

Sentencia SU354/20

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

CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Contenido y alcance

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES DEL ESTADO-Fundamento constitucional

ACCION DE REPETICION O LLAMAMIENTO EN GARANTIA-Conducta dolosa o gravemente culposa

ACCION DE REPETICION-Contenido y alcance

PRESUNCION DE DOLO O CULPA GRAVE EN AGENTES DEL ESTADO PARA ACCION DE REPETICION-Mérito probatorio

ACCION DE REPETICION-Finalidad

La acción de repetición fue concebida como un instrumento resarcitorio, disuasivo y retributivo, con el propósito de que los agentes del Estado sean conscientes de que sus conductas por fuera de los parámetros de la adecuada gestión pública pueden tener consecuencias patrimoniales muy gravosas, así como que no es gratuito actuar al margen de la ley o con manifiesta negligencia en el cumplimiento de sus deberes funcionales.

ACCION DE REPETICION-Procedencia

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

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

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

PRESUNCION LEGAL DE DOLO O CULPA GRAVE EN ACCION DE REPETICION-Aplicación

Es determinante el rol que desempeña el juez de lo contencioso administrativo para establecer no sólo la corrección formal de la acusación, sino también para desarrollarla en términos que permitan que la figura se aplique en su sentido constitucional, esto es: (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.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE SERVIDORES DEL ESTADO-Tiene como propósito el reintegro de los dineros públicos pagados por las condenas impuestas al Estado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes

Los jueces de lo contencioso administrativo deben adoptar las previsiones correspondientes para que la condena que se imponga como producto de una acción de repetición en los términos del artículo 90 superior, no se convierta en una decisión que, debido a su desproporción, vulnere los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. En particular, debe tenerse en cuenta que no siempre todo el monto al que haya sido condenado el Estado como consecuencia de un daño antijurídico derivado de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes puede serle atribuido a éstos, en atención a la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la potencialidad dañosa de la actuación del Estado y la responsabilidad que cabe exigir a sus agentes.

ACCION DE REPETICION-Juez competente y procedimiento/ACCION DE REPETICION-Competencia de la jurisdicción contenciosa

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Reglas de procedencia

(i) La existencia de una providencia judicial condenatoria, un acuerdo conciliatorio, una transacción o cualquier otro documento válido para finalizar un conflicto, en el que se le imponga al Estado la obligación de pagar una suma de dinero por haber causado un daño

antijurídico; (ii) La calidad del demandado como servidor del Estado o particular que cumplía funciones públicas para el momento en que ocurrió el daño antijurídico; (iii) El pago de la obligación dineraria al destinatario; y (iv) La atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente a título de dolo o culpa grave.

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Aspectos objeto de prueba en el proceso de repetición

(i) El daño antijurídico haya tenido su origen en una acción u omisión del demandado; y (ii) Que tal actuación, conforme a la normatividad vigente para la época en que se presentó el daño antijurídico: (a) estuvo dirigida a “la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado” (dolo), o (b) es calificable como “una infracción directa a la Constitución o a la ley” o “una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (culpa grave).

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Aplicación de las presunciones legales de dolo y culpa grave

(i) No relevan a la entidad actora de probar ante el juez contencioso administrativo que (a) el daño antijurídico tuvo su origen en una acción u omisión atribuible al demandado, y que (b) tal actuación se enmarca en alguno de los supuestos legales (i.e. desviación de poder o infracción manifiesta e inexcusable de una norma de derecho); y (ii) Ante la demostración de que la actuación del agente se enmarca en alguno de los supuestos legales, eximen a la entidad de acreditar que la acción u omisión estuvo dirigida a “la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado”, o es calificable como “una infracción directa a la Constitución o a la ley” o “una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”.

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD

PATRIMONIAL DEL ESTADO-Garantía del debido proceso y derecho de defensa

El juez contencioso debe examinar todos los elementos de juicio allegados al proceso de repetición y realizar un análisis totalmente independiente (respecto de las conclusiones sobre la responsabilidad del Estado o del agente que puedan estar contenidas en la providencia condenatoria a la administración), en el cual el demandado tenga la oportunidad real de ejercer su defensa.

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Valoración de la conducta del servidor público

El juez de lo contencioso administrativo debe valorar los aspectos propios de la gestión pública, tales como: (i) las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o (ii) el grado de diligencia que le sea exigible al servidor en razón de los requisitos para acceder al cargo, la jerarquía del mismo en la escala organizacional o la retribución económica por los servicios prestados.

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Reglas de proporcionalidad para establecer el valor objeto de reintegro al Estado

(i) Valorar el grado de participación del demandado en los hechos que dieron lugar al daño y las circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración, pues puede ocurrir que: (a) la responsabilidad sea atribuible a múltiples personas debido a la distribución de funciones y jerarquías dentro de la institución pública; (b) el perjuicio causado se derive en parte del riesgo inherente a la actividad de la entidad; o (c) el menoscabo se

origine, entre otras razones, por fallas estructurales en los diseños de los procesos misionales de la administración; (ii) Tener en cuenta circunstancias atenuantes que, a pesar de no tener la entidad para modificar la calificación de la actuación del agente como dolosa o gravemente culposa, sí influyen en el monto del reintegro que debe efectuar el servidor, como sucede en los casos en que las acciones u omisiones que causaron el daño persiguieron un fin legítimo y no se realizaron de mala fe; (iii) Precaver que el monto a reintegrar no sea mayor a la obligación impuesta al Estado, con lo cual, por ejemplo, el funcionario no debe asumir los intereses que se causen desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria hasta su efectivo pago por parte de la administración; e (iv) Identificar el verdadero valor del daño atribuible al agente, ya que, en algunas ocasiones, la condena al Estado puede verse seriamente incrementada por factores ajenos a la voluntad del servidor y que, por ello, no le resultan imputables. Por consiguiente, debe evitarse que el servidor asuma: (a) las consecuencias de la demora en la resolución del proceso judicial en el que se determinó la responsabilidad de la administración; o (b) el pago de elementos de la reparación que tengan un objetivo mayor al resarcimiento del perjuicio concreto que causó el agente, como ocurre con medidas de no repetición dirigidas a superar problemáticas institucionales. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que no siempre todo el valor del daño es susceptible de trasladarse al agente responsable a título de dolo o culpa grave, atendiendo a criterios de proporcionalidad en el ejercicio de la función pública y a la responsabilidad que cabe a quienes actúan a nombre del Estado.

PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Criterios de ponderación de la pretensión de regreso

El juez contencioso administrativo, al momento de resolver el caso, deben tener como criterios orientadores de su actuación que la acción de repetición tiene: (i) una naturaleza subsidiaria, subjetiva y sujeta a criterios de proporcionalidad, y (ii) una triple funcionalidad, a saber: resarcitoria, preventiva, y retributiva.

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 autoridad judicial: (i) no realizó adecuadamente el juicio de atribución de responsabilidad que resulta exigible según el artículo 90 de la Constitución Política, y (ii) la conducta del agente del Estado enjuiciada no puede encuadrarse en el supuesto de desviación de poder contemplado en el artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por violación directa de la Constitución, al desconocer criterios de proporcionalidad en monto de la condena en acción de repetición por responsabilidad patrimonial del Estado

La Corte considera que resulta desproporcionado exigirle a la actora que, debido a la demora judicial, deba asumir el pago de los salarios dejados de percibir durante ocho años por el trabajador que declaró de forma errada insubsistente, máxime cuando se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción cuya estabilidad, por ministerio del artículo 38 de la Ley 996 de 2004, no iba a extenderse más allá de los cuatro meses previos a las elecciones si la nominadora deseaba prescindir de sus servicios.

Referencia: Expedientes

(i) T-7616782 y (ii) T-7629189.

Acciones de tutela interpuestas por (i) Luis Camilo Osorio Isaza y (ii) Marcela Pérez Ramírez en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Magistrado ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020).

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos expedidos, dentro de los procesos de amparo de la referencia, por (i) la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 30 de mayo de 2019, y por la Subsección C de la Sección Tercera de la misma corporación, el 9 de agosto de 2019 (T-7616782); y por (ii) la Sección Primera del Consejo de Estado, el 6 de junio de 2019, y por la Sección Cuarta del mismo tribunal, el 21 de agosto de 2019 (T-7629189).

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos (i) Luis Camilo Osorio Isaza (T-7616782) y (ii) Marcela Pérez Ramírez (T-7629189) interpusieron sendas acciones de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar vulnerado su derecho al debido proceso, con ocasión de las sentencias condenatorias que dicha autoridad profirió dentro de las causas de repetición que la Fiscalía General de la Nación y la ESE Hospital Regional de Duitama (Boyacá) respectivamente, iniciaron en su contra por las indemnizaciones que debieron pagar, debido a los yerros en la declaratoria de insubsistencia de trabajadores durante los periodos en los que actuaron como representantes legales de las referidas entidades.

A. Expediente T-7616782

1. Hechos

1.1. A través de las resoluciones 607 del 8 de abril y 890 del 16 de mayo de 20021, Luis Camilo Osorio Isaza, en su calidad de Fiscal General de la Nación, declaró insubsistente a José Elmer Arias Santa del cargo de técnico judicial adscrito a la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, argumentando que:

(i) El artículo 150 de la Ley 270 de 1996 establece: “Inhabilidades para ejercer cargos en la Rama Judicial. No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial: (...) 3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional. (...) Parágrafo. Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquéllos respecto de los cuales surgiera inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada (...)”.

(ii) El 17 de mayo de 2000, el Fiscal 54 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Itagüí decretó medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva domiciliaria sin beneficio de libertad provisional, en contra de José Elmer Arias Santa dentro del proceso por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir y de cohecho por dar u ofrecer.

(iii) El 19 de mayo de 2000, en razón de dicha medida de aseguramiento, el Director Seccional Administrativo y Financiero de Armenia de la Fiscalía General de la Nación ordenó la suspensión de José Elmer Arias Santa del cargo de técnico judicial.

(iv) El 27 de octubre de 2000, el Fiscal 54 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Itagüí modificó la calificación de la conducta endilgada a José Elmer Arias Santa, profirió resolución de acusación en su contra por el delito de tráfico de influencias y dispuso la prórroga de la detención domiciliaria.

(v) El 16 de agosto de 2001, el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín le concedió el beneficio de libertad provisional a José Elmer Arias Santa de conformidad con el artículo 365.4 de la Ley 600 de 2000, toda vez que a pesar de que habían transcurrido más de seis meses desde el momento en que la resolución de acusación quedó en firme, no se había celebrado la correspondiente audiencia pública.

(vi) Según fue puesto de presente en los conceptos del 18 de diciembre de 2001 y del 15 de marzo de 2002, emitidos por la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, José Elmer Arias Santa se encontraba inmerso en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, toda vez que:

(a) La medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva domiciliaria sin beneficio de libertad provisional, decretada por el Fiscal 54 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Itagüí no había sido revocada o suspendida; y

(b) Si bien el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín le concedió el beneficio contemplado en el artículo 365.4 de la Ley 600 de 2000 a José Elmer Arias Santa, lo cierto es que el procesado continuaba jurídicamente afectado por la referida medida de aseguramiento, porque el otorgamiento de la libertad provisional se debió al vencimiento de términos, pero no a la suspensión o revocatoria de la detención preventiva².

(vii) Aunque la permanencia de una persona acusada de un delito en un cargo de la Fiscalía General de la Nación mientras se resuelve el proceso correspondiente podría ser una opción para asegurar el principio de presunción de inocencia, es claro que dicha determinación puede generar desconfianza en la ciudadanía hacia el ente acusador, de ahí que la Corte Constitucional, en el fallo C-037 de 19963, avalara la conformidad del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996 con la Carta Política, a pesar de permitir la desvinculación del servidor sin esperar a su condena.

(viii) La Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de actuar en consonancia con el principio de transparencia en la función pública, porque, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-558 de 19944, “quien investiga, acusa, juzga y castiga, no puede ser objeto de la más insignificante tacha, que le impida ejercer su investidura con la transparencia, pulcritud y rectitud debida, para garantizar al máximo los derechos de los procesados, y cumplir así uno de los fines del Estado cual es la vigencia de un orden justo y la aplicación de una recta y eficaz justicia. (...) a quien más debe exigírsele rectitud, honestidad, honradez y moralidad en todas sus actuaciones, además de la idoneidad, probidad y eficiencia que su cargo le impone, es al personal que integra la planta de la Fiscalía General de la Nación”.

1.2. José Elmer Arias Santa interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones 607 y 890 de 2002, al estimar que el Fiscal General de la Nación desconoció sus derechos al debido proceso y a la presunción de inocencia contemplados en el artículo 29 superior, pues procedió con su desvinculación de la entidad a pesar de que la causa penal en su contra no había culminado y se encontraba amparado por el beneficio de libertad provisional⁵.

1.3. A través de Sentencia del 7 de octubre de 2010⁶, el Tribunal Administrativo de Quindío declaró la nulidad de las resoluciones 607 y 890 de 2002 y, en consecuencia, dispuso el reintegro de José Elmer Arias Santa al cargo de técnico judicial, al considerar que la decisión de desvinculación fue adoptada de plano sin tener “en cuenta los principios de debido proceso, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad que deben regir la facultad discrecional del nominador al dictar un acto de insubsistencia” según lo señalado en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo y lo dispuesto en la Sentencia T-982 de 2004⁷ de la Corte Constitucional⁸, ya que:

(i) No se valoró que al demandante le fue concedida la libertad provisional y, por ello, no era evidente que se configurara el supuesto de hecho contemplado en el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996; y

(ii) La entidad tenía la oportunidad de mantener la medida de suspensión del cargo hasta que se definiera definitivamente la situación judicial del trabajador, como sucedió el 2 de marzo de 2007 con la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín de declarar la prescripción de la acción penal respectiva.

1.4. El 6 de diciembre de 2010, en desarrollo de la audiencia de conciliación de que trataba el

artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, la Fiscalía General de la Nación y José Elmer Arias Santa acordaron dar por finalizado el proceso a compromiso de que: (i) la entidad pagara el 80% de la condena impuesta, y (ii) el actor renunciara a ser reintegrado materialmente al cargo de técnico judicial⁹.

1.5. Mediante providencia del 25 de marzo de 2011¹⁰, el Tribunal Administrativo del Quindío aprobó el acuerdo propuesto por las partes, al evidenciar que “el mismo no lesiona el patrimonio público, porque lo conciliado no excede el derecho máximo de indemnización ni las pretensiones de la demanda”.

1.6. En cumplimiento de lo pactado en la mencionada conciliación judicial, a través de la Resolución 721 del 20 de diciembre de 2011¹¹, la Fiscalía General de la Nación ordenó el pago de la suma de \$318.839.821 en favor de José Elmer Arias Santa.

1.7. El 19 de diciembre de 2013, la Fiscalía General de la Nación interpuso demanda de repetición en contra Luis Camilo Osorio Isaza con el propósito de que fuera condenado a reintegrar la suma de \$318.839.821 que la entidad tuvo que pagar a José Elmer Arias Santa¹², toda vez que dicha indemnización se derivó de una actuación constitutiva de “desviación de poder que configura culpa grave” durante su ejercicio en el cargo de Fiscal General de la Nación. En efecto, la parte actora señaló que, como lo determinó el Tribunal Administrativo del Quindío, “el señor Osorio Isaza abusó y desvió el poder que ostentaba como nominador, porque no debió retirar del servicio al señor Arias Santa hasta tanto la justicia penal lo hubiere condenado y, mientras se resolvía ese proceso, lo correcto habría sido mantenerlo suspendido del cargo y, como esto no sucedió, no actuó de forma razonable y proporcional”.

1.8. Luis Camilo Osorio Isaza se opuso a la prosperidad de la medio de control de repetición, argumentando¹³: (i) la falta de competencia del Consejo de Estado para adelantar la causa,

ya que, en razón del fuero constitucional como Fiscal General de la Nación, la autoridad facultada para conocer de la misma era la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes; y (ii) la ineptitud de la demanda, comoquiera que “no se acreditó una relación de causalidad, puesto que, si bien desde el punto de vista formal podía citarse el acto administrativo como causa aparente del retiro que pudo causar el daño, con ello no se podía probar, desde el punto de vista material y concreto, que su expedición obedeció a una intención deliberada de causar daño en grado sumo o con malicia constitutiva de dolo”.

1.9. El 12 de noviembre de 2015, en la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la magistrada Marta Nubia Velásquez Rico de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁴:

(i) Desestimó la excepción de falta de competencia, al considerar que, al tenor del artículo 149.13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado está facultado para conocer en única instancia de las acciones de repetición presentadas en contra del Fiscal General de la Nación. Dicha determinación quedó en firme, porque las partes no interpusieron el recurso de súplica contra la misma; y

(ii) A pedido de la parte actora, dispuso incorporar como prueba el expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado a instancias del Tribunal Administrativo del Quindío, sin que se presentara oposición del demandado sobre el particular.

1.10. Dentro del término para presentar los alegatos de conclusión, la Fiscalía General de la Nación reiteró su pretensión de repetición, aclarando que la conducta imputada a Luis Camilo Osorio Isaza se subsume en la presunción de culpa grave contenida en el artículo 6.1 de la Ley 678 de 2001, la cual se refiere a la violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho¹⁵.

1.11. A través de Sentencia del 13 de noviembre de 2018¹⁶, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado condenó a Luis Camilo Osorio Isaza a reintegrarle a la Fiscalía General de la Nación la suma de \$156.641.784, equivalente al 50% de lo pagado por dicha entidad en virtud del acuerdo conciliatorio del 6 de diciembre de 2010, al encontrarlo responsable, a título de dolo, por expedir, con desviación de poder, las resoluciones 607 y 890 de 2002, a través de las cuales declaró insubsistente a José Elmer Arias Santa. La anterior determinación se fundamentó, entre otras consideraciones, en que:

(i) La Fiscalía General de la Nación demostró que existió un conjunto de decisiones judiciales (providencias del 7 de octubre de 2010 y 25 de marzo de 2011) que le impusieron la obligación de pagar una indemnización con ocasión de la actuación de uno de sus funcionarios (Luis Camilo Osorio Isaza – Fiscal General de la Nación), la cual fue efectivamente cancelada a su destinatario (certificación de ejecución de la Resolución 721 del 20 de diciembre de 2011).

(ii) Luis Camilo Osorio Isaza incurrió en una desviación de poder al declarar la insubsistencia de José Elmer Arias Santa. En este sentido, se explicó que:

(a) Si bien la Fiscalía General de la Nación imputó la responsabilidad a título de culpa grave y en los alegatos de conclusión solicitó aplicar la presunción contenida en el artículo 6.1 de la Ley 678 de 2001, lo cierto es que al alegarse una desviación de poder en la demanda, en los términos del artículo 5.1 del mismo cuerpo normativo, se debe presumir la configuración de una conducta dolosa¹⁷; y

(b) A partir del análisis de las resoluciones de insubsistencia y de las decisiones contencioso administrativas incorporadas al proceso por petición del ente acusador, es “evidente que la Fiscalía General de la Nación demostró el hecho en el cual se apoya la presunción de dolo, esto es la desviación de poder, porque el señor Osorio Isaza, al proferir el acto administrativo

que declaró insubsistente el nombramiento del señor José Elmer Arias Santa justificó esa actuación administrativa en el contenido del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, que, por las particularidades del caso no le resultaba aplicable, por una impórtate razón, al mencionado ciudadano se le había concedido la libertad provisional y esa normativa exigía, para que surgiera la causal de inhabilidad, que en contra del servidor judicial se hubiere dictado una medida de aseguramiento pero sin derecho a ese beneficio”¹⁸.

(iii) Luis Camilo Osorio Isaza no desvirtuó la presunción contemplada en el artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001, consistente en que se presume el dolo del agente público cuando obra con desviación de poder, ya que sus argumentos de defensa fueron generales, sin que explicara las razones por las que su conducta no podía ser catalogada como tal, pues no acreditó “cuál fue el procedimiento administrativo interno que adelantó para declarar la insubsistencia, por qué su decisión fue la mejor o qué otros motivos le llevaron a tomar esa y no otra. En fin, los pormenores de su actuación, que le permitieran a la Sala examinar su comportamiento y descartar la presunción que pesaba en su contra”.

(iv) A pesar de que el demandado estuvo asesorado por la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación al momento de expedir las resoluciones que originaron la condena, lo cierto es que tal situación si bien es relevante para liquidar la condena, no tiene la entidad “suficiente para exonerarlo de responsabilidad, puesto que, de conformidad con el artículo 251.2 de la Constitución Política, en su condición de nominador de la entidad a su cargo, tenía la última palabra frente a la decisión que adoptó, de modo que el concepto que la Oficina Jurídica emitió constituía un referente más, que bien podía acoger o no”.

(v) En razón de lo expuesto se constata la responsabilidad patrimonial de Luis Camilo Osorio Isaza y, por consiguiente, procede la repetición. Sin embargo, a efectos de liquidar el monto de la condena respectiva se debe descontar del valor pagado por la Fiscalía General de la Nación a José Elmer Arias Santa: (a) los intereses de mora propios de la regulación relativa al cumplimiento de los fallos judiciales y los aportes a seguridad social, pues su causación no

resulta atribuible al demandado, y (b) el 50% del monto de la indemnización, porque dentro del procedimiento administrativo en el que se declaró la insubsistencia y que conllevó a la condena no sólo participó el accionado, sino también el equipo jurídico de la entidad¹⁹.

2. Demanda de tutela y pretensiones

2.1. El 28 de febrero de 2019²⁰, a través de apoderado²¹, Luis Camilo Osorio Isaza interpuso acción de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la Sentencia del 13 de noviembre de 2018 que profirió dicha corporación dentro del proceso de repetición seguido en su contra por parte de la Fiscal General de la Nación²².

2.2. Específicamente, para empezar, el actor indicó que en la providencia cuestionada la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un defecto orgánico, por cuanto no era competente para enjuiciarlo por repetición, pues tal facultad es atribuida, en los artículos 174, 175 y 178 de la Carta Política, a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes. En concreto, el peticionario argumentó que al tratarse de una causa de naturaleza sancionatoria por razón de su servicio como Fiscal General de la Nación, se encuentra cubierta por el fuero constitucional.

2.3. Asimismo, el accionante señaló que la autoridad judicial demandada incurrió conjuntamente en un defecto sustantivo y en una violación directa de la Constitución, porque en el fallo analizó la demanda de responsabilidad patrimonial en su contra con base en el régimen de carácter objetivo contemplado en el inciso primero del artículo 90 de la Constitución, cuando lo procedente era aplicar el inciso segundo de la misma disposición superior que consagra un modelo de naturaleza subjetiva calificada para el efecto.

2.4. En concreto, el actor sostuvo que, para concluir que había actuado con desviación de poder y, por presunción legal (artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001), de forma dolosa, a la autoridad judicial demandada le bastó constatar: (i) la existencia del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, en el cual se consideró que la insubsistencia de José Elmer Arias Santa era nula por haberse adoptado de plano prescindiendo de un análisis de necesidad y proporcionalidad de la medida; y que: (ii) el Consejo de Estado, en procesos de naturaleza laboral, había estimado que la desvinculación de un funcionario sin tener en cuenta dichos criterios permitía la configuración de la causal de nulidad conocida como desviación de poder.

2.5. En este sentido, el demandante resaltó que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia reprochada omitió expresar “bajo qué criterios entiende que Luis Camilo Osorio Isaza, en su calidad de Fiscal General de la Nación, incurrió en desvío de poder, ni utilizó sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar finalidad contraria a los intereses públicos o sociales”.

2.6. Por lo demás, el peticionario explicó que, en la Sentencia del 13 de noviembre de 2018, la autoridad demandada incurrió en:

(i) Un defecto procedimental absoluto, toda vez que no rigió su actuación conforme al principio de consonancia, pues a pesar de que en la demanda de repetición se imputó su responsabilidad a título de culpa grave, en el fallo se restructuró el objeto del litigio al señalarse la existencia de una supuesta desviación de poder de naturaleza dolosa.

(ii) Un error inducido, porque con la demanda de repetición la Fiscalía General de la Nación llevó a equivocación al Consejo de Estado al señalar que, en la Sentencia del 7 de octubre de 2010, el Tribunal Administrativo del Quindío no sólo había declarado la nulidad de los actos de insubsistencia, sino que también había dado cuenta de la existencia de una presunta

desviación de poder, cuando esto último “es falso, ya que ni siquiera hay referencia a ello en dicho fallo, toda vez que sólo se determinó la responsabilidad objetiva del Estado, quedando por fuera del debate jurídico la responsabilidad del agente”.

(iii) Un defecto fáctico, porque el Consejo de Estado consideró que su actuación podría calificarse como una “desviación de poder”, a pesar de que tal conclusión no puede extraerse de las pruebas obrantes en el expediente, comoquiera que en ninguno de los documentos allegados al proceso como elementos de juicio, incluidas las decisiones judiciales contencioso administrativas, se hace referencia a dicha “expresión u otra equivalente”.

(iv) Un desconocimiento del precedente, ya que: (a) ignoró el alcance de las garantías del derecho al debido proceso explicadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-085 de 2014²³; y (b) se apartó de la Sentencia del 11 de octubre de 2018²⁴, en el que, en un asunto similar al analizado en esta oportunidad, la misma Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que, a efectos de establecer si un agente actuó con desviación de poder al desvincular a un empleado, es necesario verificar que la potestad discrecional no se dirigió al mejoramiento del servicio, sino que fue utilizada para satisfacer un interés indebido.

(v) Una violación directa de la Constitución, pues desconoció: (a) el principio de confianza legítima, porque para concluir que actuó con desviación de poder se utilizaron precedentes jurisprudenciales recientes, los cuales no reflejan la posiciones interpretativas existentes para la época de los hechos que derivaron en la condena del Estado; (b) el principio de proporcionalidad, ya que a fin de valorar su responsabilidad no se tuvo en cuenta que en su calidad de Fiscal General de la Nación “tuvo a su cargo una nómina superior a 20.000 servidores de la cual fue su único nominador, a la par de otras altas funciones”; y (c) la prohibición de exceso, en tanto que la condena impuesta es “equivalente a más de la mitad de los sueldos devengados durante los 4 años en los que se desempeñó como Fiscal General

de la Nación”.

2.7. Adicionalmente, el accionante advirtió que el amparo presentado cumple con los requisitos generales de procedencia, porque se trata de una acción de tutela que busca la protección del derecho fundamental al debido proceso ante una serie de yerros judiciales palmarios, la cual se interpone dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en la que fue proferida la decisión cuestionada y frente a la que no procede ningún recurso.

2.8. Con base en lo expuesto, Luis Camilo Osorio Isaza solicitó que se ampare su derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, se deje sin efectos la Sentencia del 13 de noviembre de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de Consejo de Estado, y se le ordene a dicha autoridad que expida una nueva providencia en la que se abstenga de incurrir en los yerros puestos de presente en la acción de tutela.

3. Admisión de la demanda de tutela y traslado

4. Contestación de la demanda de tutela

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado solicitó denegar el amparo pretendido por el accionante²⁶, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra fundamentada en el derecho positivo, así como en el análisis razonable de los elementos de juicio allegados al proceso, por lo que es evidente la “ausencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados”.

5. Intervención de la autoridad vinculada al proceso

5.1. La Fiscalía General de la Nación pidió que se declare la improcedencia de la protección pretendida²⁷, porque el actor puede acudir al recurso extraordinario de revisión y satisfacer sus intereses, pues el mismo es idóneo para reprochar las nulidades que se configuran en las sentencias de única instancia.

5.2. Además, la entidad resaltó que el accionante pretende reabrir el debate jurídico agotado en su escenario natural, desconociendo la excepcionalidad que subyace a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

6. Decisión de primera instancia

6.1. Mediante Sentencia del 30 de mayo de 2019²⁸, la Sección Cuarta del Consejo de Estado concedió el amparo deprecado²⁹, al evidenciar que la autoridad demandada vulneró el derecho al debido proceso del actor, porque:

(i) Utilizó como premisa de la responsabilidad la afirmación de que las resoluciones 607 y 890 de 2002 habían sido expedidas por el accionante con desviación de poder, a pesar de que el Tribunal Administrativo del Quindío, al resolver la demanda de nulidad en contra de las mismas, no constató dicha situación.

