

Sentencia T-950A-09

(16 diciembre; Bogotá D.C.)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Causales genéricas y especiales de procedencia

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para controvertir sentencia proferida en acción de cumplimiento

ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional para controvertir sentencia proferida en acción de cumplimiento

ACCION DE REPETICION-Desarrollo legal

ACCION DE REPETICION-Definición

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que se presentó defecto sustantivo por aplicación retroactiva de la ley

Referencia: Expediente T-2.093.387

Impedimento planteado por el Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Accionante: Procuraduría General de la Nación.

Accionado: Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá adscrito a la Sección Primera y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda - Subsección D.

Fallo objeto de revisión: Sentencia de la Sala Cuarta del Consejo de Estado, del 5 de junio de 2008 que confirma la providencia de la Sala Primera del Consejo de Estado, del 4 de septiembre de 2008.

Magistrados de la Sala Cuarta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

## I. ANTECEDENTES.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Uno mediante auto del 29 de enero de 2009, y correspondió por reparto al despacho del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. No obstante, mediante oficio del 4 de mayo de 2009, el referido magistrado manifestó su impedimento para pronunciarse sobre el fondo del asunto. En esas condiciones, mediante oficio del 4 de mayo de 2009, la Secretaría de la Corte Constitucional remitió a este despacho el proceso.

### 1. Demanda y pretensión.

## 1. Elementos de la demanda:

El apoderado judicial de la Procuraduría General de la Nación Alfonso Cajiao Cabrera presentó así las pretensiones de la tutela.

- Derechos fundamentales invocados: derecho al debido proceso.
- Conducta que causa u ocasiona la vulneración: decisión de los jueces demandados de ordenar a la Procuraduría General de la Nación iniciar acción de repetición por condena en su contra.
- Pretensión del accionante: Se revoquen las sentencias del 20 de febrero de 2008 y 3 de abril del mismo año, proferidas respectivamente por el Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Bogotá adscrito a la Sección Primera y del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, -Sección Segunda-Subsección D.

## 1.2. Hechos de la demanda:

El apoderado judicial formula así los hechos de la demanda

- a. La Procuraduría General de la Nación sancionó a la Gobernadora de Cundinamarca Leonor Serrano de Camargo con destitución del cargo e inhabilidad de 4 años para ejercer cargos públicos.
- c. El Comité de Conciliación de la Procuraduría General de la Nación decidió no adelantar la acción de repetición por la condena impuesta, por encontrar que no se configuraron los presupuestos exigidos por el artículo 90 constitucional. A juicio del citado Comité, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se discutió una discrepancia interpretativa en relación con la conducta de la gobernadora Serrano de Camargo.
- d. La ciudadana Margarita Guayara Macías inició acción de cumplimiento contra la Procuraduría General de la Nación con el fin de obligarla a iniciar la acción de repetición.
- e. En primera y segunda instancia, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declararon procedente la acción de cumplimiento. La providencia de segunda instancia inaplicó por inconstitucional la decisión del Comité de Conciliación de la Procuraduría General de no iniciar la acción de repetición por la condena impuesta y ordenó expresamente al Procurador General a incoar la correspondiente acción.

## 1.3. Fundamentos jurídicos de la demanda

- a. El demandante considera que la decisión de las autoridades judiciales es contraria al debido proceso por cuanto el Comité de Conciliación de la Procuraduría General de la

Nación no está obligado a iniciar la acción de repetición por la condena impuesta a ese organismo, y que su competencia se circunscribe a verificar que la actuación por la cual se condenó a la administración haya sido consecuencia de una conducta negligente, enmarcada dentro de los criterios de culpa grave o dolo.

a. La demandante considera que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es procedente iniciar la acción de tutela contra los fallos de la jurisdicción contencioso administrativa porque éstos son vulneratorios de derechos fundamentales.

a. Considera que las providencias incurrieron en defecto sustantivo al interpretar erróneamente la Ley 678 de 2001.

