

Sentencia SU259/21

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AGENTES DEL ESTADO Y ACCION DE REPETICION EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 90 DE LA CONSTITUCION POLITICA

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE ALTAS CORTES-Requisitos generales de procedencia requiere argumentación y análisis más riguroso

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Configuración

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Configuración

El defecto fáctico se estructura cuando la decisión judicial es producto de un proceso en el cual (i) se omitió el decreto o la práctica de pruebas esenciales para definir el asunto; (ii) se practicaron, pero no se valoraron adecuadamente; y (iii) los medios de convicción son ilegales o carecen de idoneidad. El error debe ser palmario e incidir directamente en la decisión, puesto que el juez de tutela no puede fungir como si se tratara de una instancia adicional.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AGENTES DEL ESTADO-Marco normativo y jurisprudencial

ACCION DE REPETICION-Naturaleza jurídica/ACCION DE REPETICION-Finalidad

La acción de repetición tiene por objeto (i) proteger el patrimonio público frente a las conductas dolosas o gravemente culposas de los agentes del Estado y (ii) preservar la moralidad administrativa, por medio de la reacción frente a las acciones desviadas, negligentes o sumamente imprudentes de los funcionarios-. Ha precisado, en todo caso, que dicha acción no tiene como propósito (iii) imponer cargas desproporcionadas a quien asume

el ejercicio del servicio público.

ACCION DE REPETICION-Procedencia/ACCION DE REPETICION-Presupuestos para su ejercicio

PRESUPUESTOS DE LA PRETENSION DE REGRESO O ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Jurisprudencia del Consejo de Estado

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD-Jurisprudencia constitucional

El principio (de culpabilidad), ha dicho esta Corporación “posee una triple significancia, a saber, i) que los ciudadanos sólo responden por los actos (y omisiones) que exteriorizan mediante una voluntad claramente signada en hechos verificables exteriormente; ii) que la determinación de la responsabilidad jus punitiva de un ciudadano, es un asunto que sólo a él concierne y, que en esa medida, es personal e intransferible; y iii) que es necesaria la conexión voluntaria entre el acto (u omisión) y el resultado producido, signada esa voluntad en el dolo o la imprudencia con que haya materializado el ciudadano su actuar (u omitir). De suerte que ha de estimarse contrario a ese principio, la mera adscripción de responsabilidad por los nudos resultados que no puedan conectarse con dolo o imprudencia -responsabilidad objetiva-”

PRESUPUESTOS DE LA PRETENSION DE REGRESO O ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Jurisprudencia constitucional

ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Elementos esenciales de la actuación gravemente culposa

La culpa grave impone valorar (i) el contexto en el que se produce la decisión del funcionario público; (ii) la naturaleza y complejidad de la organización de la que hace parte y (iii) la distribución de roles y responsabilidades para la toma de decisiones.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por violación directa de la Constitución y defecto sustantivo en acción de repetición por responsabilidad patrimonial del Estado

La providencia judicial cuestionada dio un alcance equivocado a la categoría “culpa grave” prevista en el artículo 90 de la Constitución y en el artículo 63 del Código Civil. Le atribuyó un

significado normativo puramente objetivo, y omitió hacer un análisis de responsabilidad subjetiva.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto fáctico en acción de repetición por responsabilidad patrimonial del Estado, al dar por probada, sin estarlo, la culpa grave del accionante

La providencia impugnada dio por probada, sin estarlo, la culpa grave del accionante. Desconoció que, con fundamento en la distribución de roles y responsabilidades, así como en el principio de confianza que, en general, debe orientar las prácticas de la administración pública, el accionante tomó la determinación de desvincular a la funcionaria apoyándose en el concepto emitido por la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital.

Referencia: Expediente T-7.948.907

Acción de tutela instaurada por el señor Enrique Peñalosa contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B.

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por las Secciones Quinta y Cuarta del Consejo de Estado, en primera y segunda instancia, respectivamente, con ocasión de la acción de tutela que presentó el ciudadano Enrique Peñalosa Londoño contra la sentencia del 27 de agosto de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de la acción de repetición radicada bajo el número de expediente 2555-23-26-000-2005-00227-01 (39226).

I. ANTECEDENTES

A. Hechos relacionados con la desvinculación de la señora Clara Esperanza Salazar Arango y la orden judicial de reintegro e indemnización

1. Mediante Resolución 795 del 18 de septiembre de 1998, expedida por el alcalde mayor de Bogotá (Enrique Peñalosa Londoño) y el secretario de Hacienda (Carlos Alberto Sandoval Reyes) se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Clara Esperanza Salazar Arango, quien se desempeñaba como Subdirectora de Hacienda del Distrito, con fundamento en la facultad discrecional al tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción y dado el concepto emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito específicamente sobre dicho cargo.

1. Contra el acto de desvinculación, la señora Clara Esperanza Salazar Arango inició demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto fue declarado insubsistente su nombramiento, pese a que ostentaba derechos de carrera administrativa según concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cual presentó en copia simple y en el que se indicaba que dicho cargo “no escapa al régimen de carrera”.

1. En sentencia del 14 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la Resolución 795 del 18 de septiembre de 1998, ordenó el reintegro de la exempleada al mismo cargo que ocupaba o a otro de igual o superior jerarquía, y condenó a la entidad al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la remoción hasta la fecha del efectivo reintegro. La primera instancia consideró que, i) la administración desconoció el procedimiento establecido para el retiro de funcionarios de carrera administrativa, ii) esto por cuanto la empleada estaba inscrita en el escalafón de la carrera administrativa y iii) su nombramiento había sido actualizado en el Registro Público de Empleados de la Carrera Administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en

adelante CNSC).

1. Lo anterior fue confirmado en fallo de segunda instancia del 22 de mayo de 2003, proferido por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Sin embargo, el ad quem ordenó descontar las sumas percibidas por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el tiempo en que estuvo retirada del servicio. Contra esa determinación la funcionaria interpuso recurso de súplica en lo relacionado con los descuentos al valor de la condena. La Sala Plena de la misma corporación en providencia del 1 de julio de 2008, ordenó al distrito pagarle los referidos descuentos.

1. En noviembre de 2003, Clara Esperanza Salazar Arango fue reintegrada al cargo de gerente de la Dirección Administrativa y Financiera del distrito, y se liquidaron y pagaron los emolumentos dejados de percibir con ocasión de la declaratoria de insubsistencia.

1. En cumplimiento de la decisión descrita en el numeral 4, la Administración Distrital, el 25 de septiembre de 2008 ordenó el pago del dinero descontado. Respecto de esta decisión también se inició acción de repetición contra los mismos funcionarios, en cuanto al monto adicional de la condena. El 27 de junio de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones. En sentencia del 3 de agosto de 2020, la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado revocó la decisión del a quo y declaró de oficio la excepción de cosa juzgada parcial porque la sentencia del 27 de agosto de 2018 resolvió una acción de repetición con identidad de parte, objeto y causa. En consecuencia, condenó al señor Enrique Peñalosa a reintegrar la suma de \$181.011.161 a favor del Distrito Capital. Dicho fallo fue allegado a la Corte por el accionante y remitido al despacho por la secretaría de esta Corporación el 8 de junio de 2021.

A. Decisiones adoptadas en el curso de la acción de repetición

Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

1. El 15 de diciembre de 2004, el Distrito Capital inició acción de repetición contra los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes. La pretensión se sustentó en que los demandados incurrieron en culpa grave al expedir la Resolución 795 del 18 de septiembre de 1998, que declaró insubsistente el nombramiento de la funcionaria Salazar Arango.

1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 19 de mayo de 2010 negó las pretensiones. Estimó que no se demostró que la conducta de los agentes hubiera sido dolosa o gravemente culposa, por cuanto no se comprobó que tuvieran conocimiento, antes de proferir el acto de insubsistencia, que la funcionaria pertenecía al régimen de carrera.

1. El tribunal también precisó que, si bien la funcionaria había informado sobre su situación particular y entregó un concepto emitido por la CNSC según el cual la empleada ocupaba un cargo de carrera administrativa, “ello no puede tenerse por acreditado, habida cuenta que los documentos se aportaron en copia simple, lo que impide su valoración. Con todo no se demostró la entrega de los mismos antes de que se tomara la decisión”.

Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado -providencia objeto de la acción de tutela-

1. La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 27 de agosto de 2018 revocó la anterior decisión y dispuso: (i) absolver de responsabilidad a Carlos Alberto Sandoval Reyes por cuanto la desvinculación de servidores del distrito es una

facultad privativa del alcalde; y (ii) declarar patrimonialmente responsable al señor Enrique Peñalosa Londoño, a título de culpa grave y condenarlo a pagar al distrito la suma de \$595.357.778,82.

1. En dicha providencia se estableció que (i) las pruebas no justificaron la conducta del actor, ya que el mismo “conocía o debía conocer con proyección de grave negligencia que el concepto que opone para fundamentar su defensa fue emitido por un organismo bajo su subordinación que no administraba el sistema de carrera de la entidad”; y ii) el alcalde no podía actuar en contravía de la postura de la CNSC, que previamente se había pronunciado sobre la situación particular de la empleada.

1. Frente a la conducta del exservidor, el Consejo de Estado precisó que (i) el 28 de junio de 1996, la señora Salazar Arango fue inscrita en el escalafón de carrera administrativa de la CNSC, en el cargo de jefe de unidad grado 21; (ii) el 17 de enero de 1997 fue incorporada a la planta de personal en el cargo de subdirectora grado 24; (iii) el 10 de agosto de 1998 la trabajadora puso de presente al alcalde su condición de empleada de carrera y allegó el concepto de la CNSC del 27 de julio de 1998, según el cual tenía derecho a la actualización del registro de carrera; (iv) tal actualización tuvo lugar el 14 de agosto de 1998 por la CNSC; y (v) pese a lo anterior, el alcalde la declaró insubsistente.

1. En relación con el concepto de 4 de septiembre de 1998, emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito, según el cual el cargo desempeñado por la trabajadora era de libre nombramiento y remoción, la Subsección consideró que carecía de fundamento y era contrario a lo considerado por la CNSC.

1. Con base en lo anterior, la Sección indicó que al exalcalde Enrique Peñalosa Londoño le era imputable culpa grave, por cuanto conocía que la empleada ostentaba derechos de carrera administrativa, condición que además le fue advertida por ella. Agregó que ante esa

situación el actor no precisaba de ningún concepto y, en caso de duda, su deber era acudir a la CNSC que es la entidad que administra la carrera administrativa.

1. Finalmente, el Consejo destacó que el concepto que se oponía para la adopción de la decisión resultaba superfluo, pues la institución conocía la situación laboral de la señora Salazar Arango, “ya que su vinculación al cargo de subdirectora se hizo por la vía de la incorporación (...)”. Además, precisó que en vigencia de la Ley 27 de 1992, la única que se podía manifestar sobre el particular era la CNSC. Además, por virtud de la Ley 443 de 1994, los conceptos de las comisiones seccionales no deben contravenir la doctrina de la CNSC, que en el caso bajo estudio se había pronunciado.

Solicitud de nulidad de la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado

1. El actor solicitó la nulidad de la anterior providencia. A su juicio, la sala de decisión que dictó la sentencia del 27 de agosto de 2018 fue indebidamente conformada en tanto que estaba integrada por una magistrada y un conjuez. El incidente fue rechazado de plano el 11 de octubre de 2019 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

1. Dicha corporación argumentó que (i) la renuncia de un magistrado y el impedimento de otro, dieron lugar a que se designara un conjuez; (ii) dicha designación estuvo acorde con lo previsto en el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA); (iii) según el artículo 100 del CCA para deliberar válidamente, las subsecciones del Consejo de Estado deben contar con la asistencia de la mitad más uno de sus miembros, lo que ocurrió en el sub examine, pues la Subsección B está integrada por tres consejeros y la providencia fue discutida por dos (una magistrada y un conjuez); (iv) el artículo 102 del CCA, exige que las decisiones que se adopten requieren la mayoría absoluta, lo cual se cumplió en la decisión cuestionada, pues fue votada favorablemente por las dos integrantes.

A. La acción de tutela contra la decisión que condenó al actor en sede de repetición

1. El señor Enrique Peñalosa Londoño interpuso acción de tutela contra la sentencia del 27 de agosto de 2018 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Según el actor, la providencia incurrió en varios defectos que caracterizó del siguiente modo.

(i) Violación directa de los artículos 29 y 229 de la Constitución. La providencia cuestionada fue dictada por una magistrada y una conjuez. Indicó que de conformidad con lo previsto en la Ley 1437 de 2011 (artículos 109, 110, 115, 126 y 128) dicha decisión debía discutirla y dictarla una sala conformada por tres magistrados.

(ii) Violación directa del artículo 90 de la Constitución. La decisión desconoció que la repetición es procedente cuando se evidencia el dolo o culpa grave del servidor. La autoridad judicial no tuvo en cuenta que el obrar del actor fue diligente dado que su decisión se apoyó en un concepto rendido por la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, según el cual, el cargo ocupado por la señora Salazar Arango no era de carrera administrativa, sino de libre nombramiento y remoción.

(iii) Defecto sustantivo. La sentencia desconoció el régimen de responsabilidad subjetiva propio de la acción de repetición. En efecto (i) no se evidenció dolo o culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil; (ii) la sentencia cuestionada dio un alcance desproporcionado al concepto de culpa grave; y (iii) en el proceso de repetición no se demostró que hubiera existido una actuación negligente. Sobre el particular insistió que “no es abogado” y sus decisiones se fundamentaron en los conceptos emitidos por los asesores jurídicos y entidades de la administración distrital con experticia técnica. Insistió en que su determinación se ajustó a lo señalado en el concepto rendido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, según el cual, el cargo que ocupaba la funcionaria era de libre nombramiento y remoción.

(iv) Defecto fáctico. La decisión no valoró debidamente las pruebas aportadas al proceso a través de las cuales desvirtuaba la existencia del dolo o culpa grave en su actuación. En concreto, señaló que no fueron valorados los conceptos (i) del 4 de septiembre de 1998

emitido por la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital¹; y (ii) del Ministerio Público en el curso del proceso, que solicitó la confirmación de la sentencia del a quo². Destacó que tampoco fue considerada la jurisprudencia relativa a los derechos de carrera administrativa reconocidos en la Ley 443 de 1998, según la cual, “si un empleado de carrera acepta otro distinto, con ello está indicando que declina sus derechos sobre el primero, cuyas funciones tampoco sigue ejerciendo al asumir las que corresponden a la nueva situación”³.

1. Con fundamento en lo anterior, el actor pidió la protección del derecho fundamental al debido proceso y, como consecuencia, dejar sin efecto la sentencia del 27 de agosto de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de la acción de repetición iniciada en su contra. En su lugar, solicitó que se profiera una nueva providencia que garantice el debido proceso teniendo en cuenta los defectos alegados.

1. Mediante auto del 18 de diciembre de 2019, la Sección Quinta del Consejo de Estado avocó el conocimiento de la acción de tutela, dispuso la notificación de los magistrados que integran la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a la Secretaría de Hacienda de Bogotá y al señor Carlos Alberto Sandoval Reyes.

Respuestas de las entidades accionadas y vinculadas

1. La directora distrital de Gestión Judicial de la Secretaría Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá informó que remitió, por competencia, el escrito de tutela a la Secretaría Distrital de Hacienda.

1. La subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Hacienda solicitó la

desvinculación de la entidad al considerar que carecía de legitimación en la causa por pasiva. Sostuvo que la acción de tutela no fue presentada en contra de esa dependencia y la presunta vulneración deviene de la providencia judicial del Consejo de Estado.

1. El magistrado de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó que el expediente da cuenta de las actuaciones adelantadas e informó que la sentencia del 27 de agosto de 2018 fue dictada con ponencia de una magistrada que ya no hace parte de la corporación (se refiere a la Dra. Stella Conto).

1. Carlos Alberto Sandoval Reyes indicó que la decisión fue adoptada con base en un concepto favorable del Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito. Dicho concepto contó con la revisión y aprobación de los asesores jurídicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá y de la Secretaría de Hacienda Distrital. Sostuvo que frente a su situación particular existe cosa juzgada por cuanto en ambas instancias del trámite de repetición fue absuelto de cualquier responsabilidad.

Decisiones dentro del trámite de tutela

1. Primera instancia. La Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo del 27 de febrero de 2020, negó el amparo solicitado. Señaló que la decisión cuestionada hizo una interpretación razonable de las normas aplicables y de las pruebas obrantes en el expediente, entre ellas el concepto que emitió el Departamento Administrativo del servicio Civil del Distrito. De otra parte, señaló que la conformación de la sala de decisión se ajustó a lo previsto en los artículos 109, 110, 115, 126 y 128 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que las salas de las subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado están conformadas por tres magistrados y dichas normas exigen la asistencia y voto favorable de dos de ellos.