(ii) Aplicó un precedente judicial del año 2009 sobre la interpretación de la inhabilidad contemplada en el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, para juzgar la conducta del actor que se concretó en el año 2002, es decir, muchos antes de que fuera proferido el mismo.

(iii) Sustentó la responsabilidad en la presunción de dolo establecida en el artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001, impidiendo que el accionante se defendiera frente a la misma, porque en la demanda se alegó la configuración de una culpa grave en los términos del artículo 6° del mismo cuerpo normativo.

6.2. En consecuencia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado le ordenó a la Subsección A de la Sección Tercera de la misma corporación que procediera a proferir un nuevo fallo en el que subsanara los yerros constatados.

7. Impugnación

7.1. La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado impugnó el fallo de primera instancia³⁰, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en relación con la improcedencia del amparo solicitado, así como manifestado su desacuerdo con el análisis realizado por el a-quo, al estimar que desconoció la razonabilidad que subyace a la providencia cuestionada y la autonomía judicial que tienen las autoridades para determinar el derecho positivo aplicable a los casos objeto de su conocimiento.

7.2. A su vez, Luis Camilo Osorio Isaza pidió confirmar el fallo de primer grado, señalando que “las cuestiones expuestas en la impugnación revelan el desacuerdo con la decisión adoptada, mas no alcanzan para rebatir la fundamentación de la sentencia” ³¹.

8. Decisión de segunda instancia

A través de Sentencia del 9 de agosto de 2019³², la Subsección C de la Sección Tercera del

Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró improcedente la protección solicitada³³, al considerar que “como la tutela contra providencia judicial tiene un carácter excepcional” y no “constituye una instancia adicional al proceso ordinario”, “este no es el escenario para determinar si el fallo reprochado acertó al interpretar la demanda de la Fiscalía o si, en efecto, se configuraron los presupuestos de la desviación de poder que sirvieron de apoyo para emplear la presunción contenida en el artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001 en contra del exfiscal”.

B. Expediente T-7629189

1. Hechos

1.1. A través de la Resolución 023 del 20 de enero de 2006, Marcela Pérez Ramírez, en su calidad de gerente de la ESE Hospital Regional de Duitama, declaró insubsistente a Nelson Hugo González Huérfano del cargo de libre nombramiento y remoción denominado subgerente administrativo³⁴.

1.2. Nelson Hugo González Huérfano interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución 023 de 2006³⁵, al estimar que “para la época de la desvinculación (...) estaba vigente la denominada ley de garantías (Ley 996 del 24 de noviembre de 2005) que prohíbe a los nominadores modificar la planta de personal dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones de cargos de elección popular”, por lo que su desvinculación fue contraria al ordenamiento legal.

1.3. Mediante Sentencia 31 de mayo de 2012, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Santa Rosa de Viterbo declaró la nulidad de la Resolución 023 de 2006 y,

en consecuencia, dispuso el reintegro de Nelson Hugo González Huérfano al cargo de subgerente administrativo de la ESE Hospital Regional de Duitama, al considerar que la decisión de desvinculación fue adoptada sin tener que “el inciso final del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, prohíbe modificar la nómina de los entes territoriales dentro de los cuatro meses que preceden a las elecciones a cargos de elección popular”. En efecto, “la Resolución 023 se expidió el día 20 de enero de 2006, es decir dentro del término de los cuatro meses indicados en la norma, pues las elecciones parlamentarias para el período 2006-2010, se realizaron el día 28 de marzo de 2006” 36.

1.4. Apelado el fallo de primer grado por la empresa social demandada, a través de Sentencia del 8 de julio de 2014, el Tribunal Administrativo de Boyacá confirmó la decisión del a-quo, al estimar que era “ineludible que la Gerente de la E.S.E., estaba obligada a respetar la prohibición de no modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a los comicios parlamentarios, restricción que como es natural, al ser desconocida en el acto impugnado conduce a la nulidad de la actuación administrativa, conforme y lo dispuso la juez de instancia” 37.

1.5. En cumplimiento de los referidos fallos, a través de la Resolución 065 del 9 de junio de 2015, la ESE Hospital Regional de Duitama ordenó el pago de la suma de \$714.276.727 en favor de Nelson Hugo González Huérfano³⁸.

1.6. El 12 de noviembre de 2015, la ESE Hospital Regional de Duitama interpuso demanda de repetición en contra Marcela Pérez Ramírez con el propósito de que fuera condenada a reintegrar la suma que la empresa tuvo que pagar a Nelson Hugo González Huérfano, debido a que actuó con culpa grave en la desvinculación de dicho ciudadano del cargo de subgerente administrativo, en tanto que desconoció “una ley que prohibía actuar en la forma como se procedió”³⁹.

1.7. Marcela Pérez Ramírez se opuso a la demanda, argumentando que no incurrió en una violación inexcusable de las normas de derecho, pues actuó de acuerdo con “el criterio jurídico existente en la época de los hechos” y la asesoría del abogado Marco Antonio Araque Peña. En relación con lo primero, la ciudadana resaltó que para el momento de la expedición de la resolución de insubsistencia no existía claridad sobre el alcance de la aplicación de la Ley 996 de 2005, pues se discutía, con base en posiciones razonables, si dicho cuerpo normativo se aplicaba o no para las elecciones de congresistas por referirse principalmente al régimen electoral presidencial⁴⁰.

1.8. Los días 27 de marzo y 24 de abril de 2017, se desarrolló la audiencia de pruebas, en la que: (i) la magistrada sustanciadora del Tribunal Administrativo de Boyacá, como prueba documental, dispuso la incorporación a la causa del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del que se emitió la condena objeto de la demanda de repetición; y (ii) la parte demandada revisó dicho plenario y no manifestó objeción alguna. Asimismo, a solicitud del extremo pasivo del litigio, (iii) la mencionada funcionaria judicial decidió decretar la recepción del testimonio de Marco Antonio Araque Peña, quien afirmó que si bien elaboró un manual de contratación para la ESE Hospital Regional de Duitama, no prestó su asesoría a Marcela Pérez Ramírez en torno a la expedición de la Resolución 023 de 2006⁴¹.

1.9. A través de Sentencia del 28 de septiembre de 2017⁴², el Tribunal Administrativo de Boyacá condenó a Marcela Pérez Ramírez a reintegrarle a la ESE Hospital Regional de Duitama la suma de \$714.276.727, equivalente a lo pagado por dicha empresa en virtud de las sentencias del 31 de mayo de 2012 y del 8 de julio de 2014, al encontrarla responsable, a título de culpa grave, por expedir, con violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho, la Resolución 023 de 2006 a través de la cual declaró insubsistente a Nelson Hugo González Huérfano. La anterior determinación se fundamentó, entre otras consideraciones, en que:

(ii) Una lectura llana del último inciso del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, permite inferir sin mayor duda que la nómina de las entidades del Estado no puede ser modificada dentro de los cuatro meses previos a las elecciones de los cargos de elección popular, lo cual: (a) fue confirmado en el control previo de dicho cuerpo normativo estatutario por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005⁴³, así como (b) ha sido sostenido por el Consejo de Estado en pronunciamientos más recientes⁴⁴.

(iii) El artículo 6.1 de la Ley 678 de 2001 establece que se presume que una actuación de un agente del Estado es gravemente culposa cuando se presenta una violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

(iv) Marcela Pérez Ramírez incurrió en una violación manifiesta de las normas de derecho, porque en contravía de la Ley 996 de 2005, modificó la nómina de la ESE Hospital Regional de Duitama dentro de los cuatro meses previos a las elecciones parlamentarias que se realizaron el 12 de marzo de 2006, pues mediante la Resolución 023 del 20 de enero de la misma anualidad declaró insubsistente al subgerente administrativo de la empresa.

(v) Marcela Pérez Ramírez no demostró que la referida actuación fuera excusable, pues omitió acreditar al menos que buscó asesoría sobre el tema ante la duda interpretativa que alegó existía para la época sobre la normatividad, a pesar de que “las reglas de la prudencia y cuidado, exigían que apoyara su decisión en un estudio previo y juicioso, del cual no obra prueba en el plenario, pues no podía supeditarse el cumplimiento de una Ley de carácter estatutaria a interpretaciones personales del agente”.

(vi) A pesar de que Marcela Ramírez aseguró que había consultado al abogado Marco Antonio Araque Peña antes de expedir la resolución de insubsistencia, lo cierto es que en el

testimonio que rindió dicho profesional se estableció que no asesoró a la demandada sobre el particular, dado que el vínculo contractual que tenía con la ESE Hospital Regional de Duitama se contrajo a elaborar un manual de contratación.

(vii) En razón de lo expuesto se constata la responsabilidad patrimonial de Marcela Pérez Ramírez y, por consiguiente, procede la repetición. A efectos de liquidar el monto de la condena respectiva se debe tener en cuenta que la ESE Hospital Regional de Duitama tuvo que pagarle a Nelson Hugo González Huérfano la suma de \$714.276.727, valor que debía ser restituido integralmente, sin que haya lugar al pago adicional de intereses comerciales⁴⁵.

1.10. Marcela Pérez Ramírez interpuso recurso de apelación en contra de dicha decisión⁴⁶, argumentando que en el fallo de primer grado el a-quo:

(i) No verificó su culpa grave en el daño que debió reparar la ESE Hospital Regional de Duitama, porque no constató que su actuar fuera negligente, sino que sólo dio cuenta del desconocimiento de una norma legal en un marco de diversas posiciones jurídicas que existían para la época sobre la aplicación de la denominada ley de garantías, lo cual no resulta equiparable a una violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho.

(ii) A efectos de verificar que actuó de forma contraria a derecho en la decisión de insubsistencia de Nelson Hugo González Huérfano, basó su fundamentación en pronunciamientos del Consejo de Estado posteriores a la fecha de los hechos reprochados, y en una sentencia de la Corte Constitucional que constituye un mero criterio interpretativo.

(iii) Estructuró su responsabilidad a partir del supuesto desconocimiento de una norma de derecho que no se encontraba vigente, ya que la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, para

el momento en que se expidió la Resolución 023 del 20 de enero de 2006, no estaba en “observancia”, dado que esta condición ocurre, según el artículo 52 de la Ley 4ª de 1913, “a partir de los dos (2) meses desde su promulgación”, con lo cual los efectos de dicho cuerpo normativo sólo comenzaron el 24 de enero de 2006, es decir, cuatro días después del momento en que fue expedido el referido acto administrativo.

(iv) Valoró como prueba el expediente contentivo del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se declaró la nulidad de la resolución de insubsistencia de Nelson Hugo González Huérfano, a pesar de que no fue parte de dicha causa y, por ello, no tuvo la oportunidad de controvertir los fundamentos jurídicos y los elementos de juicio utilizados para llegar a tal determinación.

(v) A fin de establecer el monto de la condena de repetición, no descontó el valor correspondiente a la mora judicial que permitió que la suma a pagar a Nelson Hugo González Huérfano, a título de indemnización, se incrementara considerablemente.

1.11. A través de Sentencia del 31 de enero de 201947, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó el fallo de primer grado, reiterando las consideraciones del a-quo sobre la configuración de la responsabilidad patrimonial de la demandada, así como descartando los reproches que expuso en el recurso de apelación. En concreto, dicha corporación sostuvo que:

(i) Se demostró, con los medios de pruebas debidamente decretados y aportados al proceso, que Marcela Pérez Ramírez “incurrió, al declarar insubsistente a Nelson Hugo González Huérfano, en una culpa grave por violación manifiesta e inexcusable de la Ley 996 de 2005”, toda vez que:

(a) “La violación es manifiesta porque el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohibía que cuatro meses antes de las elecciones a cargos de elección popular se modificara la planta de personal de las entidades públicas territoriales, prescripción que la señora Lyda Marcela Pérez Ramírez desconoció, pues, como ya explicó, en vigencia de esa restricción declaró insubsistente el nombramiento del señor Nelson Hugo González Huérfino”.

(b) Si bien “la mencionada ciudadana alegó a lo largo del proceso que su comportamiento resultaba excusable”, lo cierto es que al contrastar sus “argumentos con las pruebas obrantes en el plenario se concluye que, contrario a lo expresado por la señora Pérez Ramírez, la Ley 996 de 2005 se encontraba vigente y debía ser acatada; asimismo, que no se asesoró, todo lo cual permite afirmar que, al declarar la insubsistencia del empleo del señor Nelson Hugo González Huérfino, procedió de forma negligente e imprudente y sin atender el deber mínimo de cuidado que le exigía una decisión de tales magnitudes”.

(ii) En el artículo 42 de la Ley 996 de 2005, el propio legislador estableció como fecha de entrada en vigencia de la misma el momento de su promulgación, por lo que no había lugar a aplicar lo dispuesto artículo 52 de la Ley 4ª de 1913.

(iii) Sin perjuicio de las citas de providencias del Consejo de Estado posteriores a la fecha de la resolución de insubsistencia, el juez de primera instancia explicó acertadamente que, con base en el tenor literal de dicho cuerpo normativo y la sentencia de control previo de constitucionalidad del mismo (C-1153 de 2005), era palmario inferir que la prohibición de modificación de la nómina cuatro meses antes de los comicios aplicaba para las elecciones parlamentarias y a las empresas sociales del Estado, por lo cual debió ser observada por Marcela Pérez Ramírez al momento de declarar la insubsistencia de Nelson Hugo González Huérfino.

(v) La discusión que gira en torno a la demanda de repetición “no está instituida para estudiar los fundamentos ni los alcances de las sentencias que impusieron la obligación que se pretende recobrar, las que además gozan de la fuerza de la cosa juzgada”, por lo que no hay lugar a realizar una graduación de la condena distinta a la efectuada en primera instancia.

2. Demanda de tutela y pretensiones

2.1. El 25 de abril de 2019⁴⁸, a través de apoderado⁴⁹, Marcela Pérez Ramírez interpuso acción de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la Sentencia del 31 de enero de 2019 en la que se confirmó la condena proferida en su contra por el Tribunal Administrativo de Boyacá, consistente en reintegrarle a la ESE Hospital Regional de Duitama la suma de \$714.276.727, al encontrarla responsable, a título de culpa grave, por expedir, con violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho, la Resolución 023 de 2006, a través de la cual declaró insubsistente a Nelson Hugo González Huérfano⁵⁰.

2.2. Concretamente, la actora indicó que en la providencia cuestionada la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo, porque equivocadamente fundamentó su responsabilidad patrimonial:

(i) En lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 678 de 2001, a pesar de que no estaba acreditado el supuesto de hecho de dicha disposición, comoquiera que no se demostró que actuó con culpa grave al declarar la insubsistencia de Nelson Hugo González Huérfano, sino que sólo se probó que incurrió en un error en el uso de su facultad discrecional de remoción, el cual no puede considerarse como una actuación burda si se tiene cuenta que para la época no existía claridad sobre la aplicación de la denominada ley de garantías electorales; y

(ii) En la supuesta infracción de una norma que no se encontraba vigente, pues, de conformidad con el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005 sólo empezó a producir efectos el 24 de enero de 2006 y la Resolución 023 que originó el daño indemnizado fue expedida cuatro días antes, el 20 de enero de 2006.

2.3. De manera similar, la peticionaria argumentó que en la Sentencia del 31 de enero de 2019, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un defecto fáctico, porque (i) basó la decisión condenatoria en un conjunto de pruebas de las que no es posible inferir que actuó con culpa grave. Asimismo, la actora alegó que se configuró dicha causal específica de procedencia, ya que (ii) la demandada tuvo en consideración un conjunto de elementos de juicio trasladados del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se debatió la legalidad de la Resolución 023 de 2006, a pesar de que no hizo parte de dicha causa.

2.4. Igualmente, la accionante estimó que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en una violación directa de la Constitución, toda vez la condena que le impuso desconoce el principio de proporcionalidad, ya que a efectos de su graduación: (a) omitió realizar una ponderación entre el interés de la administración de recuperar la totalidad de los dineros pagados a título de indemnización y sus derechos fundamentales; y (b) no tuvo en cuenta que el elevado valor que debió pagar la ESE Hospital Regional de Duitama a Nelson Hugo González Huérfino (\$714.276.727), no se debió a su responsabilidad, sino a la mora judicial en resolver la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que implicó que se debieran pagar los salarios y prestaciones sociales del trabajador desvinculado correspondientes a cerca de ocho años.

2.5. Además, la accionante sostuvo que el amparo presentado cumple con los requisitos

generales de procedencia, porque se trata de una acción de tutela que busca la protección del derecho fundamental al debido proceso ante una serie de yerros judiciales evidentes, la cual se interpone dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que fue proferida la decisión cuestionada y frente a la que no procede ningún recurso.

2.6. Con base en lo expuesto, Marcela Pérez Ramírez solicitó que se ampare su derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, se deje sin efectos la Sentencia del 31 de enero de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de Consejo de Estado, y se le ordene a dicha autoridad que expida una nueva providencia en la que se abstenga de incurrir en los yerros puestos de presente en la acción de tutela.

3. Admisión de la demanda de tutela y traslado

A través de Auto de 2 de mayo de 2019⁵¹, la Sección Primera del Consejo de Estado: (i) admitió la acción de tutela de la referencia, (ii) ordenó notificar del inicio del proceso a la Subsección A de la Sección Tercera de la misma corporación, y (iii) dispuso la vinculación al trámite del Tribunal Administrativo de Boyacá y la ESE Hospital Regional de Duitama.

4. Contestación de la demanda de tutela

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado pidió denegar el amparo solicitado⁵², argumentando que la decisión cuestionada se fundamentó en una interpretación razonable de las disposiciones aplicables al caso, y en un análisis sopesado de los elementos de juicio allegados al proceso, los cuales permitieron establecer que “Marcela Pérez Ramírez incurrió, al declarar insubsistente a Nelson Hugo González Huérano, en una culpa grave por violación manifiesta e inexcusable de la Ley 996 de 2005”.

5. Intervenciones de las autoridades vinculadas al proceso

El Tribunal Administrativo de Boyacá⁵³ y la ESE Hospital Regional de Duitama⁵⁴ solicitaron denegar la protección pretendida, comoquiera que a través de la acción de tutela se busca reabrir el debate jurídico y probatorio agotado ante el juez natural de la causa por medio de la proposición de una hermenéutica alternativa a la acogida por la corporación demandada, ignorando las condiciones excepcionales de procedencia del recurso de amparo contra providencias judiciales establecidas en la jurisprudencia constitucional.

6. Decisión de primera instancia

A través de Sentencia del 6 de junio de 2019⁵⁵, la Sección Primera del Consejo de Estado denegó el amparo solicitado⁵⁶, al estimar que la decisión reprochada es acorde con el derecho positivo y se encuentra fundamentada en el precedente en vigor, así como que la misma fue debidamente motivada en una serie de consideraciones que permitieron razonablemente concluir que, en los términos de la Ley 678 de 2001, la actora actuó de forma negligente y, con ello, causó un daño que debió reparar la administración.

7. Impugnación

Marcela Pérez Ramírez impugnó el fallo de primer grado⁵⁷, argumentando que el a-quo no realizó un examen completo de la “realidad fáctica y probatoria” del caso puesta de presente en el recurso de amparo. En este sentido, la actora solicitó “al juzgador de segunda instancia que proceda a hacer un análisis integral del escrito de tutela”, en especial, de la constitucionalidad del estudio realizado por la demandada en torno a su culpabilidad frente al

daño que debió reparar la ESE Hospital Regional de Duitama.

8. Decisión de segunda instancia

Mediante Sentencia del 21 de agosto de 2019⁵⁸, la Sección Cuarta del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró improcedente el amparo solicitado⁵⁹, al considerar que la acción de tutela no cumple con el requisito de relevancia constitucional, pues “si bien la parte demandante alega defectos fáctico y sustantivo, lo cierto es que, en últimas, lo que pretende es que se reabra el debate sobre los temas que (...) ya había expuesto en el recurso de apelación que interpuso en contra la sentencia del 28 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá”.

II. ACTUACIONES ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Selección de los procesos de tutela y trámite procesal

1.1. Con ocasión de las solicitudes presentadas por (i) Luis Camilo Osorio Isaza⁶⁰ y (ii) Marcela Pérez Ramírez⁶¹, mediante autos del 18 y 30 de octubre de 2019⁶², la Sala de Selección de Tutelas Número Diez de la Corte Constitucional escogió para revisión los expedientes de la referencia con fundamento en los criterios denominados “necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial” y “tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional”, contemplados en el artículo 52 del Reglamento Interno de este Tribunal⁶³. Por sorteo, los asuntos fueron repartidos a la Sala Tercera de Revisión, presidida por el magistrado ponente.

1.2. El 4 de febrero de 2020, el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo manifestó su impedimento para conocer de los asuntos de la referencia con fundamento en la causal

contemplada en el artículo 56.1 del Código de Procedimiento Penal⁶⁴.

1.3. A través de Auto del 25 de febrero de 2020⁶⁵, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional aceptó el impedimento presentado por el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, al considerar que:

“(…) las decisiones judiciales por adoptarse en los casos bajo estudio podrían afectar razonablemente la imparcialidad del magistrado, comoquiera que al tramitarse en la actualidad una acción de repetición en su contra por parte del Consejo de Estado, la incidencia frente a la eventual resolución del presente litigio comporta un interés cierto, directo, concreto y actual”⁶⁶.

1.4. En atención al informe presentado por el magistrado ponente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento Interno de esta Corporación, en la sesión ordinaria del 3 de marzo de 2020, la Sala Plena de la Corte Constitucional asumió el conocimiento de los procesos (i) T-7616782 y (ii) T-762918967.

2. Intervenciones en sede de revisión

Luis Camilo Osorio Isaza solicitó que se revoque el fallo de tutela segunda instancia y, en su lugar, se conceda el amparo pretendido, al estimar que la corporación de segundo grado desconoció la reiterada jurisprudencia de esta Corporación referente a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁶⁸.

3. Medida provisional

A través de Auto 065 del 25 de febrero de 2020⁶⁹, a título de medida provisional de oficio, la Sala Tercera de Revisión de la Corte suspendió los efectos de las providencias cuestionadas mientras se profería una decisión de fondo, al considerar que las condenas ordenadas en las mismas podrían ejecutarse durante el trámite de revisión y, en caso de accederse a los amparos solicitados, la protección a concederse sería inocua⁷⁰.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala 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 Política⁷¹.

1. Cuestión previa: análisis de legitimación en la causa

2.1. Antes de plantear los problemas jurídicos a resolver, es necesario establecer si en esta oportunidad se satisface la legitimación en la causa por activa y por pasiva en relación con las acciones de tutela objeto de revisión.

a) Legitimación en la causa por activa

2.2. El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela puede ser ejercida por

cualquier persona directamente o “por quien actúe en su nombre”, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales. En desarrollo del anterior mandato superior, en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁷² se contempló que la legitimación en la causa por activa en los procesos de amparo se materializa:

“(i) Con el ejercicio directo, es decir quien interpone la acción de tutela es el titular del derecho fundamental que se alega vulnerado;

(ii) Por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas;

(iii) Por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe tener la condición de abogado titulado, debiendo anexarse a la demanda el poder especial para el caso; y

(iv) Por medio de agente oficioso”⁷³.

2.3. En los casos bajo estudio, la Sala encuentra satisfecho el presupuesto de legitimación en la causa por activa, ya que los amparos fueron presentados por los profesionales del derecho (i) Humberto Antonio Sierra Porto y (ii) Ciro Nolberto Güecha Medina, en su calidad de abogados de (i) Luis Camilo Osorio Isaza y (ii) Marcela Pérez Ramírez respectivamente, quienes, para iniciar los procesos de la referencia, les concedieron poderes especiales debidamente otorgados ante notario⁷⁴.

b) Legitimación en la causa por pasiva

2.4. En relación con la legitimación en la causa por pasiva, la Sala advierte que de acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 5° del Decreto 2591 de 1991⁷⁵, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado es demandable a través de acción de tutela, puesto que de conformidad con el capítulo 3 del título VIII de la Constitución⁷⁶ y el artículo 11 de la Ley 270 de 1996⁷⁷, es una autoridad pública perteneciente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la Rama Judicial⁷⁸, a la cual se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes⁷⁹.

2.5. Por lo demás, en torno a las decisiones de las corporaciones de primera instancia de vincular a los procesos a (i) la Fiscalía General de la Nación⁸⁰, así como al (ii) Tribunal Administrativo de Boyacá y a la ESE Hospital Regional de Duitama⁸¹, esta Corte precisa que tales determinaciones encuentran sustento en garantizar su derecho al debido proceso, en atención a su calidad de terceros con un posible interés en la resolución de las causas⁸².

1. Problemas jurídicos y esquema de resolución

3.1. Corresponde a la Corte decidir sobre los amparos interpuestos por (i) Luis Camilo Osorio Isaza y (ii) Marcela Pérez Ramírez en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸³. Con tal propósito, para empezar, esta Corporación deberá determinar si las acciones de tutela satisfacen los requisitos generales de procedencia contra providencias judiciales.

3.2. En caso afirmativo, este Tribunal tendrá que establecer si la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al proferir:

(i) La Sentencia del 14 de noviembre de 2018, en la que condenó en repetición a Luis Camilo

Osorio Isaza, incurrió en los defectos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominados: (a) orgánico, (b) procedimental absoluto, (c) sustantivo, (d) error inducido, (e) fáctico, (f) desconocimiento del precedente, y (g) violación directa de la Constitución.

(ii) La Sentencia del 31 de enero de 2019, en la que condenó en repetición a Marcela Pérez Ramírez, incurrió en los defectos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominados: (a) sustantivo, (b) fáctico, y (c) violación directa de la Constitución.

3.3. Para solucionar los problemas jurídicos planteados en los amparos, desde una perspectiva dogmática, esta Sala tendrá que determinar: (i) ¿cuáles son las condiciones de procedencia de la acción de repetición derivadas de la Constitución?, así como (ii) ¿cuál el alcance de las consecuencias de la prosperidad de la pretensión de regreso?

3.4. A fin de resolver dichas cuestiones, esta Corporación seguirá el siguiente esquema. Para empezar, (i) reiterará la jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; luego (ii) estudiará la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado en los términos del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución; y, por último, (iii) resolverá los casos concretos.

1. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

4.1. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 199184, la acción de tutela es un mecanismo sumario, preferente y subsidiario de defensa

judicial cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

4.2. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha explicado que “de conformidad con el concepto constitucional de ‘autoridades públicas’, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales”⁸⁵.

4.3. Con todo, teniendo en cuenta que las providencias judiciales: (a) son el escenario habitual de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales, (b) de ellas se predica el efecto de cosa juzgada, el cual es garantía de la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado democrático, y (c) están amparadas por el principio de respeto a la autonomía e independencia de los jueces⁸⁶; este Tribunal ha señalado que para determinar la viabilidad o no de un recurso de amparo en contra de una decisión jurisdiccional, debe verificarse que:

(i) El asunto tenga relevancia constitucional;

(ii) La petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad;

(iii) El actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela;

(iv) En caso de tratarse de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales;

(v) El accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la vulneración; y

(vi) El fallo impugnado no sea de tutela⁸⁷.

4.4. Además, esta Sala ha sostenido que si en un caso concreto se encuentran cumplidos los anteriores requisitos, será necesario entonces acreditar que la autoridad judicial demandada vulneró el derecho al debido proceso⁸⁸ del accionante al incurrir en alguno de los siguientes defectos: (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) procedimental, (iv) fáctico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente, o (viii) violación directa de la Constitución⁸⁹.

4.5. Al respecto, cabe resaltar que esta Corporación ha caracterizado el defecto sustantivo como la existencia de un error por parte del juez en la interpretación o en aplicación de las disposiciones jurídicas que utilizó para resolver un determinado caso⁹⁰. Sin embargo, para que dicho yerro dé lugar a la procedencia de la acción de tutela debe evidenciarse una irregularidad de significativa trascendencia, que haya llevado a adoptar una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales⁹¹.

