



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

SENTENCIA No. 088 de 2015

Tunja, quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015)

**Medio de Control:** REPETICIÓN  
**Radicación No.:** 150013333012 – 2014 – 00180 – 00  
**Demandante:** MUNICIPIO DE TOCA  
**Demandado:** LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Repetición, consagrado en el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el MUNICIPIO DE TOCA en contra del señor LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Objeto de la demanda.

Mediante apoderado judicial, el MUNICIPIO DE TOCA solicita que se declare civil y extracontractualmente responsable al señor LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA, quien con su conducta dolosa habría causado la condena pecuniaria en contra de la Entidad Territorial, como consecuencia de la terminación del nombramiento del señor Fabio Moyano Ochoa, quien ocupaba un cargo de carrera administrativa en provisionalidad.

Como consecuencia de tal declaración solicita:

*"2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene al señor Luis Gilberto Alba Espitia, civil y extracontractualmente responsable a pagar al municipio de Toca la suma de OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$8.649.222.00), de conformidad con lo respectiva cuenta de cobro que se incorpora*

*3. Que se condene al señor Luis Gilberto Alba Espitia, al pago de la anterior suma de dinero se actualice en los términos previstos en el artículo 192 y ss del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*4. Que la sentencia que ponga fin al proceso cumpla los requisitos formales para que preste mérito ejecutivo.*

*5. Que se condene en costas al demandado." (il. 2).*

### 2. Hechos que dan lugar a la acción.

Como fundamentos de hecho, el apoderado de la entidad demandante manifestó que el demandado fue elegido como Alcalde del Municipio de Toca para el periodo 2008 – 2011; que el señor Fabio Moyano Ochoa fue vinculado en provisionalidad mediante Decreto No. 016 en la planta de la Administración del Ente Territorial demandante, en el cargo de operario de motoniveladora Código 625, Grado 05, posesionándose el 3 de marzo del año 2000. Agregó que mediante Decreto Municipal No. 033 de 2008, fue establecida la planta global de servidores públicos de dicho municipio, reclasificando el empleo del señor Moyano como conductor mecánico Código 482, Grado 07.

Comentó que mediante oficio de 12 de noviembre de 2009, el Alcalde Municipal de Toca en aquel entonces, esto es, el señor Luis Gilberto Alba, dio por terminada el contrato de trabajo del señor Moyano Ochoa; en consecuencia, precisó que por intermedio de

Medio de Control: REPETICION  
 Radicación No.: 150013333-012-2014-00181-00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GERBERTO ALBA ESPINOSA

apoderado judicial, éste inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Toca, pretendiendo la nulidad del oficio por medio del cual fue retirado del servicio, entre otros, así como el reintegro al mismo cargo que ocupaba, y el pago del salario y demás emolumentos laborales causados desde la fecha de retiro y hasta que fuera reintegrado.

Destacó que dicho litigio fue resuelto por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Turja, mediante sentencia de 31 de enero de 2013, declarando la nulidad de los actos administrativos demandados, y ordenando el pago de salarios, prestaciones sociales, y demás haberes laborales.

Continuó su relato fáctico, indicando que en cumplimiento de la decisión judicial en comento, el Municipio de Toca mediante Resolución No. 201 de 22 de noviembre de 2013, ordenó cancelar a favor del apoderado del entonces accionante, la suma de \$8.649.222.00, y autorizó el pago respectivo. Además, dijo que como quiera que el Ente Territorial canceló salarios, prestaciones sociales, y demás emolumentos laborales dejados de percibir desde el 12 noviembre de 2009, el señor LUIS ALBA debe reintegrar el dinero cancelado, a favor de la administración municipal; y que el pago correspondiente fue efectuado al abogado de la parte interesada, según Orden de Pago No. 880 de 23 de noviembre de 2013, y Comprobante de Egreso No. 121.

Finalmente indica que, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho quedó plenamente demostrada la responsabilidad del Alcalde Municipal de Toca, con la expedición del acto administrativo que fue objeto de control judicial en esa ocasión, donde se evidenció la falta de motivación, y el desconocimiento de las estipulaciones consagradas en la Ley 909 de 2004.

### 3. Fundamentos de derecho.

El apoderado de la Entidad demandante manifiesta que de conformidad con el artículo 6º Superior, los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; que el actuar negligente del demandado no puede ser desconocida, ya que los funcionarios deben cumplir la Constitución y la ley, siendo entonces responsables por la omisión o extralimitación de sus funciones, situación a la que se expuso el demandado al expedir un acto administrativo que requería motivación, toda vez que fue proferido en vigencia de la Ley 909 de 2004.

A continuación trajo a colación el artículo 90 de la Constitución, para destacar que contiene un mandato imperativo, coercitivo, de carácter explícito e indefectible, al ordenar el inicio de la acción de repetición, siempre que una entidad pública haya efectuado un reconocimiento indemnizatorio, proveniente de una condena, conciliación y otra forma de terminación de un conflicto negativo, como consecuencia de los daños antijurídicos causados a un tercero por la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público o ex servidor público.

Agregó que de conformidad con la citada Ley 909, la motivación del acto administrativo de desvinculación del señor Fabio Moyano, era un requisito de su esencia; que atendiendo lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 678 de 2001, una vez la administración se vea afectada en su patrimonio por causa de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de conflictos, en su contra, ésta deberá repetir contra su agente o ex agente que con su actuar originó el hecho dañino, como aconteció en el caso concreto, al verse afectado en sus intereses patrimoniales el Municipio de Toca, a causa del pago de la condena generada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Fabio Mayana Ochoa.

Hizo mención al artículo 142 del CPACA y al artículo 54 de la Ley 80 de 1993, de las cuales colige que el acto que fue acusado en la nulidad y restablecimiento del derecho, fue declarado nulo, y se ordenó reintegrar al entonces demandante, generando con ello una

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 150013333-012-2014-40180-01  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA

obligación pecuniaria para la entidad territorial que trasciende al funcionario público que con su conducta negligente, dio lugar a la condena patrimonial.

Finalmente, se refirió a algunas sentencias proferidas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, en las que se analiza el deber del Estado de repetir contra el agente que generó la declaración de responsabilidad estatal.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### 2.1. Argumentos de la Defensa (ffs. 73 y 74)

El señor LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA, actuando a través de apoderada judicial, contestó la demanda de la referencia dentro del término conferido para el efecto, oponiéndose a todas las pretensiones, en consideración a que no se encuentra probada la conducta dolosa del demandado, más aún porque actuó previo concepto de la asesora jurídica del Municipio de Toca. Agregó que el Alcalde del Municipio Segundo Crisanto Ochoa no ejerció una defensa técnica e idónea, toda vez que no interpuso recurso de apelación contra la condena proferida en primera instancia.

Así mismo, dio por cierto algunos hechos expuestos en el libelo inicial. Además, dijo que el demandada no realizó ninguna conducta dolosa o arbitraria, toda vez que, contó con un concepto jurídico favorable para dar por terminado el contrato de trabajo; y que no se le puede atribuir al accionado una culpa a carga, la cual era imposible de asumir, como lo es la defensa de la entidad, excusándose en que su actuar fue doloso o gravemente culposo.

## III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

### 3.1. De la parte Demandante MUNICIPIO DE TOCA (ffs. 112 a 114).

Dentro del término concedido para tal efecto, el apoderada de la entidad actora hizo alusión a las pruebas documentales aportadas al plenario, entre aquellas, el expediente contentivo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Fabio Moyano Ochoa contra el Municipio de Toca; en ese orden, refirió la forma de vinculación de este señor a la Planta de Personal de la Administración Municipal en el cargo de conductor mecánico.

Destacó que la excepción propuesta en esa oportunidad por el Municipio de Toca, relacionada con que el señor Moyano estaba vinculado en calidad de trabajador oficial, fue resuelta por el Juzgado indicando que era evidente que de conformidad con las funciones de conducción asignadas, el cargo venía desempeñando dicho señor lo calificaba como empleado pública con todo lo que ello acarrea. Para ilustrar mejor esta afirmación, transcribió un aparte de la sentencia proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento.

Sostuvo que de acuerdo con lo probado en el presente asunto, se pudo establecer que la actuación del demandado fue dolosa o gravemente culposa, ya que al expedir el acto administrativo acusada de nulidad en aquella oportunidad, vulneró normas superiores por no haberlo motivado, lo cual originó que mediante sentencia judicial de 31 de enero de 2013, el Municipio de Toca fuera condenado.

Describió cómo en el caso concreto están dados los presupuestos y requisitos del medio de control de repetición, señalando que se demostró que la entidad demandante fue condenada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa al pago de un dinero a que tenía derecho un particular por un daño antijurídico; y que en efecto, el respectivo pago fue efectuado por parte del Municipio de Toca.

4

Medio de Control: REPETICIÓN  
Radicación No.: 150013333-032 - 2014 - 00183 - 00  
Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA

### **3.2. De la parte Demandada LUIS ERIBERTO ALBA ESPITIA (fls. 108 y 109).**

El apoderado del ex agente del Estado demandado precisó que para la época de los hechos, el accionado se enteró de los continuos inconvenientes que tuvo el señor Fabio Moyano con su jefe directo, por lo cual solicitó asesoría jurídica antes de tomar una decisión, que la asesara jurídica del Municipio le brindó un concepto favorable para la desvinculación del mencionado señor, por cuanto éste ostentaba la calidad de trabajador oficial; que en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se logró establecer que no se trataba de un servidor público, sino de un trabajador oficial, lo cual no fue tenido en cuenta por el juez que profirió la sentencia.

Señaló que la desvinculación del señor Moyano no fue arbitraria, y por ende, no existe dolo a culpa grave, en tanto se encontraba amparado por una asesara jurídica, y se indemnizó al trabajador por el despido.

Reitero que en ningún momento el demandado actuó con dolo a culpa grave.

## **IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Delegado ante este despacho, no presentó concepto.

## **V. CONSIDERACIONES**

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en toda o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fanda en el asunto objeto de litis.