a. La errónea interpretación es consecuencia de haber aplicado la Ley 678 de 2001 a una sanción que se impuso con anterioridad a la fecha de expedición de la ley. Ciertamente, dice la Procuraduría, la sanción a la gobernadora de Cundinamarca se impuso en el año de 1997, fecha para la cual no estaba vigente la norma de la Ley 678 de 2001 que obliga al Comité de Conciliación examinar los supuestos de la condena para determinar si existe una conducta dolosa o gravemente culposa que merezca iniciar la acción de repetición.

a. Sostiene que la obligación legal no puede exigirse a hechos ocurridos antes de su vigencia, pues así se desprende del artículo 29 constitucional que alude a la condena por leyes preexistentes al acto que se imputa.

a. Advierte que -además- la sentencia del Tribunal Administrativo es contradictoria porque a pesar de advertir que los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001 no son aplicables, porque la calificación de la conducta como dolosa o gravemente culposa no estaba vigente al momento de comisión de la falta, sí era deber de la procuraduría aplicar el artículo 4º de la misma ley, que es de naturaleza procesal.

a. La Procuraduría entiende que el pago de la indemnización es posterior a la sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa, que sin embargo es anterior a la fecha de expedición de la Ley 678 de 2001. Por ello considera que no es viable aplicar las normas de la ley que ordenan el inicio de la acción de repetición.

a. Agrega que la acción de cumplimiento no procede para obligar a la Procuraduría a iniciar la acción de repetición en tanto que no existe claridad ni precisión respecto de la conducta del agente del Estado cuya decisión promovió la condena patrimonial contra la administración. Sobre este particular, asegura que la acción de cumplimiento no procede para determinar la responsabilidad del servidor público.

a. Dice que dentro de las causales de procedencia de la acción de repetición está la verificación de que la conducta del agente del Estado haya sido dolosa o gravemente culposa, circunstancia que no se dio en el caso de la referencia, además porque de la sentencia de nulidad del acto sancionatorio a la ex gobernadora no se infiere que esas hayan sido características del comportamiento del agente estatal.

a. El Comité insiste en que el centro del debate descansa en una divergencia interpretativa sobre la tipicidad de la conducta, pero no en un comportamiento doloso o gravemente culposo del agente de la Procuraduría.

a. Precisa que no existe otro mecanismo de defensa para obtener la protección de los derechos fundamentales, dado que se agotaron los recursos en la acción de cumplimiento y que no es procedente el recurso extraordinario de revisión del artículo 188 del C.C.A.

a. Como medio provisional de defensa, solicita suspender los efectos de las decisiones de instancia en el proceso de acción de cumplimiento.

2. Contestación de la demanda. Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá adscrito a la Sección Primera.<sup>1</sup>

El juez<sup>2</sup> aseguró en el memorial de contestación de la demanda que la acción de tutela es temeraria, por cuanto el debido proceso se respetó durante toda la primera instancia. Dice que la parte no solicitó ni aclaración ni adición de la sentencia y agrega que la acción de cumplimiento que tramitó en primera instancia ordenó al Comité de Conciliación de la Procuraduría tomar una decisión en relación con la procedencia de la acción de repetición, con el fin de que el Procurador General incoara la correspondiente demanda. Advierte que esa competencia estaba consignada en el Decreto 1214 de 2000, que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001.

De la interpretación de las normas pertinentes el juzgado reconoció que si la decisión del Comité de Conciliación es negativa, el Procurador se exime de presentar la demanda de repetición. Por ello consideró que en la sentencia de la acción de cumplimiento era necesario obligar a dicho comité a proferir “la decisión” para que el Procurador General presentara la demanda contra los funcionarios cuyos

pronunciamientos dieron lugar al pago de la indemnización. Dice que no encuentra motivo para considerar que en la sentencia de la acción de cumplimiento se haya vulnerado el debido proceso de la parte actora.

Finalmente, sostiene que quien debió dar poder al demandante para presentar la acción de tutela fue el Procurador General de la Nación, hecho que no se dio en este proceso.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda-Subsección D, no presentó memorial de descargos.

### 3. Decisiones de tutela objeto de revisión.

#### 3.1. Sentencia de primera instancia del 5 de junio de 2008, Consejo de Estado, Sección Quinta.<sup>3</sup>

La Sección Quinta del Consejo de Estado rechazó por improcedente la tutela. Consideró que esta acción no procede para impugnar decisiones judiciales definitivas, porque su "aceptación implicaría desconocer los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica e incluso de independencia y autonomía de los jueces consagrados en el artículo 228 de la Carta Política."

#### 3.2. Impugnación. 4

El abogado Alfonso Cajiao Cabrera impugnó el fallo de primera instancia en memorial del 20 de junio de 2008. El memorial repite los antecedentes y consideraciones de la demanda de tutela, pero hace especial énfasis en la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales, particularmente como consecuencia del defecto sustantivo relativo a la interpretación de una disposición legal.

#### 3.3. Intervención del ex Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuellar.<sup>5</sup>

El ex Procurador General de la Nación Jaime Bernal Cuellar intervino en el proceso mediante apoderado judicial, el doctor Eduardo Montealegre Lynett, porque consideró que la decisión de tutela que aquí se revisa podría perjudicarlo, en tanto fue él el funcionario que, en calidad de Procurador General de la Nación, adoptó la decisión sancionatoria en contra de la gobernadora de Cundinamarca Leonor Serrano de Camargo. A juicio del interviniente, la tutela es procedente para obtener la revocación de las sentencias dictadas por la jurisdicción administrativa en el proceso de acción de cumplimiento.

En primer lugar, considera que los derechos violados por los jueces administrativos fueron los del debido proceso y de irretroactividad de la ley. Estima que las decisiones judiciales impugnadas constituyen desconocimiento de los precedentes jurisprudenciales, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, sin contar con que el trámite de la acción de cumplimiento genera un defecto orgánico susceptible de ser revisado por vía de tutela.

La intervención hace un nuevo recuento de los antecedentes del proceso y precisa que fue ante la solicitud de Margarita Guayara Macías, presentada el 10 de agosto de 2007,

que el Comité de Conciliación de la Procuraduría General de la Nación decidió, en Resolución del 6 de noviembre de 2007, declarar improcedente la iniciación de la acción de repetición en contra del ex Procurador General de la Nación, por considerar inexistente el dolo o la culpa grave en el caso bajo estudio. Además, el Comité señaló que la Ley 678 de 2001 no estaba vigente al momento de ocurridos los hechos, por lo que el caso se analizó a la luz de la legislación previa.

El apoderado del interviniente hace un estudio de la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales. Precisa que la Corte Constitucional admite esa alternativa sobre la base de que se den ciertas condiciones generales y causales específicas de procedencia de la tutela. Considera que en el caso concreto se dan las causales genéricas y se constituyen algunas causales específicas de procedencia.

En primer lugar, sostiene que la acción de repetición podía iniciarse antes de la Ley 678 de 2001, que la reglamentó, pero sobre la base de una interpretación armónica de otras normas. Por ello, resulta incorrecto pretender aplicar la Ley 678 de 2001 a situaciones jurídicas ocurridas antes de la vigencia de este estatuto. Aseguró que la aplicación retroactiva de la ley genera violación del derecho al debido proceso y del principio de legalidad, lo cual es constitutivo de un defecto sustantivo, susceptible de ser enmendado por vía de tutela. En concreto, advierte que como la destitución de la gobernadora de Cundinamarca ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, resulta incorrecto que se pretende aplicarlos, como intentan hacerlo los jueces administrativos.