4.6. En este sentido, este Tribunal ha señalado que, entre otras hipótesis, una autoridad judicial incurre en un defecto sustantivo cuando⁹²:

(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”⁹³; o

(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 asunto⁹⁴.

4.7. Igualmente, teniendo en cuenta que los artículos 29 y 121 de la Carta Política contemplan la garantía del juez natural y el mandato de que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, esta Corporación ha indicado que un funcionario jurisdiccional incurre en un defecto orgánico cuando profiere una decisión sin tener competencia para adoptarla⁹⁵.

4.8. En concordancia con lo anterior, esta Corte ha explicado que el defecto orgánico puede ser: (i) “funcional, cuando la autoridad judicial extralimita de forma manifiesta el ámbito de las competencias otorgadas tanto por la Carta Política como por la ley”; o (ii) “temporal, cuando los jueces a pesar de contar con ciertas atribuciones para realizar determinada conducta, lo hacen por fuera del término consagrado para ello” ⁹⁶.

4.9. De manera similar, a partir de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, desde sus inicios, esta Corte estableció que los jueces tienen amplias facultades para efectuar el análisis del material probatorio en cada caso concreto⁹⁷. No obstante lo anterior, esta Corporación ha expresado que el examen de los elementos de

juicio debe: (i) estar inspirado en el mandato de la sana crítica; (ii) atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad, motivación, entre otros; así como (iii) respetar la Constitución y la ley, pues “de lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada”⁹⁸.

4.10. En este orden de ideas, este Tribunal ha manifestado que se configura un defecto fáctico cuando el funcionario judicial⁹⁹:

(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 debatido¹⁰⁰;

(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 sustancialmente¹⁰¹;

(iii) Decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido¹⁰²; o

(iv) No excluye las pruebas ilícitas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva¹⁰³.

4.11. Asimismo, la Corte ha identificado dos dimensiones del defecto fáctico, una positiva y

otra negativa¹⁰⁴. En concreto, la primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “completo equivocada” del material probatorio o fundamenta su decisión en un elemento de juicio no apto para ello, y la segunda se configura cuando el funcionario omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna¹⁰⁵.

4.12. Ahora bien, en razón de las tensiones que pueden presentarse en un caso concreto entre los mandatos consagrados en los artículos 29 y 228 superiores, relativos al respeto por la plenitud de las formas del juicio, el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, esta Corte ha señalado que una autoridad judicial incurre en un defecto procedimental cuando soluciona de forma irrazonable dicha colisión de principios constitucionales en un asunto determinado¹⁰⁶.

4.13. En consecuencia, este Tribunal ha tomado nota de que dicho yerro se configura en los eventos en los que el juez: (i) “ignora completamente el procedimiento establecido”, o (ii) “incurre en un exceso ritual manifiesto en la aplicación de las reglas adjetivas”¹⁰⁷. En relación con la primera hipótesis, esta Sala ha sostenido que se presenta, entre otros escenarios, cuando se desconoce “el principio de consonancia”, lo cual ocurre en los casos en los que el funcionario judicial profiere una decisión que “no está en conexión con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda”, a pesar de que la normatividad aplicable no contempla la facultad de adoptar fallos ultra o extra petita¹⁰⁸.

4.14. Adicionalmente, esta Corporación ha considerado que se configura la causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominada error inducido cuando se demuestra que el juez que adoptó una decisión, en principio, conforme a derecho, lo hizo a partir de circunstancias externas que lo condujeron a un error, el cual derivó en que su determinación no se ajustara a la realidad fáctica juzgada y, con ello, se vulneraran los derechos fundamentales de una de las partes¹⁰⁹.

4.15. Así las cosas, la Corte ha llamado la atención sobre el hecho de que el error inducido es una causal de procedencia en la que “si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, la actuación judicial resulta equivocada”¹¹⁰, por lo que debe ser remedida por el juez constitucional siempre que la misma tenga efectos prácticos sobre la determinación adoptada¹¹¹.

4.16. De otra parte, este Tribunal ha determinado que los jueces incurren en un desconocimiento del precedente¹¹² cuando se apartan: (i) de las sentencias emitidas por los tribunales de cierre (precedente vertical), o (ii) de fallos dictados por ellos mismos (precedente horizontal), al momento de resolver asuntos que presentan una situación fáctica similar a los decididos en aquellas providencias¹¹³.

4.17. Con todo, esta Corporación ha aclarado que “el precedente no constituye una obligatoriedad absoluta, pues en razón del principio de la autonomía judicial, el juez puede apartarse de aquellos, siempre y cuando presente (i) de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y (ii) demuestre con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales”¹¹⁴.

(i) La ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; o

(ii) El alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional en la ratio decidendi de las sentencias de tutela proferidas por: (a) la Sala Plena o (b) por las distintas Salas de Revisión. En torno a las decisiones adoptadas por estas últimas, el desconocimiento del precedente solo se configura cuando los fallos inadvertidos constituyan jurisprudencia en vigor¹¹⁶.

4.19. En esta línea argumentativa, esta Corte ha indicado que si una autoridad judicial desconoce la jurisprudencia constitucional se produce “en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica”¹¹⁷.

4.20. Finalmente, este Tribunal ha sostenido que la causal denominada violación directa de la Constitución encuentra fundamento en el modelo del ordenamiento superior adoptado en 1991, en el cual se otorga valor normativo a los preceptos de la Carta Política, de modo tal que sus mandatos y previsiones son de aplicación inmediata por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares¹¹⁸. Por lo anterior, este Tribunal ha sostenido que resulta factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente dichos postulados¹¹⁹.

4.21. Así pues, esta Corte ha advertido que se presenta una violación directa de la Constitución, entre otros casos, cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque¹²⁰:

(i) Deja de aplicar una regla contemplada en el texto constitucional que resultaba adecuada para solucionar el caso concreto¹²¹; u

(ii) Omite un principio superior que determinaba la aplicación de la norma en el caso

concreto, desconociendo que de conformidad con su artículo 4º “la Constitución es norma de normas”, por lo que en el evento de incompatibilidad entre la ella y la ley u otra regla jurídica “se aplicarán las disposiciones superiores”¹²².

4.22. En suma, por regla general, debido a la necesidad de salvaguardar el valor de la cosa juzgada, la garantía de la seguridad jurídica y los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, la acción de tutela no tiene vocación de prosperidad contra decisiones jurisdiccionales. No obstante lo anterior, excepcionalmente, se ha admitido esa posibilidad cuando se acredita el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia del recurso de amparo y la providencia acusada incurre en alguna de las causales específicas que han sido previamente señaladas¹²³.

1. La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado: la acción de repetición en los términos del artículo 90 de la Constitución Política

5.1. El Constituyente de 1991 estableció en el inciso segundo del artículo 90 superior el régimen de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, el cual fue desarrollado por el Congreso de la República en la Ley 678 de 2001¹²⁴. En dicho cuerpo normativo se reguló de manera integral el ejercicio de la acción de repetición¹²⁵, cuyas particularidades han sido interpretadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, conforme pasa a estudiarse.

5.2. En el artículo 90 de la Constitución se consagró la cláusula general de responsabilidad del Estado¹²⁶, 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”.

5.3. Una revisión de los debates que al respecto se suscitaron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991¹²⁷, permite identificar algunos criterios interpretativos sobre el alcance del artículo 90 superior, en particular, en este caso, en cuanto hace referencia a la responsabilidad que es posible imputar a los servidores públicos por vía de la acción de repetición¹²⁸.

5.4. Así, al discutir sobre la configuración de lo que habría de ser el artículo 90 de la Constitución, se dejó constancia de que en las democracias modernas la responsabilidad patrimonial de la administración es un elemento inherente al Estado de Derecho, pues a partir de ella se concreta el mandato conforme al cual todas las autoridades están sometidas al imperio de la ley¹²⁹.

5.5. Igualmente, se puso de presente que, en los más recientes desarrollos legales y doctrinales sobre la responsabilidad de las autoridades, la causa del daño había perdido su relevancia al momento de su determinación, toda vez que en razón de los fines de las instituciones públicas y de la protección de los derechos de los ciudadanos, la discusión sobre el particular se había desplazado a comprobar si la persona afectada estaba obligada o no por el ordenamiento jurídico a soportar la lesión imputable a la administración. Lo anterior, porque en algunos casos, sin que mediara una actuación negligente o arbitraria del Estado, se podían originar perjuicios para los individuos que resultaban incompatibles con los mandatos superiores¹³⁰.

5.6. Por otra parte, en lo que interesa a este proceso, en las deliberaciones de la Asamblea Constituyente se tuvo en cuenta que el imperativo del Estado de responder por los daños antijurídicos que le fueren imputables no excluía la posibilidad de que los agentes públicos pudieran ser llamados a responder cuando la condena tuviera origen en su acción u omisión¹³¹. Sobre el punto, se resaltó la importancia de introducir, como “criterio moralizador y de protección del patrimonio público”, la posibilidad de requerir de los funcionarios el reintegro de las sumas dinerarias pagadas por las entidades a título indemnizatorio con ocasión de sus comportamientos¹³².

5.7. Sin embargo, en las discusiones se avanzó en la adecuada configuración de esa responsabilidad que podría resultar desproporcionada si se tiene en cuenta que el Estado, tanto por su poder de imperio como por el volumen de recursos que maneja y la magnitud de sus emprendimientos, tiene la potencialidad de ocasionar daños sumamente cuantiosos a los administrados, los cuales si bien pueden ser causados por la indebida ejecución de sus operaciones, también pueden originarse por el mero desarrollo de las mismas¹³³.

5.8. En este sentido, los constituyentes estimaron pertinente establecer un sistema limitado de responsabilidad de los agentes del Estado que se caracterizara por ser subsidiario, subjetivo y por consultar criterios de proporcionalidad. De este modo, en primer lugar, se dispuso que la responsabilidad de los funcionarios sólo opere cuando la condena a la administración a pagar una reparación patrimonial por un daño antijurídico fuese el resultado de una conducta dolosa o gravemente culposa de un empleado público¹³⁴.

5.9. En segundo lugar, se llamó la atención sobre la inconveniencia del establecimiento de una responsabilidad patrimonial directa de los funcionarios públicos en todos los casos, pues ello podría desincentivar la aceptación y el ejercicio de ciertos cargos, debido a que la naturaleza de algunas actividades estatales lleva implícita una alta probabilidad de causar

daños patrimoniales¹³⁵.

5.10. Con base en las referidas consideraciones, el Pleno de la Asamblea Constituyente aprobó el texto del citado artículo 90 superior¹³⁶, acogiendo un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado con fundamento en el criterio de daño antijurídico que le sea imputable y con la posibilidad de repetir en contra de sus agentes, en los casos en los que la administración sea condenada a reparar un menoscabo causado por su dolo o culpa grave.

5.11. En concordancia con lo anterior, esta Corporación ha explicado que el artículo 90 constitucional contempla dos premisas jurídicas, a saber: “la primera trata de la responsabilidad patrimonial del Estado, y del deber de responder por el daño antijurídico que le sea imputable generado por la acción o la omisión de las autoridades públicas (inciso 1°); y la segunda, trata de la responsabilidad del servidor público por el daño antijurídico causado con su conducta dolosa o gravemente culposa como agente estatal, y del deber del Estado de actuar en repetición (inciso 2°)”¹³⁷.

5.12. Asimismo, esta Corte ha sido categórica en destacar que mientras el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, a la que alude el primer inciso del artículo 90 superior, se centra en el daño antijurídico que le sea imputable, 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 funcionario, que “sólo ocurre en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente sean consecuencia del obrar doloso o gravemente culposo del agente”¹³⁸.

5.13. En concreto, este Tribunal ha señalado que la inclusión del concepto de “daño antijurídico” en el inciso primero del artículo 90 de la Constitución derivó en la transformación del eje central de la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que la misma no tiene que fundarse necesariamente en la demostración de una falla en el servicio,

pues, a efectos de obtener el resarcimiento de un perjuicio, lo determinante es comprobar que: (i) la persona objetivamente padeció una lesión que no estaba en el deber jurídico de soportar, así como que (ii) la misma sea imputable a una autoridad pública, sin importar que esta haya actuado o no de forma irregular¹³⁹.

5.14. En cambio, esta Corte ha entendido 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, porque es preciso que la conducta del agente estatal sea imputable a título de culpa grave o dolo para que puedan configurarse los presupuestos de la pretensión de repetición, con lo cual la misma resulta improcedente cuando la acción u omisión de la persona no puede catalogarse como negligente o arbitraria¹⁴⁰.

5.15. A partir de los mencionados antecedentes constitucionales, en clave con lo dispuesto en la Ley 678 de 2001, es posible caracterizar la acción de repetición a partir de sus: (i) funciones, (ii) presupuestos de procedencia, y (iii) consecuencias, según pasa a examinarse.

b) Las funciones de la acción de repetición

5.16. El Constituyente de 1991, según se reseñó líneas atrás, al consagrar la acción de repetición en el segundo inciso del artículo 90 superior buscó: (i) proteger el patrimonio público, y (ii) preservar la moralidad administrativa.

5.17. Sobre el primer punto, esta Corporación ha expresado que “la responsabilidad patrimonial de la que habla la segunda parte del artículo 90” de la Carta Política tiene un

carácter “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”¹⁴¹.

5.18. El referido alcance de la acción de repetición fue incorporado por el Congreso de la República en el artículo 2° de la Ley 678 de 2001, al disponer que la misma “es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto”.

5.19. A su vez, en relación con el segundo punto, este Tribunal ha sostenido que la disposición superior en estudio “se enmarca dentro de artículos constitucionales propuestos por el Constituyente, con el objetivo de: (i) promover una toma de conciencia en el servidor público sobre la importancia de su misión, en el cumplimiento de los fines del Estado y en el cumplimiento de sus tareas; de (ii) fortalecer el compromiso que debe tener el servidor público con la función o labor que está llamado a desempeñar en defensa del interés general y garantía del patrimonio público (C.P. art. 2°) y de (iii) garantizar el fortalecimiento de principios superiores como la moralidad pública, y la eficiencia y eficacia administrativa (C.P. art. 209)”¹⁴².

5.20. Lo anterior fue recogido por el legislador en el artículo 3° de la Ley 678 de 2001, al señalar, bajo el epígrafe de “finalidades”, que la acción de repetición “está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella”.

5.21. En este orden de ideas, esta Sala puede afirmar que la acción de repetición tiene¹⁴³:

(i) Una función resarcitoria, puesto que, sin perjuicio del pago de la condena por parte del Estado a efectos de asegurar el derecho a la reparación de la víctima, implica que el verdadero responsable del daño sea quien, en última instancia, asuma el valor de la indemnización del mismo a cuenta de su patrimonio¹⁴⁴;

(ii) Una función preventiva, porque busca disuadir a los agentes del Estado de incurrir deliberadamente o con manifiesta negligencia o imprudencia, en conductas susceptibles de generar daños, pues su patrimonio puede llegar a verse afectado para resarcir los costos de sus comportamientos cuando los mismos se encuentran por fuera de los márgenes propios de la adecuada gestión administrativa¹⁴⁵; y

(iii) Una función retributiva, dado que la obligación de reparar lo pagado por el Estado, si bien se configura como 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 Estado¹⁴⁶.

5.22. Ahora bien, la identificación de las referidas funciones lleva a preguntarse si la acción de repetición tiene sólo una naturaleza patrimonial, dado su carácter resarcitorio civil, o si también puede predicarse de ella una naturaleza sancionatoria, debido a su carácter preventivo y retributivo propio de los mecanismos vinculados al ius puniendi.

5.23. Sobre el particular, en la Sentencia C-957 de 2014¹⁴⁷, reiterando la jurisprudencia constitucional sobre la materia, esta Sala solucionó expresamente dicha cuestión señalando que:

“(…) la responsabilidad patrimonial de la que habla la segunda parte del artículo 90 superior,

no tiene un carácter sancionatorio, sino reparatorio¹⁴⁸ o resarcitorio¹⁴⁹, 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 agente¹⁵⁰, 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 Derecho¹⁵¹”¹⁵².

5.24. En consecuencia, descartada la naturaleza sancionatoria de la acción de repetición, cabe preguntarse: ¿cómo deben entenderse las funciones retributiva y preventiva de dicho instrumento judicial ante su naturaleza meramente patrimonial?

5.25. Al respecto, este Tribunal considera 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).

5.26. En efecto, “es cierto que la acción de repetición es de naturaleza civil, patrimonial y subsidiaria por las razones que se han expuesto. Pero ello no descarta que su procedencia esté sujeta a la fuente de responsabilidad patrimonial fijada por el constituyente. De acuerdo con ello, el agente que obró legítimamente y el que procedió de manera irregular pero con grado de culpa leve o levísima, tienen la seguridad y la confianza de que en ningún caso serán convocados a reintegrar las sumas que el Estado fue condenado a pagar. Por el contrario, el agente estatal que procedió con dolo o culpa grave sabe que de generarse una condena en contra del Estado, será convocado a repetir lo que aquél tuvo que reconocer a

las personas afectadas por el daño y beneficiadas con la sentencia”¹⁵³.

5.27. Lo anterior es de gran relevancia a efectos de una adecuada aplicación de la figura de la acción de repetición, puesto que las distintas tensiones constitucionales que de ella se derivan deben atenderse a partir de sus tres funciones (resarcitoria, retributiva y preventiva), a fin de respetar la concepción de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado concebida por el Constituyente de 1991.

5.28. Específicamente, la aplicación de la acción de repetición debe tener en cuenta que, en un extremo, su objeto se centra en la protección del patrimonio público frente a las conductas dolosas o gravemente culposas de los agentes del Estado, así como en la preservación de la moralidad administrativa, por medio de la retribución de las acciones desviadas, negligentes o sumamente imprudentes de los funcionarios, sin perjuicio del claro efecto de prevención general que tiene la pretensión de regreso ante la eventual afectación del peculio particular.

5.29. En concreto, con la acción de repetición el Constituyente trató de enfrentar la situación conforme a la cual, al amparo de la ausencia de consecuencias patrimoniales del servidor público y bajo el prurito de que “el Estado paga”, se cometiesen tropelías de toda índole o se obrase en la gestión pública con completo desentendimiento de los deberes que impone la labor administrativa¹⁵⁴.

5.30. Sin embargo, 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.

5.31. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado es:

(i) Subsidiaria, 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;

(ii) Subjetiva, ya 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; y

(iii) Sujeta a criterios de proporcionalidad, toda vez que 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 excesos¹⁵⁵.

5.32. Así pues, los dos extremos referidos imponen aplicar la acción de repetición a la luz de los diversos mandatos constitucionales que pueden encontrarse en colisión y que, por consiguiente, exigen una labor de ponderación para evitar escenarios contrarios al ordenamiento superior¹⁵⁶. Para ilustrar, 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 pública¹⁵⁷. 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 exceso¹⁵⁸.

5.33. La Corte Constitucional estima que la referida 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.

5.34. En cuanto hace a lo primero, 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.

5.35. Por lo anterior, sin perjuicio del deber de adelantar la acción de regreso a fin de salvaguardar el patrimonio público y la moralidad administrativa, la procedencia de la acción de repetición está supeditada a la realización de un juicio de atribución de responsabilidad patrimonial, en el cual deben asegurarse las garantías que conforman el derecho al debido proceso, en especial, cuando la pretensión de regreso se fundamente en las presunciones de dolo y culpa grave establecidas por el legislador¹⁵⁹.

5.36. Sobre este último punto, como se explicará más adelante en detalle, este Tribunal estima que si bien la ley contempló unas presunciones que fueron avaladas por esta Corporación, lo cierto es que para su correcta utilización es indispensable probar el hecho que determina la inferencia no sólo frente a la administración sino también de cara al funcionario implicado. Lo anterior, para establecer en relación con el agente del Estado el supuesto que origina la presunción, así como para permitirle a éste que, de ser posible,

desvirtúe su alcance.

5.37. En relación con lo segundo, esto es, el remedio previsto en los casos en los que se encuentre probada la responsabilidad patrimonial del agente, la Sala advierte que la literalidad del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política, en tanto lleva a suponer que la repetición debe decretarse sobre la totalidad de la condena al Estado, restringe el margen de ponderación de dicho mandato con otros principios superiores y origina tensiones de difícil solución. Con todo, bajo la premisa de que las instituciones constitucionales no son absolutas, comoquiera que encuentran límites en el respeto de las prerrogativas de los ciudadanos, la aplicación de la acción de regreso impone una mirada integradora del ordenamiento con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad de los servidores públicos.

5.38. Por consiguiente, antes de repetir in integrum el monto de la indemnización pagada por el Estado y sin entrar a analizar las condiciones subjetivas del agente en atención a lo dispuesto sobre el particular en la Sentencia C-484 de 2002160, es imperioso verificar si hay lugar a modular el quantum a reintegrar en atención al 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. Lo expuesto, busca evitar que la procedencia de la pretensión de repetición derive en una decisión que, debido a su desproporción, vulnere los mandatos constitucionales asociados a la dignidad humana y a la igualdad, por resultar la condena impuesta en una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas.

5.39. A esta altura, desde una hermenéutica histórica y finalista, esta Sala concluye que la acción de repetición fue concebida como un instrumento resarcitorio, disuasivo y retributivo, con el propósito de que los agentes del Estado sean conscientes de que sus conductas por fuera de los parámetros de la adecuada gestión pública pueden tener consecuencias patrimoniales muy gravosas, así como que no es gratuito actuar al margen de la ley o con

manifiesta negligencia en el cumplimiento de sus deberes funcionales¹⁶¹.

5.40. Ahora bien, teniendo en cuenta que los presupuestos de procedencia y las consecuencias de la acción de repetición han sido objeto de desarrollo por parte del Congreso de la República, así como de interpretación judicial en concreto por el Consejo de Estado y, excepcionalmente, por la Corte Constitucional¹⁶², pasa esta Sala a examinar dichos puntos, por resultar relevantes para el estudio de los casos concretos, integrando los mismos con las consideraciones expuestas en torno a la naturaleza constitucional y las funciones la pretensión de regreso.

5.41. En relación con este último punto, debe resaltarse que si bien la configuración de la acción de repetición, en principio, le corresponde al Consejo de Estado, como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁶³, lo cierto es que cuando se obra al margen de una perspectiva integradora de los principios y reglas presentes en el ordenamiento constitucional, como se alega ocurrió en los casos que son objeto de la atención de la Corte en esta ocasión¹⁶⁴, y de ello se sigue la afectación de derechos fundamentales, se impone la intervención del juez de tutela para hacer prevalecer los mandatos superiores que informan la figura¹⁶⁵.

c) Procedencia de la acción de repetición

5.42. Con base en lo dispuesto en los artículos 90 de la Constitución y 2° de la Ley 678 de 2001, este Tribunal ha explicado que la procedencia de la acción de repetición se encuentra supeditada a: “(i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; (ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de

dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena”¹⁶⁶.

5.43. En esta misma línea argumentativa, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que la procedencia de la pretensión de regreso está determinada por la acreditación de los siguientes supuestos¹⁶⁷:

(i) “La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena: La calidad, la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado”;

(ii) “La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado: La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto”;

(iii) “El pago realizado por el Estado: La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario”; y

(iv) “La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa: La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables”¹⁶⁸.

5.44. Sobre el último supuesto, el Consejo de Estado ha explicado que, en los asuntos que se tramiten en vigencia de la Ley 678 de 2001, las entidades demandantes, a efectos de demostrar la responsabilidad del agente estatal, pueden apoyarse en las definiciones y presunciones de dolo y culpa grave contempladas en los artículos 5° y 6° de dicho cuerpo normativo, así como que, en las causas que versen sobre acontecimientos previos a la expedición del mismo, las autoridades accionantes deberán fundamentar sus alegatos a partir de la definición de los referidos conceptos contemplada en el artículo 63 del Código Civil¹⁶⁹.

5.45. En relación con el régimen de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado contemplado en la Ley 678 de 2001, es pertinente señalar que, en los artículos 5° y 6°, se contemplan una serie de criterios para determinar la configuración de la culpa grave o el dolo exigidos por el Constituyente para la procedencia de la acción de repetición¹⁷⁰. Específicamente:

(ii) En el artículo 6° se señala que “la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”.

5.46. Además, en dichas disposiciones de la Ley 678 de 2001, se contemplan las siguientes presunciones legales para facilitar la atribución de responsabilidad patrimonial de los agentes

públicos:

Dolo (artículo 5°)

Culpa grave (artículo 6°)

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

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

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

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

2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.

3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

5.47. En torno a la constitucionalidad de dichas causales de presunción de dolo y culpa grave, esta Corte ha sostenido que las mismas:

(i) “Se justifican razonablemente por la necesidad de probar elementos subjetivos que por su naturaleza son de difícil prueba, con base en hechos objetivos susceptibles de demostración en las condiciones ordinarias, con el fin de hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el Art. 90 superior, y por la necesidad de proteger el patrimonio y la moralidad públicos y favorecer el cumplimiento de los fines esenciales del Estado”¹⁷¹.

(ii) Imponen a la administración el deber de probar “el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere” ¹⁷².

(iii) No desconocen el derecho de defensa, porque al tratarse de presunciones de naturaleza

legal, el demandado puede “desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad”¹⁷³.

(iv) Son instrucciones dirigidas “al juez de la causa, en la que se determinan los parámetros bajo los cuales se debe juzgar la conducta del agente del Estado que incurre en la conducta civilmente reprochable”¹⁷⁴.

(v) “No son las únicas de las cuales pueden deducirse las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales”, ya que “el juez de la causa es libre de apreciar comportamientos dolosos o culposos en otras conductas no mencionadas en dichos numerales”¹⁷⁵.

5.48. En este sentido, el Consejo de Estado ha explicado que bajo el imperio de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, se pueden identificar “tres posibles escenarios en los cuales la entidad estatal demandante puede imputarle una conducta dolosa o gravemente culposa al agente estatal, con la finalidad de comprometer su responsabilidad patrimonial”, a saber¹⁷⁶:

(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”¹⁷⁷.

(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”¹⁷⁸.

(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. Ahora, en eventos diferentes a los contenidos en las mencionadas normas no opera la presunción del dolo o de la culpa grave y, como consecuencia, se deberán describir las conductas constitutivas y, desde luego, acreditarse adecuadamente (...)”.

5.49. Frente a los asuntos en los cuales la Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado procedente la aplicación de las presunciones contenidas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, a fin de demostrar el dolo o la culpa grave propia de la acción de repetición, cabe destacar que:

(i) Se ha aplicado a la presunción de dolo denominada “obrar con desviación de poder” (artículo 5.1), en los casos en los que se ha condenado al Estado al reintegro y pago de salarios de trabajadores que fueron desvinculados mediante actos administrativos declarados contrarios a derecho por jueces contenciosos por demostrarse que en la expedición de los mismos medió una finalidad ulterior diferente a garantizar el buen servicio público¹⁷⁹.

(ii) Se ha acudido a la presunción de dolo denominada “haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado” (artículo 5.4), en los eventos en los que se han presentado homicidios dentro de guarniciones militares que han sido juzgados por la Justicia Penal Militar y han dado lugar al pago de indemnizaciones por parte de la Nación a los familiares de las víctimas¹⁸⁰.

(iii) Se ha aplicado la presunción de culpa grave denominada “violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho” (artículo 6.1), en los asuntos en los que el Estado ha tenido que indemnizar los daños causados con ocasión de: (a) accidentes de tránsito originados por el desconocimiento de la normatividad vial por parte de funcionarios públicos en servicio¹⁸¹; (b) homicidios en personas protegidas por parte de miembros de la fuerza pública infringiendo las disposiciones relativas al derecho internacional humanitario¹⁸²; o (c) actos administrativos de desvinculación del servicio sin motivación a pesar de que el derecho positivo exige tal carga¹⁸³.

(iv) Se ha utilizado la presunción de culpa grave denominada “violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal” (artículo 6.4), en los casos en los cuales el Estado tuvo que pagar condenas por privaciones injustas de la libertad originadas en medidas de aseguramiento de detención preventiva impuestas indebidamente por fiscales¹⁸⁴.

5.50. En relación con los casos relacionados con despidos o retiros de personal, esta Sala resalta que si bien algunos de los supuestos inferenciales contenidos en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 resultan asimilables a las causales de nulidad de los actos administrativos, lo cierto es que la declaratoria de la ilegalidad de una resolución de desvinculación “no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, puesto que, con fundamento en lo establecido en el Art. 90 de la Constitución, siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave”¹⁸⁵, y, en este sentido, “la aplicación de las referidas presunciones” únicamente tienen el alcance de “invertir la carga de la prueba”¹⁸⁶.

5.51. Ahora bien, teniendo en cuenta que la procedencia de la repetición está íntimamente ligada con el juicio de responsabilidad del Estado, en la Ley 678 de 2001 se contempló que la

pretensión de regreso puede satisfacerse “dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho”, bajo la posibilidad que tienen la entidad pública perjudicada o el Ministerio Público de “solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario”¹⁸⁷.

5.52. Sobre el particular, en la Sentencia T-842 de 2004¹⁸⁸, la Sala Octava de Revisión de este Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a una acción de tutela en la cual el actor cuestionaba el hecho de no haber sido vinculado a un proceso en el que se decidió sobre la legalidad de un acto de insubsistencia que había expedido. En concreto, el actor señalaba que al prosperar las pretensiones de dicha causa por haber actuado con desviación de poder, se interpuso una acción de repetición en su contra, frente a la cual sostenía que no iba tener todas las garantías de defensa que hubiera podido ejercer en el evento de haber sido convocado al trámite jurisdiccional previo, máxime cuando la entidad demandante acudió en su escrito introductorio a las presunciones legales contenidas en la Ley 678 de 2001. Al respecto, esta Corporación consideró que el amparo no estaba llamado a prosperar, entre otras razones, porque:

(i) De conformidad con el derecho positivo, la vinculación del accionante al proceso contencioso administrativo en el que se decidió sobre la legalidad del acto de insubsistencia era procedente en caso de que alguna de las partes lo hubiera solicitado, ya que la misma no era una actuación obligatoria sino potestativa. En consecuencia, al no haberse presentado requerimiento en tal sentido por los extremos en litigio, los jueces “no quebrantaron las garantías constitucionales del actor (...), en cuanto, si bien no lo convocaron a la litis, esto se debió a que les correspondía respetar la estrategia defensiva de las partes, así por fuerza de la circunstancias hayan tenido que evaluar su conducta y detenerse en sus motivaciones”.

(ii) Si bien “lo deseable, atendiendo los dictados de los artículos 228, 229 y 230 de la Carta, redundaría en torno a que las oposiciones, pruebas y alegaciones de los agentes estatales que dan lugar a daños antijurídicos imputables al Estado se presenten en los procesos que los definen”, lo cierto es “no se puede desconocer que se trata de un asunto facultativo, no atribuible al juzgador y que no puede dar lugar, por consiguiente, a la invalidez de los juicios así la responsabilidad del Estado quede definida”.

(iii) En los eventos en los que no sea vinculado el agente al proceso contencioso que da lugar a la condena del Estado, “no queda duda sobre la necesidad de volver, íntegramente, sobre la conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales, que dieron lugar a la actuación estatal que mereció la condena, si es que la entidad pública quiera sacar adelante la acción de repetición, como es su deber –artículo 90 C.P.-”. Por consiguiente, “para condenar al agente estatal en acción de repetición, en razón de que buscó “la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”, los jueces deberán adquirir –dentro del asunto en trámite- plena certeza de que el servidor público actuó con desviación de poder, con pleno respeto de las garantías constitucionales de las partes”.

(iv) “No sobra reiterar, en punto a las presunciones que preocupan al actor, que como lo ha sostenido esta Corporación en las diferentes oportunidades en que ha debido estudiar la conformidad con la Carta Política de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, que la inversión de la carga probatoria procede sobre hechos debidamente probados, de modo que dentro de la acción de repetición en curso no verá (...) menguado su derecho de defensa, toda vez que en el caso de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un acto administrativo, la declaración de nulidad de éste no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público” 189.

5.53. Posteriormente, en la Sentencia SU-222 de 2016190, la Sala Plena de la Corte Constitucional conoció de una acción de tutela dirigida a cuestionar el análisis fáctico de una providencia en la que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la

responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de un ciudadano y, en razón del llamamiento en garantía con fines de repetición, dispuso que el 50% del monto de la condena fuera asumido por la funcionaria que profirió la orden respectiva.

5.54. En dicha ocasión, esta Corporación consideró que la autoridad judicial demandada “no incurrió en una valoración arbitraria del material probatorio recaudado en el proceso de reparación directa, a partir del cual estructuró la responsabilidad patrimonial de la demandante como llamada en garantía”¹⁹¹. Con todo, en la parte considerativa se realizaron las siguientes precisiones relevantes sobre la pretensión de repetición:

“Cuando el agente o ex agente es llamado en garantía con fines de repetición, su propia responsabilidad se define en el mismo proceso en el cual se determina la responsabilidad del Estado. No obstante, esto no indica que ambas cuestiones deban correr la misma suerte, toda vez que la responsabilidad del Estado está controlada por una regulación sustancialmente distinta de la que gobierna la responsabilidad de sus agentes.

En efecto, la Constitución define los elementos necesarios para condenar al Estado a responder patrimonialmente (art 90 CP). Dice, en concreto, que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En consecuencia, el Estado debe responder patrimonialmente (i) por los daños antijurídicos, (ii) que le sean imputables, cuando hayan sido (iii) causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...).

En contraste, la responsabilidad del servidor o ex servidor público llamado en garantía, o demandado en una acción de repetición, presupone la concurrencia de una imputación de la conducta a título de dolo o culpa grave. Por eso la Constitución prevé expresamente que 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, deberá repetir contra este (CP art 90) (...).

Por lo cual, el juez que le ponga fin al proceso debe ser en extremo cuidadoso en el análisis, con el fin de evitar extrapolaciones en el título de responsabilidad propio de uno y otro escenario, y generar con ello una violación al debido proceso. Esto implica que, más allá de lo que se disponga respecto de la responsabilidad del Estado, el dolo o la culpa grave del agente deben estar debidamente probados o, si es el caso, acreditados los supuestos que dan lugar a su presunción”.

5.55. En este punto de la fundamentación, reiterando lo expuesto páginas atrás sobre la hermenéutica histórica y finalista del inciso segundo del artículo 90 superior, la Corte estima pertinente insistir en que la procedencia de la acción de repetición está sujeta a la efectiva demostración por parte de la entidad convocante de la actuación dolosa o gravemente culposa de su agente. En consecuencia, los jueces contenciosos administrativos deben ser garantes de que la administración cumpla con dicha carga, incluso en los casos en los que acudan a las presunciones legales¹⁹².

5.56. En efecto, la Carta Política exige “la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente”, y, por ello, “no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta”¹⁹³.

5.57. En atención a dicho carácter subjetivo de la acción de repetición, esta Corporación estima necesario resaltar que los jueces de lo contencioso administrativo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 superior, deben asegurar el respeto del derecho al debido proceso de los agentes del Estado que sean sometidos a una causa de repetición, por lo que están en la obligación de evitar que los análisis contruados para enjuiciar la responsabilidad

patrimonial del Estado sean simplemente extrapolados al examen de la responsabilidad patrimonial de los agentes de la administración. Lo anterior, porque:

(i) La configuración superior de los juicios de responsabilidad y los presupuestos de la misma son distintos en uno y otro caso (objetivo y subjetivo);

(ii) La pretensión de regreso conlleva por mandato constitucional que la atribución de responsabilidad subjetiva deba hacerse directamente al servidor público, sin que le sea trasladable el título de responsabilidad en función del cual se condenó al Estado; y

(iii) El respeto del derecho fundamental al debido proceso implica que el funcionario deba tener la oportunidad de cuestionar el elemento subjetivo que se exige para determinar su responsabilidad, sin que quepa oponerle las conclusiones a las que se llegó sobre el particular en un juicio en el que no fue parte.

5.58. Así pues, esta Sala advierte que lo que es oponible al servidor público del fallo condenatorio del Estado es: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) la imputación del mismo al Estado, y (iii) la circunstancia de la condena con la consiguiente obligación de reparar a cargo de la administración. Empero, no cabe derivar la responsabilidad subjetiva a partir de esa instancia previa, porque ese proceso de atribución debe cumplirse de manera integral en la causa que da lugar la acción de repetición¹⁹⁴.

5.59. Por lo anterior, si bien la ley contempló unas presunciones a partir de las cuales las autoridades no tienen la obligación de probar que el supuesto de la inferencia (v.gr. desviación de poder o violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho) constituye una actuación dolosa o gravemente culposa, pues ello se conjetura de la ley; 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.

5.60. En este orden de ideas, los operadores jurídicos tienen que ser cuidadosos al analizar los argumentos de la parte demandada y los elementos de juicio allegados al litigio, toda vez que los mismos, a pesar de no llegar a tener la aptitud de desvirtuar la obligación resarcitoria de la entidad (asunto que no es objeto de debate en sede de repetición), sí pueden ser concluyentes para descartar que la actuación que originó el daño se realizó con dolo o culpa grave¹⁹⁵.

5.61. En este sentido, la Corte Constitucional toma nota de que, a fin de comprobar que una conducta es atribuible a título de dolo o culpa grave, pueden ser determinantes aspectos propios de la gestión administrativa, tales como (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 prestado¹⁹⁶.

5.62. Finalmente, esta Sala evidencia que si bien al tenor del artículo 4° de la Ley 678 de 2001¹⁹⁷ es un deber de las entidades ejercitar la acción de repetición so pena de responsabilidades disciplinarias y fiscales, lo cierto es que en razón del carácter subsidiario de la pretensión de regreso, su impulso por parte de la administración sólo debe procurarse 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.

5.63. A su vez, este Tribunal advierte que es determinante el rol que desempeña el juez de lo contencioso administrativo para establecer no sólo la corrección formal de la acusación, sino

también para desarrollarla en términos que permitan que la figura se aplique en su sentido constitucional, esto es: (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.

d) Consecuencias de la acción de repetición

5.64. En el evento de verificarse la configuración de la responsabilidad patrimonial del agente del Estado en los términos expuestos en el acápite anterior, le corresponde al juez contencioso administrativo determinar el monto que el servidor deberá reintegrar a la administración como consecuencia de su actuación dolosa o culposa grave¹⁹⁸.

5.65. Al respecto, cabe resaltar que, inicialmente, en el artículo 14 de la Ley 678 de 2001 se establecía que “cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo a la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo a sus condiciones personales y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición”¹⁹⁹.

5.66. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la expresión “a sus condiciones personales” contenida en la disposición transcrita fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en Sentencia C-484 de 2002²⁰⁰, al considerar que:

El artículo 90 superior “ordena el ejercicio de la acción de repetición con la pretensión de obtener el reembolso de lo pagado”. En consecuencia, “el quantum de la pretensión lo señala la condena al Estado y, persigue, como salta a la vista evitar el detrimento patrimonial de la entidad pública. No es una sanción sino apenas la recuperación de lo pagado por el Estado para que quien dio origen con su dolo o culpa grave a la condena patrimonial a éste reintegre entonces a las arcas públicas lo que de ellas, por su dolo o culpa grave, fue desembolsado como consecuencia de haber quebrantado su deber de obrar en el ejercicio del cargo conforme a la Constitución, la ley o el reglamento.

Siendo ello así, es inexecutable el artículo 14 de la ley acusada, en cuanto autoriza a la autoridad judicial para cuantificar el monto de la condena atendiendo a las “condiciones personales” del servidor público. Pero no se quebranta la Constitución en cuanto a éste se ordene reembolsar al Estado las sumas a que fue condenado, teniendo en cuenta la participación del agente estatal en la producción del daño, su culpa grave o su dolo en el caso concreto, pues bien puede suceder que se presente el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, caso en el cual habrá en la sentencia se cuantificará el monto de la condena correspondiente, sin que por ello se quebrante la Constitución”.

5.67. En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha señalado que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 678 de 2001, el quantum a reintegrar por el agente a la administración se encuentra determinado por el monto de la condena pagada por el Estado y la participación probada del servidor en el daño. Por consiguiente, dicha corporación ha explicado que para el efecto se debe tener en cuenta que:

(i) El agente no está obligado a asumir los intereses que se pudieren causar desde la ejecutoria de la condena hasta su pago final, porque estos son atribuibles a la demora de la entidad en cumplir la obligación²⁰¹; y

(ii) En ciertos escenarios puede presentarse el fenómeno jurídico de la concurrencia de

culpas, por lo que la suma cancelada a título indemnizatorio puede llegar a ser dividida entre varios individuos o disminuida²⁰².

5.68. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha expresado que a fin de fijar la condena de repetición, en determinados casos, pueden existir “circunstancias atenuantes” que a pesar de no tener la entidad para modificar la calificación de la actuación del agente como dolosa o gravemente culposa, sí influyen en el monto del reintegro que debe efectuar el servidor, como sucede en los casos en que las acciones u omisiones que causaron el daño persiguieron un fin legítimo y no se realizaron de mala fe²⁰³.

5.69. A su turno, en la Sentencia SU-222 de 2016²⁰⁴, esta Corporación explicó que la condena de repetición tiene que respetar el principio de proporcionalidad. Específicamente, esta Sala indicó que:

“La sentencia en la cual se defina el caso debe sujetarse además a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. El Estado como entidad demandada debe, conforme a la jurisprudencia de la Corte, perseguir en la repetición el reembolso de lo pagado en la condena. No obstante, ello no implica para el juez que declare la responsabilidad subjetiva del agente estatal, una obligación de condenar a este último por la totalidad del monto por el cual condenó al Estado. Del mismo modo que los presupuestos para declarar responsable al Estado son distintos de los exigidos para condenar por responsabilidad al servidor o ex servidor público contra el cual se repite, y por tanto es posible que ambas cuestiones tengan resultados finales distintos, también es posible que las consecuencias de una y otra declaración disten de ser idénticas.

El juez, en ejercicio de su independencia e imparcialidad, debe evitar excesos; es decir, cargas excesivas y desproporcionadas en cabeza de una persona. Entre los fines esenciales del Estado se encuentra asegurar la vigencia de un orden justo (CP art 2) y reconocerles

primacía a los derechos inalienables de la persona (CP art 3)”²⁰⁵.

5.70. Ahora, a partir de lo reseñado y de la interpretación histórica y finalista de la acción de repetición realizada páginas atrás, esta Corporación advierte que la condena que se origine con ocasión de la pretensión de regreso debe tasarse atendiendo a las circunstancias objetivas del asunto, no derivadas de la situación personal de cada servidor en atención a lo dispuesto en la Sentencia C-484 de 2002, sino predicables en general de las relaciones entre los funcionarios y la administración.

5.71. De este modo, si bien el tenor literal del artículo 90 superior y el carácter resarcitorio de la acción de repetición apuntan a que el servidor público deba responder por la cuantía equivalente a la de la condena impuesta al Estado, es posible que no se preserve de manera exacta dicha correspondencia, cuando las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad impongan una solución distinta.

5.72. En consecuencia, los jueces de repetición, a efectos de tasar el monto de la condena, deben examinar el grado de participación del demandado en los hechos que dieron lugar al daño, teniendo en cuenta que la conducta de agente, a pesar de ser dolosa o gravemente culposa, podría no ser la única causa del daño.

5.73. Así por ejemplo, pueden presentarse eventos en los que: (i) la responsabilidad sea atribuible a múltiples personas en razón de la distribución de funciones y jerarquías dentro de la institución pública; (ii) el daño causado se derive en parte del riesgo inherente a la actividad de la entidad; o (iii) el menoscabo se origine, entre otros factores, en fallas estructurales en los diseños de los procesos misionales de la administración²⁰⁶.

5.74. Igualmente, la Corte Constitucional precisa que los jueces contenciosos administrativos al momento de fijar el monto a repetir deben identificar el verdadero valor del daño atribuible al agente, ya que en algunas ocasiones la condena al Estado puede verse seriamente incrementada por factores ajenos a la voluntad del servidor y que, por ello, no le resultan imputables.

5.75. Para ilustrar, esta Sala estima que desborda el alcance del inciso segundo del artículo 90 superior pretender que el funcionario: (i) asuma las consecuencias de la demora en la resolución del proceso judicial en el que se impone la condena al Estado²⁰⁷; o (ii) esté obligado a pagar elementos de la reparación que tengan un objetivo mayor al resarcimiento del daño concreto que causó, como ocurre con medidas de no repetición dirigidas a superar problemáticas institucionales²⁰⁸.

5.76. De manera similar, este Tribunal considera que en ningún caso el agente debe ser obligado a responder por sumas adicionales al monto de la condena impuesta a la administración, como ocurre con los intereses moratorios que pueden causarse por el retraso en el pago de las indemnizaciones conforme lo ordena el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tanto que los mismos constituyen una sanción al Estado por su falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones²⁰⁹.

5.77. Por otra parte, y de manera general, los jueces de lo contencioso administrativo deben adoptar las previsiones correspondientes para que la condena que se imponga como producto de una acción de repetición en los términos del artículo 90 superior, no se convierta en una decisión que, debido a su desproporción, vulnere los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. En particular, debe tenerse en cuenta que no siempre todo el monto al que haya sido condenado el Estado como consecuencia de un daño antijurídico derivado de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes puede serle

atribuido a éstos, en atención a la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la potencialidad dañosa de la actuación del Estado y la responsabilidad que cabe exigir a sus agentes.

e) Aspectos procedimentales relevantes para la resolución de los casos

5.78. En relación con los aspectos procedimentales de la pretensión de regreso, esta Corporación resalta que, además de lo ya expuesto, en la Ley 678 de 2001 se regula: (i) lo relativo a las autoridades judiciales competentes para su examen y el procedimiento respectivo (artículos 7° a 10), (ii) la caducidad de la acción (artículo 11), (iii) la procedencia de acuerdos conciliatorios (artículos 12 y 13), (iv) la ejecución de las condenas (artículos 15 y 16), (v) las condiciones del llamamiento en garantía con fines de repetición (artículos 19 a 22), y (vi) las medidas cautelares (artículos 23 a 29).

5.79. En la presente oportunidad, este Tribunal toma nota de que la acción de repetición debe ser interpuesta por la entidad que realizó el pago indemnizatorio²¹⁰, así como que la misma se tramita ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto (...) para las acciones de reparación directa”²¹¹, el cual se encuentra consagrado en los artículos 179 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²¹².

5.80. Además, en cuanto a la competencia para conocer de las acciones de repetición presentadas en contra de altos funcionarios del Estado, es pertinente mencionar que en el párrafo del artículo 7° de la Ley 678 de 2001²¹³, se indica que cuando el referido medio de control se dirija, entre otros, en contra del Presidente de la República, el Fiscal General de la Nación, los congresistas o los magistrados, el proceso se adelantará en única instancia ante el Consejo de Estado²¹⁴, sin perjuicio de la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de revisión²¹⁵.

f) Presupuestos constitucionales de la acción de repetición

5.81. En la presente ocasión, a partir de las anteriores consideraciones, fundadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en los precedentes de esta corporación, es posible establecer unos presupuestos constitucionales que fijan el ámbito de la acción de repetición y el marco que gobierna la actuación de los funcionarios competentes para resolverla.

- Presupuesto 1: La prosperidad de la acción de repetición está determinada por la acreditación, por parte de la entidad demandante, de los siguientes supuestos ante el juez contencioso administrativo:

(i) La existencia de una providencia judicial condenatoria, un acuerdo conciliatorio, una transacción o cualquier otro documento válido para finalizar un conflicto, en el que se le imponga al Estado la obligación de pagar una suma de dinero por haber causado un daño antijurídico;

(ii) La calidad del demandado como servidor del Estado o particular que cumplía funciones públicas para el momento en que ocurrió el daño antijurídico;

(iii) El pago de la obligación dineraria al destinatario; y

- Presupuesto 2: La atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente, a

título de dolo o culpa grave, implica probar ante el juez contencioso administrativo que, al margen del análisis efectuado en la providencia de responsabilidad del Estado:

(i) El daño antijurídico haya tenido su origen en una acción u omisión del demandado; y

(ii) Que tal actuación, conforme a la normatividad vigente para la época en que se presentó el daño antijurídico: (a) estuvo dirigida a “la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado” (dolo), o (b) es calificable como “una infracción directa a la Constitución o a la ley” o “una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (culpa grave)²¹⁶.

- Presupuesto 3: Las presunciones legales de dolo y culpa grave contempladas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001:

(i) No relevan a la entidad actora de probar ante el juez contencioso administrativo que (a) el daño antijurídico tuvo su origen en una acción u omisión atribuible al demandado, y que (b) tal actuación se enmarca en alguno de los supuestos legales (i.e. desviación de poder o infracción manifiesta e inexcusable de una norma de derecho); y

(ii) Ante la demostración de que la actuación del agente se enmarca en alguno de los supuestos legales, eximen a la entidad de acreditar que la acción u omisión estuvo dirigida a “la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado”, o es calificable como “una infracción directa a la Constitución o a la ley” o “una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”.

- Presupuesto 4: A efectos de garantizar el derecho al debido proceso, en el trámite de repetición la valoración en torno a la existencia de dolo o culpa grave debe realizarse de manera integral, y para determinar la responsabilidad del agente, está excluida la posibilidad de extrapolar las conclusiones sobre la responsabilidad del Estado o del agente que puedan estar contenidas en la providencia condenatoria a la administración. Por consiguiente, el juez contencioso debe examinar todos los elementos de juicio allegados al proceso de repetición y realizar un análisis totalmente independiente, en el cual el demandado tenga la oportunidad real de ejercer su defensa.

- Presupuesto 5: A fin de determinar si el daño antijurídico tuvo su origen en una acción u omisión atribuible al demandado, así como si dicha actuación fue dolosa o gravemente culposa, el juez de lo contencioso administrativo debe valorar los aspectos propios de la gestión pública, tales como: (i) las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o (ii) el grado de diligencia que le sea exigible al servidor en razón de los requisitos para acceder al cargo, la jerarquía del mismo en la escala organizacional o la retribución económica por los servicios prestados.

- Presupuesto 6: Una vez constatada la responsabilidad patrimonial del agente, el juez de lo contencioso administrativo deberá determinar el monto a reintegrar al Estado por parte del servidor, adoptando las previsiones respectivas para que la condena de repetición no se convierta en una decisión que, en razón de su desproporción, vulnere los derechos fundamentales por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. Con tal propósito, sin entrar a analizar las condiciones subjetivas del funcionario²¹⁷, el operador jurídico debe:

(i) Valorar el grado de participación del demandado en los hechos que dieron lugar al daño y las circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración, pues puede ocurrir que: (a) la responsabilidad sea atribuible a múltiples personas debido a la distribución de funciones y jerarquías dentro de la institución pública; (b) el perjuicio causado

se derive en parte del riesgo inherente a la actividad de la entidad; o (c) el menoscabo se origine, entre otras razones, por fallas estructurales en los diseños de los procesos misionales de la administración;

(ii) Tener en cuenta circunstancias atenuantes que, a pesar de no tener la entidad para modificar la calificación de la actuación del agente como dolosa o gravemente culposa, sí influyen en el monto del reintegro que debe efectuar el servidor, como sucede en los casos en que las acciones u omisiones que causaron el daño persiguieron un fin legítimo y no se realizaron de mala fe;

(iii) Precaver que el monto a reintegrar no sea mayor a la obligación impuesta al Estado, con lo cual, por ejemplo, el funcionario no debe asumir los intereses que se causen desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria hasta su efectivo pago por parte de la administración; e

- Presupuesto 7: En casos en los que existan dudas en torno a la forma en la que deba realizarse la imputación de la responsabilidad patrimonial al agente del Estado o en relación con la fijación del monto de la condena, la administración, a fin de determinar si promueve la pretensión de regreso, y el juez contencioso administrativo, al momento de resolver el caso, deben tener como criterios orientadores de su actuación que la acción de repetición tiene: (i) una naturaleza subsidiaria, subjetiva y sujeta a criterios de proporcionalidad, y (ii) una triple funcionalidad, a saber: resarcitoria, preventiva, y retributiva.

5.82. En este punto de la fundamentación, con base en 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 Corte pasará a examinar los asuntos concretos.

IV. ANÁLISIS DE LOS CASOS CONCRETOS

A. Expediente T-7616782

1. Síntesis de la controversia

1.1. Luis Camilo Osorio Isaza interpuso acción de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la Sentencia del 13 de noviembre de 2018 en la que dicha corporación lo condenó a reintegrarle a la Fiscalía General de la Nación la suma de \$156.641.784, al encontrarlo responsable, a título de dolo, por expedir, con desviación de poder, las resoluciones 607 y 890 de 2002, a través de las cuales declaró insubsistente a José Elmer Arias Santa²¹⁸.

1.2. En concreto, el actor señaló que, en la referida providencia, la autoridad demandada incurrió en los defectos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominados: (a) orgánico, (b) procedimental absoluto, (c) sustantivo, (d) error inducido, (e) fáctico, (f) desconocimiento del precedente, y (g) violación directa de la Constitución.

1.3. La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado solicitó denegar el amparo pretendido por el accionante, toda vez que la decisión cuestionada se encuentra fundamentada en el derecho positivo y se adoptó luego de un análisis razonable de los

elementos de juicio allegados al proceso. A su vez, en su calidad tercera vinculada al trámite de tutela, la Fiscalía General de la Nación pidió que se declare la improcedencia de la protección pretendida, porque el actor puede acudir al recurso extraordinario de revisión y satisfacer sus intereses²¹⁹.

1.4. En primera instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado concedió el amparo deprecado, al estimar que la autoridad demandada en la providencia reprochada había incurrido en yerros en la apreciación de los hechos del caso y en la aplicación de las fuentes jurídicas, y había irrespetado la consonancia procesal. Sin embargo, ante la impugnación de dicha decisión por la accionada, el fallo de primer grado fue revocado por la Subsección C de la Sección Tercera de la misma corporación, argumentando que la acción de tutela era improcedente, ya que buscaba reabrir el debate procesal agotado en su escenario natural²²⁰.

2. Análisis de los requisitos generales de procedencia

a) Relevancia constitucional

2.2. El asunto T-7616782 es de relevancia constitucional, comoquiera que en el mismo se debate sobre la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 superior) de un exfuncionario del Estado dentro de una causa de repetición, el cual se considera afectado en razón del equivocado examen jurídico y fáctico de la responsabilidad patrimonial realizado por la autoridad accionada²²².

2.3. Adicionalmente, este Tribunal resalta que la discusión que subyace a la demanda de

amparo implica constatar si en la decisión judicial reprochada fueron debidamente ponderados los principios superiores de responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos, moralidad administrativa, protección del patrimonio del Estado, legalidad, dignidad humana, igualdad, debido proceso, proporcionalidad y prohibición del exceso, que se predicen como consustanciales a la acción de repetición bajo su concepción constitucional (artículo 90 superior)²²³.

2.4. En concreto, esta Sala deberá verificar que dichos principios constitucionales no hayan sido desconocidos arbitrariamente y, por el contrario, hayan sido optimizados en la medida de lo posible atendiendo a las posibilidades jurídicas y fácticas del caso de Luis Camilo Osorio Isaza.

b) Inmediatez

2.5. La acción de tutela de Luis Camilo Osorio Isaza satisface el requisito de inmediatez, ya que fue presentada en un plazo razonable atendiendo a la complejidad del asunto, si se tiene en cuenta que el amparo fue interpuesto el 28 de febrero de 2019²²⁴, es decir, tres meses y medio después de la fecha en la cual fue proferida la decisión cuestionada, que data del 13 de noviembre de 2018²²⁵.

c) Subsidiariedad

2.6. El recurso de amparo interpuesto por Luis Camilo Osorio Isaza en relación con los defectos denominados sustantivo, procedimental absoluto, error inducido, fáctico, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución²²⁶, cumple con el presupuesto de subsidiariedad²²⁷, porque al tratarse de yerros que presuntamente se

concretaron en la sentencia, el actor no tuvo la oportunidad de cuestionarlos en el proceso , que es de única instancia al tenor del párrafo del artículo 7° de la Ley 678 de 2001²²⁸.

2.7. Además, a pesar de que en contra de dicha decisión puede interponerse el recurso extraordinario de revisión, lo cierto es que los referidos reproches no se adecuan, en principio, a las causales de procedencia del mencionado instrumento contempladas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no resulta razonable exigirle al accionante su agotamiento antes de acudir ante el juez constitucional.

2.8. Con todo, el amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad frente al alegado defecto orgánico originado en la presunta falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de la causa de repetición debido al fuero constitucional que ostenta el actor en torno a los asuntos relacionados con el ejercicio del cargo de Fiscal General de la Nación²²⁹. Lo anterior, porque no se agotaron los instrumentos de impugnación disponibles dentro del proceso.

2.9. En efecto, la excepción planteada por el accionante en dicho sentido fue desestimada por la magistrada sustanciadora en la audiencia del 12 de noviembre de 2015, pero el actor no manifestó su inconformidad frente a dicha determinación²³⁰, pues no interpuso el recurso de súplica que procedía en su contra, de conformidad con el artículo 180.6 de la Ley 1437 de 2011, ante la imposibilidad de acudir al recurso de apelación por tratarse de un trámite de única instancia²³¹.

d) Otras exigencias de procedencia

2.10. Por lo demás, la Corte considera que en el caso de Luis Camilo Osorio Isaza se cumplen

las exigencias complementarias de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ya que:

(i) Como se sintetizó en los antecedentes, el accionante identificó de forma clara y razonable los defectos en los que estima incurrió la autoridad judicial demandada en la sentencia cuestionada²³²;

(ii) El defecto procedimental absoluto planteado, en caso de hallarse configurado, no se trata de un asunto meramente formal, porque tiene incidencia en la validez del fallo, pues el mismo se estructura en función del presunto irrespeto del principio de consonancia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto por el juez de la causa²³³; y

(iii) La providencia reprochada no es un fallo de tutela, porque es una sentencia proferida dentro de un proceso de repetición²³⁴.

2.11. Así pues, al constatarse que el amparo presentado por Luis Camilo Osorio Isaza satisface los requisitos generales de procedencia, salvo en relación con el defecto orgánico, pasa la Sala a examinar las causales específicas de viabilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales alegadas en la solicitud de protección constitucional.

3. Análisis de las causales específicas de procedencia

3.1. En relación con la condena de repetición cuestionada en esta oportunidad, la Corte considera que la atribución de responsabilidad patrimonial al exfuncionario Luis Camilo Osorio Isaza con ocasión de la desvinculación de José Elmer Arias Santa no se realizó

conforme a las exigencias constitucionales.

3.2. Además, este Tribunal estima que de haberse realizado la atribución de responsabilidad patrimonial adecuadamente, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado no hubiera podido condenar en repetición a Luis Camilo Osorio Isaza a título de dolo. A continuación, esta Sala desarrollará dichas tesis, sobre la base de que la verificación de las mismas pone de presente la configuración de los defectos denominados sustantivo y violación directa de la Constitución alegados en el recurso de amparo.

a) No se realizó una atribución de responsabilidad patrimonial en los términos constitucionales

3.3. Con base en un examen de la estructura y de los argumentos de la Sentencia del 13 de noviembre de 2018235 reprochada por Luis Camilo Osorio Isaza, esta Corporación advierte que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a pesar de que verificó adecuadamente la concurrencia de los tres primeros supuestos requeridos para la prosperidad de la acción de repetición, erró en constatar que se hubiera realizado una correcta atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al demandado a título de culpa grave o dolo.

3.4. En efecto, esta Sala observa que, acertadamente, en la providencia cuestionada el Consejo de Estado verificó236:

(i) La existencia de una obligación de pago a cargo de la Fiscalía General de la Nación debido a la causación de un daño antijurídico, pues señaló que al proceso se aportó: (a) “la sentencia condenatoria que el Tribunal Administrativo del Quindío profirió el 7 de octubre de

2010”, en la cual (1) “declaró la nulidad de los actos administrativos que dispusieron la insubsistencia del nombramiento del señor José Elmer Arias Santa”, y (2) “ordenó su reintegro al cargo que ocupaba antes de la desvinculación y el pago de los salarios y demás emolumentos que dejó de percibir”; y (b) “copia del auto a través del cual, el 25 de marzo de 2011, la Corporación en cita aprobó la conciliación judicial a la que llegó la Fiscalía General de la Nación y el señor Arias Santa”;

(ii) El pago de la condena a José Elmer Arias Santa, comoquiera que expresó que “al proceso se allegó la certificación expedida el 13 de enero de 2012 por el Tesorero General de Fiscalía General de la Nación, en la que hizo constar que (...) el día 4 de enero de 2012, se consignó los valores que se detallan a continuación: BENEFICIARIO: JOSÉ ELMER ARIAS SANTA / VR NETO: \$258’831.901”; y

(iii) La calidad de agente estatal de Luis Camilo Osorio Isaza, ya que explicó que si bien “al proceso no se anexaron los respectivos actos de nombramiento y posesión del señor Luis Camilo Osorio Isaza como Fiscal General de la Nación”, lo cierto es que “sí se allegaron las Resoluciones No 0-607 del 8 de abril de 2002 y 0-890 del 16 de mayo del mismo año, que constituyeron la causa de la condena (...), lo cual permitió verificar que se suscribieron por el señor Osorio Isaza, en ejercicio del cargo descrito” 237.

(i) Descartó la posibilidad de atribuir la responsabilidad patrimonial a título de culpa grave por razones procesales; y

(ii) Para atribuir la responsabilidad patrimonial a título de dolo, le bastó con extrapolar las conclusiones en torno a la nulidad del acto administrativo de desvinculación.

3.6. En concreto, de manera preliminar, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado estipuló que no examinaría la conducta de Luis Camilo Osorio Isaza desde la aproximación de la presunción de culpa grave denominada “violación manifiesta de las normas de derecho” conforme lo había solicitado la Fiscalía General de la Nación en los alegatos de conclusión, porque “no se invocó en la oportunidad procesal que correspondía, es decir, la demanda, en la cual se establece el objeto del litigio y, por consiguiente, se fijan, en principio, los límites fácticos y jurídicos dentro de los que se resolverá la controversia”.

3.7. En este sentido, el Consejo de Estado procedió a analizar la actuación de Luis Camilo Osorio Isaza desde la aproximación del dolo, atendiendo a lo expuesto por la Fiscalía General de la Nación en el escrito introductorio de repetición, en el cual se señaló la existencia de una desviación de poder en la decisión de insubsistencia. Con tal propósito, dicha corporación presentó la siguiente línea argumentativa.

3.8. Para empezar, el Consejo de Estado puso de presente que, mediante la Sentencia del 7 de octubre de 2010, el Tribunal Administrativo del Quindío declaró la nulidad de las resoluciones 607 y 890 de 2002, a través de las cuales fue desvinculado José Elmer Arias Santa del cargo de técnico judicial, al considerar que tal decisión fue adoptada de plano sin tener “en cuenta los principios de debido proceso, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad que deben regir la facultad discrecional del nominador al dictar un acto de insubsistencia”, según lo señalado en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo y dispuesto en la Sentencia T-982 de 2004²³⁹ de la Corte Constitucional²⁴⁰. Lo anterior, porque:

(i) No se valoró que al demandante le fue concedida la libertad provisional y, por ello, no era evidente que se configurara el supuesto de hecho contemplado en el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996; y

(ii) La entidad tenía la oportunidad de mantener la medida de suspensión del cargo hasta que se definiera definitivamente la situación judicial del trabajador, como sucedió el 2 de marzo de 2007 con la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín de declarar la prescripción de la acción penal respectiva.

3.9. Asimismo, dicho alto tribunal recordó que en razón de la declaratoria de nulidad de las referidas resoluciones de insubsistencia y la conciliación posterior para finalizar el conflicto causado por la desvinculación de José Elmer Arias Santa, la Fiscalía General de la Nación tuvo que pagar una indemnización a dicho ciudadano por \$258'831.901 con ocasión de los perjuicios causados.

3.10. Posteriormente, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado explicó que la argumentación del Tribunal Administrativo del Quindío referente a la adopción de plano de la declaratoria de insubsistencia con base en lo dispuesto en el artículo 153.3 de la Ley 270 de 1996, se enmarca en el fenómeno denominado por la jurisprudencia laboral administrativa y constitucional como una desviación de poder.

3.11. En el fallo cuestionado se indicó que según las sentencias del 21 de mayo de 2009, del 4 de agosto de 2010 y del 19 de abril de 2012 de la Sección Segunda del Consejo de Estado y T-982 de 2004 de la Corte Constitucional, se configura la causal de nulidad de los actos administrativos denominada desviación de poder cuando, desconociendo lo dispuesto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, se declara insubsistente a un servidor de la Rama Judicial siguiendo el tenor literal del artículo 153.3 de la Ley 270 de 1996, pero sin consultar (a) la finalidad de dicha norma legal (transparencia en la función jurisdiccional) y (b) la proporcionalidad entre la decisión (retiro del servicio) y los hechos que dan lugar a la misma (gravedad de la conducta que dio origen a la medida de aseguramiento sin beneficio de libertad provisional).

3.12. En este orden de ideas, el Consejo de Estado afirmó que la decisión de desvinculación de José Elmer Arias Santa, a través de las resoluciones 607 y 890 de 2002, puede considerarse como una desviación de poder, pues la misma se adoptó bajo el tenor literal del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, ignorando los principios y criterios que determinan el ejercicio de la facultad de insubsistencia que consagra.

3.13. Luego, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado resaltó que, de conformidad con el artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001, “se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder”.

3.14. Así pues, teniendo en cuenta que Luis Camilo Osorio Isaza suscribió las resoluciones 607 y 890 de 2002, a través de las cuales fue declarado insubsistente José Elmer Arias Santa con base en una argumentación calificable como una desviación de poder, el Consejo de Estado expresó que, en aplicación del artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001, la conducta del demandado en repetición podía presumirse dolosa.

3.15. De forma paralela, dicho tribunal llamó la atención sobre el hecho de que el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996 autoriza al nominador para retirar del servicio al funcionario que se encuentre bajo medida de aseguramiento sin derecho a la libertad provisional, pero que Luis Camilo Osorio Isaza declaró la insubsistencia de José Elmer Arias Santa con fundamento en dicha disposición, a pesar de que para la fecha dicho servidor se encontraba gozando del referido beneficio por vencimiento de términos.

3.16. En suma, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que:

“(…) es evidente que la Fiscalía General de la Nación demostró el hecho en el cual se apoya la presunción de dolo, esto es, la desviación de poder, porque el señor Osorio Isaza, al proferir el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del señor José Elmer Arias Santa, justificó esa actuación administrativa en el contenido del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, que, por las particularidades del caso, no le resultaba aplicable, por una importante razón, al mencionado ciudadano se le había concedido la libertad provisional y esa normativa exigía, para que surgiera la causal de inhabilidad, que en contra del servidor judicial se hubiere dictado una medida de aseguramiento pero sin derecho a ese beneficio” 241.

3.17. Por lo demás, la Subsección A de la Sección Tercera señaló que Luis Camilo Osorio no desvirtuó la referida presunción de dolo. Específicamente, dicha corporación sostuvo:

“(…) corresponde a la Sala analizar si el señor Osorio Isaza desvirtuó la presunción indicada, para lo cual se recuerda que sus argumentos de defensa se centraron en descalificar el traslado del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se profirió la condena que sustentó este proceso, pues, a su juicio, este no le era oponible, en la medida en que no fue parte del mismo; de otro lado, alegó que no incurrió en una actuación contraria a derecho y condenable en materia de repetición.

En cuanto al primer argumento, la Subsección advierte que el proceso dentro del cual se ordenó el pago de la indemnización que ahora se reclama, sí lo vincula, dado que su participación en la condena fue determinante, porque fue la persona que expidió los actos administrativos que allí se anularon y que dieron lugar al pago de la suma de dinero que la Fiscalía General de la Nación pretende recuperar, de ahí que no pueda relevarse de responsabilidad (...).

En lo que tiene que ver con el segundo de los argumentos de defensa del demandado -inexistencia de desviación de poder- la Sala encuentra que no solicitó la práctica de ningún medio de prueba tendiente a demostrarla, y que solo expuso consideraciones generales, sin que explicara y acreditara cuál fue el procedimiento administrativo interno que adelantó para declarar la insubsistencia, por qué su decisión fue la mejor, qué motivos le llevaron a tomar esa y no otra. En fin, los pormenores de su actuación, que le permitieran a la Sala examinar su comportamiento y descartar la presunción que pesaba en su contra.

Con todo y lo anterior, no se puede desconocer que el hoy demandando, según se anotó en los hechos probados, al momento de expedir las resoluciones que originaron la condena, estuvo asesorado por la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación. Al respecto, la Sala debe señalar que esa situación no es suficiente para exonerarlo de responsabilidad, puesto que, de conformidad con el artículo 251.2 de la Constitución Política, en su condición de nominador de la entidad a su cargo, tenía la última palabra frente a la decisión que adoptó, de modo que el concepto que la Oficina Jurídica emitió constituía un referente más, que bien podía acoger o no” 243.

3.18. A partir del estudio precedente de la sentencia cuestionada, la Sala advierte que el Consejo de Estado en ningún momento se detuvo a analizar si el hecho indicador de la presunción de dolo del artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001, este es, “obrar con desviación de poder”, era atribuible o no a Luis Camilo Osorio Isaza. De igual manera, la Corte evidencia que la autoridad demandada no respondió con suficiencia a la pregunta que subyace a la atribución de la responsabilidad patrimonial en razón de los elementos fácticos del caso, a saber:

¿De qué modo cabe atribuir responsabilidad subjetiva a título de dolo a un Fiscal General de la Nación que apoyado en un dictamen de la oficina jurídica de la entidad, el tenor literal de la ley y la jurisprudencia en vigor, procede a declarar insubsistente a un técnico judicial sobre el cual pesa medida de aseguramiento sin derecho a libertad provisional, pero que la ha

obtenido por vencimiento de términos, y ha sido formalmente acusado del delito de tráfico de influencias?

3.19. En efecto, el Consejo de Estado se centró en demostrar que la argumentación que desarrolló el Tribunal Administrativo del Quindío para declarar la nulidad de las resoluciones de insubsistencia de José Elmer Arias Santa, es asimilable a la fundamentación que en materia laboral administrativa se ha utilizado para dejar sin efectos actos de desvinculación por haber sido proferidos con desviación de poder.

3.20. Empero, dicha corporación no realizó un ejercicio orientado a demostrar en concreto por qué puede afirmarse que Luis Camilo Osorio Isaza actuó con desviación de poder al desvincular a José Elmer Arias Santa con base en lo dispuesto en el artículo 153.3 de la Ley 270 de 1996, es decir, buscando una finalidad diferente al buen servicio²⁴⁴. Ciertamente, el único argumento presentado sobre el particular fue que el demandado, por competencia, suscribió las resoluciones de insubsistencia que originaron el daño indemnizado.

3.21. Al respecto, esta Corporación observa que en la sentencia impugnada se invierte el sentido de la carga de la prueba y donde la ley dice que se presume el dolo a partir de la acreditación de la desviación de poder, la autoridad accionada parte de inferir la desviación de poder, imponiéndole al servidor público la carga de desvirtuar tal supuesto.

3.22. El referido escenario resulta complejo para el demandado, porque su defensa efectiva comporta la demostración de una afirmación negativa consistente en que no se tuvo finalidad distinta de la propia del servicio, cuando lo que correspondería según el derecho positivo es que el Estado acredite la existencia de un objetivo contrario al buen servicio, el cual, entonces sí, configuraría una desviación de poder y sería susceptible de controversia por el servidor público y, de no lograrse desvirtuar, daría lugar a la presunción de dolo.

3.23. En este sentido, es evidente que en la sentencia cuestionada el esfuerzo argumentativo del Consejo de Estado no se orientó a establecer la existencia de una desviación de poder atribuible a Luis Camilo Osorio Isaza, sino que, a partir de darla por establecida con base en la sentencia de nulidad, se afirma que le correspondía al demandado aportar los elementos probatorios dirigidos a desvirtuarla.

3.24. Ahora bien, esta Corporación llama la atención de que el análisis de nulidad de un acto administrativo de carácter laboral está determinado por principios constitucionales específicos (v. gr. favorabilidad, in dubio pro operario y condición más beneficiosa)²⁴⁵, los cuales permiten que, bajo ciertos supuestos, se realice un uso atemporal de las fuentes del derecho a fin de proteger al trabajador. Sin embargo, dicha clase de examen es incompatible con la atribución de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, en la que se requiere que a éste se le realice una imputación del daño antijurídico indemnizado por la administración a título de culpa grave o dolo con base en las leyes y la jurisprudencia en vigor para la época de los hechos que dieron origen al menoscabo, sin que sea posible la aplicación retroactiva de las mismas, so pena de vulnerar el derecho al debido proceso.

3.25. Así las cosas, para la Corte es llamativo y, a su vez, contrario al principio de la confianza legítima, que, para suponer que las conclusiones de la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho expedida por el Tribunal Administrativo del Quindío tenían la entidad de dar cuenta de una desviación de poder, en el fallo de repetición impugnado, el Consejo de Estado haya acogido criterios jurisprudenciales plasmados en fallos muy posteriores a la actuación que dio lugar al juicio de atribución de responsabilidad (2002). En concreto, la autoridad accionada hace mención de providencias del 21 de mayo de 2009, del 4 de agosto de 2010 y del 19 de abril de 2012 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

3.26. En todo caso el criterio jurisprudencial al que se ha aludido, lo que implica es la necesidad de un ejercicio de ponderación en el asunto concreto y si bien Luis Camilo Osorio, quizá en función de la línea defensiva que asumió centrada en la pretensión de desvirtuar la posibilidad de que la atribución de responsabilidad subjetiva se hiciese a partir de una mera extrapolación de las conclusiones en el juicio de nulidad y restablecimiento, no aludió a esta circunstancia. Ello no permite suponer que tal ponderación no existió, porque, como se explicará más adelante, el entonces Fiscal General de la Nación obró conforme a lo que para el momento de la decisión era un expreso mandato legal, de acuerdo con una interpretación razonable de la oficina jurídica de la entidad y con la finalidad de preservar la integridad de la función.

3.27. En este punto de la fundamentación, la Corte pone de presente que si el Consejo de Estado no hubiera tenido la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío como base para afirmar la existencia de una desviación de poder, sino que hubiera realizado un estudio propio sobre la materia atendiendo a las particularidades del caso de Luis Camilo Osorio Isaza, conforme lo exige el carácter subjetivo de la acción de repetición y fue solicitado por el demandado, habría constatado que la actuación de éste último no podría considerarse como una desviación poder, conforme las razones que pasan a enumerarse.

b) De haberse realizado una adecuada atribución de responsabilidad patrimonial no se hubiera condenado en repetición

3.28. En primer lugar, este Tribunal evidencia que para la época en la que fueron proferidas las resoluciones 607 y 890 de 2002, a través de las cuales fue declarado insubsistente José Elmer Arias Santa, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, era un imperativo legal para los operadores jurídicos proceder con la desvinculación de los funcionarios que incurrieran en el supuesto de hecho contenido en el artículo 153.3 de la Ley 270 de 1996, sin que hubiera lugar a realizar ponderación alguna.

3.29. Efectivamente, en los autos del 4 de octubre de 2001²⁴⁶ y del 20 de agosto de 2002²⁴⁷, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó que la inhabilidad que surge ante la imposición de una medida de aseguramiento sin libertad provisional por ministerio del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, es un “imperativo legal” que busca “salvaguardar la legitimidad del ejercicio de la función”. En consecuencia, dicha corporación determinó que, sin perjuicio del deber de motivación de los actos administrativos y del respeto del derecho al debido proceso, la aplicación de dicha disposición por parte del nominador es objetiva e inmediata, y no admite excepciones. Lo anterior, porque:

(ii) Si bien el artículo 147 de la Ley 270 de 1996 permite la suspensión del cargo, ello no debe impedir la aplicación de la inhabilidad, pues con la misma “se protege la buena marcha de la administración al permitir, de una parte, la solución definitiva del asunto desde el punto de vista administrativo (la generación de la vacancia conduce a que sea llenada a título pleno y no meramente precario); Y, precaver que por la mora en los trámites judiciales (esa si la regla general) puedan regresar al servicio público personas que siguen estando jurídicamente afectadas por medidas penales, aunque personal y temporalmente beneficiadas por alguna situación procesal”.

3.30. En esta línea argumentativa, en el auto del 4 de octubre de 2001, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“¿Es funcional y administrativamente aceptable que un Funcionario Judicial afectado con medida de aseguramiento que implica la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional y por ello ha sido suspendido de la función, regrese a ejercerla por haber sido favorecido con el beneficio de la libertad provisional²⁴⁸, aunque siga vinculado al proceso penal?

La respuesta a ese interrogante no puede ser otra que negativa. Pero no pasaría de ser un concepto del “deber ser” si no hubiera sido objeto de reglamentación legal en el ordinal 3° del artículo 150 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Al estatuirse normativamente, sin dejar de tener un fundamento ético, su cumplimiento se convirtió en un imperativo legal.

En tal artículo, nominado como “Inhabilidades para ejercer cargos en la Rama Judicial” se anota que “No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial: (...) 3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”. El párrafo de la misma norma ordena que “Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquellos respecto de los cuales surgiera inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”²⁴⁹.

3.31. Además, un rastreo de jurisprudencia, le permite verificar a esta Sala que la tesis a partir de la cual se debe preferir la suspensión del empleo en lugar de optar por la desvinculación del funcionario al presentarse el supuesto del artículo 153.3 de la Ley 270 de 1996, so pena de incurrir en una desviación de poder, sólo tuvo su origen en el fallo T-982 de 2004 de la Corte Constitucional y fue retomada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencias expedidas a partir del año 2009, es decir, con posterioridad a las resoluciones de desvinculación de José Elmer Arias Santa, las cuales datan del año 2002.

3.32. En segundo lugar, la Sala pone de presente que en las resoluciones 607 y 890 de 2002, con el apoyo en un concepto de la oficina jurídica de la entidad, el entonces Fiscal General de la Nación dispuso la insubsistencia de un servidor que inicialmente había sido acusado de concierto para delinquir y cohecho por dar u ofrecer, sobre quien pesaba medida de

aseguramiento sin derecho a libertad provisional, pese a que la había recuperado por vencimiento de términos, y que fue objeto de resolución de acusación por el delito de tráfico de influencias.

3.33. Sin embargo, llama la atención de la Corte la precariedad de las consideraciones a partir de las que en la sentencia impugnada esas circunstancias se consideran irrelevantes, simplemente bajo el señalamiento de que el jefe de la entidad es el responsable y no puede excusarse en los conceptos de su oficina jurídica, lo cual podría tener, como, en efecto se le dio, significación sólo en el quantum de la condena.

3.34. Sobre el particular, encuentra la Sala que, si bien el Fiscal General de la Nación es el jefe de la entidad y, por ello, es responsable de todas las competencias que le corresponda ejercer, su cometido misional es otro, muy complejo, y que para las labores administrativas y de apoyo cuenta con un equipo de funcionarios. Entonces, 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.

3.35. Asimismo, este Tribunal advierte que a pesar de que era un hecho notorio que al momento de proferir la decisión de insubsistencia, Luis Camilo Osorio Isaza era un abogado con varios años de experiencia profesional, el análisis de responsabilidad patrimonial de un agente del Estado no puede restringirse a verificar sus estudios y tiempo en la práctica del derecho, sino que debe incluir un examen de sus funciones y de la naturaleza del cargo que desempeñaba, así como la existencia de indicios sobre su buena o mala fe en la actuación dañosa.

3.36. En tercer lugar, al contrario de lo sostenido por la autoridad demandada, la Corte considera que no existen elementos para concluir que, a partir de lo resuelto por el Tribunal Administrativo del Quindío, Luis Camilo Osorio Isaza incurrió en una desviación de poder,

porque:

(i) El Tribunal Administrativo del Quindío afirmó que la ilegalidad del acto de insubsistencia consistió en que “no se tuvieron en cuenta los principios de debido proceso, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad que deben regir la facultad discrecional del nominador al dictar un acto de insubsistencia, y se obvió la circunstancia fáctica de que para el momento de la expedición del acto administrativo, el demandante se encontraba en libertad provisional”;

(ii) De lo anterior no es posible inferir razonablemente que Luis Camilo Osorio Isaza pretendió con la declaratoria de insubsistencia la realización de un objetivo ajeno a las finalidades del servicio o al propósito de transparencia en la función jurisdiccional que subyace al artículo 150 de la Ley 270 de 1996; y

(iii) En contraste, es evidente que la intención de Luis Camilo Osorio de declarar la insubsistencia de José Elmer Arias Santa fue buscar la optimización del mandato de transparencia en la función jurisdiccional, tal y como fue señalado expresamente en la Resolución 890 del 16 de mayo de 2002.

3.37. Frente a este último punto, debe recordarse que en dicho acto administrativo se explicó que en caso de no procederse con la desvinculación de José Elmer Arias Santa²⁵⁰:

“(…) se presentaría un abierto desconocimiento de los principios en los que se basa la función pública, más aun tratándose de una entidad como la Fiscalía General de la Nación que, por su especial función, requiere el máximo de transparencia por parte de los servidores que la integran. La Corte Constitucional en la Sentencia C-558 de 1994, magistrado ponente

Dr. Carlos Gaviria Díaz, indicó (...) quien investiga, acusa, juzga y castiga, no puede ser objeto de la más insignificante tacha, que le impida ejercer su investidura con la transparencia, pulcritud y rectitud debida, para garantizar al máximo los derechos de los procesados, y cumplir así uno de los fines del Estado cual es la vigencia de un orden justo y la aplicación de una recta y eficaz justicia. (...) a quien más debe exigírsele rectitud, honestidad, honradez y moralidad en todas sus actuaciones, además de la idoneidad, probidad y eficiencia que su cargo le impone, es al personal que integra la planta de la Fiscalía General de la Nación”.

3.38. Así las cosas, esta Corporación considera que la interpretación legal que tuvo en cuenta Luis Camilo Osorio Isaza en su decisión de desvinculación, per se, no puede tenerse como una desviación de poder, pues para ello, habría sido preciso, por ejemplo, que se advirtiese una finalidad ulterior, en función de la cual se hiciese una interpretación abiertamente contraria a la ley. Pero en este caso, a diferencia de otros en los cuales el Consejo de Estado ha dado por establecida esa intención²⁵¹, no se ha señalado objetivo alguno que explique la supuesta decisión deliberada de apartarse de los lineamientos legales.

3.39. En cuarto lugar, en consonancia con lo expuesto, hace notar la Corte que en la línea argumentativa del Consejo de Estado hay una ambigüedad en el presupuesto a partir del cual se hace la imputación del dolo²⁵², pues:

(i) Por un lado, se expresa que la Fiscalía General de la Nación acreditó la ocurrencia de la desviación de poder, puesto que demostró que la decisión de insubsistencia se adoptó en contra del tenor literal del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, el que para que se configure la inhabilidad sobreviniente exige que no haya derecho a la libertad provisional, cuando era claro que para el momento en el que se produjo la desvinculación de José Elmer Arias Santa por parte de Luis Camilo Osorio Isaza, el funcionario se encontraba gozando de dicho beneficio; y

(ii) Por otro lado, sin embargo, se edifica la atribución de responsabilidad sobre un supuesto distinto, conforme al cual, aun estando vigente y en ejecución la medida de privación de la libertad, la insubsistencia sólo cabe después de un ejercicio de ponderación resultado de la aplicación del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996 en armonía con lo dispuesto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

3.40. Al respecto, este Tribunal considera que dicha ambigüedad, además de generar confusión en el análisis de atribución de responsabilidad, parecía sugerir que se analiza el juicio de repetición a partir de la presunción de culpa grave consistente en la violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho (artículo 6.1 de la Ley 678 de 2001), a pesar de que ello fue descartado de entrada por el Consejo de Estado. Sobre esto cabe anotar que la decisión del entonces Fiscal General de la Nación se adoptó a partir de una interpretación razonable, soportada, incluso en una sentencia de la Corte Constitucional.

3.41. Ciertamente, esta Sala observa que la actuación de Luis Camilo Osorio Isaza no puede catalogarse como una “violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”, porque la determinación de desvincular al ciudadano José Elmer Arias Santa del servicio: (i) no obedeció al desconocimiento deliberado del contenido del artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, y (ii) si bien el juez de nulidad estimó equivocada dicha decisión, ello no se debió a una aplicación arbitraria de dicha norma, sino a una divergencia interpretativa.

3.42. Para ilustrar lo anterior, cabe resaltar que, en el acto mediante el cual se declaró la insubsistencia de José Elmer Arias Santa, Luis Camilo Osorio Isaza:

(i) Para empezar, sostuvo que José Elmer Arias Santa se encontraba inmerso en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996 y, por consiguiente, procedía su desvinculación, pues el Fiscal 54 delegado ante los Jueces del Circuito de Itagüí le había impuesto una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva

domiciliaria sin beneficio de libertad provisional, la cual no había sido revocada o suspendida.

(ii) En torno a esto último, aclaró que si bien el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín le concedió el beneficio contemplado en el artículo 365.4 de la Ley 600 de 2000 al procesado (libertad provisional), lo cierto es que continuaba jurídicamente afectado por la medida de aseguramiento impuesta por el Fiscal 54, porque el otorgamiento de la libertad provisional se debió al vencimiento de términos, pero no a la suspensión o revocatoria de la detención preventiva.

(iii) Para sustentar lo anterior, citó la Sentencia T-1315 de 2001, en la cual la Corte Constitucional señaló que: “ninguna de las causales de libertad provisional tiene el efecto de revocar o suspender la medida de aseguramiento de detención preventiva pues el único efecto de la libertad provisional es el de enervar la privación de la libertad que sobreviene a la imposición de la medida. Por ello, están jurídicamente detenidos tanto el procesado afectado con medida que no se halla en libertad provisional como el procesado afectado con ella y que se encuentra en libertad provisional. En ese contexto, se entiende que una providencia que reconoce el derecho a libertad provisional, con independencia de la causa de que se trate, ni suspende ni revoca la medida de aseguramiento pues la suspensión y la revocatoria proceden por causas diferentes y en los casos indicados en la ley y en la jurisprudencia constitucional”.

3.43. Un examen de la anterior argumentación apoyada en un fallo de esta Corte, le permite a la Sala descartar una aplicación arbitraria o caprichosa de las normas, ya que sin perjuicio de que se comparta o no la hermenéutica utilizada, la misma es razonable y, si bien pudo ser estimada como equivocada a fines de sustentar la decisión de anular la declaratoria de insubsistencia por el Tribunal Administrativo del Quindío, no es una violación palmaria e injustificable del derecho positivo que permita sostener que Luis Camilo Osorio Isaza es patrimonialmente responsable por actuar con negligencia en la interpretación de las

disposiciones jurídicas o ignorancia supina en la aplicación del derecho.

3.44. Por el contrario, lo que en principio cabe advertir, a partir de las resoluciones que declararon y confirmaron la insubsistencia, es un propósito de preservar la función pública, en un escenario tan delicado como la Fiscalía General de la Nación, entidad en la que como en ninguna otra, parece exigible la preservación estricta de las condiciones de probidad de sus funcionarios, por los riesgos de corrupción y por el impacto que su actuación tiene tanto en la capacidad de perseguir el delito, como en la potencialidad de afectar los derechos fundamentales de las personas.

3.45. En síntesis, no encuentra la Corte que la conducta del Fiscal General de la Nación que, en el año 2002, con fundamento en el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996, atendiendo a la jurisprudencia en vigor, y con apoyo en un concepto de su oficina jurídica, declaró la insubsistencia de un técnico judicial, al que se le había dictado medida de aseguramiento sin derecho a libertad provisional, por los posibles punibles de concierto para delinquir y de cohecho dar u ofrecer, y que fue luego acusado formalmente del delito de tráfico de influencias, pueda considerarse constitutiva de: (i) una desviación de poder o (ii) una infracción manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, que dé lugar a presumir el dolo o la culpa grave en el contexto de la acción de repetición.

3.46. Por lo anterior, según fue alegado en la acción de tutela²⁵³, la Corte estima configuradas las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominadas violación directa de la Constitución y defecto sustantivo en la Sentencia del 13 de noviembre de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, puesto que dicho tribunal: (i) no realizó adecuadamente el juicio de atribución de responsabilidad que resulta exigible según el artículo 90 de la Constitución Política, y (ii) la conducta de Luis Camilo Osorio Isaza enjuiciada no puede encuadrarse en el supuesto de desviación de poder contemplado en el artículo 5.1 de la Ley 678 de 2001.

3.47. Ahora bien, teniendo en cuenta que al examinar la configuración de la violación directa de la Constitución y del defecto sustantivo, esta Corte resolvió 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 a la Subsección A de la Sección Tercera Consejo de Estado para que replique los argumentos expuestos. En efecto, una actuación en tal sentido, resulta razonable cuando subsiste una materialidad sobre la cual haya un espacio de decisión para el funcionario accionado.

3.48. En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, este Tribunal dejará sin efectos la sentencia del 13 de noviembre de 2018 proferida por la autoridad demandada y, en su reemplazo, declarará denegadas las pretensiones de repetición de la Fiscalía General de la Nación en contra de Luis Camilo Osorio Isaza.

3.49. A su vez, para esta Corporación resulta innecesario proceder a analizar los demás defectos planteados por Luis Camilo Osorio Isaza en la acción de tutela, máxime cuando los mismos, desde diferentes puntos de análisis, cuestionan los yerros ya constatados por este tribunal línea atrás.

c) Decisiones a adoptar

3.50. En primera instancia, a través de la sentencia del 30 de mayo de 2019, la Sección Cuarta del Consejo de Estado concedió el amparo solicitado por razones similares a las expuestas en esta providencia y le ordenó a la demandada corregir los yerros advertidos. Sin embargo, tal determinación fue revocada, mediante fallo del 9 de agosto de 2019, por la Subsección C de la Sección Tercera de la misma corporación que, en su lugar, declaró la improcedencia de la protección deprecada²⁵⁴.

3.51. Por lo tanto, teniendo en cuenta el alcance de la presente decisión, la Corte confirmará parcialmente el fallo de primera instancia, modificando las órdenes impartidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las siguientes: (i) dejar sin efectos la Sentencia del 13 de noviembre de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de repetición iniciado por la Fiscalía General de la Nación en contra de Luis Camilo Osorio Isaza con el propósito de obtener el reintegro de las sumas pagadas debido a la condena impuesta a la entidad por la desvinculación de José Elmer Arias Santa; y, en su reemplazo, (ii) declarar denegadas las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la presente providencia.

B. Expediente T-7629189

1. Síntesis de la controversia

1.1. Marcela Pérez Ramírez interpuso acción de tutela en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la Sentencia del 31 de enero de 2019, en la que dicha corporación confirmó la condena de pagar a la ESE Hospital Regional de Duitama la suma de \$714.276.727 impuesta por el Tribunal Administrativo de Boyacá, al encontrarla responsable, a título de culpa grave, por expedir, con violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho, la Resolución 023 de 2006, a través de la cual declaró insubsistente a Nelson Hugo González Huérfano²⁵⁵.

1.2. En concreto, la accionante señaló que en la referida providencia, la autoridad demandada incurrió en los defectos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominados: (a) sustantivo, (b) fáctico, y (c) violación directa de la Constitución.

1.3. Al respecto, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en su condición de autoridad demandada, así como el Tribunal Administrativo de Boyacá y la ESE Hospital Regional de Duitama, en su calidad de terceros vinculados al trámite de tutela, solicitaron denegar el amparo pretendido por la actora, por cuanto busca reabrir el debate jurídico y probatorio debidamente agotado en su escenario natural, en el que acertadamente se comprobó su responsabilidad patrimonial²⁵⁶.

1.4. En primera instancia, la Sección Primera del Consejo de Estado denegó el amparo deprecado, al estimar que la providencia reprochada es conforme al derecho positivo y fue debidamente fundamentada. Con todo, al conocer de la impugnación presentada por la parte accionante buscando la protección de sus derechos, el fallo de primer grado fue revocado por la Sección Cuarta de la misma corporación a fin de declarar la improcedencia de la tutela, bajo el entendido de que la misma no cumple con el requisito de relevancia constitucional, en tanto que simplemente replica las inconformidades con la condena de repetición que se plantearon en el recurso de apelación dentro del proceso contencioso administrativo²⁵⁷.

2. Análisis de procedencia de la acción de tutela

2.1. La Sala evidencia que el recurso de amparo presentado por Marcela Pérez Ramírez en contra de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado cumple con los requisitos generales de procedencia²⁵⁸, salvo en relación con el defecto fáctico referente al traslado probatorio, por las siguientes razones.

a) Relevancia constitucional

2.2. El asunto T-7616782 es de relevancia constitucional, comoquiera que se debate sobre la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 superior) de una exfuncionaria del Estado dentro de una causa de repetición, el cual se considera afectado en razón del equivocado examen jurídico y fáctico de la responsabilidad patrimonial realizado por la autoridad accionada²⁵⁹.

2.3. Adicionalmente, este Tribunal resalta que la discusión que subyace a la demanda de amparo implica constatar si en la decisión judicial reprochada fueron debidamente ponderados los principios superiores de responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos, moralidad administrativa, protección del patrimonio del Estado, legalidad, dignidad humana, igualdad, debido proceso, proporcionalidad y prohibición del exceso, que se predicen como consustanciales a la acción de repetición bajo su concepción constitucional (artículo 90 superior)²⁶⁰.

2.4. En concreto, esta Sala deberá verificar que dichos principios constitucionales no hayan sido desconocidos arbitrariamente y, por el contrario, hayan sido optimizados en la medida de lo posible atendiendo a las posibilidades jurídicas y fácticas del caso de Marcela Pérez Ramírez.

b) Inmediatez

2.5. La acción de tutela de Marcela Pérez Ramírez satisface el requisito de inmediatez, ya que fue presentada en un plazo razonable atendiendo a la complejidad del asunto, si se tiene en cuenta que el amparo fue interpuesto el 25 de abril de 2019²⁶¹, es decir, dos meses y medio después de la fecha en la cual fue proferida la decisión cuestionada, que data del 31 de enero de la misma anualidad²⁶².

c) Subsidiariedad

2.6. El recurso de amparo interpuesto por Marcela Pérez Ramírez en relación con los defectos denominados sustantivo, fáctico referente a la valoración probatoria de los elementos de juicio, y violación directa de la Constitución²⁶³, cumple con el presupuesto de subsidiariedad²⁶⁴, porque al tratarse de yerros atribuibles a un fallo de segunda instancia proferido por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los mismos no pudieron plantearse dentro del proceso.

2.7. Además, a pesar de que en contra de dicha decisión puede interponerse el recurso extraordinario de revisión, lo cierto es que los referidos reproches no se adecuan, en principio, a las causales de procedencia del mencionado instrumento contempladas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no resulta razonable exigirle a la accionante su agotamiento antes de acudir ante el juez constitucional.

2.8. Con todo, el defecto fáctico relativo a la imposibilidad de controvertir los elementos de juicio trasladados del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no satisface el presupuesto de subsidiariedad, porque no se utilizaron en su debida oportunidad los instrumentos procesales pertinentes para cuestionar dicha actuación y, por consiguiente, con la acción de tutela la actora busca remediar su incuria.

2.9. Específicamente, dicha incorporación de los elementos de juicio fue decretada como prueba y practicada en la audiencia que se adelantó los días 27 de marzo y 24 de abril de 2017, sin que la accionante presentara oposición alguna, lo cual tampoco realizó al momento en el que se le corrió traslado de las pruebas²⁶⁵.

d) Otras exigencias de procedencia

2.10. Por lo demás, la Corte considera que en el caso de Marcela Pérez Ramírez se cumplen las exigencias complementarias de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ya que:

(i) Como se sintetizó en los antecedentes, la accionante identificó de forma clara y razonable los defectos en los que estima incurrió la autoridad judicial demandada en la sentencia cuestionada²⁶⁶;

(ii) No se alega una irregularidad procesal, pues en el amparo se reprocha que la corporación demandada incurrió en los defectos denominados violación directa de la Constitución, sustantivo y fáctico²⁶⁷; y

(iii) La providencia reprochada no es un fallo de tutela, porque es una sentencia proferida dentro de un proceso de repetición²⁶⁸.

3. Análisis de las causales específicas de procedencia

3.1. En relación con la condena de repetición cuestionada en esta oportunidad, esta Corporación considera que la atribución de responsabilidad patrimonial a la exfuncionaria Marcela Pérez Ramírez con ocasión de la desvinculación de Nelson Hugo González Huérfino se realizó conforme a las exigencias constitucionales de subsidiariedad y subjetividad y, en

este sentido, no se configuraron los defectos sustantivos y fácticos alegados en la acción de tutela.

3.2. Sin embargo, este Tribunal estima que el monto de la condena de repetición impuesta a Marcela Pérez Ramírez no fue objeto de graduación a fin de atender a los criterios de proporcionalidad que constitucionalmente subyacen a la acción de repetición y, por ello, se configuró una violación directa de la Carta Política. Enseguida, se desarrollarán dichas tesis.

a) Se realizó un análisis de atribución de responsabilidad patrimonial en los términos constitucionales

3.3. Un examen de la estructura y de los argumentos de la Sentencia del 31 de enero de 2019²⁶⁹ reprochada en el recurso de amparo interpuesto por Marcela Pérez Ramírez, le permite a esta Corte concluir que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado constató adecuadamente la concurrencia de los supuestos de prosperidad de la acción de repetición.

3.4. En efecto, esta Sala observa que en la providencia cuestionada el Consejo de Estado verificó²⁷⁰:

(i) La existencia de providencias condenatorias en las que se le impuso una obligación dineraria a la ESE Hospital Regional de Duitama, pues evidenció que “al proceso se aportaron las copias auténticas de las sentencias, de primera y de segunda instancia, proferidas en contra de la entidad demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento derecho No. 2006-01976, que se tramitó por la insubsistencia del señor Nelson Hugo González Huérfano, la cual ocurrió mediante la Resolución No. 023 del 20 de enero de 2006”;

(ii) El pago de dicha obligación a Nelson Hugo González Huérfino, comoquiera que señaló que “se allegó la certificación expedida el 14 de abril de 2016 por el Subgerente Administrativo de la ESE Hospital Regional de Duitama, en la que hizo constar que ese ente pagó la suma de \$714’276.027 en cumplimiento de la condena impuesta a esa entidad dentro del proceso No 2006-01976”; y

(iii) La calidad de agente estatal de Marcela Pérez Ramírez, en tanto sostuvo que para el momento en que sucedió el daño antijurídico indemnizado (20 de enero de 2006), “según lo certificó el Subgerente Administrativo de la ESE Hospital Regional de Duitama, la señora Marcela Pérez Ramírez se encontraba al servicio de la institución”.

3.5. Igualmente, el Consejo de Estado encontró acreditada: (iv) la atribución de la conducta determinante del daño antijurídico a Marcela Pérez Ramírez a título de culpa grave²⁷¹. En concreto, dicha autoridad judicial tomó nota de que:

(a) La ESE Hospital Regional de Duitama fue condenada a reparar a Nelson Hugo González Huérfino con ocasión del daño antijurídico que le fue causado en razón su indebida desvinculación de la empresa, a través de la Resolución 023 del 20 de enero de 2006; y

(b) La Resolución 023 del 20 de enero de 2006 fue suscrita por Marcela Pérez Ramírez, quien “incurrió, al declarar insubsistente a Nelson Hugo González Huérfino, en una culpa grave por violación manifiesta e inexcusable de la Ley 996 de 2005”.

3.6. En torno a este último punto, el Consejo de Estado señaló que la decisión de desvincular a Nelson Hugo González Huérfino puede enmarcarse en la inferencia contenida en el artículo

6.1 de la Ley 678 de 2001, según la cual “se presume que la conducta es gravemente culposa por (...) violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho”, por las siguientes razones²⁷².

3.7. En primer lugar, la autoridad accionada sostuvo que “la violación es manifiesta porque el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohibía que cuatro meses antes de las elecciones a cargos de elección popular se modificara la planta de personal de las entidades públicas territoriales, prescripción que la señora Lyda Marcela Pérez Ramírez desconoció, pues en vigencia de esa restricción declaró insubsistente el nombramiento del señor Nelson Hugo González Huérfano”.

3.8. Al respecto, dicho alto tribunal aclaró que “la Ley 996 de 2005 entró en vigencia después de su publicación en el Diario Oficial el 24 de noviembre de 2005; en ese orden, como el acto administrativo que se anuló y que conllevó al pago de la condena objeto de esta demanda se expidió el 20 de enero de 2006, no cabe duda de que sus disposiciones debieron atenderse”.

3.9. En segundo lugar, el Consejo de Estado explicó que si bien Marcela Pérez Ramírez “alegó a lo largo del proceso que su comportamiento resultaba excusable”, lo cierto es que al contrastar sus “argumentos con las pruebas obrantes en el plenario se concluye que, contrario a lo expresado por la señora Pérez Ramírez, la Ley 996 de 2005 se encontraba vigente y debía ser acatada; asimismo, que no se asesoró, todo lo cual permite afirmar que, al declarar la insubsistencia del empleo del señor Nelson Hugo González Huérfano, procedió de forma negligente e imprudente y sin atender el deber mínimo de cuidado que le exigía una decisión de tales magnitudes”.

3.10. Sobre el particular, cabe resaltar que la estrategia de defensa de la accionante frente a la acción de repetición incoada en su contra, se basó en demostrar que la indebida aplicación del derecho en la que había incurrido era excusable. Para el efecto, la actora expresó que

ello se comprueba en que para la época en que adoptó la resolución de insubsistencia no existía certeza jurídica en torno al alcance y la forma de aplicación del artículo 32 de la Ley 996 de 2005, siendo evidencia de lo anterior: (i) los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que sólo hasta los años 2007 y 2010 aclararon la materia, y (ii) el testimonio de Marco Antonio Araque Peña, quien presuntamente le prestó su asesoría para tomar la decisión de desvinculación²⁷³.

3.11. A fin de desvirtuar dicha línea argumentativa²⁷⁴, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó que, “tal y como lo explicó el a quo” y “lo entendió la Corte Constitucional (...) en la sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005”, “la Ley 996 de 2005, artículo 38, parágrafo único, estableció de forma clara y precisa que sus disposiciones eran aplicables a los entes territoriales y a todo tipo de “elecciones a cargos de elección popular”, la mencionada ley no exceptuó a ninguna autoridad ni una elección en particular”.

3.12. En este sentido, como el Consejo de Estado acogió la argumentación que realizó el Tribunal Administrativo de Boyacá en la primera instancia dentro del proceso de repetición, es pertinente reseñar la misma:

“Para la Sala resulta diáfano que la prohibición contenida en el último inciso del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, según la cual la nómina de la entidad no se podía modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones no se limitó a las presidenciales, sino que se extendió a los demás cargos de elección popular, como expresamente quedó allí establecido: “La nómina del respectivo ente territorial no se podrá modificar dentro de los cuatro meses (4) anteriores a las elecciones a cargos de elección popular”.

Si bien, esta disposición está contenida en la ley que reglamentó la elección del Presidente

de la República, lo cierto es que al realizar una lectura integral de la misma, se observa que fue dividida en tres (3) títulos, los dos primeros se refirieron en forma específica a la campaña presidencial, mientras que el tercero fue general al abordar el estudio de la participación en política de los servidores públicos.

Allí se establecieron normas de conducta positivas y negativas dirigidas a los servidores para garantizar la vigencia del principio democrático y la moralidad administrativa durante las campañas políticas para los cargos de Presidente, Vicepresidente de la República, así como los demás de elección popular.

La Ley contempló dos clases de prohibiciones sobre la modificación de la nómina estatal, la primera en el artículo 32, dirigida a la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la segunda vuelta, si fuere el caso; y la segunda, en el artículo 38 que se extendió a los demás cargos de elección popular.

Estas disposiciones no fueron redactadas de forma confusa u obscura, al contrario, de las mismas se predica la claridad suficiente para concluir que la norma previó un período en el que no era posible la adopción de decisiones que afectaran la planta de personal de las entidades, que tenía como referente la fecha de la realización de las elecciones para proveer cargos de elección popular. Recuérdese que cuando el sentido de la ley es claro, constituye regla interpretación atender su tenor.

Es por ello, que los conceptos de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, coincidieron en interpretar la norma en esa misma línea de pensamiento”²⁷⁵.

3.13. Asimismo, el Tribunal Administrativo de Boyacá puso de presente que Marcela Pérez Ramírez tuvo la posibilidad de superar cualquier duda sobre la aplicación del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 si hubiera consultando lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005²⁷⁶, en la cual se realizó el control previo del referido cuerpo normativo estatutario. Específicamente, la corporación de instancia expresó:

“La Corte Constitucional, antes de la expedición del acto de insubsistencia, mediante la Sentencia C-1153 proferida el 11 de noviembre de 2005 (...), estudió la constitucionalidad del proyecto de ley que fue expedida bajo el número 996 de 2005, en especial del referido artículo 38, así:

“El artículo 38 establece algunas prohibiciones para los servidores públicos autorizados por la Constitución para el ejercicio de actividad política (...).

La Sala (...) encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo”.

En el momento de la expedición del acto administrativo demandado -20 de enero de 2006, folio 11 anexo I-, ya se había proferido la sentencia citada, en la que no se limitó la interpretación del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 a las elecciones presidenciales sino que respetó su tenor literal dirigido a todos los cargos que se proveen por medio de elección popular. Resulta extraño para la Sala que la demandada no atendiera las interpretaciones de la Alta Corporación Constitucional o el tenor literal de la norma de carácter estatutario.

Si Marcela Pérez Ramírez como Gerente de la ESE Hospital Regional de Duitama, tenía dudas interpretativas en relación con la aplicación de la Ley 996 de 2005 para la modificación de la nómina respecto de las elecciones de Congresistas para el año 2006, era su obligación como administradora, buscar asesoría sobre el particular, en tanto se trataba de una decisión que podía tener graves consecuencias para el patrimonio de la entidad. Podía acudir al área jurídica o a la Junta Directiva de la Entidad (...), o en su defecto a los órganos de consulta del Estado. Lo anterior constituye el deber de todo servidor público, que se traduce en la capacitación y actualización en el área donde desempeña su función, para prevenir la causación de daños en el ejercicio de su cargo”²⁷⁷.

3.14. Ahora bien, en relación con el testimonio del abogado que presuntamente asesoró a Marcela Pérez Ramírez para adoptar la decisión de desvinculación, el Consejo de Estado dijo:

“Al escuchar el audio de la audiencia de pruebas celebrada el 24 de abril de 2017, dentro de la cual se practicó la prueba indicada, se concluye (...) que el testigo, señor Marco Antonio Araque Peña, fue enfático al afirmar que no asesoró a la señora Pérez Ramírez en la expedición de la Resolución No. 023 del 20 de enero de 2006, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del señor Nelson Hugo González Huérfano, dado que el vínculo contractual que tenía con la ESE Hospital Regional de Duitama se contrajo a elaborar un manual de contratación. Bajo ese entendido, no le asiste razón a la apelante, pues el testimonio fue valorado adecuadamente en relación con su objeto (...)” ²⁷⁸.

3.15. El estudio precedente de la sentencia cuestionada, le permite a la Sala advertir que la autoridad judicial demandada realizó un estudio integral de los elementos del asunto, así como que no extrapoló las conclusiones sobre la responsabilidad de la administración al examen de los supuestos de prosperidad de la acción de repetición.

3.16. Concretamente, a partir de los elementos probatorios allegados al proceso, se acreditó que la accionante declaró insubsistente a uno de sus subordinados desconociendo inexcusablemente una norma legal, es decir, que actuó con culpa grave en los términos del artículo 6.1 de la Ley 678 de 2001. Lo anterior, porque conforme a la inferencia contenida en dicha disposición: (i) Marcela Pérez Ramírez suscribió el acto administrativo de desvinculación de Nelson Hugo González Huérfano, y (ii) con tal actuación ignoró lo dispuesto en el párrafo del artículo 32 de la Ley 996 de 2005, (iii) sin existir una justificación razonable para ello.

3.17. En efecto, se determinó que a pesar de que el párrafo del artículo 32 de la Ley 996 de 2005 prohíbe modificar las nóminas de las entidades públicas dentro de los cuatro meses previos a los comicios electorales²⁷⁹, la ciudadana enjuiciada procedió a hacerlo, comoquiera que: (a) el 28 de marzo de 2006 estaban programados las elecciones parlamentarias, y (b) el 20 de enero del mismo año Marcela Pérez Ramírez desvinculó a Nelson Hugo González Huérfano, (c) quien posteriormente demandó a la administración por su yerro, y (d) ésta tuvo que indemnizarlo por una suma de \$714.276.727.

3.18. De igual manera, este Tribunal observa que el estudio de la causa de repetición no sólo se centró en el análisis de la infracción de una norma legal, ya que también se refirió a la inexistencia de una excusa válida para justificar tal actuación, atendiendo con ello a los argumentos planteados por la defensa de Marcela Pérez Ramírez. En concreto, el Consejo de Estado:

(i) Descartó que no existiera certeza sobre la adecuada aplicación del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 para la fecha en que Marcela Pérez Ramírez profirió la resolución de insubsistencia de Nelson Hugo González Huérfano y que sólo se hubiera alcanzado seguridad sobre su aplicación años después con los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del

Consejo de Estado, puesto que: (a) la redacción de dicha norma es clara, y (b) cualquier duda interpretativa sobre la misma fue absuelta por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, al realizar el control previo de la misma por tratarse de una disposición estatutaria²⁸⁰; y

(ii) Constató que, a pesar de las responsabilidades propias de su cargo directivo, Marcela Pérez Ramírez no se asesoró para ejercer su facultad de remoción sin incurrir en yerros jurídicos, toda vez que el presunto apoyo prestado por un profesional del derecho fue desvirtuado por el propio abogado al momento de ser escuchado como testigo²⁸¹.

3.19. Con todo, esta Sala no desconoce que el Consejo de Estado apoyó algunos puntos de su fundamentación en las consideraciones del a-quo del proceso de repetición, pero estima que ello no es contrario a derecho, puesto que: (i) lo prohibido es extrapolar las conclusiones del fallo de reparación del Estado; y, en todo caso, (ii) al tratarse de una decisión de segunda instancia, es razonable que se hubieran retomado los argumentos del juez de primer grado si se estimaban acertados.

3.20. Frente a los fundamentos del a-quo, esta Sala observa que en el fallo de primer grado tampoco se extrapolaron las conclusiones de la providencia de responsabilidad de la administración, ya que, como se extrae de los fragmentos transcritos²⁸², se concluyó que el error en la aplicación del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 por parte de la accionante fue inexcusable, porque:

(i) La norma es clara en prohibirle a todos los funcionarios del Estado modificar las nóminas de las entidades de los diferentes niveles cuatro meses antes de las elecciones;

(ii) En la sentencia de control previo de constitucionalidad de dicho cuerpo normativo, se fijó el alcance de la referida prohibición (C-1153 de 2005);

(iii) La peticionaria, a pesar de que las funciones del cargo le exigían un adecuado manejo del personal, no se asesoró en torno a la aplicación de la norma aunque tenía dudas sobre el particular; y

(iv) Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que años después se pronunciaron sobre el tema, sólo dieron cuenta de la interpretación literal de la norma que ya había sido acogida por la Corte Constitucional antes de la resolución de insubsistencia.

3.21. Con base en las consideraciones expuestas, esta Corporación no sólo verifica un adecuado análisis de atribución de responsabilidad patrimonial a Marcela Pérez Ramírez, sino también descarta la configuración de algunos de los yerros endilgados a la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la acción de tutela.

3.22. Efectivamente, esta Corte encuentra que en la decisión reprochada el Consejo de Estado no incurrió en los defectos sustantivo y fáctico referentes a la indebida fundamentación de la responsabilidad patrimonial y a la ausencia de demostración de que la conducta fue culposa grave²⁸³, en tanto que el análisis realizado del contenido de la provincia permite verificar que el juicio de repetición: (i) se basó en una interpretación correcta de las fuentes jurídicas aplicables al caso, y (ii) en un examen razonable de los elementos de juicio obrantes en el proceso.

3.23. En concreto, este Tribunal constató que la autoridad accionada ofreció una serie de

fundamentos razonables para sostener que el yerro de Marcela Pérez Ramírez de no aplicar lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, al ejercer su facultad de libre remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de Nelson Hugo González fue una actuación inexcusable, puesto que:

(ii) En torno a la valoración de los elementos de juicio allegados al proceso de repetición para demostrar que la actora estuvo asesorada, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado explicó que únicamente se practicó una prueba en este sentido, como lo fue el testimonio del abogado Marco Antonio Araque Peña, el cual no dio cuenta de que haya prestado apoyo jurídico alguno en la expedición de la resolución de insubsistencia.

3.24. Además, esta Sala considera que no se incurrió en el defecto sustantivo consistente en valorar la responsabilidad patrimonial con base en una norma que no se encontraba vigente²⁸⁵, pues, conforme lo explicó el Consejo de Estado²⁸⁶, para la fecha en la que Marcela Pérez Ramírez desvinculó a Nelson Hugo González Huérfano el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 se encontraba produciendo efectos, porque:

(i) Si bien el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal establece que “la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y, su observancia principia dos meses después de promulgada”, lo cierto es que en el artículo 53 del mismo estatuto se aclara que no se aplicará dicha regla “cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir”²⁸⁷; y

(ii) En el artículo 42 de la Ley 996 de 2005, el Congreso de la República dispuso que la misma “rige a partir de su promulgación”, lo cual ocurrió el 24 de noviembre de la referida anualidad²⁸⁸, por lo que resulta palmario que dicho cuerpo normativo estaba vigente para el momento en que la actora expidió la Resolución 023 del 20 de enero de 2006.

3.25. Así las cosas, esta Corte concluye que los defectos sustantivos y fácticos alegados en el amparo carecen de vocación de prosperidad y, por consiguiente, procederá a analizar si se configura la violación directa de la Constitución.

b) Se desconocieron los criterios constitucionales de proporcionalidad del monto de las condenas de repetición

3.26. Marcela Pérez Ramírez afirmó que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia de repetición incurrió en una violación directa de la Constitución, en tanto que la condena impuesta desconoció el principio superior de proporcionalidad por omitir una graduación del monto que debe reintegrar a la administración²⁸⁹.

3.27. A fin de atender dicho reproche, cabe mencionar que, en la sentencia de repetición de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Boyacá sostuvo:

“En relación con la condena, se encuentra acreditado en el expediente que la ESE Hospital Regional de Duitama, en virtud de la condena judicial, canceló \$714.000.000, suma por la que debe responder la demandada” ²⁹⁰.

3.28. Asimismo, es pertinente resaltar que la defensa de Marcela Pérez Ramírez cuestionó la desproporción de la condena en el recurso de apelación presentado en contra de la referida sentencia, argumentando que:

“No es concebible que una pretensión de \$17’000.000 por la mora del aparato judicial termine costándole al Estado \$714’000.000, y por ende ordena repetir contra la demandada, por eso se debe revocar y en el evento que se desestimen las demás peticiones del presente recurso, ordenar que se cancele el valor de las pretensiones de la demanda descontando el término de la mora judicial”²⁹¹.

3.29. Igualmente, debe hacerse referencia a las consideraciones de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la materia:

“Frente a la solicitud de graduación de la condena, en tanto que la pretensión inicial fue de \$17’000.000 y al final la ESE Hospital Regional de Duitama pagó la suma de \$714’000.000, cabe reiterar que la demanda de repetición no está instituida para estudiar los fundamentos ni los alcances de las sentencias que impusieron la obligación que se pretende recobrar, las que además gozan de la fuerza de la cosa juzgada. Este requisito, la condena, es objetivo, es decir, que solo se verifica su existencia

No se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha indicado que la persona que es declarada responsable a título de dolo o de culpa grave en una demanda de repetición no está obligada a pagar los intereses que se pudieren causar desde la ejecutoria de la condena y hasta su pago final, porque estos son atribuibles a la demora de la entidad en cumplir la obligación; sin embargo, en este caso, no está probado que la entidad haya liquidado intereses de mora, por lo que no hay lugar a aplicar el precedente anotado”²⁹².

3.30. A partir de lo anterior, esta Corporación observa que, a pesar de que la accionante le solicitó que graduara la condena, la autoridad demandada optó por una posición absoluta y acrítica sobre el valor de la misma, lo cual derivó en que no se verificara si se le exigió a la accionante pagar un valor mayor al daño que le era atribuirle y, con ello, se desconoció el verdadero alcance de la acción de repetición consagrado por el Constituyente en el artículo

90 superior, en especial, los criterios de proporcionalidad con los que fue ideada la figura²⁹³.

3.31. En efecto, con el propósito de que la condena de repetición no se convierta en una decisión desproporcionada, el ordenamiento superior le exige al juez de lo contencioso administrativo que valore: (i) el grado de participación del demandado en los hechos que dieron lugar al daño y las circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración; (ii) las circunstancias atenuantes que influyen en el monto a reintegrar; (iii) la restricción de que la suma a reintegrar no sea mayor a la condena impuesta al Estado; y (iv) el verdadero valor del daño atribuible al agente, suprimiendo del mismo los incrementos respectivos a factores ajenos a la voluntad del agente y aquellos valores que resulten claramente desproporcionados en consideración de la responsabilidad general que deben asumir los funcionarios públicos²⁹⁴.

3.32. No obstante lo anterior, tanto el Tribunal Administrativo de Boyacá como la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado dejaron de valorar en su conjunto los referidos elementos, porque tomaron como base para la repetición el monto de la condena y sólo se limitaron a verificar que la pretensión de reintegro no incluyera intereses por la demora en el pago de la indemnización, con el fin de no desconocer la restricción de que la suma a reintegrar no fuera mayor a aquella a la que fue condenada la administración²⁹⁵.

3.33. Al respecto, esta Corte considera que, aunque algunos de los mencionados criterios omitidos no tienen la entidad para modificar el monto de la condena de repetición, el parámetro referente a consultar el verdadero valor del año atribuible al agente sí tiene el alcance de afectar la suma que Marcela Pérez Ramírez debe reintegrar al Estado.

3.34. Específicamente, teniendo en cuenta que Marcela Pérez Ramírez ocupaba el cargo de gerente de la ESE Hospital Regional de Duitama y, por ello, una de sus funciones era ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción de los directivos de la empresa, así como que

no se asesoró para adoptar la decisión de desvincular a Nelson Hugo González Huérfano conforme a los lineamientos legales, este Tribunal evidencia que no era posible graduar o atenuar la condena de repetición en razón de factores como el número plural de participantes en la causación del daño o una condición objetiva propia de las relaciones entre los funcionarios y la administración.

3.35. Con todo, esta Sala estima que a efectos de que Marcela Pérez Ramírez asumiera el verdadero valor del daño causado a la administración con su actuación culposa grave, el Consejo de Estado debió acceder a la petición de la defensa de la exfuncionaria de modular el valor de la condena atendiendo a que el mismo se incrementó considerablemente por la demora judicial en resolver el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por Nelson Hugo González Huérfano.

3.36. Sobre el particular, es pertinente recordar que ha sido criterio de esta Corte sostener que la demora excesiva en el trámite de un proceso laboral administrativo en los que se pretenda el reintegro y el consecuente pago de salarios dejados de percibir, no puede dar lugar a una condena al Estado desproporcionada que ignore la verdadera expectativa que tenía el trabajador desvinculado de permanecer en el cargo²⁹⁶.

3.37. En efecto, en la Sentencia SU-556 de 2014²⁹⁷, esta Sala consideró que resultaba contrario al principio de proporcionalidad que el retiro indebido de un trabajador vinculado al Estado en provisionalidad derivara en una condena para el Estado mayor a su expectativa de permanencia en el cargo, la cual, por ministerio de la ley, no podía ser mayor a dos años. En consecuencia, este Tribunal estimó necesario limitar los montos de las indemnizaciones en dichos casos, estableciendo que las mismas, en el mejor de los supuestos, sólo podrían equivaler al valor de los salarios equivalentes a 24 meses.

3.38. En esa línea argumentativa, en dicho fallo de unificación, esta Corporación sostuvo que

“esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación”.

3.39. En la presente oportunidad, acogiendo dicho criterio interpretativo, la Corte considera que resulta desproporcionado exigirle a la actora que, debido a la demora judicial, deba asumir el pago de los salarios dejados de percibir durante ocho años por el trabajador que declaró de forma errada insubsistente, máxime cuando se trataba de un funcionario de libre nombramiento y remoción cuya estabilidad, por ministerio del artículo 38 de la Ley 996 de 2004, no iba a extenderse más allá de los cuatro meses previos a las elecciones si la nominadora deseaba prescindir de sus servicios.

3.40. Así las cosas, en el evento de que se hubiera atendido el argumento sobre la demora judicial planteado en el recurso de apelación por la accionante, la Sala estima que el monto cancelado por la ESE Hospital Regional de Duitama a Nelson Hugo González Huérfano (\$714.276.727) no hubiera sido repetido integralmente en contra Marcela Pérez Ramírez, porque el Consejo de Estado tendría que haber establecido un criterio de proporcionalidad para fijar el quantum de la condena.

3.41. En este orden de ideas, ante la omisión de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado de detenerse a examinar la proporcionalidad de la condena de repetición impuesta a Marcela Pérez Ramírez, esta Sala encuentra que, conforme fue puesto de presente en la acción de tutela, se configuró una violación directa de la Constitución en la Sentencia del 31 de enero de 2019.

3.42. Por lo anterior, siguiendo las mismas consideraciones explicadas en la resolución del caso T-716782 en relación con la sustracción de materia, la Corte dejará parcialmente sin efectos la Sentencia del 31 de enero de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en lo relacionado con la confirmación del monto de la condena de repetición en contra de Marcela Pérez Ramírez y, en su reemplazo, declarará en abstracto que el valor de la misma deberá graduarse nuevamente teniendo en cuenta que del monto pagado por la ESE Hospital Regional de Duitama a Nelson Hugo González Huérfano (\$714.276.727), sólo es procedente repetir el valor equivalente a los costos laborales de cuatro meses.

3.43. Finalmente, como el trámite de repetición se adelantó siguiendo la normatividad contemplada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la liquidación de la condena en abstracto deberá ser gestionada por la ESE Hospital Regional de Duitama de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193 del mencionado estatuto procesal a instancias del Tribunal Administrativo de Boyacá, en su calidad de juez de primer grado de la causa²⁹⁸.

c) Decisiones a adoptar

3.44. En primera instancia, a través de la sentencia del 6 de junio de 2019, la Sección Primera del Consejo de Estado denegó el amparo solicitado. Sin embargo, tal determinación fue revocada mediante el fallo del 21 de agosto de la misma anualidad, proferido por la Sección Cuarta de la misma corporación, la cual declaró la improcedencia de la protección deprecada²⁹⁹.

3.45. Así pues, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, la Corte revocará los fallos de instancia, y tutelaré el derecho al debido proceso de Marcela Pérez Ramírez. Por consiguiente, esta Corporación dejará sin efectos parcialmente la Sentencia del 31 de enero

de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en lo relacionado con la confirmación del monto de la condena de repetición impuesta a Marcela Pérez Ramírez por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso iniciado por la ESE Hospital Regional de Duitama en contra de la mencionada ciudadana con el propósito de obtener el reintegro de las sumas pagadas debido a la condena impuesta a la entidad por la desvinculación de Nelson Hugo González Huérfino.

3.46. En reemplazo de dicha determinación, la Corte revocará parcialmente la Sentencia del 28 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo relacionado con el monto de la condena de repetición impuesta a Marcela Pérez Ramírez; y, en consecuencia, modificará el numeral tercero de la misma, el cual se sustituirá por el siguiente:

“CONDENAR en abstracto a Marcela Pérez Ramírez a pagar a la ESE Hospital Regional de Duitama la parte de la condena impuesta a dicha entidad por valor de \$714.276.027, que sea equivalente a los costos laborales de cuatro meses del trabajador indebidamente desvinculado”.

3.47. Adicionalmente, esta Sala advertirá a la ESE Hospital Regional de Duitama que la condena en abstracto será liquidada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, previa la gestión del trámite contemplado en el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

C. Medida provisional decretada en sede de revisión

Ante las decisiones definitivas que se adoptarán en la parte resolutive de este fallo en relación con las acciones de tutela de la referencia, el Pleno de este Tribunal levantará la medida provisional decretada en el Auto 065 del 25 de febrero 2020, en el cual la Sala

Tercera de Revisión suspendió temporalmente los efectos de las providencias de repetición cuestionadas mientras se adelantaba el presente trámite procesal³⁰⁰.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo del 9 de agosto de 2019 proferido por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en segunda instancia, dentro del proceso T-7616782; y, en su lugar, CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 30 de mayo de 2019, en la que la Sección Cuarta del mismo tribunal, en primera instancia, TUTELÓ el derecho fundamental al debido proceso de Luis Camilo Osorio Isaza, según la razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- MODIFICAR las órdenes impartidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el fallo de tutela del 30 de mayo de 2019, las cuales se sustituyen por las siguientes:

DEJAR SIN EFECTOS la Sentencia del 13 de noviembre de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de repetición iniciado por la

Fiscalía General de la Nación en contra de Luis Camilo Osorio Isaza con el propósito de obtener el reintegro de las sumas pagadas debido a la condena impuesta a la entidad por la desvinculación de José Elmer Arias Santa; y, en su reemplazo, DECLARAR denegadas las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- REVOCAR los fallos proferidos por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 6 de junio de 2019, y por la Sección Cuarta del mismo tribunal, el 21 de agosto de 2019, dentro del proceso T-7629189; y, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de Marcela Pérez Ramírez.

CUARTO.- DEJAR PARCIALMENTE SIN EFECTOS la Sentencia del 31 de enero de 2019 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en lo relacionado con la confirmación del monto de la condena de repetición impuesta a Marcela Pérez Ramírez por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso iniciado por la ESE Hospital Regional de Duitama en contra de la mencionada ciudadana con el propósito de obtener el reintegro de las sumas pagadas debido a la condena impuesta a la entidad por la desvinculación de Nelson Hugo González Huérfino; y, en su reemplazo:

(i) REVOCAR PARCIALMENTE la Sentencia del 28 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo relacionado con el monto de la condena de repetición impuesta a Marcela Pérez Ramírez; y, en consecuencia, MODIFICAR el numeral tercero de la misma, por el siguiente:

“CONDENAR en abstracto a Marcela Pérez Ramírez a pagar a la ESE Hospital Regional de Duitama la parte de la condena impuesta a dicha entidad por valor de \$714.276.027, que sea equivalente a los costos laborales de cuatro meses del trabajador indebidamente desvinculado”.

(ii) ADVERTIR a la ESE Hospital Regional de Duitama que la condena en abstracto será liquidada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, previa gestión del trámite contemplado en el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO.- LEVANTAR la medida provisional decretada en el Auto 065 del 25 de febrero 2020.

SEXTO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la página web de la Corte Constitucional, divúlguese en las redes sociales, y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Con aclaración de voto

Magistrado (E)

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Impedimento aceptado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO (E)

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

A LA SENTENCIA SU354/20

ACCION DE REPETICION POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Debió analizarse de fondo el carácter subjetivo de la acción de repetición y la aplicación del principio de proporcionalidad al tasar el monto de la condena (Aclaración de voto)

Referencia:

Expedientes (i) T-7.616.782 y (ii) 7.629.189

Magistrado Ponente:

Me permito presentar Aclaración de Voto, en relación con la sentencia de la referencia. Comparto la decisión que tomó la Sala de amparar el derecho al debido proceso de los accionantes y, en consecuencia, dejar sin efectos las providencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los expedientes acumulados (en el T-7.616.782, de manera integral, y en el T-7629.189, de manera parcial). De igual manera, comparto que la Corte haya realizado una valoración de fondo en cada uno de los casos.

No obstante, considero que había razones adicionales a las expuestas en la sentencia para fundamentar la facultad excepcional que ejerció la Corte Constitucional de pronunciarse sobre los asuntos de que trataban las acciones de tutela.

La sentencia argumentó que, dada la configuración de los defectos en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, era innecesario remitir los casos a los jueces ordinarios, por sustracción de materia³⁰¹.

Si bien, aquella era una razón relevante, la providencia ha debido desarrollar estas otras dos razones, fundamentales en este asunto. De un lado, que era la primera ocasión en que la Corte Constitucional se pronunciaba acerca de (i) el carácter subjetivo de la acción de repetición y (ii) la aplicación del principio de proporcionalidad al tasar el monto de la condena en esta acción. De otro lado, que, para dar mayor claridad al alcance del precedente, era necesaria una valoración del fondo de los asuntos, lo cual hacía innecesario un pronunciamiento posterior por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Con sumo respeto por las decisiones de la Sala Plena,

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (e)

1 Folios 70 a 76 del cuaderno anexo 4 del expediente (i) T-7616782.

2 Como sustento de dicha posición, la Fiscalía General de la Nación citó la Sentencia T-1315 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en la cual la Corte Constitucional señaló que: “ninguna de las causales de libertad provisional tiene el efecto de revocar o suspender la medida de aseguramiento de detención preventiva pues el único efecto de la libertad provisional es el de enervar la privación de la libertad que sobreviene a la imposición de la medida. Por ello, están jurídicamente detenidos tanto el procesado afectado con medida que no se halla en libertad provisional como el procesado afectado con ella y que se encuentra en libertad provisional. En ese contexto, se entiende que una providencia que reconoce el derecho a libertad provisional, con independencia de la causa de que se trate, ni suspende ni revoca la medida de aseguramiento pues la suspensión y la revocatoria proceden por causas diferentes y en los casos indicados en la ley y en la jurisprudencia constitucional”.

3 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

4 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

5 Folios 7 a 15 del cuaderno anexo 4 del expediente (i) T-7616782.

6 Folios 23 a 48 del cuaderno anexo 5 del expediente (i) T-7616782.

7 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

8 En la decisión también se hizo referencia al salvamento de voto del magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote a la providencia del 20 de agosto de 2002 (M.P. Jorge E. Córdoba Poveda, Rad.: 18788) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

9 Folios 62 a 63 del cuaderno anexo 5 del expediente (i) T-7616782.

10 Folios 89 a 98 del cuaderno anexo 5 del expediente (i) T-7616782.

11 Folios 53 a 57 del cuaderno anexo 2 del expediente (i) T-7616782.

12 Folios 30 a 43 del cuaderno anexo 1 del expediente (i) T-7616782.

13 Folios 137 a 148 del cuaderno anexo 2 del expediente (i) T-7616782.

14 Folios 195 a 200 del cuaderno anexo 2 del expediente (i) T-7616782.

15 Folios 69 a 88 del cuaderno anexo 3 del expediente (i) T-7616782.

16 Folios 1 a 20 del cuaderno anexo 1 del expediente (i) T-7616782.

17 Sobre el particular, en el fallo se resaltó que en la Sentencia del 1° de marzo de 2018 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 52209), se aclaró que en los eventos en los que la demanda sea clara en indicar los fundamentos de hecho que sustentan la pretensión de repetición, el juez administrativo puede enmarcar los mismos en los supuestos de presunción de culpa grave y dolo contemplados en el derecho positivo que mejor se adecuen a la situación fáctica del litigio.

18 Al respecto, en la providencia se indicó que en la Sentencia del 21 de mayo de 2009 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad.: 0326-07), la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado estableció que la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 150.3 de la Ley 270 de 1996 “debía aplicarse atendiendo al contenido del artículo 36 del CCA, según el cual la facultad discrecional resultaba válida, siempre y cuando fuera adecuada a los fines de la norma que lo autorizaba y proporcional a los hechos que le servían de causa; de tal manera que, dependiendo de cada caso particular, el nominador podía optar por medidas menos gravosas, hasta tanto se decidiera definitivamente la situación jurídica del implicado, tal como la suspensión del empleo. Si no lo hacía incurría en una causal de nulidad

conocida como desviación de poder”. Igualmente, en el fallo se señaló que la misma línea argumentativa fue acogida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-982 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), así como por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 4 de agosto de 2010 (C.P. Alfonso Vargas Rincón. Rad.: 7382-05) y del 19 de abril de 2012 (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Rad.: 0210-09).

19 Estas determinaciones se adoptaron siguiendo el precedente fijado en las sentencias del 15 de febrero y 1° de marzo de 2018 (Rad.: 52157 y 52209) (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico) de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

20 Cfr. Acta individual de reparto visible en el folio 62 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

22 Folios 1 a 59 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

23 M.P. Alberto Rojas Ríos.

24 C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (Rad.: 53.635).

25 Folios 64 a 65 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

26 Folios 69 a 71 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

27 Folios 83 a 86 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

28 C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

29 Folios 88 a 101 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

30 Folios 106 a 114 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

31 Folios 126 a 136 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

32 C.P. Guillermo Sánchez Luque.

33 Folios 127 a 140 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782.

34 Cfr. Sentencia del 31 de enero de 2019 (Rad.: 60952) (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico)

de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189).

35 Ibídem.

36 Ibídem.

37 Ibídem.

38 Cfr. Sentencia del 28 de septiembre de 2017 (M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz) del Tribunal Administrativo de Boyacá (Rad.: 2016-00344) (Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189).

39 Sentencia del 31 de enero de 2019 (Rad.: 60952) (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico) de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189).

40 Ibídem.

41 Ibídem.

42 Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

43 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

44 Cfr. Consejo de Estado: Sala de Consulta y Servicio Civil: Concepto del 10 de junio de 2010 (M.P. William Zambrano Cetina), y Subsección B de la Sección Segunda: Sentencia del 11 de noviembre de 2010 (M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila).

45 Específicamente, en el numeral tercero de la providencia se dispuso: “Condenar a la señora Marcela Pérez Ramírez, identificada con cédula de ciudadanía No. 46.670.758 de Duitama, a pagar a la ESE Hospital Regional de Duitama la suma de \$714.276.727”.

46 Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

47 Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

48 Cfr. Acta individual de reparto visible en el folio 56 del cuaderno principal del expediente

(ii) T-7629189.

49 Poder visible en el folio 1 cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

50 Folios 1 a 53 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

51 Folios 58 a 60 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

52 Folios 68 a 70 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

53 Folios 86 a 90 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

54 Folios 81 a 83 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

55 C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

56 Folios 97 a 112 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

58 C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

59 Folios 139 a 144 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

60 Folios 1 a 6 del cuaderno de revisión del expediente (i) T-7616782.

61 Folios 1 a 3 del cuaderno de revisión del expediente (ii) T-7629189.

62 Folios 7 a 23 del cuaderno de revisión del expediente (i) T-7616782 y 7 a 17 del cuaderno de revisión del expediente (ii) T-7629189.

63 Acuerdo 02 de 2015.

64 Folio 34 del cuaderno de revisión del expediente (i) T-7616782.

65 M.S. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

66 Folios 36 a 38 del cuaderno de revisión del expediente (i) T-7616782.

67 Folio 59 del cuaderno de revisión del expediente (i) T-7616782.

68 Folios 27 a 32 del cuaderno de revisión del expediente (i) T-7616782.

69 M.S. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

70 Folios 42 a 45 del cuaderno de revisión del expediente (i) T-7616782.

71 “Artículo 86. (...) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (...).” // “Artículo 241. La Corte Constitucional (...) cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (...).”.

72 “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

73 Subrayado fuera del texto original. Cfr. Sentencias T-054 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos) y SU-037 de 2019 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

74 Folios 60 a 61 del cuaderno principal del expediente (i) T-7616782 y 1 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

75 “Artículo 5°. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley (...).”.

76 Título VII, “De la Rama Judicial”. Capítulo 3, “De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

77 “Ley Estatutaria de Administración de Justicia”. “Artículo 11. La Rama Judicial del Poder Público está constituida por: I. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones: (...) b) De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: (...) 1. Consejo de Estado (...).”.

78 Cfr. Sentencia SU-037 de 2019 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

79 Cfr. Supra I, A, 2 y I, B, 2.

80 Cfr. Supra I, A, 3.

81 Cfr. Supra I, B, 3.

82 Sobre la necesidad de vincular al proceso de tutela a los terceros con interés legítimo en la causa pueden consultarse los autos 065 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y 487 de 2019 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), así como la Sentencia T-144 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

83 Supra I, A, 2 y I, B, 2.

84 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

85 Sentencia C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

86 Ver, entre otras, las sentencias T-381 de 2004 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-565 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-1112 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

87 Cfr. Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

88 El debido proceso fue consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata, el cual rige para toda clase de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, disponiendo que las mismas deberán estar sometidas a los procedimientos y requisitos legales y reglamentarios previamente establecidos, con el objetivo de asegurar la prevalencia de las garantías de los ciudadanos (Cfr. Sentencia C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara).

89 En la sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte individualizó las causales específicas de la siguiente manera: “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. // b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. // c. Defecto fáctico, que

surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. // d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. // e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. // f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. // g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. // h. Violación directa de la Constitución.”

90 Cfr. Sentencia T-1045 de 2012 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

91 Para analizar la configuración de esta clase de defecto, la Corte Constitucional ha tenido como base el principio *iura novit curia*, según el cual el juez conoce el derecho, y por tanto tiene los elementos para resolver el conflicto puesto de presente de cara a las sutilezas de cada caso concreto. Así las cosas, se ha entendido que “la construcción de la norma particular aplicada es una labor conjunta del legislador y del juez, en la cual el primero de ellos da unas directrices generales para regular la vida en sociedad y el segundo dota de un contenido específico a esas directrices para darle sentido dentro del marco particular de los hechos que las partes le hayan probado”. (Sentencia T-346 de 2012, M.P. Adriana María Guillen Arango).

92 Sentencia T-321 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

93 Cfr. Sentencia SU-448 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo).

95 Cfr. Sentencias T-267 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), SU-585 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y SU-072 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

96 Sentencia T-511 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

97 En la Sentencia T-055 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

98 Sentencia SU-172 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

99 Cfr. Sentencias T-267 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-090 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

100 Cfr. Sentencia SU-132 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

101 Cfr. Sentencias T-814 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-902 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-162 de 2007 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

102 Cfr. Sentencias T-450 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1065 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-458 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

103 Cfr. Sentencia T-233 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

104 Cfr. Sentencias T-442 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

105 Cfr. Sentencia T-104 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

106 Cfr. Sentencias T-031 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), SU-490 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-367 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

107 Sentencia T-031 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). En la misma línea argumentativa, pueden consultarse los fallos T-404 de 2017 (M.P. Carlos Bernal Pulido) y SU-061 de 2018 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

108 Cfr. Sentencia SU-424 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

109 Cfr. Sentencias SU-014 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) y T-145 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo).

110 Sentencia T-031 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

111 Cfr. Sentencias T-492 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-702 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-093 de 2019 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

112 Esta Corte ha definido el precedente judicial como “aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia” (Cfr. Sentencias T-1029 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-459 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos).

113 Cfr. Sentencias SU-034 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos) y T-380 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

114 Sentencia T-459 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

115 Sentencia T-321 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

116 Cfr. Sentencias T-1092 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto) y T-597 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

117 Sentencia T-292 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

118 Cfr. Sentencia SU-198 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

119 Sentencia T-555 de 2009 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva).

120 Sentencia T-031 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

121 Cfr. Sentencia T-809 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

122 Cfr. Sentencia T-522 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

123 Cfr. Sentencias T-116 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-090 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

125 Como antecedentes preconstitucionales de regulación de la acción de repetición pueden resaltarse los artículos 40 del Código de Procedimiento Civil de 1970, así como 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo de 1984. A su vez, como normatividad complementaria

del régimen establecido en la Ley 678 de 2001 cabe mencionar los artículos 71 de la Ley 270 de 1996 (responsabilidad de los servidores judiciales) y 142 de la Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (medio de control de repetición).

126 Al respecto, este Tribunal ha explicado que “la Constitución también reconoció otros principios y garantías que apoyan la responsabilidad patrimonial del Estado, como son la primacía de los derechos inalienables de la persona, la búsqueda de la efectividad del principio de solidaridad (art. 1º CP), la idea de igualdad frente a las cargas públicas (art. 13 CP), así como la obligación de proteger el patrimonio de los asociados y de reparar los daños causados por el actuar del ente público” (Sentencia SU-282 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Asimismo, esta Corporación ha indicado que los fundamentos para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran consagrados en diversos artículos de la Carta Política, a saber: “en los artículos 6º -los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones-; 90 -en los eventos en que el Estado sea condenado a responder patrimonialmente, deberá repetir contra sus agentes cuando el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de éstos-; 121 -ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley-; 123 -los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento-, y 124 -la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva” (Sentencia C-372 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

127 Cfr. Gacetas Asamblea Constituyente de 1991 números 22, 23, 24, 25, 27, 56, 70, 77 y 142.

128 La interpretación histórica de las normas del ordenamiento jurídico es una de las posibilidades hermenéuticas con las que cuentan los operadores jurídicos de conformidad con el artículo 27 del Código Civil, el cual establece que a fin de facilitar el entendimiento de una disposición es posible “recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”. Sobre el particular, puede consultarse la Sentencia C-461 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

129 En el proyecto presentado en torno a la responsabilidad del Estado se indica que: “una

de las piedras angulares del moderno Estado de Derecho es, junto con el sistema de control judicial de los actos administrativos, la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado. Uno y otra son corolario del postulado fundamental del sometimiento estatal a la ley” (Cfr. Gaceta número 23).

130 En la gaceta número 56 se dejó constancia de la ponencia propuesta por el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y la discusión existente sobre la materia. Para ilustrar, en relación con el nuevo sistema que se impulsaba se indicó que implicaba un cambio al modelo vigente, ya que “se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título jurídico válido y que exceda el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto, quedará, naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia”. A su vez, se sostuvo que “conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos conceptos sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad del órgano Estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”. Dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial tales como el de la “responsabilidad por daño especial””.

131 En esta línea argumentativa, en relación con la responsabilidad de los funcionarios, el constituyente Miguel Santamaría Dávila indicó que “los derechos y garantías que consagran la Constitución Nacional, tienen que poder ejercerse libremente. Quien atente contra ese libre ejercicio, si es funcionario, está violando gravemente sus obligaciones. Su responsabilidad no cesa mañana, no cesa nunca, y responderá por ello, aún con su peculio” (Gaceta número 22).

132 En la ponencia presentada por el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero se tomó nota de que “nuestro sistema consagra de manera expresa apenas la responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios, pero omite toda referencia a la responsabilidad de tipo patrimonial y sobre todo, a la responsabilidad directa y objetiva del Estado. La experiencia ha demostrado la inaplazable necesidad de definir concretamente todos estos tipos de responsabilidad y de señalar de manera clara que la de carácter patrimonial le corresponde solidariamente al órgano y al funcionario. La verdad es que éste cúmulo de responsabilidades constituye un esencial mecanismo de protección de los derechos de los particulares frente a la conducta de aquellas autoridades que yerran en el cumplimiento de las normas, que se abstienen de cumplir con sus obligaciones o que, al cumplirlas, simplemente causan daños que los asociados no tienen que padecer (...)” (Gaceta número 56).

133 Cfr. Gaceta número 77.

134 En la plenaria del 30 de junio de 1991, ante la inminencia de la aprobación de la propuesta que se convertiría en el artículo 90 superior, cuya redacción era igual salvo que al final del inciso primero se incluía la posibilidad de dirigir la demanda “indistintamente contra el Estado, el funcionario, o uno y otro”, por solicitud del constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, dicha opción fue eliminada al estimarse que podría resultar contradictoria “con todo el régimen del servidor público”. En efecto, “el régimen, tal como está establecido, consagra la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables. Al decirse que la demanda podrá dirigirse directamente contra el funcionario, estamos estableciendo de manera directa una responsabilidad que en el régimen del servidor público es sólo subsidiaria. Entonces, simplemente, señor presidente, para que, con el propósito de evitar esa contradicción entre dos esquemas de responsabilidad consagrados ambos en la Constitución, se procede a quitar esa última frase del primer inciso del artículo” (Cfr. Gaceta número 142).

135 Ver, entre otras, las intervenciones de los constituyentes Misael Pastrana Borrero y Augusto Ramírez Ocampo. En este sentido, en la ponencia ante la plenaria de la Asamblea Constituyente, en relación con las normas que finalmente se enumerarían en el artículo 90 superior, se indicó que los criterios de dolo y culpa grave frente a la repetición, fueron introducidos por la comisión “para limitar los alcances de una disposición que, de tener

carácter absoluto, haría excesivamente riesgoso para cualquiera el desempeño de una función pública” (Cfr. Gaceta número 77).

136 Cfr. Gaceta número 142.

137 Sentencia C-957 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). En el mismo sentido, puede consultarse el fallo C-778 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

138 Sentencia C-285 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

139 En la Sentencia C-957 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), esta Sala indicó que “bajo la idea de daño antijurídico, se incluyeron en la protección constitucional, no sólo los daños causados por la actividad dolosa o culpable de la Administración o de sus agentes, sino también los daños producidos por actividades perfectamente lícitas de la Administración, que los ciudadanos, de algún modo, no estaban llamados a soportar”.

140 Sentencia C-254 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

141 Sentencia C-957 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

142 Ibídem.

143 En esta línea argumentativa puede consultarse: Arenas Mendoza, Hugo Andrés. La Acción de Repetición. Bogotá: Legis (2018), págs. 25 a 28.

144 Cfr. Artículo 2° de la Ley 678 de 2001.

145 Cfr. Artículo 3° de la Ley 678 de 2001.

146 Ibídem.

147 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

148 “Sentencia C-338 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)”.

149 “Sentencia C-484 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)”.

150 “Cfr. Sentencias C-309 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-484 de 2002 (M.P.

Alfredo Beltrán Sierra) y C-338 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)”.

151 “Sentencia C-832 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-619 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil)”.

152 Subrayado fuera del texto original.

153 Sentencia C-619 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil).

154 Supra II, 5.6. y siguientes.

155 Ibídem.

156 La ponderación le impone al operador jurídico verificar que en el caso concreto cuanto mayor sea el grado afectación de un principio constitucional, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del principio que se encuentra en oposición, para que ello no resulte desproporcionado.

157 Cfr. Artículos 2°, 6°, 90, 121, 123, 124 y 209 de la Constitución.

158 Cfr. Preámbulo y artículos 1°, 5°, 13 y 29 de la Carta Política.

159 Cfr. Artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001.

160 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En el fallo en comento, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “a sus condiciones personales” contenida en el artículo 14 de la Ley 678 de 2001 a fin de servir de criterio para fijar el monto que el demandado debe retornar a las arcas públicas producto de la pretensión de regreso, al considerar que la repetición “no es una sanción sino apenas la recuperación de lo pagado por el Estado”.

161 Cfr. Sentencia C-338 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

162 A pesar de que la Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades sobre la conformidad de las normas que regulan la acción de repetición con la Carta Política, lo cierto es que son escasos los pronunciamientos en los que se ha manifestado sobre asuntos concretos concernientes a la aplicación de dichas disposiciones. Empero, esta Corporación en los fallos de tutela existentes ha establecido reglas importantes para la garantía de las

prerrogativas fundamentales en las causas de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, en especial, para la protección del derecho al debido proceso (Cfr. Sentencias T-842 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-1257 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-950A de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-630 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-649 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y SU-222 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa).

163 Cfr. Artículo 237.1 de la Constitución.

164 Cfr. Supra I, A, 2. y B, 2.

165 Cfr. Artículos 86 y 241 de la Carta Política.

166 Sentencia C-619 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil).

167 De manera reiterada, el Consejo de Estado ha indicado que la prosperidad de la acción de repetición está condicionada a la demostración de los siguientes requisitos: (i) la existencia de una condena judicial o de un acuerdo conciliatorio que le imponga a la entidad estatal demandante el pago de una suma de dinero; (ii) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular que cumple funciones públicas; (iii) la realización efectiva del pago por parte del Estado; y (iv) la cualificación de la conducta del demandado como dolosa o gravemente culposa. Cfr. Sentencia del 8 de marzo de 2007 -Rad.: 30330- (C.P. Ruth Stella Correa Palacio) de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Asimismo, pueden consultarse, entre otros, los fallos 9 de septiembre de 2013 -Rad.: 25361- (C.P. Enrique Gil Botero) - Subsección C-, 30 de marzo de 2017 -Rad.: 41239- (C.P. Danilo Rojas Betancourth) -Subsección B-, y 3 de agosto de 2017 -Rad.: 45598- (C.P. Ramiro Pazos Guerrero) -Subsección B- de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

168 Sentencia 5 de julio de 2012 -Rad.: 37203- (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

169 Cfr. Sentencia del 31 de agosto de 1999 -Rad.: 10865- (C.P. Ricardo Hoyos Duque) de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Igualmente, puede consultarse los fallos 26 de febrero de 2014 -Rad.: 48384- (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) - Subsección C- y del 16 de julio de 2015 -Rad.: 27561- (C.P. Hernán Andrade Rincón) -Subsección A- de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto, cabe destacar que, en la Sentencia T-950A de

2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), al conocer de un recurso de amparo en el que se discutía sobre la constitucionalidad de un fallo proferido en un proceso de cumplimiento en el que la autoridad judicial dispuso que una entidad, en atención a lo dispuesto en la Ley 678 de 2001, tenía la obligación repetir en contra de uno de sus servidores el valor de una condena impuesta por la indebida sanción de una trabajadora y su consecuente desvinculación del servicio en el año 1997, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional estimó que la providencia cuestionada había incurrido en un defecto sustantivo, porque la misma se fundamentó en la aplicación retroactiva de una norma a pesar de que ello era contrario a derecho. En efecto, en dicha providencia, este Tribunal constató que los hechos dañosos que dieron origen a la condena al Estado habían ocurrido en el año 1997, por lo cual la posibilidad de iniciar una acción de repetición en contra del agente no podía definirse a partir de lo consagrado en la Ley 678 de 2001, sino que debía calificarse con base en la normatividad vigente para la época, por lo tanto no podía pretenderse exigirle a la entidad, a través de una acción de cumplimiento, acatar lo dispuesto en el referido cuerpo normativo del año 2001 a efectos de repetir en contra de su funcionario.

170 Este Tribunal ha analizado la conformidad con la Carta Política de las disposiciones en mención en las sentencias C-285 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-374 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-285 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-778 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

171 Sentencia C-778 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

172 Sentencia C-374 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

173 *Ibídem*.

174 Sentencia C-455 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

175 *Ibídem*.

177 “En otras palabras, el Estado en el libelo demandatorio señala que se presentó el dolo o la culpa grave del agente y enmarca su conducta en uno o varios de los supuestos que consagra el cuerpo normativo en mención”.

178 “En otras palabras, puede ocurrir que se demande en repetición sin que se invoque de

manera particular uno o varios de los eventos en los que se presume la culpa grave o el dolo, pero con la carga de que la parte actora le suministre al juez una argumentación tal que le permita enmarcar la conducta del agente en uno de los supuestos indicados en precedencia”.

179 Cfr. Sentencias del 1° y 9 de septiembre de 2016 -Rad.: 55432 y 44845- (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

180 Cfr. Sentencia del 29 de mayo de 2014 -Rad.: 40755 (C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero) de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

181 Cfr. Sentencia del 9 de septiembre de 2016 -Rad.: 54589- (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

182 Cfr. Sentencia del 9 de septiembre de 2016 -Rad.: 52021- (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

183 Cfr. Sentencia del 5 de octubre de 2016 -Rad.: 50743- (C.P. Hernán Andrade) de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

184 Cfr. Sentencia del 3 de agosto de 2017 -Rad.: 42777- (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico) de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

185 Al punto, la Corte reafirma que la conclusión a partir de la cual se declara la nulidad de un acto administrativo y la consecuente obligación de reparar a cargo del Estado, no necesariamente permite dar por establecido el elemento subjetivo requerido para edificar la responsabilidad del funcionario. En efecto, en el primer escenario se examina la actuación de la entidad en su conjunto sin que sea relevante el rol de cada individuo en la causación del daño. En cambio, en el segundo ámbito se analiza la conducta de una persona específica que pertenece a la institución, por lo que deben valorarse elementos como el grado de participación del agente en el menoscabo, la posibilidad de precaver la producción del mismo, entre otros.

186 Sentencia C-778 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería). En el fallo T-1257 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), al estudiar una acción de tutela en la que se reprochaba una

providencia en la cual se accedió a las pretensiones de repetición de una entidad en contra de un servidor que había desvinculado a una trabajadora en estado de embarazo, la Sala Séptima de Revisión de este Tribunal concluyó que la decisión cuestionada no vulneraba los derechos del actor, pues si bien la declaración de nulidad de un acto administrativo “no acarrea automáticamente la responsabilidad patrimonial del agente público, puesto que siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad, por dolo o por culpa grave, siendo ostensible que las otras modalidades de culpa (leve y levísima) no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal”; lo cierto es que en el caso en estudio, se demostró que la condena de regreso “no fue impuesta automáticamente como consecuencia de la nulidad del acto de retiro (...), sino como resultado de un juicio de responsabilidad donde se estudiaron y ponderaron, de manera razonable y dentro de la órbita de la autonomía judicial, tanto los hechos de la demanda como los argumentos del demandado, llegando a la conclusión de que la conducta de éste, tildada de gravemente culposa, dio lugar a la condena indemnizatoria a cargo” del Estado.

187 Artículo 19 de la Ley 678 de 2001.

188 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

189 En esta misma línea argumentativa, en la Sentencia del 3 de abril de 2020 –Rad.: 46270- (C.P. Martín Bermúdez Muñoz), la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que “no sobra recordar aquí que la estructuración de estas presunciones solo ocurre cuando se cumplen estrictamente los presupuestos previstos en la norma. El establecimiento de presunciones legales se justifica en “la necesidad de probar elementos subjetivos que por su naturaleza son de difícil prueba, con base en hechos objetivos susceptibles de demostración en las condiciones ordinarias, con el fin de hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el Art. 90”, pero, en la medida en que el legislador consagra supuestos de hecho precisos que a su juicio permiten deducir la existencia de la intención de causar daño, sólo cuando ellos se configuren de manera exacta – en la forma prevista por el legislador – puede concluirse que se estructura la causal”.

190 M.P. María Victoria Calle Correa.

191 En efecto, la Corte evidenció que “la decisión judicial se encuentra debidamente soportada en los elementos de convicción incorporados al expediente, que concluyen que la

actora incurrió en serios desconocimientos a sus deberes funcionales como Fiscal Seccional que impidieron, por un lado, la comparecencia personal del sindicado al proceso penal y por otro, generaron un error en la individualización e identificación del responsable en la comisión de un delito, reflejada en una condena penal contra un ciudadano inocente. Configurándose la falla del servicio que le fue endilgada a la accionante”.

192 A este respecto, la Corte considera que es un error concebir la acción de repetición como una pretensión ejecutiva de la condena impuesta al Estado, pues ello implicaría entender dicha figura bajo la óptica de la responsabilidad objetiva, cuando la responsabilidad patrimonial del servidor público es carácter subjetivo.

193 Sentencia del 26 de febrero de 2014 –Rad.: 48384- (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa) de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Igualmente, en el fallo la corporación sostuvo que “no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública”.

194 Cfr. Sentencia T-842 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

195 Cfr. Sentencia C-778 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

196 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”.

197 “Artículo 4°. Obligatoriedad. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria. El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta”.

198 Sobre el particular, debe mencionarse que en los artículos 17 y 18 de la Ley 678 de 2001 se establecía como efectos anudados a la condena de repetición: (i) la desvinculación del servicio o la caducidad contractual, así como (ii) la configuración de una inhabilidad. Empero, tales consecuencias, por desproporcionadas, fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-233 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

199 Subrayado propio.

200 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

201 Cfr. Sentencias del 29 de mayo de 2014 -Rad.: 42660- (C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero) -Subsección B- y del 1° de marzo de 2018 -Rad.: 52209- (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico) -Subsección A- de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

202 Cfr. Sentencias del 8 de julio de 2016 -Rad.: 42419- (C.P. Ramiro Pazos Guerrero) -Subsección B- y del 15 de febrero de 2018 -Rad.: 52157- (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico) -Subsección A- de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

203 Cfr. Sentencia del 25 de marzo de 2015 -Rad.: 35061- (C.P. Hernán Andrade Rincón) de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

204 M.P. María Victoria Calle Correa.

205 En torno a este punto, los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Gloria Stella Ortiz Delgado aclararon su voto, al considerar que el fallo debió ahondar en el deber del juez de repetición de respetar el principio de proporcionalidad. En concreto, el magistrado Linares indicó que “más allá de la imposibilidad material que generaría en la práctica, el hacer soportar en el patrimonio individual del servidor público las cuantiosas condenas en

responsabilidad, naturalmente más limitado que el erario público, se desconocería el derecho fundamental al debido proceso, por lo que en aplicación de éste mandato superior se impone al juez de conocimiento un deber de ponderación y argumentación al momento de distribuir las cargas de la condena entre el Estado y la suma que eventualmente debe pagar o reembolsar su agente”. A su vez, la magistrada Ortiz señaló que “la responsabilidad del Estado no puede valorarse de la misma manera que la del agente. Por lo tanto, el monto de la condena al ente estatal no necesariamente debe ser idéntico a la suma que deben sufragar los servidores o ex servidores llamados en garantía dado que (...) existen diversos factores que el juez competente debe valorar al momento de determinar la condena en repetición. Tales aspectos, se recuerda, obedecen a circunstancias externas a la conducta del agente o a la evaluación de su propia actuación”.

206 Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que en el párrafo del artículo 19 de la Ley 789 de 2001, el Congreso de la República dispuso que “la entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor”.

207 Sobre las desproporciones que en relación con condenas judiciales pueden derivarse de la demora judicial, puede consultarse la Sentencia SU-556 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

208 Sobre los elementos que incorpora el derecho de las víctimas a obtener una reparación, pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-254 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-795 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

209 Sobre las finalidades de los intereses moratorios de las condenas al Estado puede consultarse la Sentencia C-242 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

210 Cfr. Artículo 8° de la Ley 678 de 2001.

211 Cfr. Artículos 7° y 10 de la Ley 678 de 2001.

212 Ley 1437 de 2011.

213 La misma regla se contempla en el artículo 149.13 de la Ley 1437 de 2011.

214 La conformidad con la Carta Política del artículo 7° de la Ley 678 de 2001 ha sido analizada por esta Corporación en las sentencias C-484 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-778 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería) y C-1174 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

215 Cfr. Artículos 248 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

216 Artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001.

217 Cfr. Sentencia C-484 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

218 Cfr. Supra I, A, 2.

219 Cfr. Supra I, A, 4 y 5.

220 Cfr. Supra I, A, 6 a 8.

221 Cfr. Supra III, 4.3.

222 Cfr. Supra I, A, 2.

223 Cfr. Supra II, 5.

224 Cfr. Supra I, A, 2.1.

225 Cfr. Supra I, A, 1.11.

227 Son cargas relativas al presupuesto de subsidiariedad en materia de tutela contra providencias judiciales: (i) haber puesto de presente los yerros alegados dentro del proceso en caso de haber sido ello posible, y (ii) haber agotado los recursos disponibles antes de acudir al juez de tutela.

228 Supra II, 5.80.

229 Cfr. Supra I, A, 2.2.

230 Cfr. Supra I, A, 1.8 y 1.9.

231 “Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de

reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...) 6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva (...). Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad. El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso". (Subrayado fuera del texto original).

232 Cfr. Supra I, A. 2.

233 Supra I, A, 2.6.

234 Cfr. Supra I, A, 1.11.

235 Folios 1 a 20 del cuaderno anexo 1 del expediente (i) T-7616782.

236 Cfr. Supra III, 5.81. (Regla 1).

237 Folio 9 del cuaderno anexo 1 del expediente (i) T-7616782.

238 Cfr. Supra III, 5.81. (Reglas 1 y 2).

239 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

240 En la decisión también se hizo referencia al salvamento de voto del magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote a la providencia del 20 de agosto de 2002 (M.P. Jorge E. Córdoba Poveda, Rad.: 18788) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

241 Folio 14 del cuaderno anexo 1 del expediente (i) T-7616782.

242 Sobre el particular, el Consejo de Estado resaltó que "la Corte Constitucional, en la sentencia T 842 de 2004, explicó que no se le quebrantan al demandado sus derechos de defensa y al debido proceso cuando este no fue parte dentro de la litis en la que se profirió la condena, porque el juez que conoce de la demanda de repetición está obligado a volver sobre el asunto para analizar su conducta, garantizándole plenamente las prerrogativas del

artículo 29 Superior, tales como las de ser oído y vencido en juicio (...)."

243 Folios 15 a 17 del cuaderno anexo 1 del expediente (i) T-7616782.

244 Cfr. Supra III, 5.81. (Reglas 3 a 5).

245 Cfr. Artículo 53 de la Constitución.

246 M.P. Carlos E. Mejía Escobar (Rad.: 17.576).

247 M.P. Jorge E. Córdoba Poveda (Rad.: 18788).

248 Al respecto en el Auto del 15 de julio de 2000, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia explicó que "es posible que no obstante haberse proferido la medida de aseguramiento de detención sin derecho a libertad provisional, por fenómenos puramente procesales este beneficio pueda lograrse ulteriormente sin que por ello se desvirtúe la causal de inhabilidad, pues tal acontecimiento posdelictual no cambia la naturaleza del hecho punible o de la situación que amerita o "implica" la medida de detención proferida originalmente sin derecho a libertad provisional. Sería el caso de haber cumplido el sindicado 120 días de privación efectiva de la libertad sin que se hubiere calificado el mérito de la instrucción; o cuando estando en reclusión han transcurrido seis meses desde la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la audiencia de juzgamiento; o cuando en detención preventiva ha cumplido la pena que merecería en caso de condena, etc. Como apenas es obvio, ninguna de estas situaciones ex novo le quitan gravedad al delito o atenúen la responsabilidad del agente".

250 Folios 70 a 76 del cuaderno anexo 4 del expediente (i) T-7616782.

251 En este sentido, este Tribunal toma nota de que la propia Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia del 11 de octubre de 2018, proferida un mes antes de la providencia reprochada en esta ocasión, al analizar una demanda de repetición por la condena que debió pagar el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en razón de la nulidad de una resolución de insubsistencia por desviación de poder, constató que no había duda de que el actuar del funcionario demandado había sido contrario a derecho, porque era extraño que: (i) en tan sólo seis días después de asumido el cargo de director, el accionado hubiera optado por desvincular a una persona que le había iniciado una

investigación en su contra previamente, sin motivación adicional que la necesidad de mejorar el servicio; o que (ii) en reuniones de la entidad el funcionario hubiera dicho que su nueva posición laboral le iba a permitir “limpiar su nombre”.

252 Cfr. Supra IV, A, 3.14. a 3.15.

253 Cfr. Supra I, A, 2.3. a 2.5.

254 Supra I, A, 6 y 8.

255 Cfr. Supra I, B, 2.

256 Cfr. Supra, I, B, 4 y 5.

257 Cfr. Supra I, B, 6 a 8.

258 Cfr. Supra III, 4.3.

259 Cfr. Supra I, B, 2.

260 Cfr. Supra II, 5.

261 Cfr. Supra I, B, 2.1.

262 Cfr. Supra I, B, 1.11.

263 Supra I, B, 2.2. y siguientes.

264 Son cargas relativas al presupuesto de subsidiariedad en materia de tutela contra providencias judiciales: (i) haber puesto de presente los yerros alegados dentro del proceso en caso de haber sido ello posible, y (ii) haber agotado los recursos disponibles antes de acudir al juez de tutela.

265 Cfr. Supra, I, B, 1.8.

266 Cfr. Supra I, B, 2.

267 Cfr. Supra I, B, 2.

268 Cfr. Supra I, B, 1.11.

269 Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

270 Cfr. Supra III, 5.81. (Regla 1).

271 Cfr. Supra III, 5.81. (Reglas 1 y 2).

272 Cfr. Supra III, 5.81. (Regla 3).

273 Cfr. Supra I, B, 1.7. y siguientes.

274 Cfr. Supra III, 5.81. (Reglas 4 y 5).

275 Subrayado propio. Cfr. Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189. Además, en la providencia en comento se señaló que “en el Concepto 3042 de 2005, el Consejo Nacional Electoral, precisó el alcance de los incisos primero y cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, así: “De acuerdo con lo anterior, a las preguntas del consultante acerca del tipo de elecciones a las que se refieren el inciso primero y cuarto del artículo 38 de la Ley 996 de 1995 es preciso responder que a la totalidad de las elecciones que se organicen para proveer los cargos y corporaciones de elección popular en su respectiva circunscripción, independientemente de que éstas sean de carácter nacional, departamental, municipal o distrital, o se trate de elecciones a corporaciones públicas o para el desempeño de cargos uninominales”.

276 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

277 Cfr. Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

278 Subrayado propio. Cfr. Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

279 Sobre el particular, cabe resaltar que el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 estipula: “Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: (...) Párrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no

podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista (...). La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa”. (Subrayado fuera del texto original).

280 Cfr. Supra IV, B, 3.11.

281 Cfr. Supra IV, B, 3.14.

282 Cfr. Supra IV, B, 3.12. a 3.13.

283 Cfr. Supra I, B, 2.2. (i) y 2.3.

284 Al respecto, cabe resaltar que los pronunciamientos de control abstracto de constitucionalidad proferidos por esta Corporación no son meros criterios auxiliares de interpretación, pues tal entendimiento fue revaluado en la Sentencia C-104 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la que este Tribunal señaló que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”.

286 Supra IV, B, 3.8.

287 Al respecto, en la Sentencia C-164 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), este Tribunal sostuvo que “es una facultad propia de la autoridad que ejerce la función legislativa determinar el momento a partir del cual entrarán en vigencia los actos que expide, siempre que la fecha correspondiente sea posterior o, al menos, concomitante al instante de su inserción en el Diario Oficial, pues de ser previa a dicha actuación se podría llegar a desconocer el principio superior de publicidad de las leyes”. En este mismo sentido, pueden consultarse los fallos C-084 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-704 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

288 Cfr. Diario Oficial 46.102 del 24 de noviembre de 2005.

289 Cfr. Supra I, B, 2.4.

290 Cfr. Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

291 Ibídem.

292 Cfr. Disco compacto – folio 113 del cuaderno principal del expediente (ii) T-7629189.

293 Cfr. Supra III, 5.64. a 5.77.

294 Cfr. Supra III, 5.81. (Regla 6).

295 A ese respecto, esta Sala recuerda que “quien presenta una demanda, interpone un recurso, formula una impugnación o adelanta cualquier otra actuación dentro de los términos legales, estando habilitado por ley para hacerlo, tiene derecho a que se le resuelva del mismo modo, dentro de los términos legales dispuestos para ello, pues de lo contrario, se le desconocen sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, comoquiera que no se brinda una respuesta oportuna frente a las pretensiones invocadas en su momento y se torna ilusoria la realización efectiva de la justicia material en el caso concreto” (Sentencia T-441 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

296 Cfr. Sentencias SU-556 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), SU-053 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y SU-054 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

297 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

298 “Artículo 193. Condenas en abstracto. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil. Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al

superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”.

299 Supra I, B, 6 y 8.

300 Cfr. Supra II, 3.

301 Cfr. Fundamentos jurídicos -fj- 3.47, pág. 74 y 3.42, pág. 90.