### **5.1. Problema jurídico.**

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a declarar civil y extracontractualmente responsable al señor LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA, en calidad de EX - ALCALDE DEL MUNICIPIO DE TOCA, por el pago de la condena que dicha municipio efectuó como consecuencia de la condena impuesta por el Juzgado Segundo Administrativo de Descargación de Tunja, en la sentencia de 31 de enero de 2013, mediante la cual se declaró la nulidad del acto administrativo de 12 de noviembre de 2009, y de la Resolución No. 551 del día 17 del mismo mes y año, por medio de las que se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor Fabio Moyano Ochoa, en un cargo de carrera, y se reconoció el pago de unas prestaciones sociales, respectivamente, ordenando el Juzgado el reintegra, el restablecimiento del derecho y el pago de salarios y prestaciones sociales correspondientes a favor de éste.?

### **5.2. Resolución del caso.**

#### **5.2.1. Del marco normativo existente, en relación con la Responsabilidad del Agente Estatal.**

El andamiaje jurídico colombiano aplicable a los casos que, de responsabilidad estatal se trata, deviene constitucionalmente de la cláusula general que se consagró en el inciso segundo del artículo 90 de la carta política, el cual, señala:

*"Artículo 90. (...)*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra ésta."*

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 150013333 012 - 2014 - 00180 - 00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPILLA

Dicho mandato fue desarrollado por el Congreso de la República, a través de 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."*

Ésta, en su artículo 2º, trajo la definición que, de la acción de repetición debía ser tenida a efectos de su ejercicio, indicando, que se trata de una acción civil de carácter patrimonial, que debería ser ejercida en contra del servidor o ex servidor público que, como consecuencia de su **conducta dolosa o gravemente culposa**, hubiera dado lugar al reconocimiento indemnizatorio a favor de un tercero, por parte del Estado, proveniente de una condena, **cancillación u otra forma de terminación de un conflicto**. Igualmente, establece que la misma acción será ejercida contra el particular que, investido de una función pública, hubiera ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial mencionada a favor del tercero.

Respecto de la aplicación de la mencionada Ley 678 de 2001, el Consejo de Estado ha aclarado que los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, acaecidos con anterioridad a ésta, continúan rigiéndose por la normatividad anterior.

Igualmente, ha puntualizado la Alta Corporación, que la norma se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, el estudio de responsabilidad del agente público se deben analizar conforme a la normativa anterior.

Así pues, es claro para este Despacho que, el acto administrativo (Oficio de 12 de noviembre de 2009) que dio origen a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2010 - 00077 adelantado por Fabio Moyano Ochoa contra el MUNICIPIO DE TOCA ante el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja, fue expedida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, razón por la cual, las normas sustanciales contenidas en ella, son aplicables al presente caso.

Ahora bien, al ser procedente aplicar las normas sustanciales contenidas en la mencionada Ley a la presente, es necesario partir de los conceptos de dolo y culpa que la misma nos presenta, disponiendo en sus artículos 5 y 6:

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

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

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

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

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

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 150013333 012 / 2014 – 00780 – 03  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESCUTIA

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 manifiesto o inexcusablemente el debido proceso en la referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”

Es importante tener en cuenta, además de los conceptos contenidos en la norma antes transcrita, el precepto constitucional contenido en el artículo 6° de la Carta Política que, dispone:

*“Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.*

Así pues, al momento de apreciar la conducta del funcionario pública para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, no es dable limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que, de estos conceptos establece la Ley 678 de 2001, sino que, además se debe acudir a los preceptos constitucionales que delimitan dichas modalidades de conducta.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado la obligación de la administración en relación con la acreditación de ciertos requisitos, para que la declaratoria de responsabilidad de los funcionarios o ex funcionarios públicos prospere. Al respecto, la citada Corporación ha manifestado:

*“(…) Las normas vigentes para la época de los hechos (Arts. 90 de la C. P. y 77, 78 y 86 del Decreto 01 de 1984) exigen para la prosperidad de la acción de repetición las siguientes elementos, los cuales han sido explicados por la Sala en varias oportunidades: (i) la calidad de agente del Estado y la conducta desplegada, determinante de la condena; (ii) la existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública; (iii) el pago realizado por parte de ésta; y (iv) la calificación de dolosa o gravemente culposa del agente estatal.*

*Dichos elementos deben estar debidamente acreditados por el actor y, por lo tanto, se verificará si están debidamente demostrados en el caso concreto...”*<sup>1</sup>

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C – 832 de 2001, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, refiriéndose a los requisitos de procedencia de la acción de repetición, señaló:

*“(…) Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos (sic) causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.*

*Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés pública como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política.*

*Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 08 de Marzo de 2007. Exp: 25749. Rad: 05001 23-31-030-1997-00999-01

Medio de Control: REPETICION  
 Radicación No.: 150013333-012-2011-00180-00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GERBERTO ALBA ESPOLLA

*herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública (...)*”.

De acuerdo con lo anterior, para establecer la responsabilidad del demandado en el presente caso, el Despacha deberá constatar que dentro del expediente resultaran acreditadas las siguientes elementos:

- Que surgió para el Estado la obligación de reparar un daño antijurídica, bien sea por condena judicial, por conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto.
- Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, la que desde luego, le causó un detrimento patrimonial.
- La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandada y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor anterior.
- Que el demandado, a quien debe identificar de manera precisa, es o fue agente del Estado, acreditando la calidad o carga que tuvo.
- Que el demandada actuó con dolo o con culpa grave.
- Que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.

#### **5.2.2. De lo Efectivamente Probada.**

Habiéndose establecido los aspectos que la parte demandante debe acreditar para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial del demandado, este Despacha procederá a analizar cada uno de ellos, determinando si con el material probatorio obrante en el expediente se encuentran probadas o no.

##### **5.2.2.1. Que surgió para el Estado la obligación de reparar un daño antijurídica, bien sea por condena judicial, por conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto.**

Observa el Despacha que, dentro del expediente se encuentra acreditada la expedición de sentencia del treinta y uno (31) de enero de 2013, por parte del Juzgado Segunda Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2010 – 00077, adelantada por el señor FABIO MOYANO OCHOA en contra del MUNICIPIO DE TOCA, a través de la cual se declaró la nulidad del acta administrativo contenido en el oficio de 12 de noviembre de 2009, expedida por el entonces Alcalde Municipal de Toca, por medio del cual se dio por terminada el nombramiento del señor en comento; se declaró la nulidad de la Resolución No. 551 de 17 de noviembre de 2009, por medio de la cual se reanunció el pago de prestaciones sociales; se condenó a la Entidad Territorial al reintegro del allá accionante, sin solución de continuidad y se ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el término de la desvinculación (fs. 11 a 34 Cdno Ppal y fs. 385 a 408 Anexo).

Así pues, este Despacha da por acreditado el primero de los aspectos que la entidad demandante debe probar para efectos de declarar la responsabilidad patrimonial del demandada.

##### **5.2.2.2. Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, la que desde luego, le causó un detrimento patrimonial.**

Respecta de la acreditación de este aspecto, el Despacha encuentra que dentro del expediente obran los siguientes documentos:

Medio de Control: REPERECIÓN  
 Radicación No.: 150013331012-2014-00180-00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA

- Resolución No. 201 de 22 de noviembre de 2013, proferida por el Alcalde Municipal de Toca, por medio de la cual se ordenó el pago de la suma de \$8.649.222.00 a favor del apoderado de los causahabientes del señor FABIO MOYANO RODRÍGUEZ, el cual, dicho sea de paso, era el apoderado de este señor en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y estaba facultada, entre otros, para recibir (fl. 1 del anexo). La anterior suma fue pagada en cumplimiento de la condena impuesta en la sentencia de 31 de enero de 2013, por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Tunja (fls. 38 a 41).
- Certificado Presupuestal de Disponibilidad No. 351 de 15 de noviembre de 2013, expedido por la Tesorería Municipal de Toca, cuyo concepto se circunscribió a "...garantizar el pago correspondiente a liquidación salarios y prestaciones sociales proceso 1500133310022010077700 (SIC)", por el valor de \$8.649.222.00 (fl. 42).
- Registro Presupuestal para el pago de la Resolución No. 351 de 22 de noviembre de 2013, por el valor de \$8.649.222.00 (fl. 43).
- Orden de pago No. 880 de 23 de noviembre de 2013, por el valor de \$8.649.222.00, la cual se encuentra suscrita por el apoderado de los beneficiarios del pago, Dr. Pedro Julio González Alba (fl. 44).
- Comprobante de Egreso No. 1216 de 23 de noviembre de 2013, por el valor de \$8.649.222.00, la cual se encuentra suscrita por el apoderado de los beneficiarios del pago, Dr. Pedro Julio González Alba (fl. 45).

Así las cosas, este Despacho considera que se encuentra acreditado el segundo de los aspectos que la entidad demandante debe probar para efectos de declarar la responsabilidad patrimonial del demandada.

**5.2.2.3. La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandada y su fundamento, puesta que na en todos los casos coincide con el valor anterior.**

Sin un mayor análisis se dará por cumplido este presupuesto, habida cuenta que, en la demanda se reclama la totalidad del valor cancelado por el MUNICIPIO DE TOCA a los beneficiarios del señor Fabio Moyano Ochoa, como consecuencia del cumplimiento de la condena impuesta por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja, en sentencia de 31 de enero de 2013, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2010-00077, adelantado contra dicha entidad territorial, logrando concluir que la condena solicitada no va más allá de los valores que se relacionaron con anterioridad en el acápite de antecedentes.

**5.2.2.4. Que el demandado, a quien debe identificarse de manera precisa, es o fue agente del Estado, acreditando la calidad o carga que tuvo.**

El Despacho observa que la calidad de Ex Alcalde del MUNICIPIO DE TOCA del señor LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA, se encuentra acreditada con la Escritura Pública No. 362 de 29 de diciembre de 2007 obrante a folios 49 y 50 del plenario, en la cual se dejó constancia de la posesión del cargo de ALCALDE MUNICIPAL DE TOCA, para el cual fue elegida por votación popular llevada a cabo el día 28 de octubre de 2007, para el período comprendido entre el año 2008 y el año 2011, esto es, que se encontraba desempeñando dicho cargo en la fecha en la que fue desvinculada el señor Fabio Moyano Ochoa, es decir, el 12 de noviembre de 2009.

