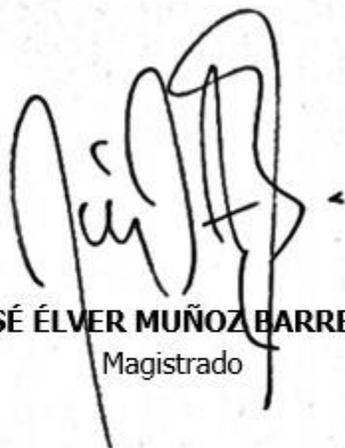
PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de “ falta de señalamiento del hecho generador de culpa grave o dolo al momento de iniciar la acción de repetición” conforme a lo expuesto anteriormente.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: No se condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría liquidar los gastos del proceso y devolver los remanentes al interesado. Pasados 2 años sin que hubieran sido reclamados dichos remanentes, se considerarán prescritos a favor de la Rama Judicial.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado