



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, veintinueve (29) de abril de dos mil dieciséis (2016).-

Referencia: Acción de Repetición
Radicado: 15 001 33 33 0006 2013 000 88 00
Demandante: E.S.E. Centro de Salud de Jenesano
Demandado: Olga Lucia Ortiz Martínez

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- **DEMANDANTE:** E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, representada legalmente por Diana Paola Corredor Pamplona (f. 1).
- **DEMANDADO:** Olga Lucia Ortiz Martínez c.c. 63.362.140

OBJETO:

➤ **DECLARACIONES:**

La parte actora solicita que se declare civil y administrativamente responsable a la señora Olga Lucia Ortiz Martínez en su calidad de ex gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, por haber actuado dolosamente o con culpa grave, al expedir la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006 a través de la cual se dispuso el retiro del servicio activo de la señora Diana Esperanza Ibáñez del cargo de auxiliar de enfermería, conducta que dio origen al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2007-0022, en el cual el Tribunal Administrativo de Boyacá en segunda instancia impuso una condena en contra de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

Como consecuencia de la anterior declaración solicita que se condene a la señora Olga Lucia Ortiz Martínez a pagar a favor de la E.S.E. Centro de Salud de la suma de cuarenta y siete millones ciento treinta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y ocho pesos m/cte (\$47.134.458,00).

Así mismo solicita que la condena impuesta sea actualizada de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y que se condene en costas a la parte demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FÁCTICOS:

Dentro del escrito demandatorio se extrae como sustento de las pretensiones, los siguientes hechos relevantes:

Señala que el Tribunal Administrativo de Boyacá emitió fallo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2007-0022, en el cual declaró la nulidad parcial del Acuerdo No. 008 del 23 de agosto de 2006, expedido por la Junta Directiva de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, por medio de la cual se modificó la planta de personal y se suprimió el cargo de la señora Diana Esperanza Ibáñez como auxiliar de enfermería; así mismo, declaró la nulidad de la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006 expedida por la señora Olga Lucia Ortiz Martínez entonces gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, a través de la cual se dispuso retirar del servicio a la señora Diana Esperanza Ibáñez.

Agrega que a título de restablecimiento del derecho dicha Corporación dispuso que la entidad accionada debía reintegrar a la señora Diana Esperanza Ibáñez a un cargo de igual o superior jerarquía, así como a pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir; agrega que dando cumplimiento a la condena impuesta la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano canceló la suma de cuarenta y siete millones ciento treinta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y ocho pesos m/cte (\$47.134.458,00).

➤ JURÍDICOS:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:

Artículos 1 y 90.

NORMAS DE RANGO LEGAL:

Artículos 63 del código civil.

Artículos 71 y 72 de la Ley 270 de 1996.

Artículos 31, 39 y 43 de la Ley 446 de 1998.

Artículo 86 Código Contencioso Administrativo.

Ley 678 de 2001.

Artículos 3, 4 y 19 del Decreto 1716 de 2009.

Ley 1285 de 2009.

Ley 1395 de 2010.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Manifiesta la apoderada de la parte actora, que de conformidad con lo establecido en el Art. 90 de la Constitución política, el Estado podrá repetir en contra de los servidores públicos o particulares que con su conducta dolosa o gravemente culposa den lugar a una condena patrimonial en contra de la administración; agrega que la acción de repetición se encuentra regulada en el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, con la cual se busca que el Estado pueda recuperar los bienes o dineros que haya pagado con consecuencia de la conducta irregular de uno de sus agentes, garantizando de esta manera los principios de moralidad y eficiencia a de la función pública.

Después de hacer referencia a lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, concluye señalando que en el presente caso se encuentran acreditados los requisitos legales exigidos para repetir en contra de la funcionaria, toda vez que la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano se vio obligada a cancelar los perjuicios causados a favor de un tercero como consecuencia de la conducta dolosa y gravemente culposa de la ex gerente de dicha entidad, quien no actuó con la debida diligencia, cuidado, precaución ni previsión.

Finalmente señala que en el presente caso no se ha configurado la caducidad de la acción, toda vez que la misma fue presentada dentro del término de 2 años a los que hace referencia el artículo 11 de la Ley 678 de 2001, teniendo en cuenta que el último pago de la condena impuesta fue registrado el 30 de marzo de 2012.

1.1.3. OPOSICIÓN:

El curador ad-litem de la señora Olga Lucia Ortiz contestó la demanda en los siguientes términos (f. 230-231).

Se opone a las pretensiones de la demanda al considerar que en el presente caso no se estructuran los elementos necesarios para declarar la responsabilidad de la demandada, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la constitución política, es necesario demostrar la conducta dolosa o gravemente culposa del agente.

Propone como excepción la siguiente:

Improcedencia de la acción de repetición: Indica que de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la C.P. y la Ley 678 de 2001, es necesario demostrar la culpa grave o la conducta dolosa del agente, toda vez que las actuaciones de la aquí demanda están revestidas del principio de buena fe y no cualquier clase de culpa permite declarar su responsabilidad en los hechos que permitieron imponer la condena a la parte actora.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1. E.S.E. Centro de Salud de Jenesano (f. 261-268)

Después de hacer referencia a los fundamentos jurídicos de la acción de repetición, señala que de conformidad con el material probatorio allegado al plenario, se encuentra en el presente caso acreditados los presupuestos para declarar la responsabilidad de los daños reclamados a la demandada.