Aunada a la anterior, se advierte que el acto administrativo de desvinculación fue suscrito por el mencionado señor ALBA, lo cual ratificado su condición de Alcalde Municipal de Toca en aquel entonces (fl. 15 del anexo).

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 1500133333012-2011-60180-00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA

### 5.2.2.5. Que el demandado actuó con dolo o con culpa grave.

Se hace pertinente tener en cuenta que en la demanda se señala que el señor LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA, aquí demandado, obró dolosamente, por haber expedido el acta administrativa contenido en el oficio de 12 de noviembre de 2009, por medio del cual dio por terminada el nombramiento en provisionalidad del señor Fabio Moyano Ochoa, sin que en el mismo obrare motivación fundada en las causales constitucionales y legales de retiro para dar por terminada dicho nombramiento.

Así las cosas, para determinar con claridad el actuar doloso o culposo del accionado, se hace necesario analizar si, de acuerdo con las normas vigentes para la época de la ocurrencia de los hechos, y la jurisprudencia que determinaba su interpretación, la terminación del nombramiento en provisionalidad de los empleados que se encontraron vinculados a las plantas de las entidades públicas, resultaba procedente a través de la expedición de actas administrativas sin motivación, y ver si se encontraba ajustada a derecho o si, por el contrario, ese actuar era abiertamente contrario a la ley.

Na obstante, antes de efectuar dicho análisis, corresponde al Despacho precisar que si bien es cierta, de conformidad con algunas pruebas recaudadas en el presente asunto, el apoderado del demandado precisó que dentro del proceso de nulidad y restablecimiento se planteó que el señor Fabio Moyano Ochoa revestía la calidad de trabajador oficial, dadas las funciones que desempeñaba, y que por ende, el Alcalde Municipal de aquel entonces, es decir, el actual demandado, previa concepto de la asesara jurídica del municipio, procedió a dar por terminado su contrato de trabajo, pagando la indemnización por despido unilateral correspondiente; también es cierta que dicha circunstancia no reviste trascendencia dentro del presente litigio, por cuanto en la sentencia de instancia que originó el pago que pretende reperir el Municipio de Tunja, se analizó lo correspondiente a la motivación de los actos administrativos que disponen el retiro de los servidores públicos nombrados en un cargo de carrera, en provisionalidad, teniendo en cuenta que, según las disertaciones del Juez Segundo Administrativa de Descongestión de Tunja "...es evidente que de conformidad con las funciones de conducción asignadas al actor, el cargo que este venía ocupando, lo califica de **empleada público** con todo lo que ello acarrea." (Negrillas del Despacho).

En consecuencia, observa este Despacho que aun cuando el señor Fabio Moyano Ochoa, inicialmente fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios al Municipio de Toca (fls. 26 y 27 del anexo), posteriormente fue "ascendido" al cargo de operario de motoniveladora (fl. 46 del anexo), el cual se encuentra incluido en la Planta Global de Personal de Servidores Públicos del Municipio de Toca (fls. 128 a 133, 136 a 138, y 326 a 331 del anexo).

En ese orden de ideas, cuando el señor Moyano fue desvinculado del servicio (fl. 15 anexo), revestía la calidad de servidor público del Municipio, en tanto, puede decirse que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera de la Planta Global del Ente Territorial, y por lo tanto, el vínculo que los obligaba era una relación legal y reglamentaria.

Entonces, aclarado lo anterior, y siguiendo la línea planteada en precedencia, lo primero que se ha de decir, es que el pago de la condena que originó el presente litigio, se dio respecto de un servidor público del Municipio de Toca, que para el caso, era el señor Fabio Moyano Ochoa, quien se desempeñaba provisionalmente como operador de motoniveladora del Ente Territorial (fl. 327 del anexo). Na obstante lo anterior, fue retirado del servicio mediante el acta administrativa contenido en el oficio de 12 de noviembre de 2009, en el cual, según se aprecia en su propio texto (fl. 15 del anexo), **no incluyó motivación alguna**.

Sin embargo, vale decir que para la fecha en que sucedieron los hechos imputados al señor LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA, se encontraba vigente la Ley 909 de 2004, por medio de la cual se expidieron las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa,

Medio de Control: REPETICION  
 Radicación No.: 150813333-012-2014-00180-00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPINOSA

la gerencia pública y se dictaron otras disposiciones, las cuales resultan aplicables a los servidores públicos del MUNICIPIO DE TOCA, de conformidad con la dispuesta en el literal c) de su artículo 3º.

La Ley 909 prevé las normas que deben observarse para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de los empleados públicos, de conformidad con el tipo de vinculación que tuviera al servicio, distinguiendo así dos grandes grupos, los de carrera administrativa y las de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, como el caso que nos atañe, hace mención al retiro de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, de la planta de personal del MUNICIPIO DE TOCA, es necesario referirse a la dispuesto por el artículo 41 de aquella ley que dispone:

*"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

*a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

*b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*

*c) INEXEQUIBLE. Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004 Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005*

*d) Por renuncia regularmente aceptada;*

*e) Retira por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se lo notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.*

*f) Por invalidez absoluta;*

*g) Por edad de retiro forzoso;*

*h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*

*i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.*

*j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*

*k) Por orden o decisión judicial;*

*l) Por supresión del empleo;*

*m) Por muerte;*

*n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.*

*Parágrafo 1º. INEXEQUIBLE. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción*

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 150013333 012 - 2011 - 00380 - 00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TORCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPINOSA

*del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.*

*El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.*

*Parágrafo 2º. 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.*

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (Negrillas fuera de texto)*

Es claro entonces, que la norma en cita previó la necesidad de motivar los actos administrativos mediante los cuales se dispusiera el retiro de los empleados que estuvieran inscritos en el sistema de carrera administrativa, por constituir un elemento reglado de la función pública y estar sujeta a condicionamientos diametralmente diferentes a los que se aplican a los empleados de libre nombramiento y remoción, de quienes, conforme al inciso 2 del parágrafo 2 anulado, para la vigencia de la Ley 909 de 2004, en la época de ocurrencia de los hechos que se discuten, no sería necesaria la motivación de los actos administrativos que efectuaran la remoción de los empleados en las mentadas condiciones, debido a la facultad discrecional que le asiste al nominador, en relación con dichos cargos, dada su naturaleza.

Ahora bien, importante resulta evidenciar, que frente a los empleados que se encontraran vinculados al servicio, en provisionalidad, no se refirió una causal específica que los afectara, por cuanto resulta necesario recordar que, éstos no pueden ser equiparados a ninguno de los dos grandes tipos de empleados con los que cuenta la administración, esto es, de carrera y de libre nombramiento y remoción, por cuanto, no han sido seleccionados a través del sistema reglado con el que cuentan los primeros y, tampoco se encuentran enmarcados en los presupuestos generales de los cargos que puedan entenderse en el marco de la dirección, confianza y manejo.

Ahora bien, el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909, hace mención a las condiciones que las entidades públicas y la Comisión Nacional del Servicio Civil deberían observar para la provisión de los empleos en carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, mencionando, ahora sí, el nombramiento en provisionalidad y algunas condiciones que se pudieran observar al respecto.

Por ello, los artículos 8, 9 y 10 del Decreto, indicaron:

*"Artículo 8º. Mientras se surta el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

***El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses.***

***Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.*** (Negrillas fuera de texto)

Al respecto, evidencia el Despacho que, la reglamentación de la Ley 909 impone periodos fijos durante los cuales, las figuras excepcionales al ingreso al servicio por carrera, serían admisibles, haciendo referencia al encargo y el nombramiento provisional, de los cuales, indica que no podrán superar el término de seis (06) meses, por cuanto la entidad pública y la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberían iniciar los trámites correspondientes a la implementación de la carrera administrativa.

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 150013353 012 - 2014 - 00183 - 01  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPINOSA

Ahora bien, a renglón seguido, el artículo 9º del anotado decreto, estipuló el trámite que debería ser dado a la provisión de empleos de carrera, en los eventos en que surgieran situaciones administrativas que generaran una vacancia temporal, sin que el titular del mismo, perdiera los derechos de carrera, contemplando la posibilidad de serla, a través del encargo con servidores públicos de carrera, **primordialmente**, o residualmente, con nombramientos en provisionalidad que tuvieran el término equivalente a la situación, con la intención de evitar la paralización del servicio público.

Dispuso el artículo:

**"Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera padrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encarga con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que los originaran.**

(...)." (Negrillas fuera de texto)

Por última, dispuso el artículo 10 del Decreto, frente a los límites interpuestos por la ley, a la terminación de las situaciones descritas (encargo, prórroga, nombramiento provisional), que el nominador podría dar por terminada la vinculación en estas situaciones, **antes del vencimiento del término del nombramiento** mediante resolución motivada, encontrando un ámbito de protección para el trabajador que se encontrara en las situaciones señaladas y un límite a las facultades discrecionales de las que goza el nominador, siendo claro para el Despacho que, éste no daría los beneficios permanentes de los que pudieran gozar los empleados que se encontraran vinculados e inscritos en la carrera administrativa.

Veamos:

**"Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlas por terminadas.** (Negrillas fuera de texto)

Al respecto, se ratifica lo manifestada por el Despacho anteriormente, logrando concluir entonces que, para los casos en los cuales se quisiera dar por terminado el encargo, la prórroga o el nombramiento provisional, **una vez vencida el plaza para el cual se había determinado, no sería necesaria la expedición de acto administrativo motivada**, puesto que la única situación fáctica reconocida por la norma, no se encontraría vigente. Al respecto, es importante señalar también, que si bien existen nombramientos ordinarios hechos en provisionalidad, que no cuentan con un término específico, la norma suplió dicho límite, con lo visto en el inciso 2 del artículo 8º referido previamente, **lo cual da paso a concluir que, una vez transcurridos los seis meses allí mencionados, el nominador no estaría obligada a expedir acto motivado.**

Ahora bien, es importante y necesario, de conformidad con la interpretación hecha anteriormente, hacer mención a la postura jurisprudencial que, para la época de los hechos, se encontraba vigente toda vez que, reconoce el Despacho que no es un tema pacífico cuando se trata de un empleado que no esté en carrera administrativa, ni de aquellos que son de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, se advierte que los hechos ocurrieron en el mes de noviembre de dos mil nueve (2009), por cuanto fue la fecha en la cual se produjo el retiro del señor FABIO MOYANO OCHOA, y se logra identificar que, en relación con la terminación de los nombramientos de los empleados en provisionalidad, existía una postura determinada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el trece (13) de Marzo de dos mil tres (2003), con ponencia del Consejero Dr. Tarsicio Cáceres Toro, en la que se indicaba:

**"[...] Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "pasión diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la**

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 150013233012-2014-00180-00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPINA

vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, **el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.**

(...)

Se resalta que cuando el Art. 132 - 2 de la Ley 270 de 1996 regla el nombramiento en provisionalidad judicial, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador "hasta tanta se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos," y **no significa que una vez hecha esta clase de nombramiento el designado obtenga "estabilidad" en el empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el Nominador pierda la facultad citada en ese evento. La norma legal no puede entenderse como otorgante de una estabilidad que sola existe para el personal de carrera, en cuanto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para el ingreso y desempeño de esa clase de empleo.**

(...)"

En dicha sentencia, se trató un caso relativa a los nombramientos en provisionalidad realizados al interior del Poder Judicial, indicando también, que los mismos serían asimilables a las situaciones que se presentaran en entidades que estuvieran regidas por otras normas, pero que en últimas, tendrían como resultado el mismo efecto, frente a los nombramientos hechos en provisionalidad en cualquier orden.

Dicha postura, se ratificó una y otra vez; así entonces, se profirió la sentencia de trece (13) de Octubre de dos mil cinco (2005), por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera ANA MARGARITA OLAYA FORERO, en la cual se indicó:

"(...) Lo situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la **facultad discrecional** del nominador de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y al retiro, a su vez, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

**La facultad discrecional de los empleados provisionales se impide al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza a la administración a efectuar el nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuera alguna de estabilidad, como se precisó anteriormente.**" (Negritas fuera de texto)

Se observa cómo, la postura indicada desde el año 2003 se ratificó claramente en el fallo anotado, realizando para el efecto, una aseveración tajante, en relación con la facultad discrecional del nombramiento y su extensión a la terminación del mismo, concluyendo, de la mano del concepto de la carrera administrativa, que no hacerlo así, llevaría una serie de inconsistencias con el espíritu constitucional del acceso al servicio pública, puesta que, se estaría dando derechos de estabilidad de los que gozan los empleados de carrera, a empleados que entraron libre y discrecionalmente al servicio.

Del tono previa, existen varios pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo de la Contencioso Administrativo, que para el año de 2006, ya estaban arraigados en el seno de la discusión jurídica.

Se resalta entonces, la que fuera profirida el día treinta y uno (31) de Agosto de ese año, con Ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, en la que claramente se manifestó, frente a los empleados nombrados en provisionalidad:

"...La simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa. En estos eventos la persona así

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 150018333012-2014-00180-00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCA  
 Demandado: LUIS CUERTO ALBA ESPILIA

designada se encuentra nombrada en provisionalidad y, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Sala, debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se le designó, también en ejercicio de ellas es posible removerlo, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en Derecho se designan tal como se hacen.

El nombramiento de la doctora fue de carácter provisional por lo que ostentaba una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en la carrera, debido a que **no** accedió al cargo mediante concurso.

**La condición de haber sido nombrada hasta que se pudiera hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorgó ningún tipo de estabilidad ni mucho menos los derechos propios de un cargo de carrera.**

De esto forma quedó claro que quien ocupe un cargo en provisionalidad **no** queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera. Admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías que la Ley **no** le reconoce.

**(...) Quiere decir lo anterior que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la accionante no tenía por qué motivarse, toda vez que se trataba del ejercicio de una facultad discrecional que la Ley le confiere al nominador.**" (Negritas fuera de texto)

Entonces, para la época en que ocurrieron los hechos objeto de la demanda de repetición solicitada por el MUNICIPIO DE TOCA, y aún posterior a ella, el Consejo de Estado ratificó su posición mediante la cual, el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad, no podrían estar condicionados a un acto administrativo motivada, por cuanto el mismo efecta tenería, que ser uno de carrera por cuestiones afines a la estabilidad, lo cual, se reitera, implicaría desvirtuar las preceptas constitucionales de ingreso al servicio público.

Ahora bien, es importante señalar que, si bien los fallos referidos en la presente, hacen mención a situaciones que habrían ocurrido en vigencia de la Ley 443 de 1998 y que, eventualmente bajo la vigencia de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, y que se tendría que expedir un acto administrativo motivado a efectos de dar terminación a un nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que, en sentencia proferida el día cuatro (04) de Agosto de dos mil diez (2010), dentro del radicado 15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se reiteró la postura que se traía desde la unificación del precedente existente desde el año 2003, dejando la salvedad, frente a la Ley 909 que:

**"(...) Pero preciso, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminada antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada".**  
 (Negritas fuera de texto)

Se reitera entonces, la interpretación que se dio a lo dispuesto por el Decreto 1227 de 2005, sobre la terminación, antes y después del término para el cual fue nombrado el provisional, expuesta previamente, logrando concluir que para el presente caso, no encuentra el Despacho que se den los presupuestos necesarios para evidenciar un actuar contrario a derecho, en relación con la demanda incoada por la entidad territorial demandante, siendo necesario aclarar así, que el objeto del proceso que se adelanta, no es cuestionar la sentencia de primera instancia, ni evaluar la legalidad o no del acto mediante el cual se dio por terminado el nombramiento del señor FABIO MOYANO OCHOA, sino entender el actuar subjetivo del Agente que habría provocado la indemnización en contra del Estado.

Entonces, encuentra el Despacho que, la actuación del entonces Alcalde del MUNICIPIO DE TIBANÁ, para la época de los hechos, se ajustó a la interpretación que se daba de la norma y de las situaciones que se acusaban respecto de la terminación de los nombramientos de personas que estaban en provisionalidad, teniendo en cuenta, la interpretación que al respecto se tenía, oscilante, en las citadas partes.

Medio de Control: REPETICIÓN  
 Radicación No.: 150013033 012 2014 - 00180 00  
 Demandante: MUNICIPIO DE TOCCA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPITA

Por ello, no hay lugar a evidenciar un actuar doloso o gravemente culposo del ex agente estatal demandado, puesto que, al poseer elementos subjetivos para su configuración, siempre estuvo dado a que se diera lo respectivo, con la jurisprudencia vigente, de conformidad con lo expuesto a lo largo del presente análisis, estando así desvirtuada uno de los elementos necesarios para que las pretensiones de la demanda puedan prosperar.

En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

### 5.3. De las Costas del Proceso.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

*"ART. 188. Condena en costas. Salva en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

Al tenor de la norma transcrita, se evidencia que en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se excluye de la condena en costas a aquellas procesos en las que se ventila un interés público, como es el caso del MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN, el cual al tenor del artículo 142 busca el "...resarcimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas...".

Ahora bien, para ahondar en argumentos, se encuentra que tal disposición deviene de lo regulado en el inciso 2º del artículo 90 Superior, y en el artículo 2º de la Ley 678 de 2001.

Por su parte, el H. Consejo de Estado en providencia de 31 de agosto de 2006<sup>2</sup>, resaltó la finalidad del medio de control en comento, de la siguiente manera:

*"...En el anterior contexto de evolución normativa, se expidió la Ley 678 de 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de los dos citados mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición, en desarrollo de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 90 de la C.P."*

*En el artículo 2 de la citada ley, se definió la acción de repetición como "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 [lugar a un] 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."*

*La acción de repetición, indiscutiblemente animada en el interés público, en el ámbito administrativo tiene una doble finalidad, de una parte, por su carácter resarcitorio o retributivo, busca la recuperación de los dineros pagados por el Estado a la víctima de un daño antijurídico ocasionada por la conducta dolosa o gravemente culpasa de un agente público, con lo cual se protege el patrimonio pública, porque ese reconocimiento indemnizatorio constituye un menoscabo o detrimento económica que en las precisos términos de la Constitución Política está en el deber de reparar dicha agente a la entidad pública que canceló la condena<sup>3</sup>..."*

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DEL LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejo ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006), Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482), Actor: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, Demandado: MANUEL JESUS GUERRERO PASICHANA, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA REPETICION.

<sup>3</sup> "La acción de repetición busca responsabilidad patrimonialmente frente al Estado, al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave ocasionando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto de un acuerdo al cual llega con la víctima, para evitar un proceso o terminación anticipadamente. En ambos casos el patrimonio del Estado se disminuye y es precisamente la disminución del patrimonio estatal como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpasa del funcionario, la fuente de la acción de repetición." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 22 de octubre de 1997, Exp. 13977, C.P.; Daniel Suárez Hernández.

Medio de Control: REPETICION  
 Radicación No.: 153013333 012 - 2014 - 00180 - 03  
 Demandante: MUNICIPIO DE TUNJA  
 Demandado: LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA

Así las cosas, no existe duda para este Despacho que la finalidad de la repetición del Estado en contra de sus agentes o ex agentes que ocasionaron con su conducta dolosa o gravemente culposa una condena en su contra, que debió ser cancelada con dineros del erario público, es **animada en el interés público**, y por lo tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en el presente asunto no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, esto es, al MUNICIPIO DE TUNJA.

#### 5.4. Conclusión

Por todo lo expuesto anteriormente, se negarán las pretensiones de la demanda, al no encontrarse acreditados los presupuestos necesarios para la declaratoria de responsabilidad patrimonial solicitada por el MUNICIPIO DE TUNJA, en contra del Ex - Alcalde LUIS GILBERTO ALBA ESPITIA, en el entendido que, su actuar se ajustó a la interpretación jurisprudencial vigente para la época de ocurrencia de los hechos, en la relativo a la terminación de nombramientos de empleados en provisionalidad.

Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### F A L L A:

**PRIMERO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- ABSTENERSE** de condenar en costas, teniendo en cuenta el interés público que pretende la acción de repetición.

**TERCERO.-** En firme por Secretaría archívese el proceso. Déjese las constancias respectivas.

Natifíquese y Cúmplase,

  
 DIANA MARCELA GARCÍA PACHECO  
 Juez