1. Impugnación. El actor señaló que el a quo no valoró los argumentos que presentó con el

escrito de tutela. Por lo que reiteró dichos fundamentos.

1. Segunda instancia. La Sección Cuarta del Consejo de Estado en fallo del 7 de mayo de 2020 confirmó la decisión de primera instancia. En relación con la sentencia del 27 de agosto de 2018 indicó que no cumplió con el requisito de inmediatez, por cuanto fue notificada por edicto desfijado el 10 de septiembre de 2018⁴ y el escrito de tutela se presentó el 12 de diciembre de 2019, es decir, cuando había transcurrido un año y tres meses⁵.

1. Para la Sección la acción de tutela tampoco cumplió con el requisito de subsidiariedad, ya que la parte actora pudo interponer recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del 27 de agosto de 2018, de conformidad con la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, referida a la nulidad originada en la sentencia.

1. Frente al auto del 11 de octubre de 2019, el Consejo de Estado precisó que el actor contaba con el recurso de reposición de conformidad con lo previsto en los artículos 242 de la Ley 1437 de 2011 y 318 del Código General del Proceso, y concluyó que dicha decisión fue razonable, en tanto la autoridad judicial explicó las circunstancias por las cuales se modificó la sala de decisión que dictó la sentencia del 27 de agosto de 2018.

A. Pruebas que obran en el expediente

1. El despacho sustanciador recibió el expediente T-7.948.907, que contiene el trámite de tutela de primera y segunda instancia seguido en el Consejo de Estado, así como el expediente 25000-23-26-000-2005-00227-01 (39226) del proceso de acción de repetición del Distrito Capital contra Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes.

A. Trámite en la Corte Constitucional

1. La Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional en auto de 30 de noviembre de 2020, seleccionó para revisión el presente caso y fue repartido al despacho de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger. No obstante, el 5 de marzo de 2021, la Sala Séptima de Revisión aceptó el impedimento manifestado por la magistrada. El 26 de marzo siguiente, la Secretaría de esta Corporación remitió el expediente de la referencia al despacho del magistrado José Fernando Reyes Cuartas, para lo de su competencia.

1. En atención al informe presentado por el magistrado sustanciador, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento Interno de esta Corporación, en la sesión ordinaria del 13 de mayo de 2020, la Sala Plena de la Corte asumió el conocimiento del proceso.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

1. La Sala Plena de la Corte es competente para revisar los fallos proferidos dentro de los expedientes de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, así como en la decisión adoptada el día 13 de mayo del año en curso.

Problema jurídico y estructura de la sentencia

1. El actor sostiene que la sentencia del 27 de agosto de 2018 emitida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de acción de repetición, vulneró su derecho fundamental al debido proceso. Según el accionante la decisión censurada, en síntesis, incurrió en los siguientes defectos:

i. Violación directa de los artículos 29 y 229 de la Constitución, por la indebida conformación de la sala de decisión.

ii. Violación directa del artículo 90 de la Constitución, según el cual, solo hay lugar a la repetición cuando se evidencia el dolo o culpa grave del servidor.

iv. Defecto fáctico por cuanto no se valoraron adecuadamente los conceptos rendidos por la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y el Ministerio Público en el curso del proceso iniciado en su contra.

1. En primer lugar, le corresponde a la Corte determinar si la acción de tutela satisface los requisitos de procedibilidad contra providencias judiciales. En caso de ser procedente, esta corporación tendrá que determinar si la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado -al emitir la providencia del 27 de agosto de 2018- (i) ¿desconoció los artículos 29 y 229 de la Carta al proferir la sentencia con una sala de decisión conformada por una magistrada y una conjuez? (ii) ¿infringió el artículo 90 de la Constitución en materia de responsabilidad del servidor público que impone el análisis estricto en repetición solo cuando hay dolo o culpa grave? (iii) ¿incurrió en un defecto sustantivo al otorgarle un alcance desproporcionado al concepto de culpa grave? (iv) ¿incurrió en un defecto fáctico al no valorar los conceptos del 4 de septiembre de 1998 de la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y del Ministerio Público dentro del proceso judicial de repetición?

1. Con el propósito de fundamentar esta conclusión la Corte seguirá este orden: (i) reiterará la jurisprudencia constitucional relativa a las reglas generales y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, aludiendo en particular a los defectos invocados por el actor. (ii) sintetizará el alcance del precedente constitucional respecto de la acción de repetición establecido en el artículo 90 constitucional y, en particular, en lo relativo a la determinación de los criterios para calificar un comportamiento como doloso o

gravemente culposo. Finalmente (iii) analizará el contenido de la decisión judicial cuestionada a efectos de determinar si se configuró alguno de los defectos alegados.

Acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia⁶

1. La acción de tutela contra providencias judiciales constituye un instrumento residual y excepcional de protección de los derechos fundamentales frente a actuaciones y omisiones de las autoridades judiciales que los puedan lesionar en el desarrollo de un proceso de esa naturaleza. Este mecanismo de amparo encuentra respaldo directo en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por Colombia⁷.

1. De acuerdo con la primera disposición toda persona puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quién actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de “cualquier autoridad pública”. La Convención, por su parte, establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, “aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”.

1. Sin embargo, la acción de tutela contra providencias judiciales resulta residual y excepcional por varios motivos. Por una parte, los procesos judiciales constituyen en sí mismos instrumentos de protección y realización de derechos, incluidos los fundamentales y, por lo tanto, es en esos escenarios que se deben resolver prima facie las disputas que envuelven su aplicación a un caso concreto, a través de los recursos ordinarios y extraordinarios que establece el respectivo trámite. Así mismo, el principio de independencia

judicial busca impedir que al momento de adoptar sus decisiones los jueces naturales del proceso se vean coaccionados por elementos ajenos a su discernimiento y al imperio de la ley. Por último, los postulados de cosa juzgada y seguridad jurídica dotan de inmutabilidad e intangibilidad a las decisiones judiciales en su condición de instancias de resolución definitiva de conflictos y de cierre de disputas jurídicas que, por consiguiente, el ordenamiento superior persigue salvaguardar como elementos necesarios para la convivencia pacífica.

1. Pese a lo anterior, la acción de tutela contra providencias judiciales cumple valiosos propósitos en el marco del Estado Social de Derecho. A través de este instrumento se garantiza el respeto y realización definitiva de los derechos fundamentales en el escenario judicial (art. 2 C. Pol.) y, por esa vía, la supremacía y fuerza vinculante de la Constitución (art. 3 C. Pol.).

1. La revisión eventual de las sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional materializa el principio de igualdad, ya que la labor de unificación jurisprudencial que realiza este Tribunal consolida la lectura estable de las cláusulas de derecho fundamental, ante las diversas posturas que se puedan presentar frente a las mismas dado su carácter abierto e indeterminado (art. 241-9). Igualmente, la tutela contra sentencias supone un medio adecuado para irradiar en el derecho legislado, aplicable en los trámites judiciales ordinarios, la perspectiva de los valores, principios, derechos y fines esenciales consagrados en la Constitución.

1. La fuerza expansiva de las normas de derecho fundamental, consecuencia de su estructura e importancia sustantiva, imponen a las autoridades un verdadero deber de asegurar que la interpretación de todas las fuentes formales del derecho ordinario se lleve a efecto a partir de la consideración y aplicación de los contenidos constitucionales relevantes. Se concreta así, una de las dimensiones del deber constitucional de asegurar la supremacía de la Constitución (arts. 2 y 4 C. Pol.)

1. Bajo ese entendido, en el Estado Constitucional colombiano la armonización de los principios de independencia judicial, cosa juzgada y seguridad jurídica, por un lado, y primacía y efectividad de los derechos fundamentales, por otro, se alcanza a través de la procedencia excepcional y residual de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme a las reglas decantadas por esta Corporación.

1. La sentencia C-590 de 2005 consolidó la jurisprudencia sobre la materia y distinguió entre los requisitos de procedibilidad formal y los presupuestos de procedencia material de la acción de tutela contra providencias judiciales. En general, sin hacer de la acción un recurso excesivamente técnico, estos elementos fijan la metodología y las pautas de admisibilidad del amparo y establecen el alcance y límites del escrutinio del juez constitucional.

1. En relación con los requisitos de procedibilidad formal, previa verificación de la legitimación en la causa por activa y pasiva, es necesario acreditar:

i) Que la cuestión que se discuta resulta de evidente relevancia constitucional. Teniendo en cuenta que el juez de tutela carece de competencia para dirimir disputas de índole estrictamente legal, económicas o de conveniencia, es necesario que el asunto sometido a su conocimiento verse sobre cuestiones relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales y que planteen un verdadero debate fáctico y normativo de naturaleza constitucional. No puede tratarse de una relevancia constitucional genérica que permita que todas las posibles críticas de una decisión judicial sean planteadas como una infracción del derecho al debido proceso o de acceso a la administración de justicia. Se trata de algo más: el problema llevado a la jurisdicción constitucional debe suscitar una discusión constitucional específica. Precisamente, mediante sentencia SU-573 de 2019, la Corte a propósito de este tema señaló que: “esta Corte ha manifestado que la relevancia constitucional tiene tres finalidades, a saber: (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela

a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces”.

ii) Que se han agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. Este presupuesto impide que la acción de tutela desplace los mecanismos ordinarios de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces, y que sea empleada para revivir términos vencidos por negligencia de las partes. Esta exigencia implica, además, que, de haber existido oportunidad, el problema constitucional específico se haya propuesto y discutido en el curso del proceso. De este modo se garantiza el carácter subsidiario y residual de la acción, se protegen las competencias de los jueces de las demás jurisdicciones, así como los terceros que pueden afectarse con la revisión constitucional de una providencia judicial.

iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la acción de tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De esta manera, el sometimiento de la acción a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en relación con el tiempo transcurrido entre la posible transgresión y la presentación del amparo constitucional concilia los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica y el mandato de efectividad de los derechos fundamentales, pues admite el ejercicio de la acción siempre que esta no se interponga en cualquier tiempo sino en un plazo que, sin ser perentorio, se encuentre justificado⁸.

iv) Que cuando se trate de una irregularidad procesal quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. En ese sentido no cualquier error o equivocación en el trámite ordinario da lugar a la procedibilidad de la acción, ya que el mismo debe tener una entidad suficiente para incidir probablemente en el resultado del proceso y en la afectación del derecho fundamental invocado.

v) Que el accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. En esa dirección, el solicitante debe

exponer los hechos que generaron la posible afectación, el fundamento de la violación alegada y dar cuenta de que la misma fue planteada al interior del proceso ordinario, siempre que ello hubiere sido posible.

vi) Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales por vía de tutela tienen su cierre en las sentencias que adopta esta Corporación en ejercicio de su función de revisión eventual o en la decisión de no selección de las decisiones proferidas en las instancias. En ambos casos las respectivas sentencias hacen tránsito a cosa juzgada constitucional⁹.

vii) Que no se trate de acciones de tutela contra sentencias de la Corte Constitucional ni, por regla general contra las del Consejo de Estado como resultado de la acción de nulidad por inconstitucionalidad¹⁰.

1. En todo caso, el examen de estos requisitos se debe realizar atendiendo a las condiciones del caso concreto y, en particular, a las circunstancias en que se encuentre el solicitante (arts. 13 y 228 C. Pol. y art. 6-1 Decreto Ley 2591 de 1991). Así, por ejemplo, si la acción de tutela se interpone contra una decisión de una alta corte el escrutinio debe ser más restrictivo en tanto se trata de órganos judiciales que definen y unifican la jurisprudencia en su respectiva jurisdicción. Ahora bien, si el amparo es pedido por un sujeto de especial protección constitucional el juez de tutela debe valorar la incidencia que sus específicas condiciones materiales de existencia pudieron tener en el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad y en el ejercicio efectivo de su derecho al acceso a la administración de justicia.

1. En ese sentido, no se debe perder de vista que las reglas decantadas en la sentencia C-590 de 2005 son producto de una ponderación estándar de los principios de independencia judicial, cosa juzgada, seguridad jurídica y primacía y efectividad de los derechos fundamentales. Por lo tanto, es posible que la ponderación de estos principios dé lugar a soluciones distintas en asuntos concretos en que sea necesario otorgar mayor peso a una faceta específica de un derecho fundamental en juego y, por lo tanto, suponer adecuaciones

a las reglas generales de procedibilidad e incluso excepciones a las mismas¹¹.

2. Sobre las causales de procedencia material la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que se debe comprobar la ocurrencia de al menos un defecto constitucional con trascendencia suficiente para comportar la lesión de un derecho fundamental. Estos pueden ser: i) defecto orgánico; ii) defecto procedimental absoluto; iii) defecto fáctico; iv) defecto material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente; viii) violación directa de la Constitución o ix) exceso ritual manifiesto¹². Atendiendo al carácter instrumental y metodológico de estas causales es posible que una misma situación de lugar a la ocurrencia de uno o más defectos al mismo tiempo, pues no existe un límite indivisible entre ellos.

1. En definitiva, los presupuestos generales de procedibilidad y las causales específicas de procedencia suponen pautas metodológicas que limitan la competencia del juez constitucional al momento de examinar una acción de tutela propuesta contra una decisión judicial. Los mismos tienen por objeto realizar el mandato de efectividad de los derechos fundamentales en un escenario de respeto por los principios de autonomía e independencia judicial, cosa juzgada y seguridad jurídica. De ahí que el juez constitucional carezca de competencia para reemplazar al juez de la causa en la interpretación del derecho legislado o en la evaluación detenida de las pruebas del caso o para imponer su criterio en debates de orden legal que corresponden a otras autoridades judiciales. Su papel se reduce a asegurar de manera residual y excepcional la protección de los derechos fundamentales en los trámites judiciales, conforme a las reglas señaladas en esta sentencia¹³.

Violación directa de la Constitución. Reiteración de jurisprudencia¹⁴

1. Con fundamento en el artículo 4º la Corte ha explicado que las disposiciones contenidas en la Constitución Política tienen valor normativo, lo que habilita su aplicación directamente por parte de las autoridades y los particulares¹⁵. De ahí que resulte admisible que los ciudadanos cuestionen a través de la acción de tutela las providencias judiciales que no aplican adecuadamente las reglas y principios superiores¹⁶.

1. Este tribunal ha reconocido que este defecto puede configurarse de varias formas. De una parte, cuando no se aplica una disposición constitucional en un caso concreto. Ello puede suceder debido a que, por ejemplo, “(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata¹⁷; y (c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución¹⁸ (...)”¹⁹. De otra parte, cuando la autoridad judicial aplica las disposiciones legales sin tener en cuenta que la Constitución es norma de normas, por lo que le otorga preferencia a la aplicación de aquellas sobre estas²⁰.

Defecto sustantivo. Reiteración de jurisprudencia²¹.

1. Este defecto encuentra fundamento en el principio de igualdad, así como en los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso. Está asociado a la irregular aplicación o interpretación de una disposición infraconstitucional por parte del juez. Si bien las autoridades judiciales gozan de autonomía e independencia para emitir sus pronunciamientos, dicha prerrogativa no es absoluta porque, en todo caso, deben ajustarse al ordenamiento jurídico²².

1. Este Tribunal ha señalado que, entre otras hipótesis, una autoridad judicial incurre en un defecto sustantivo cuando:

“(i) La decisión que adoptó tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque: “(a) no es pertinente, (b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, (c) es inexistente, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o (e) no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador (...);

“(ii) A pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma que realizó en el caso concreto: (a) no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación

razonable, (b) es inaceptable por tratarse de una hermenéutica contraevidente o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes, o (c) no es sistemática por omitir el análisis de otras disposiciones aplicables al asunto (...)23.

Debe advertirse que el juez de tutela, en principio, no está llamado a definir la forma correcta de interpretación del derecho. Sin embargo, en aquellos eventos en los que el juez ordinario en su labor de selección, interpretación y aplicación de normas queda comprendido por los eventos antes referidos, será procedente su intervención excepcional.

1. Ha sostenido la Corporación que cuando el juez de tutela advierta que una providencia incurre en alguna de las hipótesis referidas deberá declarar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso24.

Defecto fáctico. Reiteración de jurisprudencia25

1. Ha señalado la jurisprudencia constitucional26 que el defecto fáctico se presenta cuando el funcionario judicial “(i) omite el decreto y la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y útiles, lo cual impide una debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido (...); (ii) omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, pues no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión y, en el caso concreto, resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido habría variado sustancialmente (...); (iii) decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o, (iv) no excluye las pruebas ilícitas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva (...)”.

1. Se manifiesta en una doble dimensión, negativa y positiva. Según la Corte “[l]a negativa surge de las omisiones o descuido de los funcionarios judiciales en las etapas probatorias, verbi gratia, (i) cuando sin justificación alguna no valora los medios de convicción existentes en el proceso, los cuales determinan la solución del caso objeto de análisis; (ii) resuelve el

caso sin tener las pruebas suficientes que sustentan la decisión²⁷; y (iii) por no ejercer la actividad probatoria de oficio, es decir, no ordenar oficiosamente la práctica de pruebas, cuando las normas procesales y constitucionales así lo determinan²⁸. Será positiva “(i) cuando se evalúa y resuelve con fundamento en pruebas ilícitas, siempre que estas sean el fundamento de la providencia”²⁹; o cuando el juez decida “(ii) con pruebas, que por disposición de la ley, no son demostrativas del hecho objeto de la decisión”³⁰.

1. Ha indicado la Corte que “entendiendo que la autonomía judicial alcanza su máxima expresión en el análisis probatorio, el defecto fáctico debe satisfacer los requisitos de irrazonabilidad y trascendencia³¹: (i) El error denunciado debe ser ‘ostensible, flagrante y manifiesto’³², y (ii) debe tener ‘incidencia directa’, ‘trascendencia fundamental’ o ‘repercusión sustancial’ en la decisión judicial adoptada, lo que quiere decir que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta”³³.

1. En principio, la valoración que de las pruebas hace el juez natural se encuentra comprendida por su autonomía y no puede ser desautorizada invocando únicamente un criterio distinto. Al respecto, la sentencia SU-489 de 2016 señaló que (i) “[l]a intervención del juez de tutela, frente al manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido”; (ii) “las diferencias de valoración que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden considerarse ni calificarse como errores fácticos”; (iii) “frente a interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural quien debe determinar, conforme a los criterios de la sana crítica, y en virtud de su autonomía e independencia, cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto”; (iv) “el juez del proceso, en ejercicio de sus funciones, no solo es autónomo sino que sus actuaciones están amparados por el principio de la buena fe, lo que le impone al juez de tutela la obligación de asumir, en principio y salvo hechos que acrediten lo contrario, que la valoración de las pruebas realizadas por aquel es razonable y legítima”³⁴.

1. En suma, el defecto fáctico se estructura cuando la decisión judicial es producto de un

proceso en el cual (i) se omitió el decreto o la práctica de pruebas esenciales para definir el asunto; (ii) se practicaron, pero no se valoraron adecuadamente; y (iii) los medios de convicción son ilegales o carecen de idoneidad. El error debe ser palmario e incidir directamente en la decisión, puesto que el juez de tutela no puede fungir como si se tratara de una instancia adicional.

La acción de tutela cumple parcialmente con los presupuestos generales de procedencia

1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva. El artículo 86 de la Carta establece que la acción de tutela puede ser interpuesta por el ciudadano afectado ante la actuación de cualquier autoridad pública. El accionante presentó la petición de amparo, en nombre propio, con el objetivo de obtener la protección de sus derechos. Por otra parte, la acción está dirigida contra la autoridad judicial que emitió el fallo desfavorable del accionante.

1. Relevancia constitucional. El asunto reviste relevancia constitucional. La discusión versa sobre el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 superior) de un exfuncionario del Estado quien considera que en el marco de un proceso de repetición no se valoraron adecuadamente las pruebas aportadas al proceso. A su juicio, dichos elementos evidencian que su conducta estuvo desprovista de culpa, al tiempo que se dio un alcance desproporcionado al concepto de culpa grave previsto en el artículo 63 del Código Civil. Encuentra la Corte que además del debate relativo a la afectación del derecho al debido proceso, la cuestión planteada suscita discusiones acerca del alcance del artículo 90 de la Constitución vinculadas al estándar para valorar el comportamiento del agente estatal tratándose de responsabilidad patrimonial por repetición.

1. Adicionalmente, el caso implica la necesidad de constatar si en la decisión reprochada se ponderaron los mandatos constitucionales³⁵ en la valoración de la responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos, según los parámetros establecidos en la sentencia SU-354 de 2020.

1. Agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. La decisión que se impugna por vía de tutela fue proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de apelación, por lo que contra ella no procede otro recurso ordinario.

1. El recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo establece una serie de causales taxativas y de naturaleza restrictiva³⁶. En ese orden, aspectos como la valoración indebida de las pruebas o la inconformidad con la interpretación del concepto de culpa grave en el marco de la repetición, no pueden ser cuestionadas a través de dicho mecanismo, dado que su finalidad no es “corregir errores ‘in judicando’ ni puede fundamentarse en las mismas pruebas que sirvieron de soporte a la decisión que puso término al proceso, pues para estos yerros están previstos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del propio proceso”³⁷.

No obstante, el cuestionamiento relacionado con la conformación de la Subsección B, no cumple este requisito de procedibilidad. Como se advirtió en el recuento fáctico, el actor interpuso incidente de nulidad contra la sentencia del 27 de agosto de 2018, dicha solicitud de nulidad se interpuso dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, y fue rechazado de plano el 11 de octubre de 2019. En dicha providencia se indicaron las circunstancias que dificultaron la conformación de la sala de decisión del proceso de repetición, concluyendo que el quorum deliberatorio y decisorio estuvo debidamente integrado³⁸.

1. Esta corporación ha señalado que el recurso extraordinario de revisión procede cuando se considere que la sentencia está viciada de nulidad. Sobre el particular ha dicho la Corte que dicha herramienta puede considerarse idónea y eficaz, cuando “a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen

carácter fundamental, o b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho” 39.

1. Además, este tribunal ha señalado que el recurso extraordinario de revisión es una acción que pretende “un examen detallado de ciertos hechos nuevos que afectan la decisión adoptada y el sentido de justicia que de ella emana”⁴⁰. En esa dirección “en la medida en que afecta la certeza brindada por la cosa juzgada, es no sólo extraordinaria sino que además procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, y no es posible aducir otras distintas”⁴¹. Según la Corte “esta taxatividad es razonable, pues se trata de “una figura que modifica providencias amparadas en el principio de cosa juzgada”, y por ello “las causales previstas para la revisión deben ser aplicadas e interpretadas en sentido restringido”⁴².

1. En este escenario, la Sala encuentra que el cuestionamiento advertido por el actor en el escrito de nulidad, y que reitera nuevamente en la acción de tutela, encaja dentro del numeral 6° del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, esto es “[e]xistir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”. En consecuencia, el mecanismo idóneo para resolver la nulidad originada en la sentencia es el recurso extraordinario de revisión y, como el accionante no lo agotó, la acción de tutela debe declararse improcedente respecto del referido defecto.

1. Inmediatez. La decisión con la cual finalizó el proceso de repetición y que es objeto de la acción de tutela fue notificada por edicto fijado el 6 de septiembre de 2018 y desfijado el 10 de septiembre siguiente⁴³. A su vez, el 12 de septiembre de 2018⁴⁴ fue presentado incidente de nulidad contra la citada sentencia y rechazado de plano el 11 de octubre de 2019. La acción de tutela se interpuso el 12 de diciembre de 2019. Es decir, cuando habían

transcurrido aproximadamente dos meses desde el rechazo de la nulidad, lapso que la Corte encuentra razonable⁴⁵.

1. Podría objetarse la anterior conclusión bajo el argumento de que la solicitud de nulidad era abiertamente improcedente, de modo que el término de inmediatez debería contarse desde el momento en que fue notificada la sentencia. Sin embargo, para la Corte tal conclusión resultaría desproporcionada, en la medida que perdería de vista el hecho de que, en caso de prosperar la petición de nulidad, se afectaba toda la sentencia, por lo que es razonable que solo hasta obtener la resolución por parte del Consejo de Estado (que tardó un año en rechazar de plano el incidente propuesto), el accionante acudiera a la acción de tutela.

1. En caso de tratarse de una irregularidad procesal, debe tener incidencia directa en la decisión que resulta vulneradora de los derechos fundamentales. Si bien el actor alegó una irregularidad procesal, dicho defecto, como se indicó previamente, será declarado improcedente por incumplir el requisito de subsidiariedad. En tal sentido este requisito resulta inaplicable, por cuanto las demás anomalías corresponden a la violación directa de la Constitución y a los defectos fáctico y sustantivo.

1. Identificación de los hechos que generan la violación y que se hayan alegado en el proceso judicial en caso de haber sido posible. En términos generales, la identificación por parte del actor de los elementos relevantes en los que se estima incurrió la autoridad judicial fue adecuada.

1. Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela ni una decisión que decide una demanda de nulidad por inconstitucionalidad. La providencia que se censura hizo parte de un proceso contencioso administrativo de responsabilidad del agente estatal por repetición.

1. En suma, la Corte encuentra que la acción de tutela satisface los requisitos generales de procedencia, salvo lo correspondiente al defecto relativo a la conformación de la sala del Consejo de Estado que adoptó la decisión cuestionada. En consecuencia, la Sala Plena procede a examinar los otros defectos alegados.

Precisión preliminar: el régimen legal aplicable a la acción de repetición iniciada en contra del accionante

1. La Sala precisa en el asunto específico que, en tanto el hecho generador de la posible responsabilidad del agente estatal tuvo lugar en el año 1998, el régimen sustantivo aplicable a la acción de repetición se encuentra conformado por el artículo 90 de la Constitución, los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, y el artículo 63 del Código Civil⁴⁶.

1. En anteriores decisiones esta Corporación⁴⁷ se ha ocupado de estudiar la naturaleza, finalidad y presupuestos de la acción de repetición, en asuntos cuyos hechos ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 678 de 2001. Conforme a ello, en las consideraciones que siguen se reiterarán algunas de las reglas adoptadas en tales pronunciamientos y se sintetizarán las pautas relevantes adoptadas por la Sala Plena en la sentencia SU- 354 de 2020 respecto de la responsabilidad patrimonial establecida en el artículo 90 superior. Para lo cual debe destacarse que, dada la fecha en la que ocurrieron los hechos, la Ley 678 de 2001 no se encontraba vigente.

Naturaleza, características, presupuestos y alcance de la acción de repetición: especial referencia a la sentencia SU-354 de 2020⁴⁸

a. Antecedentes de la acción de repetición

1. Antes de la Constitución de 1991 no existía ninguna disposición de tal rango normativo

que regulara expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado ni tampoco la acción de repetición⁴⁹. La reglamentación sobre la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales se remonta a los Decretos Ley 150 de 1976 y 222 de 1983 así como a los Decretos 1222 y 1333 de 1986. Ellos eran aplicables al campo de la contratación estatal y admitían la posibilidad de demandar la repetición ante la jurisdicción coactiva⁵⁰.

1. Con la entrada en vigor del Decreto 01 de 1984 (Código de lo Contencioso Administrativo) se produjo un mayor desarrollo de la responsabilidad patrimonial del agente estatal, dejando de pertenecer al ámbito exclusivo de la contratación estatal para hacerse extensiva al funcionario público y a los particulares que desempeñaran funciones públicas.

En efecto, el artículo 77 del CCA dispuso que “[s]in 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”. Y el artículo 78 de la misma codificación estableció que “[s]i 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 lo que le correspondiere”.

1. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se discutió la necesidad de elevar a rango constitucional este mecanismo de control de la actividad del agente estatal⁵¹ y, finalmente, se decantó por limitar la imputabilidad subjetiva de los agentes estatales al sistema del dolo y la culpa grave, tal como se encontraba regulada en el CCA. El artículo 90 de la Carta, reguló la materia en los siguientes términos:

“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”.

1. Posteriormente se expidió la Ley 678 de 2001, “[p]or 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.”, misma que si bien es cierto no se encontraba vigente al momento de los hechos, entrega una pista clara argumentativa a efectos de comprender mejor la naturaleza de la acción de repetición y solo en ese sentido, la sala se referirá a ella. En esta, el legislador introdujo aspectos tanto sustanciales como procesales para regular la acción de repetición⁵².

a. Fundamento, naturaleza y propósitos de la acción de repetición

1. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han señalado que los artículos 6, 90, 91 y 126 de la Carta constituyen el fundamento del principio de responsabilidad patrimonial del Estado y, en concreto, de “la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, de los particulares que cumplen funciones públicas y de los contratistas de la administración, que con su actuar doloso o gravemente culposo, hayan causado un daño antijurídico imputable, en principio, al Estado”⁵³.

1. La Corte ha definido la acción de repetición como el medio judicial idóneo que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que haya causado⁵⁴. En la sentencia C-832 de 2001 determinó que la acción de repetición, además de proteger el patrimonio y la moralidad administrativa, estimula el correcto ejercicio de la función pública:

“Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés

público 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 herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública.”

1. Asimismo, el Consejo de Estado ha identificado que “un efecto indirecto de esta acción se dirige a la reducción del manejo indebido de los dineros y bienes públicos, pues este mecanismo procesal se establece como la herramienta propicia para que las entidades públicas actúen contra los agentes que por conductas arbitrarias han generado una condena en contra del Estado, más aún, cuando se cuenta con la posibilidad de perseguir, directamente, su patrimonio, a través de medidas cautelares o de la ejecución de la sentencia”. Bajo esa perspectiva “cuando una entidad pública interpone una acción de repetición, ejerce el derecho constitucional de acudir a la jurisdicción, para efectos de subsanar el desmedro patrimonial acaecido en razón del pago indemnizatorio realizado”⁵⁵.

1. Tanto esta corporación como el Consejo de Estado⁵⁶ coinciden en sostener que la acción de repetición no tiene por objeto medular imponer una sanción, sino que ella tiene “un carácter reparatorio o resarcitorio”⁵⁷. Su objeto consiste en “obtener el reembolso para el erario público de sumas de dinero pagadas como consecuencia del daño antijurídico ocasionado por un servidor estatal”⁵⁸. No obstante, si bien la acción de repetición es de carácter resarcitorio civil, también tiene funciones retributiva y preventiva⁵⁹. Tales características, sostiene la Corte, resultan relevantes a efectos de atender las tensiones que se derivan en su aplicación⁶⁰. Igualmente han precisado que la acción de repetición se caracteriza por ser subsidiaria⁶¹, subjetiva⁶² y sujetarse a criterios de proporcionalidad⁶³.

1. De esta manera debe la Corte en esta ocasión enfatizar en que, si bien se trata de una acción con la finalidad específica de reintegrar al patrimonio del Estado lo pagado, ello no conspira con la necesidad de analizar toda la temática que gira a su alrededor con la lupa de tratarse del análisis de una conducta humana reprochable. En esa medida todos los principios que se despliegan en un análisis de conducta son necesaria e imprescindiblemente aplicables. De no ser así, no se hubiera tomado el trabajo el constituyente originario de exigir dolo o culpa grave en el artículo 90 superior. De suerte que impera observar, caso a caso, si la persona de quien se predica la posible responsabilidad, conocía los hechos que realizaba y quería su realización, o dicho de otro modo, actuó con conciencia y voluntad de realizar una conducta, la cual a su vez trasgrede el catálogo funcional que juró cumplir (art 122.2 C.Pol.) al asumir el cargo. Igualmente es posible que esa responsabilidad se predique, no ya por la comparecencia de dolo, sino porque se ha actuado de manera contraria a las normas objetivas de cuidado en el ejercicio de la función concernida en cada caso.

1. En síntesis, la acción de repetición tiene por objeto (i) proteger el patrimonio público frente a las conductas dolosas o gravemente culposas de los agentes del Estado y (ii) preservar la moralidad administrativa, por medio de la reacción frente a las acciones desviadas, negligentes o sumamente imprudentes de los funcionarios-. Ha precisado, en todo caso, que dicha acción no tiene como propósito (iii) imponer cargas desproporcionadas a quien asume el ejercicio del servicio público⁶⁴.

1. Conforme a lo anterior, la acción de repetición debe aplicarse a la luz de los diversos mandatos constitucionales que puedan encontrarse en colisión⁶⁵. En ese sentido, la aplicación de la figura exige una labor de ponderación a efectos de valorar la atribución de responsabilidad a título de dolo o culpa grave⁶⁶ y establecer el remedio procedente⁶⁷.

a. Características de la consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado

1. Como se indicó antes, la comprensión constitucional de la acción de repetición ha permitido su caracterización a efectos de entender que se trata de una acción (i) subsidiaria, dado que “su procedencia está restringida a los eventos en los que la administración sea efectivamente condenada a pagar una indemnización por el daño antijurídico causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus agentes”; (ii) subjetiva, pues “depende de la demostración de que el daño que debió indemnizar el Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus funcionarios, por lo que no cualquier equivocación o descuido permite que se ejecute la acción de regreso, pues se requiere que ante la autoridad competente se acredite plenamente que la conducta que derivó en el menoscabo obedeció a un supuesto de imprudencia calificada o de arbitrariedad”; y (iii) se sujeta a criterios de proporcionalidad de modo que la repetición al agente del Estado -por el valor de la indemnización que debió ser asumida por la administración- debe efectuarse sin incurrir en excesos⁶⁸. La mencionada ponderación entre principios constitucionales debe llevarse a cabo en el ejercicio de la acción de repetición, tanto en “(i) la valoración de la atribución de responsabilidad a título de dolo o culpa grave (elemento subjetivo), como en la formulación (ii) del remedio previsto, cual es el regreso de lo pagado por el Estado”⁶⁹.

a. Presupuestos de prosperidad de la acción de repetición

1. La prosperidad de la acción de repetición depende, según lo ha sostenido este tribunal⁷⁰ y el Consejo de Estado⁷¹ de la acreditación de cuatro elementos: tres objetivos y uno subjetivo. En este tipo de casos deberá acreditarse i) la existencia de una condena judicial o de un acuerdo conciliatorio que impuso a la entidad estatal demandante el pago de una suma de dinero; ii) la realización del pago; iii) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado; y iv) una actuación dolosa o gravemente culposa⁷².

a. El dolo y la culpa grave en la acción de repetición

Teniendo en cuenta que en esta oportunidad el debate ha girado, principalmente, alrededor de la valoración de la culpabilidad del accionante en el proceso de repetición, la Corte se detendrá en precisar el alcance de tal elemento.

Jurisprudencia del Consejo de Estado

1. En lo concerniente a los hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 678 de 2001, el Consejo de Estado ha tenido en cuenta lo previsto en el artículo 63 del Código Civil frente a la culpa grave y el dolo⁷⁶. Además, ha reconocido que esas previsiones deben armonizarse con los artículos 6 y 91 de la Constitución, así como con los conceptos de buena y mala fe que en esta se mencionan⁷⁷, y que en su aplicación es necesario dimensionar las “características particulares del caso”⁷⁸. En este sentido, ha establecido que los jueces al examinar la culpa grave y el dolo no deben “limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que de estos conceptos trae el Código Civil referidos al modelo del buen padre de familia para establecerla por comparación con la conducta que en abstracto habría de esperarse del ‘buen servidor público’”⁷⁹, sino que deben conciliarla con esos artículos de la Constitución.

1. También ha dicho que a las autoridades judiciales les corresponde valorar la asignación de funciones señaladas en el reglamento o manual de funciones, aunque ha precisado que el reglamento no puede, de ninguna manera, “entrar a definir cuales conductas pueden calificarse de culpa grave o dolo por cuanto este es un aspecto que la Carta ha deferido a la reserva de ley”⁸⁰. En relación con esto, ha explicado que para determinar la responsabilidad de los agentes del Estado es necesario estudiar las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó “un incumplimiento grave”⁸¹ (subrayado del texto). Además, ha precisado que es necesario “establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas -actuación dolosa-, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aún así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo -actuación gravemente culposa-”⁸².

1. Por lo tanto, en este escenario ha reconocido que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada en la que juega un papel decisivo la conducta del actor. No cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permite deducir la responsabilidad del agente del Estado, pues siempre será necesario examinar la gravedad y la forma de configuración de la conducta⁸³.

1. Ahora bien, sobre los conceptos de dolo y culpa grave en el marco establecido a través de la Ley 678 de 2001, el Consejo de Estado ha señalado que en los artículos 5 y 6 de esa legislación se determinó un concepto legal independiente, propio del Derecho Público y aplicable a las acciones de repetición que se promuevan contra servidores públicos⁸⁴. Ha dicho, además, que los conceptos allí reproducidos tienen un contenido diferente al que establece el Código Civil, “amén de que en este nuevo campo no se equiparan el dolo y la culpa grave, como sí ocurre en el terreno civil, a tal punto que totalmente diferentes resultan, entre sí, las situaciones de hecho que la citada Ley recoge para efectos de presumir, en unos casos el ‘dolo’ y en otros, completamente diferentes, la ‘culpa grave’”⁸⁵.

1. De igual modo ha señalado que las presunciones de que tratan esos mismos artículos son legales por lo que admiten prueba en contrario y que quien pretenda beneficiarse con ellas debe invocarlas en la demanda de repetición y demostrar el hecho en que se funda⁸⁶. Siguiendo esta argumentación, en sentencia del 1º de marzo de 2018, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado presentó como posibles escenarios en los que el Estado puede imputarle una conducta dolosa o gravemente culposa a uno de sus agentes las siguientes circunstancias:

- “i) El primer evento, y el más común, se presenta cuando, en el libelo, el Estado estructura la responsabilidad del demandado en uno de los supuestos consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en los cuales se presume el dolo o la culpa grave que le es imputable al agente público en nexo con el servicio, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. ||
- ii) Pueden existir situaciones en las cuales, aunque en la demanda no se identifica

expresamente uno de los supuestos que hacen presumir el dolo o la culpa grave del demandado, los argumentos esbozados por el extremo activo de la litis son suficientes para que el juez pueda enmarcar su motivación en uno de los mencionados supuestos. Así pues, el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá razonar con suficiencia los móviles y fundamentos en los que se basa la presunción que alega, para que el juez pueda encuadrarla en uno de los supuestos de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001. iii) Por último, pueden presentarse muchos más casos en los cuales, pese a que no se encuentran consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, dan lugar a que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar. || En efecto, las denominadas presunciones son solo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público que pueden invocarse y, por ende, demostrar en las demandas de repetición”⁸⁷.

1. En esa ocasión, también aclaró que en circunstancias diferentes a las descritas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 no operan las presunciones que allí se establecen, por lo que la entidad demandante deberá describir la conducta constitutiva y acreditarla adecuadamente⁸⁸. Estas presunciones tampoco operan, según el criterio de ese Tribunal, en relación con los hechos ocurridos antes de la vigencia de esa ley, por lo que en esos casos la entidad demandante tiene la obligación de probar el dolo o la culpa grave del demandado con base en lo prescrito en el artículo 63 del Código Civil⁸⁹, como se explicó anteriormente.

1. Esa Corporación de igual manera ha manifestado que en relación con la determinación del dolo o la culpa grave la Ley 678 de 2001 se debe aplicar sin perjuicio de que, debido a la afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción de repetición se recurra excepcionalmente a lo previsto en el Código Civil, así como a “los elementos que la doctrina y la jurisprudencia han edificado en punto de la responsabilidad patrimonial, siempre y cuando, claro está, no resulte incompatible con la Ley 678 y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos

(artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política)”90.

1. Así las cosas, con independencia del régimen aplicable a los hechos objeto de la acción de repetición, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la responsabilidad de los servidores públicos en esos eventos no es objetiva; por el contrario, el análisis de las actuaciones se delimita por los conceptos de dolo – actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas – y culpa grave -pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aun así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo-, y estos a su vez, encuentran fundamento en parámetros de responsabilidad subjetiva.

1. Cabe indicar, además, que esa Corporación ha encontrado importante, de una parte, considerar las características particulares de cada caso y las funciones del agente del Estado y, de otra, conciliar la interpretación de las normas legales que regulan la materia con la Constitución y recurrir a otros elementos de orden legal, jurisprudencial o doctrinal para determinar la responsabilidad de los servidores públicos cuando sea necesario.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

1. La jurisprudencia constitucional ha tomado como fundamento del análisis de la responsabilidad del Estado y de sus agentes, los criterios establecidos en el artículo 90 de la Constitución; en tanto los últimos solo serán responsables patrimonialmente por un actuar doloso o gravemente culposo. En esa línea, la Corte ha reconocido que no existe identidad entre el fundamento de la responsabilidad del Estado, relacionado con la generación de un daño antijurídico, y el de la responsabilidad personal del funcionario público, pues esta únicamente se origina como consecuencia de su obrar doloso o gravemente culposo⁹¹.

En palabras de este Tribunal, lo anterior implica “que la antijuridicidad estipulada en el inciso segundo del artículo 90 constitucional para el caso de la responsabilidad de los servidores

públicos le otorgó una especial relevancia al factor subjetivo”⁹². Por ello se ha dicho que la base de la responsabilidad personal de los agentes de la administración, contemplada en el segundo inciso de la misma disposición, se concentra en la culpabilidad del funcionario⁹³. Por esta razón la Corte entiende que la responsabilidad de los agentes del Estado y en ese sentido también la acción de repetición resulta improcedente cuando la acción u omisión de la persona no puede catalogarse como gravemente negligente o arbitraria⁹⁴.

1. En efecto, dada la función retributiva de la acción de repetición enunciada antes, aun cuando la obligación de reparar lo pagado por el Estado configura una responsabilidad civil de tipo patrimonial, “surge también de un juicio de reproche al proceder del servidor público que, con sus actuaciones u omisiones dolosas o gravemente culposas, dio lugar a la condena al Estado”⁹⁵. Ese juicio de reproche no puede mirarse a partir de simples rutas objetivas; por el contrario, demanda del operador jurídico un análisis del contexto fáctico y psíquico del agente que, en el caso de la culpa grave, por ejemplo, le permita concluir, que el funcionario, además de poder prever sin equívocos la irregularidad y el daño que ésta generaría, prefirió ejecutar la actuación o confió en poder evitar el resultado dañoso.

1. Igualmente, la Corte ha precisado que, para determinar el dolo o la culpa grave, es conveniente tener en cuenta aspectos propios de la gestión administrativa. Esto supone que pueden ser esenciales para la determinación de responsabilidad “(i) las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o (ii) el grado de diligencia que le sea atribuible al servidor público en razón de los requisitos para acceder al cargo, la jerarquía del mismo en la escala organizacional o la retribución económica recibida por el servicio prestado”⁹⁶.

1. En ese sentido, aun cuando la Corte ya ha señalado que la naturaleza de la acción de repetición no es de tipo sancionatorio, sino que presenta un carácter reparatorio y resarcitorio, ella no escapa a los alcances de las garantía del principio de culpabilidad, en fin, de la necesidad de esclarecer la responsabilidad subjetiva, pues finalmente, aun reconociendo que no se trata de una acción sancionatoria, sí implica una atribución de responsabilidad, la cual se traduce a su vez en un juicio de reproche al agente, último que solo puede concretarse bajo la ruta del principio de culpabilidad. Aquí lo axial es dejar claro

que se trata de la evaluación, en sede judicial, de un comportamiento humano, cimentado en la dignidad de la persona, y por ende, donde está proscrita la responsabilidad por el solo resultado.

1. Para la Corte resulta oportuno destacar que la atribución de responsabilidad de agentes del Estado, cuya fuente tiene origen en el artículo 90, y que involucra por tanto los conceptos culpa grave o dolo, implica una valoración más desde las aristas juspunitivas, sin que obviamente puedan asimilarse en esta sede; lo que se quiere decir es que el avanzar de la dogmática jurídica hacia el esclarecimiento de los conceptos de dolo o culpa de tintes subjetivistas y luego normativistas, obliga el trascender definiciones difícilmente concretables o reconducibles a una idea menos discutible, como lo es la de “buen padre de familia”, para ahora decantar las citadas ideas de dolo y culpa en perspectivas que aluden al conocimiento de hechos, voluntad de realizarlos y conciencia de su ilicitud (dolo) o a la realización de comportamientos que trasgreden reglas, por no tener el cuidado debido, en virtud de normas objetivas de comportamiento, o acaso sobre criterios de previsibilidad (imprudencia o culpa).

1. El criterio “buen padre de familia” si bien es cierto, en su momento, tuvo una capacidad de rendimiento que se estimó suficientemente útil y comprensible, hoy día, en punto de atribución de responsabilidad ha caído en desuetud, pues, nótese como la propia Constitución alude a los conceptos dolo y culpa. Asimismo, es claro hoy que para esclarecer una relación causal ya no son de buen uso los nudos criterios naturalistas (teoría de la equivalencia de las condiciones) sino que la herramienta es la teoría de la imputación objetiva, de lo cual da buena cuenta una copiosa jurisprudencia del Consejo de Estado. El origen de dicha teoría se sitúa en el derecho civil⁹⁷, luego fue usada por el derecho penal y ahora ha sido utilizada por el derecho administrativo como una metodología eficiente para realizar juicios de atribución de responsabilidad, y así poder determinar cuándo un determinado resultado puede ser calificado o atribuido como suyo, a una determinada acción ejecutada por el agente⁹⁸.

1. Se trata entonces de una atribución normativa o jurídica de resultados, que va más allá de etéreos y difusos criterios psíquicos (y por ello mismo, naturalistas) como el del buen padre de familia. No se quiere decir aquí que estos conceptos deben arrancarse de tajo, pero es evidente que la jurisprudencia del Consejo de Estado y la propia dogmática del derecho administrativo⁹⁹, han avanzado en el análisis de imputación, por ejemplo, del daño antijurídico.

1. Así las cosas, en el análisis de dolo y culpa en punto de la acción de repetición, debe establecerse la responsabilidad a partir de contenidos de imputación jurídica, que en ese sentido, dejen ver: i) ya la actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas -actuación dolosa-, o, ii) en su defecto, el actuar que pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aún así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo -actuación gravemente culposa¹⁰⁰.

1. Particularmente, según el contenido del artículo 29 de la Constitución, ningún análisis de responsabilidad podría desligarse de la filigrana del acto que se analice y de los parámetros del contexto de este; por ello, la Constitución asume normativamente el principio de culpabilidad cuando quiera que se pretenda deducir responsabilidad, en fin, cuando se trata de analizar el comportamiento humano con perspectivas de reducir márgenes de acción del ciudadano con caris sancionatorio (penas, multas, restricciones, resarcimientos, etc.).

1. Tal principio, ha dicho esta Corporación “posee una triple significancia, a saber, i) que los ciudadanos sólo responden por los actos (y omisiones) que exteriorizan mediante una voluntad claramente signada en hechos verificables exteriormente; ii) que la determinación de la responsabilidad jus punitiva de un ciudadano, es un asunto que sólo a él concierne y, que en esa medida, es personal e intransferible; y iii) que es necesaria la conexión voluntaria entre el acto (u omisión) y el resultado producido, signada esa voluntad en el dolo o la imprudencia con que haya materializado el ciudadano su actuar (u omitir). De suerte que ha

de estimarse contrario a ese principio, la mera adscripción de responsabilidad por los nudos resultados que no puedan conectarse con dolo o imprudencia -responsabilidad objetiva-”¹⁰¹.

1. Por lo tanto, con la acción de repetición se procede con un juicio de responsabilidad de los agentes del Estado por medio de la retribución de las acciones especialmente desviadas, negligentes o imprudentes¹⁰². En ese sentido, la Corte tiene por cierto que “la aplicación de la acción de repetición no puede ignorar que, en el otro extremo, la figura no pretende imponer cargas desproporcionadas a quienes asumen el ejercicio del servicio público, comoquiera que con la pretensión de regreso no se busca que la responsabilidad inherente a la actividad del Estado recaiga en sus funcionarios o contratistas de manera indiscriminada, ya que ello sólo es posible, bajo ciertos parámetros que aseguren vigencia de la prohibición de exceso, cuando su intervención en la ocurrencia de daños antijurídicos sea premeditada, negligente o manifiestamente imprudente”¹⁰³.

1. Ahora bien, en lo que respecta a las presunciones de que tratan los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, esta Corporación ha señalado que, si bien no son contrarias a la Constitución, pues se justifican razonablemente en la necesidad de acreditar elementos subjetivos que por su naturaleza son de difícil prueba, admiten prueba en contrario¹⁰⁴. Sumado a ello, ha establecido que los jueces pueden deducir otras causales de culpa grave que, a pesar de no encuadrarse en ninguna de las presunciones consagradas, sí se enmarcan en los parámetros delimitados por el inciso primero del artículo 6 de la Ley 678 de 2001. Sin embargo, en estos casos este Tribunal ha aclarado que no opera ningún tipo de presunción y “no habrá lugar a la inversión de la carga de la prueba”¹⁰⁵.

1. De igual modo, a partir de lo establecido en los referidos artículos, esta Corporación ha presentado una serie de precisiones en relación con la actividad de las entidades públicas que demandan en repetición y de los jueces de lo contencioso administrativo. En relación con las primeras, ha señalado que si bien los artículos 5 y 6 de esa ley contemplan una serie de

presunciones “lo cierto es que sí resulta imperioso que las entidades acrediten con suficiencia que la actuación del agente, por su arbitrariedad o suma negligencia, fue determinante en la ocurrencia del supuesto de la presunción”¹⁰⁶. De igual modo, ha mencionado que, debido al carácter subsidiario de la pretensión de regreso, y a pesar de que las entidades públicas tienen la obligación de iniciar los procesos de repetición, estos solamente deben adelantarse cuando se acredite “con estrictos estándares de atribución de responsabilidad subjetiva, el dolo o la culpa grave del agente estatal, evitando su interposición cuando únicamente existan fundamentos precarios o altamente discutibles”¹⁰⁷.