Indica que para el momento de los hechos la señora Olga Lucia Ortiz Martínez se desempeñaba gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano y que como consecuencia de su actuación irregular, la parte actora se vio obligada a cancelar a favor de la señora Diana Esperanza Ibáñez la suma de \$ 47.134.358; agrega que de conformidad con lo señalado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2007-0022 la actuación de la demandada resultó ser determinante para derivar la responsabilidad de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

Sostiene que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el régimen de imputación aplicable en los casos en los que se busca determinar la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes del Estado, es necesario demostrar su acción dolosa o gravemente culposa en la conducta de la cual se deriva la responsabilidad de la administración, situación que quedó debidamente acreditado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento adelantado en contra de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

2.2. Curador ad litem de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez (f. 269-270)

Afirma que en el presente caso no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que la parte actora no demostró todos los elementos que permitan establecer la responsabilidad de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez en la condena impuesta a la parte actora.

Indica que la actuación de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, no se encuentra revestida de dolo o culpa grave y que si bien es cierto fue la encargada de proferir el acto administrativo que posteriormente devino en la condena a la entidad demandante, también lo es que dicha actuación fue realizada en cumplimiento de un deber legal, pues ésta dio estricto cumplimiento a las órdenes impartidas por la junta directiva de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

Finalmente sostiene que la demandada no se extralimitó en el cumplimiento de sus funciones, pues ésta no podía contrariar lo aprobado por el órgano superior o incluso omitir su cumplimiento, pues tal circunstancia podría ser considerada como falta grave y encuadraría en la comisión del punible de prevaricato por omisión.

• Concepto Ministerio Público (f. 271-281)

La Procuraduría 177 Judicial I para Asuntos Administrativos delegada ante este Despacho emitió concepto en los siguientes términos.

Después de hacer referencia a los hechos de la demanda así como a las pretensiones de la misma, señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, cuando el Estado es condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos causados por un servidor público que obra con dolo o culpa grave, éste debe repetir en contra del funcionario para salvaguardar los intereses generales que se ven afectados.

Indica que de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-695 de 2000, y el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición es autónoma y tiene el carácter eminentemente patrimonial y resarcitoria, toda vez que su ejercicio tiene como finalidad la persecución del patrimonio del funcionario o exfuncionario cuando con su actuación dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a la condena impuesta en contra de la administración.

Señala que la administración para sacar adelante sus pretensiones debe demostrar *“la existencia de una condena en contra de la administración, el grado de la misma por la entidad pública, y que la condena sea consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un agente del Estado, lo que implica necesariamente que contra quien se repita haya tenido o tenga la calidad de servidor público al momento en que se produjo el daño o acto que llevo a la afectación del erario por la citada condena...”* (f. 276).

Afirma que en el presente caso la entidad demandante demostró que la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, desempeñó al momento de los hechos el cargo de gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano; así mismo se encuentra acreditado que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 008 del 23 de agosto y de la Resolución No. 032 de septiembre de 2006, la entidad aquí demandante fue condenada al pago de la suma de \$ 47.134.458; igualmente el pago de la condena impuesta fue cancelado de conformidad con el comprobante de egreso No. 083 del 30 de marzo de 2013.

Finalmente respecto al último requisito, esto es la actuación dolosa o gravemente culposa del agente o ex agente público, manifestó que de acuerdo con la forma como se desarrollaron los hechos que dieron lugar a la condena impuesta a la administración, se logra advertir que la señora Olga Lucia Ortiz Martínez actuó de manera dolosa al expedir la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, toda vez al terminar la desvinculación de la señora Diana Esperanza Ibáñez como auxiliar de enfermería, no lo hizo con la finalidad que pretendía el estudio técnico, el cual era racionalizar el gasto de recursos humanos, y el cual sería el soporte en la discrecionalidad de la administración para efectuar la reestructuración, no obstante se logró demostrar que el retiro tuvo un fin distinto y ajeno al interés general y al mejoramiento del servicio de la entidad de salud, pues las funciones por la entonces demandante no fueron realmente suprimidas dado que a relación laboral se mantuvo, por la prestación del servicio de auxiliar de enfermería de varios funcionarios que posteriormente fueron vinculados por parte de la ex gerente; **razón por la cual solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, como quiera que en el presente caso se configuran los**

presupuestos para repetir en contra de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, en su condición de exfuncionaria de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

El problema jurídico se centra en establecer si la señora Olga Lucía Ortiz Martínez, en su calidad de gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano actuó con dolo o culpa grave al expedir la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, mediante la cual se dispuso la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora Diana Esperanza Ibáñez como auxiliar de enfermería en dicho centro.

Tesis de la parte demandante: Considera la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano que la señora Olga Lucía Ortiz Martínez es responsable por la expedición de la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, a través de la cual se dispuso el retiro del servicio de la señora Diana Esperanza Ibáñez como auxiliar de enfermería, situación que derivó en la condena impuesta por parte del Tribunal Administrativo de Boyacá en contra de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano; agrega que de la sentencia condenatoria se deduce el actuar doloso o gravemente culposo de la ex funcionaria, que generó la sanción impuesta, razón por la cual es procedente su declaratoria de responsabilidad por los perjuicios que aquí se reclaman.

Tesis de la parte demandada: Considera que si bien en el presente caso a pesar que se encuentra acreditado que la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, expidió la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, de la cual devino la condena impuesta a la parte actora, también lo es que dicha actuación se dio como consecuencia del cumplimiento de un deber legal, como quiera que ésta solo acató las órdenes impartidas por el órgano superior como lo es la junta directiva de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano; agrega que en el presente caso no se demostró el actuar doloso o gravemente culposo de la demandada, elemento indispensable para declarar su responsabilidad en la condena impuesta.

Tesis del Ministerio Público: Afirma que de acuerdo con el material probatorio allegado se logra establecer, que la aquí demandada ejerció el cargo de ex gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, así mismo se acreditó la existencia de una condena impuesta en contra de la aquí demandante y el pago de la misma; frente al elemento subjetivo, esto es la acción dolosa o culposa de la exfuncionaria, precisó que de acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la Resolución No. 032 de 2000, se encontraba incurso dentro de la causal de nulidad denominada desviación de poder, toda vez que con la desvinculación de la señora Diana Esperanza Ibáñez, no se buscó el interés general así como tampoco se pretendía mejorar la prestación del servicio, situación que de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2006; exp. 30113, permite establecer que la actuación de la aquí demandada encaja dentro de los presupuestos para ser declarada como dolosa, razón por la cual se deben acceder a las pretensiones de la demanda.

El Despacho sostendrá: En lo que tiene que ver con las conductas desplegadas por lo ex funcionaria demandada, es necesario señalar que bajo la salvaguardia

de los artículos 90 Constitucional y la normatividad vigente al momento de los hechos, corresponde al demandante probar la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario que dio lugar a la condena, normas que siguiendo el principio generalmente aceptado en materia probatoria, dispone que incumbe a cada una de las partes probar los supuestos de hecho que alega. Carga ésta que no fue cumplida por la entidad demandante, pues la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano si bien demostró que fue condenado dentro del proceso No. 2007-0022, como consecuencia de la declaratoria de nulidad parcial del acuerdo No. 008 del 23 de agosto de 2006 y la nulidad de la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá no se logra deducir que la actuación desplegada por la demandada le sea atribuible a título de dolo o culpa grave, toda vez que de conformidad con el material probatorio allegado se logra establecer que su actuación se dio dando cumplimiento a la reestructuración de la planta de personal aprobada por la junta directiva de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano mediante el referido acuerdo.

3. PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- ✓ Acuerdo Municipal No. 003 del 17 de marzo de 2003, por medio de la cual se Transforma la Unidad Administrativa Especial Centro de Salud de Jenesano del Municipio de Jenesano en una Empresa Social del Estado Centro de Salud del Orden Municipal (f. 14-20)
- ✓ Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, por medio de la cual se termina el nombramiento en provisionalidad como auxiliar de enfermería, en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Jenesano (f. 27-28)
- ✓ Copia auténtica del fallo de primera instancia proferido el 17 de junio de 2010, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Tunja (f. 29-47)
- ✓ Copia auténtica del fallo de segunda instancia proferido el 14 de diciembre de 2011, por el Tribunal Administrativo de Boyacá (f. 48-76).
- ✓ Resolución No. 043 del 30 de marzo de 2012, por medio de la cual se da cumplimiento a un pago ordenado en un fallo de tutela por la suma de \$47.134.458 (f. 78-79).
- ✓ Orden de pago No. 083 del 30 de marzo de 2012, expedida por la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano a favor de la señora Diana Esperanza Ibañez, por la suma de \$ 47.134.4587,00 correspondiente al pago de fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Descongestión del 14 de diciembre de 2011, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2007-00022-01 adelantada por Diana Esperanza Ibañez contra la aquí demandante, según Resolución de pago No. 043 del 30 de marzo de 2012 (f. 85).
- ✓ Decreto No. 31 del 27 de julio de 2006, a través de la cual se hace el nombramiento de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez como gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano (f. 88-90).
- ✓ Acta de posesión No. 060 suscrita por la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, para ocupar el cargo de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano (f. 91).

- ✓ Certificado suscrito por el presidente de la junta directiva de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, en el cual señala que la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, se desempeñó en el cargo de gerente de dicha entidad desde el 3 de enero de 2006 hasta el 13 de mayo de 2008 (f. 93).
- ✓ Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2007-002, instaurado por la señora Diana Esperanza Ibáñez en contra de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, correspondiente a 2 cuadernos con 210, 312 y 1 anexo.

3.1. PREMISAS JURÍDICAS.

En el presente caso la parte actora en ejercicio de la acción de repetición, solicita que se declare civil y extracontractualmente responsable a la señora Olga Lucia Ortiz Martínez en su condición de ex gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, por haber expedido la Resolución No. 032 del 26 de septiembre de 2006, a través de la cual se dio por terminado un nombramiento en provisionalidad como auxiliar de enfermería, lo cual generó la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Boyacá, quien determinó que la referida Resolución adolecía de las causales de nulidad de desviación de poder y falsa motivación, razón por la cual condenó a la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano al pago de la suma de \$47.134.458 M/cte a favor de la señora Diana Esperanza Ibañez.

Al respecto el artículo 90 de la Carta Política, establece la facultad del Estado de repetir en contra del agente que con su acción u omisión dolosa o gravemente culposa hayan causado daños antijurídicos, de los cuales la administración se haya visto obligada a resarcir, al respecto dicha disposición establece:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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, aquél deberá repetir contra éste.”

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos y la posibilidad del Estado de repetir en contra de estos, establece:

“ARTÍCULO 77. 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.” (Negrilla y subraya fuera del texto)

Así mismo, el artículo 78 ibidem, señala:

ARTÍCULO 78. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere. (Negrilla y subraya fuera del texto)

Por otro lado, la Ley 678 del 3 de agosto 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”, establece:

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

No obstante, en los términos de esta ley, **el servidor o ex servidor público** o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición. Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002

(...)

PARÁGRAFO 2º. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la **conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.” (Negrilla y subraya fuera del texto)**

De acuerdo con lo anterior la Entidad que ha sido condenada judicialmente como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus funcionarios o ex funcionarios, o incluso por un particular que ejerza funciones públicas, podrá a través la acción de repetición solicitar el reintegro de las sumas que hubiere cancelado proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; no obstante para que la misma sea procedente, es

necesario que se acrediten unos requisitos mínimos; como lo es la calidad del funcionario que cometió la conducta por la cual fue sancionada la administración, la existencia de la condena judicial, conciliación transacción o cualquier otra forma de terminación que de por concluido el conflicto, el pago de la misma y que la conducta del agente sea catalogada como dolosa o gravemente culposa; al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 26 de febrero de 2014; M.P. Jaime Orlando Santofinió Gamboa; expediente 48384, al momento de establecer los requisitos que la entidad demandante debe acreditar para sacar adelante sus pretensiones, señaló:

“La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias¹ los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición².

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

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 conciliación³, 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 conflicto⁴.

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, a través de una prueba que, en caso de ser documental,

generalmente5 suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario

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. (Negrilla y subraya fuera del texto).

Así las cosa, el Despacho procederá a analizar sí en el presente caso hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, teniendo en cuenta sí de acuerdo al material probatorio allegado al plenario se cumplieron los requisitos exigidos para que prosperen las pretensiones en la acción de repetición ejercida por la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

• **Calidad de Servidor o Ex Servidor Público**

Es preciso determinar si la conducta de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez en calidad de gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano resultó ser determinante en la condena impuesta a la entidad demandante, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, a través de la cual se dispuso la supresión del cargo de la señora Diana Esperanza Ibañez.

Al respecto advierte el Despacho, que la calidad de gerente desempeñado por la señora Olga Lucia Ortiz Martínez se encuentra debidamente acreditado en el plenario; al respecto a folio 88 obra copia del Decreto No. 31 del 27 de julio de 2006, a través de la cual dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Nómbrase a la Doctora Olga Lucia Ortiz Martínez, mayor de edad identificada con cedula de ciudadanía NO. 63.362.140 expedida en Bucaramanga, de profesión Médico Cirujano General, para desempeñar el cargo de Gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano (BOY), por un periodo fijo de tres (3) años, a partir del veintisiete (27) de julio de 2006.”

Así mismo, a folio 37 reposa el acta de posesión No. 060 del 27 de julio de 2006, suscrita por la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, para desempeñar el cargo de Gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

De igual forma el presidente de la junta directiva de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, mediante certificación expedida el 22 de agosto de 2012, señaló:

“Que, revisados los libros de acta de posesión que se llevan en la alcaldía, se verifico que la doctora Olga Lucia Ortiz Martínez, identificada con la

C.C. NO. 63.362.140 expedida en Bucaramanga laboro como gerente de la ESE centro de Salud de Jenesano desde el día tres de enero de dos mil seis (2006) hasta el día trece (13) de mayo de dos mil ocho (2008). (f. 93)

Así las cosas, el Despacho encuentra que la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, ocupó el cargo de gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, así mismo fue la persona encargada de expedir la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, a través de la cual se dispuso dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Diana Esperanza Ibañez, como auxiliar de enfermería; acto administrativo que posterior devino en la condena a la entidad demandante por las sumas aquí reclamadas; por lo tanto se encuentra acreditado el primer requisito para estudiar la acción de repetición.

- **La Condena Impuesta a la la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano**

Para acreditar el segundo requisito, esto es, *"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 E.S.E. Centro de Salud de Jenesano allegó copia autentica de la primera y segunda instancia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2007-0022 adelantado por la señora Diana Esperanza Ibañez (f. 29-77 cuaderno principal); así mismo, fue allegado la totalidad del expediente antes mencionado, donde se corrobora la totalidad de los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para declarar la condena impuesta en contra de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano (2 cuadernos y 1 anexo).

De la documentación antes referida se observa que el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 14 de diciembre de 2011, revocó la sentencia de primera instancia proferido por este Despacho y en su lugar dispuso:

"SEGUNDO.- *Decrétese la nulidad parcial del acuerdo No. 008 del 23 de agosto de 2006, expedido por la Junta directiva de la Empresa social del estado centro de salud de Jenesano, por medio del cual se modificó la planta de cargos para suprimir el empleo de la demandante.*

TERCERO.- *Decrétese la nulidad de la resolución No. 032 de septiembre 29 de 2006, expedida por la gerente de la E.S.E., por medio de la cual se retira del servicio a la demandante del cargo de auxiliar de enfermería.*

CUARTO.- *Condénese a la entidad demandada a reincorporar a la señora Diana Esperanza Ibañez, sin solución de continuidad para todos los efectos legales y en condición de provisionalidad, al mismo cargo que ocupaba al momento del retiro del servicio o a uno similar o equivalente teniendo en cuenta lo señalado en la parte motiva de esta providencia. El reintegro al cargo deberá serlo en provisionalidad, y el mismo no podrá exceder de 6 meses, con la posibilidad de prórroga en los términos señalados en el párrafo transitorio del art. 8 del decreto 1227 de 2005.*

QUINTO.- *Ordénese a la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Jenesano, a cancelar a la actora los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir desde el 1º de octubre de 2006 hasta la fecha*

en que produzca su reintegro efectivo al cargo en las condiciones descritas en la parte motiva de esta providencia, el cálculo de los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 C.C.A. utilizando la siguiente formula...” (f. 73-74 cuaderno principal).

Así mismo de la Resolución No. 043 del 30 de marzo de 2012, por medio de la cual se da cumplimiento a un pago ordenado en un fallo judicial, se logra establecer:

*“que la señora Diana Esperanza Ibañez, demandante dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No.150013133004200700022-01, manifiesta que renuncia al cargo de auxiliar de enfermería en provisionalidad. **Que las partes llegaron a un acuerdo económico por la suma de \$47.134.458, a favor de la demandante que integra el valor correspondiente a salarios y prestaciones sociales en cumplimiento al fallo expuesto”** (f. 78-79) (Negrilla fuera del texto)*

Así las cosas, la accionante cumplió a cabalidad con el segundo requisito exigido para la prosperidad de la acción de repetición; esto es, acreditar la existencia de una condena judicial y el monto acordado para el pago de la misma, el cual resulta ser concordante con la suma reclamada por la parte actora.

- **El Pago de la Condena**

Ahora bien, en cuanto al tercer requisito exigido; esto es, acreditar el pago total y efectivo por parte del Estado, la entidad demandante allegó copia de la certificación de disponibilidad presupuestal No. 102 del 31 de diciembre de 2012, expedido por la tesorera de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, en el cual se establece la suma de \$ 47.134.458 del rubro presupuestal de conciliación y sentencias judiciales (f. 83); así mismo, a través de la Resolución No. 43 del 30 de marzo de 2012, se dispuso el pago ordenando en un fallo judicial estableciéndose en su numeral primero:

“ordénese el pago de la suma de \$47.134.458, dando cumplimiento a lo ordenado por parte del Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Descongestión en el fallo del 14 de diciembre de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

Parágrafo primero: El pago del valor total, es decir, la suma de \$ 47.134.458, la efectuará la ESE en un solo pago de contado, de acuerdo con lo establecido por las partes.” (f. 79).(Negrilla y subraya fuera del texto)

Así mismo, a folio 85 obra orden de pago No. 083 del 30 de marzo de 2012, por el valor de \$ 47.134.458,00, expedido por la Empresa Social de Estado Centro de Salud Jenesano a favor de la señora Diana Esperanza Ibañez, por concepto de pago de fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala de Descongestión del 14 de diciembre de 2011, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2007-00022, según Resolución de pago No. 043 del 30 de marzo de 2012, en el cual se advierte la firma de recibido por parte de la entonces demandante.

De acuerdo con lo anterior, para el Despacho queda demostrado que la Entidad demandante acreditó debidamente el tercer requisito exigido, correspondiente a la cancelación total de la obligación que fue previamente adquirida por la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, para el pago de la condena impuesta, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, a través de la cual se dispuso dar por terminada la vinculación de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez.

- **Dolo o Culpa Grave del Ex Servidor Público**

Finalmente, respecto al requisito consistente de *“cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa”* es preciso traer a colación lo establecido por la Ley 678 de 2001, la cual establece:

“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.” (Negrilla fuera del texto)*

Por su parte el artículo 6 de ibídem; señala:

“ARTÍCULO 6°. 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.” (Negrilla fuera del texto)*

De acuerdo con lo anterior es claro que no todas las conductas descuidadas de las personas pueden tratarse de la misma manera, por esta razón se encuentran moduladas, atendiendo dicha circunstancia en mayor o menor medida serán las actuaciones que deba adelantar el individuo para demostrar su actuación eficiente y diligente; así las cosas, la culpa grave del agente se determinará cuando éste haya actuado con el máximo de imprudencia o negligencia, es decir cuándo no observa “el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría”.

Ahora bien, el actuar doloso o gravemente culposo del funcionario público contra el cual se dirige la acción de repetición debe estar debidamente acreditado, pues no basta cualquier error para que la administración pueda repetir en contra de éste por los eventuales perjuicios que en el ejercicio de sus funciones haya causado; así mismo, para determinar la responsabilidad del demandado es necesario acudir, a principios como la buena fe y la mala fe; al respecto el Consejo de Estado, ha manifestado:

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

(...)

Se trata entonces de analizar si las actuaciones del servidor que dieron lugar a la condena en contra del Estado, tuvieron la intención de dañar y cuando esta última no se encuentra demostrada, si se cuenta con elementos que permitan calificar la conducta como una falta de diligencia extrema equivalente a la señalada intención. Es decir, al margen de la legalidad o ilegalidad de la actuación, se habrá de determinar si la

conducta del servidor se sujetó a los estándares de corrección¹ o si por el contrario los desbordó hasta descender a niveles que no se esperarían ni siquiera del manejo que las personas negligentes emplean en sus propios negocios; de manera que la conducta del servidor, no encuentre justificación. (Negrillas del Despacho)

En un pronunciamiento más reciente dicha Corporación señaló:

“Así, dijo¹¹ que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política¹² y en la ley.

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

*Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.”²*

Teniendo en cuenta las anteriores presiones, le corresponde al Despacho analizar el material probatorio allegado, a efectos de establecer si en el presente caso se

¹ JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de la Buena Fe*. Bosch, Casa Editorial Barcelona. 965 Pg. 57 “Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legítimamente. Refiriéndose a la conducta del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que se deriva su derecho, según los casos. En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las mas diversas (...)”.

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 26 de febrero de 2014; Radicación número: 48384.

encuentra acreditada la actuación dolosa o gravemente culposa de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez.

En el presente caso el Despacho observa que la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, en su calidad de gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, expidió la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, por medio de la cual se dio terminado el nombramiento en provisionalidad como auxiliar de enfermería de la señora Diana Esperanza Ibáñez (f. 27-28).

No obstante y como quiera que la señora Diana Esperanza Ibáñez, consideró que dicha determinación no se encontraba ajustada al ordenamiento jurídico, a través de apoderado instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el No. 2007-022, la cual culminó con providencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el día 14 de diciembre de 2011, quien dentro de sus argumentos empleados para declarar la nulidad de la referida resolución señaló:

“En el decurso de la providencia, ha quedado establecido que mediante Resolución N° 032 de septiembre 29 de 2006, la Gerente de la E.S.E., dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de Diana Esperanza Ibáñez, como Auxiliar de Enfermería a partir del 1° de octubre de 2006; seguidamente mediante Resolución N°033³ de la misma fecha, la Gerente realizó el nombramiento en provisionalidad de la Auxiliar de Enfermería Claudia Isabel Rincón López, en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Jenesano a partir del 1° de Octubre de 2006, quien tomó posesión del cargo según el Acta calendada del 2 de octubre del mismo año⁴.

Ahora bien, según las documentales militantes al plenario y vistas a folios 78-96⁵, se observa la relación del pago de nómina de los empleados de la ESE Centro de Salud de Jenesano desde el mes octubre de 2006 hasta el mes de abril de 2008, donde se constata que Claudia Isabel Rincón López, ha venido recibiendo remuneración mensual, constante y permanente por desempeñarse en el cargo de Auxiliar de Enfermería de la entidad.

(...)

*Así mismo, en idéntica fecha en la que la Gerente decide dar por terminado el nombramiento de la demandante, realizó el nombramiento en provisionalidad de la Auxiliar de Enfermería Claudia Isabel Rincón López, en la planta de personal de la Empresa Social del Estado, de manera que las funciones que cumplía la funcionaria desvinculada, **no fueron realmente suprimidas dado que la relación laboral se mantuvo, dejando de lado que la facultad discrecional de la Administración, debe estar precedida de verdaderos estudios técnicos, para que la motivación del acto ostente el soporte necesario...***

(...)

³ Fols. 112-113 Cdno. Ppal

⁴ Fol. 114 Cdno. Ppal.

⁵ Cdno. de Anexos.

*Ahora bien, conforme el anterior criterio jurisprudencial y los razonamientos esbozados asimismo por el Consejo de Estado⁶, donde ha previsto las requerimientos mínimos de los estudios técnicos y las consecuencias que acarrearán las incoherencias o deficiencias en las que se incurra, **siendo evidente en el caso su sub exámine la falsa motivación y la desviación de poder que se endilga a los actos acusados, al quedar demostrado que el estudio técnico realizado por la E.S.E., no reunió los requisitos previstos en la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios, y en estas condiciones se configuran las causales de nulidad de falsa motivación y desviación de poder, por lo que resulta inminente declarar la nulidad parcial del Acuerdo N°0083 del 23 de agosto de 2006 y la nulidad de la Resolución N°032 del 29 de septiembre de 2006, toda vez que los mismos fueron expedidos irregularmente. (f. 48-75).***

De acuerdo con lo anterior es claro para el Despacho que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, el cual devino en la condena impuesta a la administración cuya responsabilidad se le imputa a la aquí demandada fue declarado nulo por encontrarse incurso en las causales de desviación de poder y falsa motivación; no obstante lo anterior es preciso señalar que dicha circunstancia por sí sola no tiene la connotación de permitir aducir ipso facto la responsabilidad del daño a la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, quien fue la funcionaria encargada de expedir el acto entonces demandado, pues es necesario que en esta instancia se encuentren acreditados los elementos facticos que permitan establecer con claridad que el daño alegado le es atribuible al título de dolo o culpa grave.

Así las cosas, el Despacho no está obligado a adoptar el criterio fijado por la Corporación que declaró la nulidad del acto administrativo que generó la condena de la entidad aquí demandada, toda vez que en su oportunidad se estudió la legalidad del acto administrativo y al establecerse la existencia de vicios en su expedición se decretó su nulidad; sin embargo en el proceso de repetición, se busca determinar la intención con la que actuó el funcionario encargado de su expedición, siendo necesario acreditar la conducta dolosa o gravante culposa de la aquí demandada; al respecto el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción al referirse al tema en comento, señaló:

“En tal virtud, cuando el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en alguna de las hipótesis consignadas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678, el legislador previó una serie de “presunciones legales” como mecanismos procesales enderezados a tornar efectiva la acción de repetición prevista en la Constitución.

Ahora, su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el

⁶ Consejo de Estado, C.P Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sent. 12/08/ 2010. expediente No. 05001233100020010159801, Actor: Carlos Albeiro Posada Arango

juez –en estos casos- está autorizado y es su obligación realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.

En tal virtud, el hecho de que el legislador suponga en estos eventos la responsabilidad civil del agente estatal, ello no impide que esta presunción pueda ser destruida con la presentación de pruebas de descargo que desvirtúen las presunciones de la ley.

De otra parte, también conviene señalar que la previsión en los citados artículos 5° y 6° de la Ley 678 no entraña que las allí consignadas sean las únicas por las cuales puedan calificarse de conductas dolosas o gravemente culposas.

De suerte que, el juez de la acción de repetición podrá deducir otras conductas que puedan calificarse como tales al apreciar otros comportamientos del agente estatal que no encuadren en ninguno de los dos preceptos o que no hayan sido mencionadas en ellos. En otras palabras, la relación de hipótesis allí consignadas en modo alguno limita o reduce el ámbito de acción del juez de la acción de repetición.

(...)

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.

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

En el presente caso el Despacho considera que la actuación desplegada por la demandante no se encuentra dentro de las presunciones establecidas en el numeral 5 de la Ley 678 de 2001, toda vez si bien es cierto el fallador de segunda instancia encontró acreditados los supuestos fácticos de desviación de poder y falsa motivación, a dicha conclusión se llegó después de analizar el estudio técnico que culminó con la expedición del acuerdo No. 008 de 2006; no obstante la resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, por medio de la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Diana Esperanza

Ibáñez no tiene como fundamento la facultad otorgada a entonces gerente Olga Lucia Ortiz Martínez a través del acuerdo No. 008 de 2006.

En efecto, se observa que la ESE Centro de Salud de Jenesano llevó a cabo un cuestionable estudio técnico que estableció la necesidad de suprimir algunos de los cargos que venían siendo ocupados al interior de la institución (f. 147-169); estudio que fue validado por la junta directiva de la institución a través del acuerdo No. 008 de 2006, en el cual se estableció la necesidad de suprimir 5 cargos así:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Suprímase de la planta de personal de la ESE centro de Salud de Jenesano, los siguientes cargos:*

CÓDIGO	DENOMINACIÓN DEL CARGO	CARGOS A SUPRIMIR
412	Auxiliar de laboratorio	1
412	Auxiliar de farmacia	1
412	Auxiliar de enfermería	1
412	Promotoras de salud	2

Dando cumplimiento a lo allí establecido la señora Olga Lucia Ortiz Martínez expidió los siguientes actos administrativos:

RESOLUCIÓN No.	FUNCIONARIO	CARGO DESEMPEÑADO	FOLIO
027	María Cristina Cruz Arcos	Auxiliar de farmacia	183 anexo
028	Nohora Cristina Mendoza León	Auxiliar de laboratorio	181 anexo
029	Ana Sofía Caro Pulido	Promotora de salud	180 anexo
030	Blanca Marciales Prieto	Promotora de salud	176 anexo
031	Margarita Rodríguez Remolina	Auxiliar de enfermería	290 cuaderno principal

Así las cosas, es claro que el acto administrativo que desvinculó a la señora Diana Esperanza Ibáñez del servicio como auxiliar de enfermería, no se hizo teniendo en cuenta el estudio técnico realizado por la ESE de Jenesano, así mismo no se realizó atendiendo a las facultades establecidas en el acuerdo No. 008 de 2006; en efecto la Resolución No. 032 del 29 de septiembre del 29 de septiembre de 2006, por medio del cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad como auxiliar de enfermería estableció:

“Que en el acuerdo No. 01 del 8 de abril de 2003 la junta directiva de la ESE centro de salud de este Municipio fijo la planta de cargos de la E.S.E. Centro de salud de Jenesano.

Que en el acuerdo 02 de abril 08 de 2003, en su artículo No. 7, establece que corresponde a la gerente de la E.S.E. crear, suprimir o fusionar empleos de sus dependencias, señalarles sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes.

Que se hace necesario hacer terminar un nombramiento en provisionalidad en el cargo de auxiliar de enfermería en al E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.” (f. 89 expediente 2007-0022).

De acuerdo no con lo anterior, se advierte que el retiró del servicio de la señora Diana Esperanza Ibáñez, se hizo en atención a la facultad discrecional con la cual contaba la señora Olga Lucia Ortiz Martínez; no obstante es preciso señalar que dicha facultad no es ilimitada pues la misma siempre debe estar encaminada a mejorar la prestación del servicio.

En el presente caso se encuentra acreditado que la gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano a través de la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006 dispuso la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora Diana Esperanza Ibáñez y en su lugar nombró a la señora Claudia Isabel Rincón López⁷, sin que en ninguno de los actos administrativos la aquí demandada haya expuesto las razones que la llevaron a adoptar tal decisión. Así las cosas, sería del caso estudiar sí en efecto con dicho nombramiento se buscó mejorar el servicio o si por el contrario la vinculación de la nueva funcionaria obedeció a los intereses particulares de la entonces gerente Olga Lucia Ortiz Martínez, no obstante en esta oportunidad el Despacho no cuenta con elementos necesarios que permitan establecer la intención o animo con la que actuó la aquí demandada a la hora de desvincular a la señora Diana Esperanza Ibáñez, pues no sería admisible que so pretexto de mejorar la prestación del servicio se vincule a una persona que no cumple las calidades requeridas para el desempeño del cargo y se prescindiera de un funcionario del cual no existe queja o reparo alguno en la labor desempeñada.

Si bien es cierto, el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción ha establecido que una de las formas de establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos por desviación de poder o falsa motivación, es la de estudiar la hoja de vida del servidor que es retirado del cargo y quien es designado en su reemplazo, para así establecer los conocimientos técnicos y la experiencia que le permiten desempeñar a cabalidad las funciones del cargo para el cual es designado, también lo es que en el presente caso el Despacho no cuenta con elementos que le permitan declarar la responsabilidad de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez en la condena impuesta a la E.S.E. de Jenesano, pues la entidad demandante no acreditó este último requisito, el cual resulta ser determinante para acceder a la pretensiones de la demanda.

⁷ Resolución No. 033 del 29 de septiembre de 2006, por medio de la cual se hace un nombramiento en provisionalidad como auxiliar de enfermería, en la planta de personal de la empresa social del estado centro de salud de Jenesano, nombrando en provisionalidad a partir del 1 de enero de 2006, como auxiliar de enfermería a la señora Claudia Isabel Rincón López (f. 76-77 anexo).

En efecto, el despacho advierte que durante la actuación procesal el Despacho solicitó la hoja de vida de la señora Claudia Isabel Rincón López y Diana Esperanza Ibáñez, a efectos de evaluar la idoneidad de dichas funcionarias en el desempeño del cargo de auxiliar de enfermería y así advertir si la intensión de la entonces gerente de la E.S.E. de Jenesano era la de mejorar la prestación del servicio de salud con una persona más capacitada para el efecto, no obstante, la parte actora mediante oficio No. 100.07.03.0157 del 1 de marzo de 2016, señaló que respecto a la señora Diana Esperanza Ibáñez *“una vez revisado en su totalidad el archivo histórico general de la ESE centro de Salud Jenesano se constató la NO PRESENCIA de estas hojas de vida”* (f. 287), por lo tanto no le es dable a esta instancia establecer la intensión con la que actuó la demandada.

Si bien es cierto en la accionante dentro del escrito de demanda señala que en el presente caso se configura la responsabilidad de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez en su calidad de gerente, toda vez que *“el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa y gravemente culposa del funcionario, es decir la ex gerente de la ESE Centro de Salud de Jenesano porque si hubiese actuado con diligencia, cuidado, precaución y prevención, no hubiese existido la condena judicial”* (f.11); también lo es que, su actividad probatoria para demostrar tal circunstancia no resulta ser suficiente para demostrar el elemento subjetivo; esto es, el querer doloso o gravemente doloso de querer causar el perjuicio que aquí se reclama a la administración.

El Despacho no cuenta con elementos de prueba de los cuales se pueda llegar a inferir que con la expedición de la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, se haya buscado afectar el interés general o el buen servicio de la entidad aquí demandante.

Así las cosas, la presente instancia adolece de elementos probatorios que permitan determinar la configuración de la totalidad de los presupuestos facticos que exige la acción de repetición, razón por la cual negará las pretensiones de la demanda, toda vez que de conformidad con lo esblencado en el artículo 77 del C.P.C, le corresponde a las partes demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que buscan, es decir, la parte actora debe probar todos los elementos que configuran la acción de repetición, situación que no se configura en el presente caso, pues no existe prueba que permita atribuir siquiera de manera indiciaria la conducta dolosa o gravemente culposa de los ex agentes aquí demandados.

En conclusión esta instancia no encuentra que en el presente caso la parte actora haya demostrado que la actuación de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez en su calidad de gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, al momento de expedir la Resolución No. 032 del 29 de septiembre de 2006, haya actuado con dolo o culpa grave, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

4. CONCLUSIÓN

Del estudio de las premisas jurídicas y fácticas aplicables al caso concreto, se concluye que dentro del proceso de la referencia no se cumplen con todos los

presupuestos para la procedencia de la acción de repetición, pues a pesar de haberse acreditado la calidad de señora Olga Lucia Ortiz Martínez en calidad de ex gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano; la imposición de una condena en contra de la entidad aquí demandante y el pago de la misma, también lo es que NO SE LOGRÓ DEMOSTRAR que la demandada hubiera actuado con dolo o culpa grave en los hechos que se le imputan. Así las cosas, las pretensiones invocadas serán negadas al no tener vocación de prosperidad, bajo lo expuesto en la presente providencia.

5. COSTAS

Finalmente, el Despacho que, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el sub lite ninguna procedió de tal forma; en consecuencia, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar probada la excepción denominada "Improcedencia de la acción de repetición", propuesta por el curador ad litem de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, de conformidad con lo aquí expuesto.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones formuladas por la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano en contra de la señora Olga Lucia Ortiz Martínez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- ABSTIENESE de condenar en costas en esta instancia.

CUARTO.- Archivar el expediente una vez cobre firmeza la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
Juez.