1. En cuanto a la actividad de los jueces, la Sala Plena de esta Corporación ha dicho que se encuentran en la obligación de examinar los argumentos de la parte demandada, así como las pruebas incorporadas al proceso, pues estos, a pesar de que podrían no desvirtuar la responsabilidad del Estado¹⁰⁸, sí pueden ser concluyentes para descartar la responsabilidad personal del agente público. Además, ha expresado que estos también tienen el compromiso de evitar que el examen de la responsabilidad del Estado simplemente se extrapole al estudio que se adelante en el curso de la acción de repetición. El juez, sin embargo, deberá tener en cuenta que el servidor que no fue llamado en garantía dentro del proceso que dio lugar a la condena contra el Estado, tendrá un mayor margen para el planteamiento de su defensa, por cuanto la sentencia, en principio, no le será oponible.

1. Sumado a lo anterior, ha puesto de presente que los jueces de lo contencioso administrativo tienen un rol determinante no solo en lo que respecta a la corrección formal de la acusación, sino también en su desarrollo, de tal modo que se aplique en su sentido constitucional. Esto último implica que su empleo se realice “(i) con rigor en la protección del patrimonio público y de la moralidad administrativa y (ii) en armonía con las funciones que le son propias (resarcitoria, preventiva y retributiva), (iii) pero con pleno respeto por la posición del servidor público, quien tiene derecho a un estricto juicio de atribución de responsabilidad que le permita ejercer su garantía de defensa”¹⁰⁹.

1. En conclusión, esta Corporación ha destacado la importancia del carácter subjetivo de la responsabilidad de los servidores públicos y ha reconocido la necesidad de tener en cuenta aspectos propios de la gestión administrativa, así como las particularidades de cada caso. Consecuentemente con ello, ha llamado la atención sobre las obligaciones que tienen las entidades públicas y los jueces de lo contencioso administrativo en el marco de los procesos de repetición. Ellas tienen como propósito la garantía de un ejercicio de atribución de la responsabilidad justo para el agente del Estado, todo lo cual exige una labor de ponderación para evitar escenarios contrarios a la Constitución.

1. Precisamente en esa dirección la Corte ha enseñado que, en la interpretación de la acción de repetición se encuentran, de un lado los principios superiores referentes a la responsabilidad subjetiva de los funcionarios, la moralidad administrativa, la protección del patrimonio del Estado, el carácter reglado de la función pública, y de otro, los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al debido proceso, los cuales determinan que la imposición de cargas a las personas atienda a las exigencias de proporcionalidad y prohibición del exceso¹¹⁰.

1. Dado lo anterior, ha establecido que “la propia Constitución es expresa en señalar que la acción de repetición únicamente procede frente al dolo y la culpa grave del funcionario, por lo que esas condiciones de la atribución de responsabilidad deben evaluarse de manera estricta, no sólo porque responden a un claro mandato superior, sino en atención a la gravedad de la consecuencia que se predica del hecho de que se encuentren acreditadas”¹¹¹, por lo que reitérese entonces el juicio de atribución de responsabilidad patrimonial, debe asegurar todas las garantías que conforman el derecho al debido proceso.

1. De acuerdo con las consideraciones expuestas en torno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado en los términos del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución, la Sala Plena

procederá a verificar si en el asunto sub examine se configuraron los defectos alegados.

En la decisión del Consejo de Estado se configuró una violación directa de la constitución, un defecto sustantivo y un defecto factico

1. Después de hacer una valoración de los expedientes y de la jurisprudencia constitucional y administrativa que rigen la materia, la Corte concluye que la decisión que se ataca por la vía de acción de amparo, desconoció el inciso 2° del artículo 90 de la Constitución e incurrió en un defecto sustantivo dado que la sentencia cuestionada desconoció el principio de culpabilidad que debe orientar el análisis de la conducta (responsabilidad personal) de los funcionarios públicos en tratándose de la acción de repetición en punto del dolo o la culpa grave; e incurrió, asimismo, en un defecto fáctico por una indebida valoración de la conducta que llevó a concluir de modo objetivo y no a partir del análisis de responsabilidad subjetiva, una culpa grave en el funcionario, atendiendo las razones que se expondrán a continuación.

1. El actor formuló tres cargos contra la decisión del Consejo de Estado: (i) desconocimiento del artículo 90 de la Carta, según el cual hay lugar a la repetición cuando se evidencia el dolo o culpa grave del servidor; (ii) aplicación incorrecta el régimen legal de responsabilidad subjetiva; y (iii) ausencia de valoración de las pruebas que demostrarían una actuación diligente. Al margen de esa triple distinción lo cierto es que todos ellos gravitan alrededor de la acreditación de la culpa grave del exalcalde al declarar insubsistente a una empleada de carrera administrativa del distrito. Por lo anterior, la Corte los analizará de manera conjunta y, finalmente, dará respuesta a los tres problemas jurídicos específicos propuestos.

1. La Corte toma nota de que la sentencia del Consejo de Estado que se impugna señaló que para el estudio del caso acudiría al artículo 90 constitucional y a los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984, régimen aplicable para la época de los hechos. Esto significó que el análisis de la conducta desplegada tuvo lugar a partir de las categorías de dolo y culpa grave

establecidas en el artículo 63 del Código Civil. Bajo esa perspectiva, la Sección Tercera se ocupó de establecer si se cumplían las cuatro condiciones de prosperidad de la acción.

1. Primero, identificó la existencia de una condena judicial que impuso a la entidad estatal demandante el pago de una suma de dinero: la sentencia del 22 de mayo de 2003, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹¹², que confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 12 de septiembre de 2000. En ella se declaró la nulidad de la Resolución 795 del 18 de septiembre de 1998, ordenó el reintegro de la exempleada y condenó a la entidad al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la remoción hasta el efectivo reintegro.

1. Segundo, el Distrito expidió la Resolución 1377 del 17 de diciembre de 2003, mediante la cual dispuso el pago de la condena judicial impuesta. Posteriormente, mediante Resolución 156 del 6 de febrero de 2004, realizó el pago de auxilio de cesantías y de los aportes en salud y pensiones.

1. Cuarto, la actuación del alcalde fue gravemente culposa. Para llegar a esa conclusión el Consejo de Estado analizó las siguientes circunstancias:

i. La Señora Salazar Arango fue nombrada y posesionada en el cargo de jefe de Unidad grado 21, realizada el 2 y 16 de mayo de 1995, respectivamente. En dicho cargo fue inscrita en el escalafón de carrera administrativa por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 28 de junio de 1996.

i. La señora Salazar Arango fue incorporada mediante Decreto 34 del 17 de enero de 1997 a

la planta de personal del Distrito Capital en el cargo de subdirectora de Hacienda y del cual tomó posesión el 24 de enero siguiente.

i. Mediante comunicación de fecha 10 de agosto de 1998 la señora Salazar Arango puso en conocimiento del alcalde de Bogotá su situación laboral: “Me vinculé al Distrito capital en agosto de 1991, en la Secretaría de Tránsito y Transporte (...) como profesional universitario (...) hasta mayo de 1994. En la actualidad y desde el 15 de mayo de 1994 me desempeño como subdirectora de Recursos Humanos. El pasado 22 de julio fue informada por el Directos Administrativo y Financiero (...) de los cambios que se producirían en la administración, solicitándome presentar mi carta de renuncia. Posteriormente me entrevisté con el secretario de Hacienda (...) a quien le informé que yo era funcionaria de carrera. por lo anterior considero pertinente precisar señor nominador, de una parte, que con base en el concepto emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, sigo amparada por el fuero de carrera administrativa, que el cargo por mi desempeñado no escapa del ámbito de la misma, que puedo solicitar mi actualización en el escalafón, que cumplí los requisitos para el cargo, que soy una persona honesta y respetuosa de mis deberes y que no es mi voluntad renunciar (fl. 77, c.2)”.

i. La CNSC emitió concepto, de fecha 27 de julio de 1998, que según se indicó fue anexado a la anterior comunicación, en el que indicó: “(...) las funciones para el cargo de subdirector de hacienda de la Secretaría de Hacienda del Distrito (...) no señalan directrices y políticas fundamentales y generales para la entidad, sus funciones específicas están referidas exclusivamente a la dirección, coordinación, control y asesoría en materia de la administración del recurso humano de la entidad. Si bien es cierto que una de las funciones es la de asesorar esta función se circunscribe al director Administrativo y Financiero. En lo referente a la ubicación y jerarquía, este cargo no se encuentra dentro de los más altos en la estructura orgánica de la Entidad, toda vez que se encuentra por debajo del secretario de hacienda, subsecretario de hacienda y de los directores de la entidad. De las consideraciones anteriores se concluye que el cargo de subdirector de hacienda grado 24 de la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital no escapa al ámbito de la carrera administrativa (...) (fls. 78 y

79, c.4)”.

i. El Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito emitió concepto de fecha 4 de septiembre de 1998. Invocando la sentencia 16959 del 23 de abril de 1998 del Consejo de Estado, concluyó que “en concepto de este despacho, el funcionario escalafonado en la carrera administrativa en el cargo de Jefe de Unidad, al tomar posesión del empleo de Subdirector de Hacienda, declinó de sus derechos de carrera administrativa y, por lo tanto se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción (fls. 68 a 71, c.1)”.

i. Mediante Resolución del 18 de septiembre de 1998, el alcalde de Bogotá declaró insubsistente el nombramiento de la señora Clara Esperanza Salazar Arango en el cargo de subdirectora de Recursos Humanos de la Dirección Administrativa y Financiera de la Secretaría de Hacienda (...). En la parte final del acto, el secretario de hacienda distrital dejó la siguiente constancia: “en cumplimiento del artículo 26 del Decreto 24000 de 1968 se hace constar que la insubsistencia de la señora Clara esperanza Salazar Arango, obedece al mejoramiento del servicio”. El acto fue firmado por Enrique Peñalosa Londoño en su calidad de alcalde mayor y Carlos Alberto Sandoval Reyes, en su condición de secretario de Hacienda (fl. 58, c.2).

i. La Comisión Nacional de Servicio Civil certificó -el 25 de septiembre de 1998- que el 14 de agosto de 1998 se actualizó, en el registro público correspondiente, en el cargo de subdirector grado 24 de la Secretaría de Hacienda de Bogotá, a la señora Clara Esperanza Salazar Arango. Allí también “se dejó constancia de los derechos de carrera de la funcionaria en dicho cargo (fl. 59, c.2 -certificación de 25 de septiembre de 1998 de la CNSC)”.

1. Con fundamento en tales circunstancias, concluyó el Consejo de Estado que al declarar insubsistente el nombramiento de la señora Salazar Arango, el exalcalde desconoció abiertamente las normas sobre carrera administrativa, pues omitió que el registro de la

empleada se había actualizado al cargo de subdirectora grado 24 de la secretaría de Hacienda. A su juicio, la solicitud del concepto al Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito no demostró diligencia por parte del actor, en tanto fue emitido por una dependencia de la alcaldía que no administra el sistema de carrera administrativa y que resultaba contrario a lo ya decidido por la entidad competente, la CNSC, lo cual era de conocimiento del primer mandatario de Bogotá.

1. El Consejo de Estado destacó además la primacía de lo conceptuado por la CNSC sobre lo dicho por el Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito, con base en las previsiones de los artículos 45 y 46 de la Ley 448 de 1998. Tales disposiciones prevén que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad rectora en materia de carrera administrativa. En esa condición administra el sistema y, en consecuencia, tiene a su cargo los concursos, los ingresos, registros y sus actualizaciones, así como la responsabilidad de absolver consultas y dirimir conflictos sobre todos los asuntos en la materia. Preciso además que las comisiones seccionales tienen como función resolver derechos de petición y consultas con sujeción a la doctrina que sobre la materia dicte la CNSC.

1. Con base en lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que el exalcalde actuó con culpa grave, en tanto conocía que la empleada ostentaba derechos de carrera administrativa y, aun así, la declaró insubsistente. Advirtió que la administración distrital no precisaba de ningún concepto para respetar los derechos de carrera administrativa que le asistían a la funcionaria y, en caso de duda, le correspondía acudir a la CNSC, porque es la entidad rectora en la materia. Destacó que el entonces alcalde tenía consciencia del estatus laboral de su funcionaria y en esa medida del imperativo que existía de respetar sus derechos, “[e]lementos de juicios imperativos y suficientes para que el exservidor decidiera en favor de la trabajadora, como correspondía”.

1. Para la Corte, la naturaleza de la acción de repetición, la función retributiva que le ha asignado la jurisprudencia constitucional y la sujeción al principio de proporcionalidad,

impone examinar con particular cuidado si la valoración de la culpabilidad realizada por el Consejo de Estado resulta admisible. A continuación, procede con dicho examen.

1. La decisión del Consejo de Estado realizó una valoración equivocada del presupuesto subjetivo de la acción de repetición dado que a partir de una interpretación errada del estándar de “culpa grave” dio por probado, sin estarlo, que el comportamiento del agente fue de tal manera descuidado o negligente que cumplía el presupuesto subjetivo de procedencia de la acción de repetición.

1. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional “la acción de repetición únicamente procede frente al dolo y la culpa grave del funcionario, por lo que esas condiciones de la atribución de responsabilidad deben evaluarse de manera estricta, no sólo porque responden a un claro mandato superior, sino en atención a la gravedad de la consecuencia que se predica del hecho de que se encuentren acreditadas”¹¹³. En la decisión judicial cuestionada no se evidencia un particular y cuidadoso escrutinio del comportamiento del alcalde dado que la decisión termina apoyándose en un presunto error de comportamiento en la determinación administrativa de desvinculación sin considerar, integralmente, el contexto fáctico en el que tuvo lugar.

1. Esta conclusión de la Sala Plena se fundamenta en las siguientes razones:

Primero. El Consejo de Estado le atribuyó a la categoría “culpa grave” un significado puramente objetivo, y omitió hacer un análisis de responsabilidad subjetiva, personal y específica (acto). En efecto, tal y como se ha indicado en esta providencia la valoración de la culpabilidad exige establecer en el agente, en punto de la culpa grave, que este pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aún así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo; y, además, que tal conocimiento se tuvo de manera inequívoca y expresa.

Segundo. La decisión del Consejo de Estado omitió considerar además otra dimensión

fundamental de la culpa grave en el contexto de la acción de repetición. En efecto, el artículo 209 de la Constitución al definir los principios que orientan la función administrativa prescribe que esta, además de encontrarse al servicio de los intereses generales, se sujeta a los principios de eficacia y economía. A su vez, dicha disposición prevé que las autoridades deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Una interpretación conjunta de tales contenidos permite derivar la existencia de una pauta o guía de actuación que debería orientar al juez de la acción de repetición de los servidores públicos. Ella impone considerar que a menos de existir razones claras para considerar que un funcionario de apoyo se ha desviado de sus competencias o ha dejado de sujetarse al ordenamiento jurídico violando el artículo 6 de la Constitución, los directores de las entidades pueden confiar razonablemente en su criterio y seguir las opiniones emitidas en cada caso. Por ello, en el contexto de la acción de repetición la culpa grave impone valorar (i) el ambiente en el que se produce la decisión del funcionario público; (ii) la naturaleza y complejidad de la organización de la que hace parte y (iii) la distribución de roles y responsabilidades para la toma de decisiones.

Tercero. La decisión judicial cuestionada desconoció que el comportamiento del accionante tuvo como fundamento el concepto escrito de una autoridad distrital que caracterizaba la situación de la funcionaria desvinculada y definía jurídicamente la condición en la que se encontraba. La decisión cuestionada desconoce el principio de confianza –que si bien no es absoluto ni puede convertirse en la mampara para escudar el propio descuido o la propia mala fe—en virtud del cual cuando se trata de actividades complejas (como la administrativa) el reparto de roles y competencias implica que cada uno de los involucrados en la dicha tarea compleja, puede confiar en que los demás copartícipes desarrollan de manera correcta su rol.

Un pensamiento en contrario implicaría el fracaso de las tareas administrativas como un todo, pues, si el director de la entidad debe cerciorarse a pie juntillas, que cada uno de sus subalternos ha actuado conforme a su rol, entonces la función administrativa colapsaría porque el superior jerárquico debería verificar –lista de chequeo en mano—que sus subalternos han obedecido su catálogo funcional¹¹⁴.

Cuarto. El concepto en el que el alcalde fundamentó su determinación era particular y

específico. Se trataba de un escrito que de manera detallada y con apoyo en diferentes fuentes, precisaba la condición en la que se encontraba la funcionaria según los antecedentes existentes en el distrito. Bajo esa perspectiva, la decisión del accionante no se fundamentó en una opinión genérica o abstracta sino, por el contrario, en un concepto particular y concreto en el que podía razonablemente confiar y así lo hizo bajo el amparo de la buena fe. Pero no apenas eso, porque la especialidad profesional del alcalde aquí involucrado no es la misma de quien se ocupa de la determinación y alcance del contexto de las reglas de derecho, a saber, un experto jurídico, en quien se confía y por ello ostenta la posición administrativa que entonces poseía.

En efecto, la buena fe, además, como principio constitucional de la eficiencia en la función pública y de la división de funciones, le permitía al alcalde confiar en el concepto emitido por la oficina autorizada, lo que evidencia una ausencia de culpa grave en su proceder.

Precisamente, las funciones generales de la dependencia a la que acudió el exalcalde correspondían a la gestión del talento humano, las cuales, de acuerdo con la página web de la dependencia, son las siguientes:

“Con el Acuerdo 12 de 1987, se adoptó la Carrera Administrativa para la Administración Central en el Distrito de Bogotá y junto con ello, se facultó al Alcalde de ese entonces para crear y organizar el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y el Consejo del Servicio Civil Distrital como su órgano asesor, a partir de la base del Departamento de Relaciones Laborales. Luego de este acuerdo, el 21 de diciembre de 1987 se creó oficialmente el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital a través del Decreto 1623 de ese año y en ese momento se estableció que correspondía al Departamento, formular, asesorar y adelantar las políticas de administración de personal y desarrollo de los recursos humanos al servicio del Distrito”.

Ello deja ver que, el principal asesor del alcalde de Bogotá en materia de administración de personal, con las salvedades se harán más adelante, según el entendimiento actual de las funciones constitucionales de la CNSC –que eran distintas a las existentes en el año 1998-, es esa oficina, luego era razonable, creer y apoyarse en su criterio jurídico.

Ahora bien, en el análisis del caso concreto, resulta necesario destacar que, si bien obra prueba que evidencia que la extrabajadora en este asunto puso en conocimiento de la

entidad la actualización realizada por la CNSC, no existen elementos de juicio que demuestren que dicha información hubiese sido conocida directamente por el accionante.

Lo anterior por cuanto no consta en el expediente, que la actualización del cargo de la servidora desvinculada realizada por la CNSC fue conocida directamente por el alcalde. En efecto, existen varios elementos de juicio que muestran que la entidad sí conocía de la situación, que la extrabajadora hizo llegar información a algunas oficinas sobre su situación, pero no es claro que el sancionado hubiere tenido acceso a esa información. No puede perderse de vista que, en la acción de repetición, se está frente a la valoración de una conducta personal del agente público, no frente a la valoración de una conducta institucional. Por lo que, en ese sentido, es viable concluir que, la entidad sí conocía de la situación, pero el exalcalde, según lo que se lee en el expediente, al parecer no.

Particularmente, parecería que la información al alcalde sobre la naturaleza jurídica del cargo que desempeñaba la servidora se hizo vía comunicación que fue radicada en la oficina de correspondencia. Así, y aunque la razón principal sobre la que se funda esta decisión no es esa falta de ese conocimiento, en todo caso, debe destararse que, el volumen de cartas dirigidas al alcalde mayor de Bogotá que deben radicarse diariamente desborda la lógica del conocimiento directo del tema, de ahí que, la buena fe y la confianza juegan un papel preponderante.

Pero más de ello, en el presente asunto, es evidente que, además, la definición de criterios que identifican la gestión de la subdirectora de Hacienda del Distrito, permitiría considerar, prima facie, que el cargo era de libre nombramiento y remoción. Así entonces, la autoridad distrital experta en el manejo de talento humano emitió su concepto con posterioridad a la actualización del cargo, lo cual también permite concluir que el exalcalde actuó de buena fe, de conformidad con lo dicho por los expertos.

Quinto. La distribución de competencias en la administración pública tiene por objeto contribuir con el desarrollo de las funciones asignadas a cada una de las entidades. Se trata de una forma de materializar la eficacia en el ejercicio de la función administrativa (art. 209) dado que las diferentes dimensiones del quehacer institucional, las misionales y las operativas, son asignadas a diferentes órganos de manera tal que cada uno, al tiempo que se especializa y se responsabiliza en determinadas materias, apoya la gestión de los otros a

partir de su conocimiento y pericia. Conforme a lo anterior, resulta contrario al principio de culpabilidad atribuir responsabilidad al accionante, en el grado de culpa grave, cuando su determinación estuvo amparada en la opinión de una de las oficinas del distrito a la que funcionalmente le correspondía emitir los conceptos relacionados con las diferentes situaciones administrativas.

Sexto. Resulta relevante en este caso el precedente que se desprende de la sentencia SU-354 de 2020. Allí se dijo, frente a la decisión de desvinculación de un servidor público por parte del fiscal general de la nación, fundado en el concepto previo de la oficina jurídica, que “no cabe señalarse que la responsabilidad siempre deba ser imputada al jefe de la entidad, así como que todas las fallas interpretativas o de criterio de las dependencias le sean directamente atribuibles”. Esta consideración encuentra apoyo en el principio de la buena fe.

En efecto, resulta razonable considerar que un funcionario que adopta las determinaciones estructurales de la entidad no puede valorar de manera detallada cada una de las situaciones administrativas. Precisamente, con el propósito de no equivocarse en ello y con sujeción a los principios de la función administrativa, atribuye dicha tarea a otros servidores cuya función consiste en sugerir o advertir las posibilidades y riesgos de los diferentes cursos de acción. Se trata de un comportamiento que se ajusta no solo a la posibilidad sino a la necesidad de confiar en el cumplimiento de las obligaciones y tareas de los otros.

Séptimo. La decisión del alcalde estuvo precedida de un comportamiento razonable en tanto se apoyó en las consideraciones del Departamento Administrativo de la Función Pública del distrito y no en su propio interés o voluntad. La mayor o menor corrección del concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública del Distrito, no puede incidir en la calificación del grado de culpa.

Quien suscribe dicho concepto a efectos de orientar el sentido de la decisión del alcalde, es un servidor público cuya actuación debe presumirse respetuosa del ordenamiento y a quien le fue asignada la competencia en esta materia. Por eso, es apenas razonable reconocer la posibilidad de confiar en ello. En tal sentido, nótese lo equivocado de las valoraciones que hace el Consejo de Estado para revocar la decisión del a quo, las cuales se fundan en valoraciones paralelas sobre lo que debería ser, o sobre lo que era correcto jurídicamente en

el caso concreto, o sobre lo que debió hacer y no hizo el alcalde en cuestión, lo cual evidentemente desconoce que se valora una conducta específica en un contexto concreto, de cara a un juicio humano de reproche y no como una valoración de corrección jurídica. Ello podría ser correcto si lo que se valora es la conducta de la administración y la necesidad del restablecimiento de un derecho, pero no, si lo que se escudriña es la conducta humana del administrador público con miras a esclarecer su responsabilidad personal.

Aunado a ello, específicamente, en el presente asunto, el concepto emitido y al que viene haciéndose referencia, se encontraba motivado en providencias judiciales previas, analizó con detenimiento la situación particular de la señora Salazar Arango, y fue además detallado y claro, al punto que no existía un elemento que permitiera dudar sobre su contenido.

Octavo. En contra de las consideraciones anteriores podría sugerirse que la existencia de un concepto previo de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el que se expresaba que la funcionaria se encontraba inscrita en carrera administrativa, eliminaba la posibilidad del alcalde de apoyarse en la opinión del Departamento Administrativo. Esta conclusión, sin embargo, resulta equivocada en lo que tiene que ver con la calificación de la culpa grave. En efecto, era razonable que el accionante asumiera -en virtud del principio de confianza- que la oficina del distrito valoraría, conforme a su responsabilidad, todas las circunstancias y extremos del debate, incluso aquellos aspectos discrepantes con la Comisión Nacional del Servicio Civil. Se trataba en realidad de la posibilidad de confiar de buena fe en los roles atribuidos a cada uno de los intervinientes en los procesos de decisión en el distrito que, además, deben sujetarse al principio de legalidad.

Noveno. Los pronunciamientos de la Comisión Nacional del Servicio Civil que fueron invocados en la sentencia tuvieron lugar antes del concepto de fecha 4 de septiembre de 1998 en el que el Departamento Administrativo indicaba la posibilidad de disponer la remoción de la empleada. Ello implicó que el Alcalde ajustó su comportamiento a una opinión de la autoridad del distrito que, en general, ha debido valorar y considerar todos los elementos relevantes del contexto.

En este aspecto resulta relevante tomar en cuenta que, el aspecto fundamental que llevó al Consejo de Estado a tomar la determinación atacada por vía de tutela, consistió en destacar que, dado que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la autoridad constitucional

competente en la materia, desconocer un concepto emitido por ella para seguir un curso de acción opuesto con fundamento en lo considerado por una autoridad sin esa competencia, implicaría una actuación que se enmarca en la culpa grave conforme a los elementos previstos en el artículo 63 del Código Civil.

Pese a ello, y unido a lo señalado en precedencia, aunque bien puede afirmarse que un funcionario del nivel organizacional de una entidad -como el alcalde- no debe verificar todos y cada uno de los criterios expuestos por los demás funcionarios que, con la pericia y especialidad suficientes deberían aconsejarle sobre las actuaciones a adelantar, sí parece serle exigible conocer la configuración estatal más fundamental y que deriva de las competencias conferidas por la regulación de la parte orgánica de la Constitución.

No obstante ello, no ha de perderse de vista que, la Comisión Nacional del Registro Civil fue apenas incorporada en la función pública, por medio de la Constitución de 1991; en ese sentido, como quiera que los hechos tuvieron ocurrencia en el año 1998, para la Corte, el juzgamiento sobre la actuación del alcalde por el Consejo de Estado en este caso, no tuvo en cuenta aspectos fundamentales de la comprensión sobre el alcance y competencia de la CNSC en el año 1998.

A esa altura, apenas si se encontraban en construcción todos los aspectos propios de su naturaleza, funciones y competencia; por lo anterior, el Consejo de Estado, debió tomar en cuenta al momento de juzgar el comportamiento del exalcalde tal circunstancia, pues claramente, juzgar el actuar con todo lo trasegado en punto de los conceptos emitidos por la CNSC y su obligatoriedad apenas con 7 años desde su creación y en proceso inicial de su función, a hacerlo ahora, pasados más de 23 años, no podría ser lo mismo, pues para ese momento, el nivel de exigibilidad era incipiente.

En efecto, para el año en que ocurrieron los hechos no era suficientemente clara la comprensión que se tenía respecto de la competencia exclusiva de la CNSC frente a la administración y vigilancia de los empleos de carrera. En efecto, no puede afirmarse que desde 1991 estuviera clara la trascendencia de su rol en el acceso al empleo público, recuérdese que, por ejemplo, solo hasta el año 2005, por medio de la sentencia C-1230, se unificó en la Corte Constitucional la postura según la cual este órgano administra y vigila las carreras específicas de orden legal y la carrera general. En este sentido, entonces, la claridad

sobre el ejercicio indivisible, exclusivo y excluyente de las competencias de la CNSC requirió un tiempo de acomodación y consolidación en nuestro ordenamiento, panorama que en el año 1998 no estaba, se insiste, claro.

Ahora bien, para el momento de desvinculación de la accionante, la Ley 443 de 1998 establecía -entre otras cosas- la existencia de comisiones departamentales del servicio civil y del Distrito Capital (Art. 48) con funciones también relevantes en materia de la administración del personal (Art. 49). Estas disposiciones que, por supuesto, se declararon inexecutable en la Sentencia C-372 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), dan cuenta de que para el momento de desvinculación de la empleada en carrera haber pedido un concepto al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y darle el peso definitivo en una decisión como la que originó esta acción de tutela, no fuera reprochable, por lo menos no en el grado de culpa grave. Situación similar, sin embargo, debería juzgarse de modo diferente, ahora cuando la competencia de la CNSC es comprensible en sus implicaciones.

Así pues, la rigidez con la que el Consejo de Estado valoró esta situación parece evidente si se tiene en cuenta que, aunque se refiere a esta situación, indica, por ejemplo, que según el artículo 49.3 las comisiones seccionales tienen competencia para absolver consultas, pero que lo deben hacer con sujeción a la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil, destacando este último elemento como si fuera el relevante para juzgar la culpa grave del funcionario comprometido, cuando lo que puede derivarse de esto, es que sería responsabilidad de esas comisiones ajustarse a esa doctrina, mientras que, en este caso para el exalcalde no sería cuestionable que hubiera confiado en un concepto como el expedido, dado que era una autoridad que, para ese momento, podía emitir un concepto como el mencionado en el marco de sus competencias.

Así las cosas, la comprensión que para ese entonces se tenía sobre las funciones de la CNSC no podían dejarse de valorar a efectos de tener en cuenta el concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital. Esto significa que, en conclusión, para la época de los hechos, el carácter autónomo e independiente, así como el alcance de las atribuciones constitucionales de la CNSC sobre la administración y vigilancia de la carrera administrativa era apenas un tema en construcción jurídica, que ha tenido un amplio desarrollo posterior y que inicialmente tampoco fue pacífico ni siquiera al interior de la Corte Constitucional.

“Quinto. El Congreso Nacional, en desarrollo de los artículos 113 y 130 de la Constitución Política, señalará la estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con excepción hecha de las que tengan el carácter especial.”

Décimo. No es admisible sostener, como se sugiere en la decisión cuestionada, que el carácter subordinado de los funcionarios del Departamento Administrativo afecta la validez de la actuación del alcalde. En efecto, semejante premisa no solo aniquilaría cualquier distribución de competencias en una entidad pública, sino que implicaría desconocer que todos los servidores públicos, en este caso los vinculados al Departamento Administrativo, se encuentran sujetos a la ley y a la Constitución en virtud de lo establecido en el artículo 6º de la Carta Política. Una decisión coherente con esa forma de pensar debió haber compulsado copias –por lo menos— a la autoridad disciplinaria.

1. En suma, una actuación gravemente culposa supone en realidad un comportamiento por completo discordante de los principios y reglas que deben orientar la actuación de un administrador público. Sin embargo, ello no fue lo que ocurrió en este caso: (i) los cursos de acción posibles fueron presentados al alcalde; (ii) se expresaron en una opinión particular y detallada; (iii) esa opinión fue emitida por una oficina distrital que, en atención a sus funciones, debía valorar integralmente la situación administrativa de la funcionaria; y (iv) el alcalde podía confiar razonablemente en esa opinión.

Precisamente, en el contexto de la acción de repetición, como se dijo en la parte inicial, la culpa grave impone valorar (i) el contexto en el que se produce la decisión del funcionario público; (ii) la naturaleza y complejidad de la organización de la que hace parte y (iii) la distribución de roles y responsabilidades para la toma de decisiones. Desconocer tales elementos al interpretar las disposiciones y aplicarlas a los casos concretos en punto de culpa grave, puede constituir de manera simultánea una violación directa de la Constitución y un defecto sustantivo. En ese sentido, es oportuno tomar de forma rigurosa el análisis de atribución de responsabilidad contenido en la sentencia SU-354 de 2020, la cual expresamente señaló que adelantar dicho juicio de atribución de responsabilidad es un mandato exigible en aplicación del artículo 90 de la Constitución Política.¹¹⁵

1. Dado lo anterior, la Corte encuentra que la decisión judicial cuestionada desconoció el derecho fundamental al debido proceso y con la misma se configuraron tres defectos constitucionalmente relevantes: una violación directa de la constitución, un defecto sustantivo y uno fáctico.

Sobre la violación directa de la constitución y el defecto sustantivo

1. Inicialmente, tal y como se concluyó, la providencia judicial cuestionada dio un alcance equivocado a la categoría “culpa grave” prevista en el artículo 90 de la Constitución y en el artículo 63 del Código Civil. Le atribuyó un significado normativo puramente objetivo, y omitió hacer un análisis de responsabilidad subjetiva. En efecto, tal y como se ha indicado en esta providencia la valoración de la culpabilidad exige establecer en el agente, en punto de culpa grave, que este pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aun así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo; y además, que tal conocimiento se tuvo de manera inequívoca y expresa. A su vez en el contexto de la acción de repetición la culpa grave impone valorar (i) el contexto en el que se produce la decisión del funcionario público; (ii) la naturaleza y complejidad de la organización de la que hace parte y (iii) la distribución de roles y responsabilidades para la toma de decisiones. Desconocer tales elementos al interpretar las disposiciones que se refieren a la culpa grave, constituye de manera simultánea la violación directa de la Constitución y un defecto sustantivo. Proceder con una interpretación genérica o abierta de la “culpa grave” supone desconocer los requerimientos particulares que en esta materia ha fijado la Corte Constitucional, tal y como ello ha quedado explicado.

Sobre el defecto fáctico

1. La providencia impugnada dio por probada, sin estarlo, la culpa grave del accionante. Desconoció que, con fundamento en la distribución de roles y responsabilidades, así como en el principio de confianza que, en general, debe orientar las prácticas de la administración

pública, el accionante tomó la determinación de desvincular a la funcionaria apoyándose en el concepto emitido por la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital. De dicho concepto, de manera particular y concreta se desprendía la posibilidad de elegir ese curso de acción. Asumir que actuó con culpa grave supone desconocer el hecho de que esa decisión estuvo motivada no por el propio capricho o voluntad del alcalde sino por la confianza por él depositada en una oficina del distrito estrechamente relacionada con la materia sobre la materia controvertida. En esas circunstancias, asumir como probada una actuación del máximo nivel de negligencia, implica desconocer los hechos probados en el proceso y, en consecuencia, todo lo cual configuró un defecto fáctico.

1. Atendiendo el contenido de todas las consideraciones ampliamente expuestas, la Sala Plena procederá, en la parte resolutive de esta decisión, a revocar los fallos del 27 de febrero de 2020 y del 7 de mayo del mismo año, proferidos por las Secciones Quinta y Cuarta del Consejo de Estado, en primera y segunda instancia, respectivamente, por medio de los cuales se negó la acción de tutela promovida por Enrique Peñalosa Londoño contra la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por las razones expuestas en este proveído. Y en su lugar, se amparará el derecho al debido proceso del Señor Enrique Peñalosa Londoño por las razones que se esbozaron.

En igual sentido, la Corte dejará sin efectos la sentencia que emitió la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de agosto de 2018 por medio de la cual revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de la demanda de reparación adelantada en el asunto en contra del señor Enrique Peñalosa y en su lugar, confirmará la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, del 19 de mayo de 2010, por medio del cual negó las pretensiones, en ese asunto.

La anterior forma de amparo corresponde en efecto, a la misma metodología utilizada en la sentencia SU-354 de 2020 dado que: i) al resolver el fondo de la controversia planteada ante el juez contencioso administrativo, la Sala considera que carece de sentido, por sustracción de materia, remitir el caso de nuevo al juez que falló en segunda instancia; y ii) al ser una sentencia que aborda por primera vez el alcance de la categoría de culpa grave en punto de

la acción de repetición, para dar mayor claridad al alcance del precedente, era necesaria una valoración del fondo de los asuntos, lo cual torna innecesario un pronunciamiento posterior por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Síntesis de la decisión

1. En el presente asunto y luego de superado el análisis de procedibilidad de la acción, le correspondió a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar, si la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado -al emitir la providencia del 27 de agosto de 2018- (a) ¿desconoció los artículos 29 y 229 de la Carta al proferir la sentencia con una sala de decisión conformada por una magistrada y una conjuez? (b) ¿infringió el artículo 90 de la Constitución en materia de responsabilidad del servidor público que impone el análisis estricto en repetición solo cuando hay dolo o culpa grave? (c) ¿incurrió en un defecto sustantivo al otorgarle un alcance desproporcionado al concepto de culpa grave? (d) ¿incurrió en un defecto fáctico al no valorar los conceptos del 4 de septiembre de 1998 de la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y del Ministerio Público dentro del proceso judicial de repetición?

1. Después de hacer una valoración de los expedientes y de la jurisprudencia constitucional y administrativa que rigen la materia, la Corte concluyó que la decisión que se ataca por la vía de acción de amparo, desconoció el inciso 2° del artículo 90 de la Constitución e incurrió en un defecto sustantivo dado que la sentencia cuestionada desconoció el principio de culpabilidad que debe orientar el análisis de la conducta (responsabilidad personal) de los funcionarios públicos en tratándose de la acción de repetición en punto del dolo o la culpa grave; e incurrió, asimismo, en un defecto fáctico por una indebida valoración de la conducta que llevó a concluir de modo objetivo y no a partir del análisis de responsabilidad subjetiva, una culpa grave en el funcionario.

1. Para la Corte, el Consejo de Estado omitió hacer un análisis de responsabilidad subjetiva,

personal y específica, además, omitió considerar otra dimensión fundamental de la culpa grave en el contexto de la acción de repetición. Al respecto, se precisa que el artículo 209 constitucional, al definir los principios que orientan la función administrativa prevé que las autoridades deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Lo anterior impone considerar, a menos de que existan razones claras para considerar que los funcionarios de apoyo se han desviado de sus funciones, que los directores de las entidades pueden confiar razonablemente en su criterio y en las opiniones emitidas en cada caso. En tal sentido, la culpa grave impone (i) valorar el contexto en el que se produce la decisión del funcionario público; (ii) la naturaleza y complejidad de la organización de la que hace parte; y, (iii) la distribución de roles y responsabilidades para la toma de decisiones.

1. La decisión judicial cuestionada (i) desconoció que el comportamiento del accionante tuvo como fundamento el concepto escrito de una autoridad distrital que caracterizaba la situación de la funcionaria desvinculada y definía jurídicamente la condición en la que se encontraba; (ii) desconoció el principio de confianza -que si bien no es absoluto-, indica que cuando se trata de actividades complejas (como la administrativa) el reparto de roles y competencias implica que cada uno de los involucrados en dicha tarea, puede confiar en que los demás copartícipes desarrollan de manera correcta su rol- De no ser así ello implicaría el fracaso de las tareas administrativas como un todo. Si el director de una entidad debe cerciorarse que cada uno de sus subalternos ha actuado conforme a su rol, entonces la función administrativa colapsaría ya que este debe verificar si sus subalternos han obedecido su catálogo funcional.

1. Siguiendo el precedente de la sentencia SU-354 de 2020, frente a la desvinculación de un servidor público fundado en un concepto previo de la oficina jurídica “no cabe señalarse que la responsabilidad siempre deba ser imputada al jefe de la entidad, así como que todas las fallas interpretativas o de criterio de las dependencias le sean directamente atribuibles”. Consideración que encuentra apoyo en el principio de la buena fe. En ese sentido resulta razonable considerar que un funcionario que adopta las determinaciones estructurales de la

entidad no puede valorar de manera detallada cada una de las situaciones administrativas. Precisamente con el propósito de no equivocarse y de actuar con sujeción a los principios de la función administrativa se atribuye dicha tarea a otros servidores cuya función consiste en sugerir o advertir las posibilidades y riesgos de los diferentes cursos de acción.

1. La Sala Plena concluyó que la decisión del alcalde fue razonable, en tanto se apoyó en un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública del Distrito y la mayor o menor corrección de dicho concepto, no puede incidir en la calificación del grado de culpa. Quien suscribe dicho concepto a efectos de orientar el sentido de la decisión del alcalde, es un servidor público cuya actuación debe presumirse respetuosa del ordenamiento y a quien le fue asignada la competencia en esta materia. En tal sentido las valoraciones del Consejo de Estado son equivocadas, pues desconocen que se valora una conducta específica en un contexto concreto, de cara a un juicio humano de reproche y no como una valoración de corrección jurídica.

1. La corte encontró que una actuación gravemente culposa supone un comportamiento por completo discordante con los principios y reglas que deben orientar la actuación de un administrador público. Sin embargo, ello no fue lo que ocurrió en este caso, pues “(i) los cursos de acción posibles fueron presentados al alcalde; (ii) se expresaron en una opinión particular y detallada; (iii) esa opinión fue emitida por una oficina distrital que, en atención a sus funciones, debía valorar integralmente la situación administrativa de la funcionaria; y (iv) el alcalde podía confiar razonablemente en esa opinión”.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR los fallos del 27 de febrero de 2020 y del 7 de mayo del mismo año, proferidos por las Secciones Quinta y Cuarta del Consejo de Estado, en primera y segunda instancia, respectivamente, por medio de los cuales se negó la acción de tutela promovida por Enrique Peñalosa Londoño contra la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por las razones expuestas en este proveído.

Segundo.- TUTELAR el derecho al debido proceso del Señor Enrique Peñalosa Londoño por las razones que se esbozaron en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia que emitió la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de agosto de 2018 por medio de la cual revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de la demanda de reparación adelantada en el asunto en contra del señor Enrique Peñalosa.

Tercero.- CONFIRMAR la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, del 19 de mayo de 2010, por medio del cual negó las pretensiones, dadas además las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta Ad-Hoc

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

con impedimento aceptado

JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Señaló que en dicho concepto se indicó que “el funcionario escalafonado en la carrera administrativa en el cargo de Jefe de Unidad al tomar posesión del empleo de subdirector de hacienda, declinó de sus derechos de carrera administrativa y, por lo tanto, se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción (...)”.

2 Al respecto el actor señaló que el concepto del Ministerio Público solicitó la confirmación de

la sentencia de primera instancia, pues no encontró acreditado el dolo o la culpa grave. En concreto la Procuraduría expresó que: “[e]n el sub judice se debe señalar que la actora limitó la imputación en el hecho de que la justicia Contencioso-Administrativa declaró la nulidad del acto de insubsistencia porque la señora Salazar a quien se desvinculó era de carrera, siendo que la simple nulidad no implica la responsabilidad de quien expide el acto. // Siguiendo las pautas jurisprudenciales (...) no se acredita de manera fehaciente la culpa grave o el dolo de los demandados. // Se advierte que previamente a declarar la insubsistencia, la administración distrital solicitó un concepto que fue expedido el 4 de septiembre de 1998 en el que claramente se les informaba que al cambiar de cargo de jefe de unidad por el de subdirector de hacienda, la empleada había perdido los derechos de carrera, toda vez que el cargo no era de carrera, aunque ella hubiera estado escalonada(sic) con anterioridad. // (...) no hay prueba de que el Distrito conociera la actualización de escalafón que hiciera la CNSC, porque solo el 14 de agosto de 1998 se surtió la mencionada actualización en el cargo directivo de subdirectora de hacienda. // Así las cosas, en criterio de este despacho, las pruebas documentales allegadas al proceso no permiten calificar como dolosa o gravemente culposa la conducta (...) por el hecho de proferir la insubsistencia que anuló la jurisdicción contenciosa administrativa (...)”.

3 Alude a una sentencia del Consejo de Estado indicando que fue adoptada por la Sección Segunda del 7 de mayo de 1991. Así mismo refiere la sentencia del 22 de febrero de 2017 del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Rad: 41232, según la cual, el Consejo conoció un caso similar en el que, a su juicio, “hace evidente que no hay pruebas para afirmar que Enrique Peñalosa Londoño con la expedición de la resolución 795 de 1998 incurriera en una conducta gravemente culposa”.

4 En <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/Bienvenida>. Expediente 25000-23-26-000-2005-00227-01.

5 Preciso que el término de inmediatez no puede contarse desde la notificación del auto del 11 de octubre de 2019, toda vez que la presentación del incidente de nulidad no comprometió la ejecutoria de la sentencia del 27 de agosto de 2018 ni impidió que el actor ejerciera la acción de tutela, pues de conformidad con el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, el término de ejecutoria únicamente se pospone cuando se trata de solicitudes de aclaración o complementación.

6 Reiteración de la jurisprudencia contenida en las sentencias C-590 de 2005, T-211 de 2009, T-315 de 2010, T-214 de 2012, SU-415 y SU-627 de 2015, T-732 de 2017, SU-004, SU-035 y SU-539 de 2018 y SU-268 de 2019, entre otras. Estas consideraciones acogen lo dispuesto en la sentencia T-297 de 2020.

8 En ese sentido, la sentencia C-543 de 1992 consideró contrario a la Constitución el término de dos meses de caducidad que había fijado el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 para el ejercicio de la acción de tutela contra “sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso”. Al respecto señaló: “Como se observa, aplicado a las acciones, el término de caducidad es el que -señalado por la ley- una vez transcurrido, aunque no debe confundirse con la prescripción extintiva, impide que la correspondiente acción se ejerza. || Lo cual significa que prever un tiempo de caducidad para el ejercicio de la acción de tutela implica necesariamente que tan solo dentro de él puede tal acción interponerse. En otras palabras, quiere decir la norma cuestionada que la acción de tutela cuando se dirija contra sentencias que pongan fin a un proceso no puede ejercerse en cualquier tiempo sino únicamente dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria. || En la presente providencia se resolverá también si procede la tutela contra fallos ejecutoriados, pero, independientemente de ello, resulta palpable la oposición entre el establecimiento de un término de caducidad para ejercer la acción y lo estatuido en el artículo 86 de la Constitución cuando señala que ella puede intentarse “en todo momento”, razón suficiente para declarar, como lo hará esta Corte, que por el aspecto enunciado es inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991”.

9 Sentencia SU-1219 de 2001. La Corte precisó en la sentencia T-322 de 2019 que “[l]a acción de tutela contra sentencias de la misma naturaleza puede proceder de manera excepcional cuando exista fraude y, por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta”. Según esa providencia “la demanda debe cumplir los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y demostrar que (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación”.

10 Ver la sentencia SU-391 de 2016.

11 De este modo, la Corte ha señalado que la existencia de medios ordinarios de defensa judicial al interior de un proceso ordinario debe valorarse atendiendo a la eficacia e idoneidad que estos tienen para procurar la protección de un derecho fundamental eventualmente amenazado o vulnerado. En esa dirección, teniendo en cuenta que durante varios años la Corte Suprema de Justicia consideró que la indexación de la primera mesada pensional no era procedente frente a pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, esta Corporación inaplicó el requisito de subsidiariedad en relación con las acciones de tutela formuladas contra sentencias de segunda instancia que negaban la referida garantía pensional (T-259 de 2012, SU-1073 de 2012 y SU-415 de 2015). También lo hizo en el contexto de tutelas contra sentencias que involucraban la personalidad jurídica y el estado civil de las personas (T-329 de 1996, T-411 de 2004 y T-156 de 2009) o cuando el accionante vio lesionada su garantía a una defensa técnica en el marco de un proceso penal (T-567 de 1998 y T-068 de 2005), o cuando el solicitante hacía parte de un colectivo históricamente discriminado (T-717 de 2011) o cuando el empleo del recurso de casación comportaba una carga desproporcionada frente a las condiciones materiales de existencia del peticionario y la magnitud de la amenaza ius fundamental (T-629 de 2015). Del mismo modo, ha flexibilizado el presupuesto de inmediatez en relación con tutelas formuladas contra sentencias que involucran el reconocimiento de una prestación pensional (T-1028 de 2010, SU-407 de 2013 y SU-499 de 2016) y ha analizado defectos constitucionales que no fueron invocados expresamente por los solicitantes dentro de los trámites ordinarios en que se profirió la decisión cuestionada (SU-195 de 2012, T-115 de 2015, T-515 de 2016, T-119 y T-577 de 2017). Por último, cabe precisar que si bien en la mayor parte de las anteriores decisiones estaba de por medio el amparo de derechos fundamentales de sujetos de especial protección y se trataba de asuntos que involucraban cuestiones importantes de justicia material y de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C. Pol.), la Corte también ha emprendido un examen dúctil de los requisitos formales de procedibilidad en tutelas contra sentencias que condenaron al pago de sumas dinerarias a entidades estatales sumidas en un estado de cosas inconstitucional (T-546 de 2014, T-606 de 2016, SU-427 de 2015 y T-521 de 2017) e incluso en tutelas contra sentencias de tutela en las que se promovía la salvaguarda del patrimonio público frente a situaciones de carácter fraudulento (T-218 de 2012, T-951 de 2013, SU-627 de 2015 y T-322 de 2019).

12 El alcance y requisitos de cada uno de estos defectos ha sido construido por la jurisprudencia constitucional en diferentes decisiones. Una síntesis inicial de los mismos

puede ser consultada en las sentencias SU-159 de 2002, T-057 de 2004 y T-315 y C-590 de 2005. De forma más reciente se pueden revisar las sentencias SU-268 y SU-453 de 2019.

13 Sentencia T- 045 de 2021.

14 Sentencia T-271 de 2020.

15 Cfr. Sentencias SU-198 de 2013 y SU-069 de 2018. De igual modo, se puede consultar la sentencia T-369 de 2015, en tanto explicó que “(...) esta causal de procedencia de la acción de tutela encuentra fundamento en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de tal forma que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. En consecuencia, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados”.

16 Ibídem.

17 Sentencias T-765 de 1998 y T-001 de 1999. Los derechos de aplicación inmediata están consagrados en el artículo 85 de la C.P.

18 Ver entre otras, las sentencia T-199 de 2009; T-590 de 2009 y T-809 de 2010.

19 Sentencia SU-069 de 2018.

20 Cfr. Sentencia SU-069 de 2018.

21 La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en las consideraciones expuestas en las sentencias SU-035 de 2018 y T-451 de 2018 y T-195 de 2019.

22 Cfr. Sentencia T-543 de 2017.

23 Sentencia SU-354 de 2020.

24 Sentencia T-741 de 2017. Reiterada en la sentencia T-259 de 2018.

25 Se reitera la base argumentativa de las sentencias T-195 de 2019, SU-354 de 2020 y T-045 de 2021.

26 Sentencia SU-354 de 2020.

27 Sentencia C-590 de 2005.

28 Sentencia SU-355 de 2017.

29 Sentencia SU-159 de 2000.

31 Sentencia T-060 de 2012.

32 Sentencias T-064, T-456, T-217, T-067 y T-009 de 2010. En similar sentido, las sentencias T-505 de 2010 y T-014 de 2011.

33 Sentencia T-067 de 2010. En igual sentido, sentencias T-009 de 2010 y T-466 de 2012.

34 Cfr. Sentencias T-314 de 2013 y T-214 de 2012.

35 En la sentencia SU-354 de 2020, la Corte indicó que, por un lado, se encuentran, los principios superiores referentes a la responsabilidad subjetiva de los funcionarios, la moralidad administrativa, la protección del patrimonio del Estado y el carácter reglado de la función pública. En contraste, por el otro lado, están los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al debido proceso, los cuales determinan que la imposición de cargas a las personas atienda a las exigencias de proporcionalidad y prohibición del exceso.

36“Artículo 188: son causales de revisión: Son causales de revisión: 1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. // 2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mejor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. // 3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mayor derecho para reclamar. // 4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. // 5. Haberse dictado sentencia penal que

declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. // 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. // 7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. // 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”

37 Cfr. Sentencia C-004 de 2003, reiterado en la C-520 de 2009.

38 En dicha decisión se indicó que (i) ocurrieron circunstancias como la renuncia de un magistrado y el impedimento de otro y, por consiguiente, tuvo que designarse un conjuez; (ii) dicha designación estuvo acorde con lo previsto en el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo; (iii) “de conformidad con el artículo 100 del Código Contencioso Administrativo, las Subsecciones de esta Corporación, para deliberar válidamente, deben contar con la asistencia de la mitad más uno de sus miembros y, en consecuencia, dicho requisito se entiende cumplido en el entendido que la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, está integrada por tres Consejeros y la providencia fue discutida por una magistrada y una conjuez”; (iv) “el artículo 102 de la codificación antes referida, dispone que las decisiones que se adopten en las Subsecciones de esta Corporación, requieren la mayoría absoluta de sus miembros”, y justamente, la decisión fue adoptada por dos de los tres miembros de la Sala.

39 Sentencia T-553 de 2012 reiterada en la sentencia SU-090 de 2018.

40 Ib.

41 Ib.

42 Ib.

43 Consulta realizada en la página de consulta de proceso de la rama judicial, en <https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/Bienvenida>. Expediente 25000-23-26-000-2005-00227-01.

44 Ibidem.

45 La Sala Plena de esta Corporación en la sentencia SU- 090 de 2018 al estudiar los requisitos de procedibilidad formal en una acción de tutela que se interpuso contra el Consejo de Estado emitida en un proceso de nulidad simple, consideró que no cumplió, entre otro, con el requisito de inmediatez. Ello fue así, por cuanto el fallo fue proferido el 5 de marzo de 2015, y contra dicha decisión se interpuso incidente de nulidad el 19 de mayo siguiente. Dicho incidente se resolvió el 14 de octubre de 2016 y la acción de tutela se presentó el 21 de abril de 2017. La Corte sostuvo que en el caso se presentó una tardanza injustificada, ya que al tomar como referente la fecha en que se resolvió el incidente -14 de octubre de 2016- y la fecha en que se presentó la acción constitucional -21 de abril de 2017 - el accionante no sustentó las razones por las cuales omitió adelantar el trámite de forma más célere. Concluyó que la acción era improcedente. No obstante, la Corte precisó que si bien, “la jurisprudencia constitucional no ha establecido un término específico para dar cumplimiento al requisito de la inmediatez, este debe ser valorado teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto”.

46 Entre muchas otras pueden consultarse las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de abril de 2021, exp. 60801; Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2021, exp. 51652; Subsección B, sentencias del 17 de marzo de 2021, exps. 53337 y 53853; Subsección B, sentencias del 10 de febrero de 2021, exps. 54169 y 56430; Subsección A, sentencia del 23 de octubre de 2020, exp. 62358; Subsección A, sentencia del 12 de octubre de 2017, exp. 42.802; Subsección A, sentencia del 16 de octubre de 2007, exp. 22.098.

47 Al respecto se reiterarán los argumentos centrales expuestos por la Corte en las sentencias T-1257 de 2008 y T-950A de 2009.

48 En esta oportunidad la Corte analizó dos asuntos en los cuales se cuestionaron providencias judiciales proferidas en el marco de procesos de acción de repetición. En el primero el actor, -fiscal general de la nación en su momento- presentó acción de tutela argumentando que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso. Ello había ocurrido, a su juicio, dado que en un proceso de acción de repetición había sido condenado sin considerar el régimen de responsabilidad subjetiva previsto en el inciso segundo del artículo 90. (Expediente T-7616782). En la otra acción de tutela la accionante señaló que la Sección Tercera del

Consejo de Estado, había desconocido sus derechos fundamentales en un proceso de la misma naturaleza dado que no se había demostrado su actuación con culpa grave. (Expediente T-7629189).

49 SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Primera edición, primera reimpresión. 2003. p. 51 a 60. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá: Temis S.A. Duodécima Edición, aumentada y actualizada. 2000, p. 416.

50 Cfr. Decreto Ley 150 de 1976, “Artículo 200. De la manera de hacer efectivas las sentencias. Las sentencias que se profieran a favor de contratistas o de terceros y en contra de funcionarios o exfuncionarios, se harán efectivas ante la justicia ordinaria. Por jurisdicción coactiva se cobrarán las que se dicten a favor de las entidades contratantes y ante dicha jurisdicción se demandará la repetición de lo que las mismas hubieren pagado habiendo debido hacerlo funcionarios o exfuncionarios”.

51 En efecto, se presentaron varias propuestas, cfr. Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente 22, 23, 27, 37.

52 La Corte no se referirá a esta normativa por cuanto el caso que ahora se examina fue decidido con fundamento en las previsiones del Código Contencioso Administrativo.

53 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, exp. 16335.

54 Sentencias T- 1257 de 2008, T-950 A de 2009 y C-832 de 2001 reiteradas en la sentencia SU-354 de 2020. El Consejo de Estado ha definido la acción de repetición como “una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública”. Cfr. Sección Tercera. Sentencia de mayo 31 de 2006. Exp. 28.448.

55 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, exp. 16335.

56 Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de abril 8 de 1994.

57 La Corte en la sentencia C-957 de 2014 sostuvo que “(...) la responsabilidad patrimonial de la que habla la segunda parte del artículo 90 superior, no tiene un carácter sancionatorio, sino reparatorio o resarcitorio, en la medida que lo que se busca con esa disposición, es que se reintegre al Estado el valor de la condena que éste tuvo que pagar como consecuencia del daño antijurídico causado a la víctima, imputable al dolo o la culpa grave del agente, a fin de proteger de manera integral el patrimonio público, ya que es por medio de este patrimonio, entre otros elementos, que se obtienen los recursos para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho (...)”. Citada en la sentencia SU-354 de 2020.

58 Sentencia T-1257 de 2008.

59 Sostuvo la Corte en la sentencia SU-354 de 2020 que dichas funciones son predicables de la acción de repetición “debido al carácter subjetivo que, por mandato constitucional, subyace a la responsabilidad de los funcionarios de Estado, pues el mismo implica que la procedencia de la pretensión de regreso esté supeditada a la existencia de culpa grave o dolo en la actuación del agente que causó el daño, con lo cual: (i) sólo ciertas acciones, por ser evidentemente contrarias a la buena gestión de los bienes públicos, se consideran reprochables jurídicamente (función retributiva); y, por consiguiente, (ii) se busca disuadir a los sujetos para que no incurran en ellas (función preventiva)”.

60 Sentencia SU-354 de 2020.

61 “porque su procedencia está restringida a los eventos en los que la administración sea efectivamente condenada a pagar una indemnización por el daño antijurídico causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus agentes, por lo que la misma se concreta a través de la figura de la repetición”.

62 Toda vez que “la viabilidad de la acción de repetición depende de la demostración de que el daño que debió indemnizar el Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus funcionarios, por lo que no cualquier equivocación o descuido permite que se ejecute la acción de regreso, pues se requiere que ante la autoridad competente se acredite plenamente que la conducta que derivó en el menoscabo obedeció a un supuesto de imprudencia calificada o de arbitrariedad”.

63 Por cuanto “la transferencia al agente del Estado del valor de la indemnización por el daño

que debió ser asumido por la administración debe efectuarse sin incurrir en excesos (...)."

64 La Corte ha señalado que con la pretensión de regreso "no se busca que la responsabilidad inherente a la actividad del Estado recaiga en sus funcionarios o contratistas de manera indiscriminada, ya que ello sólo es posible, bajo ciertos parámetros que aseguren vigencia de la prohibición de exceso, cuando su intervención en la ocurrencia de daños antijurídicos sea premeditada, negligente o manifiestamente imprudente". Sentencia SU-354 de 2020.

65 Al respecto indicó la Corte en la Sentencia SU-354 de 2020 que, por un lado, se encuentran, por ejemplo, los principios superiores referentes a la responsabilidad subjetiva de los funcionarios, la moralidad administrativa, la protección del patrimonio del Estado y el carácter reglado de la función pública. En contraste, por el otro lado, están los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al debido proceso, los cuales determinan que la imposición de cargas a las personas atienda a las exigencias de proporcionalidad y prohibición del exceso.

66 La Constitución señala expresamente que la acción de repetición únicamente procede frente al dolo y la culpa grave del funcionario, por lo que esas condiciones de la atribución de responsabilidad deben evaluarse de manera estricta, no sólo porque responden a un claro mandato superior, sino en atención a la gravedad de la consecuencia que se predica del hecho de que se encuentren acreditadas. Sentencia SU-354 de 2020.

67 Sostuvo la Corte en la Sentencia SU-354 de 2020 que en atención a lo dispuesto en la sentencia C-484 de 2002, antes de repetir in integrum el monto de la indemnización pagada por el Estado y sin entrar a analizar las condiciones subjetivas del agente, debe verificarse si hay lugar a modificar el quantum atendiendo el grado de participación del servidor en el daño y de los elementos objetivos que se predicen, en general, de las relaciones entre los funcionarios y la administración. Ello con el fin de evitar que la pretensión de repetición derive en una obligación excesiva.

68 *Ibídem*.

69 Sentencia SU 354 de 2020

70 Sentencias C- 619 de 2002, T-1257 de 2008, T-950 A de 2009, SU- 354 de 2020, entre otras.

71 Sentencia del 8 de marzo de 2007 -Rad: 30330 de la Sección Tercera del Consejo de Estado-. Citada en la sentencia SU-354 de 2020. También pueden consultarse, entre otras, las sentencias de octubre 4 de 2007, Rad. 24415; fallo del 9 de septiembre de 2013, -Rad: 25361 Subsección C-; fallo del 26 de febrero de 2014 -Rad: 48384 Subsección C-; fallo del 3 de agosto de 2017 -Rad: 45598 Subsección B- de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

72 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de diciembre de 2.007, exp. 27006. Reiterado en la sentencia del 7 de septiembre de 2020, exp. 53136.

73 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de junio de 2021, rad. 25000-23-26-000-2012-00267-01(58290); 28 de abril de 2021, rad. 54001-23-31-000-1999-01070-01(60801); 28 de abril de 2021, rad. 25000-23-26-000-2012-01100-01 (55026); 17 de marzo de 2021, rad. 76001-23-31-000-2007-00409-01(48762). De igual modo, se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A del 19 de febrero de 2021, rad. 54001-23-31-000-2002-01577-01(58095).

74 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de octubre de 2007, rad. 22.098. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de octubre de 2017, rad. 42.802. La responsabilidad solidaria de los agentes estatales con la entidad condenada se estableció desde 1976 en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150). Sin embargo, esa regulación solo estuvo circunscrita a la actividad contractual (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 2009, rad. 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529)).

76 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 25 de julio de 1994, rad. 8.483; 31 de julio de 1997, rad. 9.894; y 31 de agosto de 1999, rad. 10.865. De forma más reciente, se puede consultar la sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2019, rad. 05001-23-31-000-2008-00380-01(49764).

77 En la sentencia de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 26 de febrero de 2014, rad. 25000-23-26-000-2002-01750-01(36825) también se destaca la

importancia de tener en cuenta los conceptos de la buena y la mala fe “a propósito de algunas instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia”.

78 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de septiembre de 2019, rad. 05001-23-31-000-2008-00380-01(49764). En la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 15 de julio de 2010, rad. 54001-23-31-000-2003-00797-01(59199), también se puede encontrar esta precisión.

79 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 1999, rad. 10.865.

80 *Ibídem*.

81 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2014, rad. 25000-23-26-000-2002-01750-01(36825).

82 *Ibídem*.

83 *Ibídem*.

84 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, rad. 16.887. Esta decisión fue reiterada en la sentencia de la Sección Tercera del 11 de noviembre de 2009, rad. 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529).

85 *Ibídem*.

86 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017, rad. 76001-23-31-000-2009-00252-01(42777).

87 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1º de marzo de 2018, rad. 17001-23-31-000-2013-00047-01(52209).

88 *Ibídem*.

89 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de junio de 2021, rad. 25000-23-26-000-2012-00267-01(58290); 28 de abril de 2021, rad. 54001-23-31-000-1999-01070-01(60801); 28 de abril de 2021, rad. 25000-23-26-000-2012-01100-01 (55026); 17 de marzo de 2021, rad.

76001-23-31-000-2007-00409-01(48762). De igual modo, se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A del 19 de febrero de 2021, rad. 54001-23-31-000-2002-01577-01(58095).

90 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2021, rad. 54001-23-31-000-2002-01577-01(58095).

91 Sentencia C-285 de 2002. En esa decisión, la Corte indicó: “Nótese cómo la responsabilidad estatal basada en el daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar puede remitir a actuaciones regulares o irregulares del Estado. En estas últimas están comprendidas aquellas actuaciones que no involucran una conducta dolosa o gravemente culposa del agente y aquellas actuaciones que si son consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales. || Ahora bien, en los supuestos de responsabilidad estatal no generados en dolo o culpa grave, si bien hay lugar a declaración de tal responsabilidad, el Estado no se halla legitimado para repetir contra el funcionario. Pero en los supuestos de dolo o culpa grave no solo hay lugar a la declaración de responsabilidad estatal sino que, además, el Estado tiene el deber de repetir contra el agente”.

92 Sentencia SU-354 de 2020.

93 Sentencia C-285 de 2002.

94 Sentencia C-254 de 2003.

95 Sentencia SU-354 de 2020.

96 Sentencia SU-354 de 2020.

97 Ver al respecto “introducción a la imputación objetiva” Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. Pág. 50

98 Cfr., por ej., entre muchas otras decisiones: Consejo de Estado, decisión del veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861)B; veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número:

76001-23-31-000-2002-05362-01(38039)

99 Ver por ejemplo el análisis de responsabilidad subjetiva en las sentencias emitida por la sección tercera, subsección C del Consejo de Estado el día 13 de abril de 2011, al interior del radicado No. 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220); la emitida por la Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2014, rad. 25000-23-26-000-2002-01750-01(36825) e inclusive la que de antaño emitió la Sección Tercera el 31 de agosto de 1999, rad. 10.865

100 Ibídem.

101 Sentencia SU 474 de 2020

102 Sentencia SU 354 de 2020

103 Ibidem

104 Sentencias C-778 de 2003 y C-374 de 2002. En esta última decisión, la Corte reconoció que “de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública”.

105 Sentencia C-285 de 2002.

106 Sentencia SU-354 de 2020.

107 Ibídem.

108 En la Sentencia del 26 de febrero de 2014 (Rad.: 48384 – C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó que el operador jurídico de repetición debe tener en cuenta: (i) “las características particulares del

caso”, las cuales “deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos”; (ii) “la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos”; y (iii) “otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley”.

109 Sentencia SU-354 de 2020.

111 Sentencia SU 354 de 2020.

112 Junto con la providencia que resolvió el recurso de súplica respecto del monto de la condena.

113 Sentencia SU 354 de 2020.

114 En general el principio de confianza opera cuando hay división de tareas en actividades complejas y de conductas concurrentes: “Ciertos criterios normativos desarrollados desde la teoría de la imputación objetiva tienen especial relevancia en este ámbito: la delimitación objetiva de ámbitos de organización que hace que ni siquiera dentro de una organización empresarial todo sea cosa de todos, el principio de confianza, etc. Se trata de criterios igualmente válidos para supuestos activos u omisivos, dolosos o imprudentes.” (Bernardo Feijoo S, en Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. InDret, Barcelona mayo de 2009, recuperado en https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20181008_05.pdf (11/11/2021))

115 Cfr. SU-354 de 2020, fj. 3.46.