El apoderado judicial del doctor Bernal Cuellar hizo un análisis de los fallos judiciales con el que pretende demostrar que ambos aplicaron normas sustantivas de la Ley 678 de 2001, pese a que la destitución de la gobernadora ocurrió antes de su vigencia. Y aunque reconoce que el Tribunal Administrativo, en segunda instancia, sostuvo que no eran aplicables al caso los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, relativos a la presunción del dolo y la culpa grave, afirma que al darse aplicación al artículo 4º de la ley indirectamente se obligó a aplicar los primeros.

La intervención afirma también que antes de la Ley 678 de 2001 no existía una norma que estableciera las presunciones de dolo y culpa grave, ni una que les diera contenido, por lo que no puede afirmarse que la legislación precedente regulara completamente el tema. Esta interpretación sobre la irretroactividad de la ley encuentra además sustento, dice, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, uno de cuyos fallos transcribe. Con todo, si aún se aceptara que se diera cumplimiento a las normas anteriores al 2001, tampoco se configuraría la hipótesis que haría viable la acción de repetición, porque en el presente caso la conducta acusada no encaja en las hipótesis de culpa grave o dolo, en tanto la actuación no se adelantó con el ánimo de dañar o afectar un derecho. Se trató, dice, de una interpretación de la norma, que en manera alguna puede dar lugar a la iniciación de la acción.

La intervención agrega que la acción de cumplimiento no es el mecanismo idóneo para obligar a la Procuraduría a iniciar la acción de repetición, entre otras cosas, porque no se cumplieron los requisitos de procedibilidad de la primera, entre los que figura la

existencia de un deber claro, expreso y exigible a cargo de la autoridad pública demandada, y la existencia de un deber legal consignado en una norma, lo que excluye la controversia de decisiones administrativas. Estima el abogado que la acción que debió iniciarse es la acción de nulidad, porque es en ella en donde es posible discutir la orden la decisión de no iniciar la acción de repetición por parte de la Procuraduría.

Adicionalmente, la intervención afirma que las sentencias que ordenaron iniciar la acción de cumplimiento desconocieron la facultad discrecional del Comité de Conciliación para iniciar la acción de repetición, haciéndola ver como una facultad reglada. En este sentido, asegura que el Decreto 1214 de 2000 otorgaba a los comités de conciliación la competencia de determinar la procedencia de la acción de repetición, lo que supone que no se trataba de una obligación.

Agrega que no existe otro mecanismo de defensa judicial para enervar la sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, resalta que el ex Procurador Bernal Cuellar nunca fue notificado de la existencia de la acción de tutela, pese a que la decisión judicial que ha de adoptarse podría afectar sus intereses personales. Solicita en consecuencia adoptar las medidas necesarias para resolver esta situación y permitan la garantía del debido proceso del interviniente.

#### 3.4. Sentencia de segunda instancia. Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>6</sup>

En sentencia del 4 de septiembre de 2008, la Sección Primera del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia en el sentido de rechazar por improcedente la tutela de la referencia.

La Sección reconoce que aunque venía examinando acciones de tutela instauradas contra providencias judiciales, por supuestas vías de hecho, tal posición fue rectificadas en el año 2004, fecha a partir de la cual se concluyó que la tutela es improcedente contra sentencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación, salvo que la providencia vulnere el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia.

En ese contexto, consideró que los fallos judiciales impugnados no vulneraron el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que la entidad demandante tuvo oportunidad de “oponerse a las pretensiones de la demanda en la citada acción constitucional, hizo uso de los recursos consagrados en la ley para atacar las providencias que no compartía y tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas recaudadas”.

Además de lo anterior, la sección sostuvo que la tutela fue promovida para cuestionar providencias proferidas en una acción de cumplimiento. En relación con ese punto, sostuvo que la Corte Constitucional fue enfática en advertir que no es posible impugnar fallos dictados dentro de la acción consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política porque ello sería contrario a los principios de cosa juzgada, autonomía judicial y seguridad jurídica. Al respecto cita la sentencia T-173 del 17 de marzo de 1999 en el que la Corte Constitucional asegura que la tutela es improcedente para impugnar fallos

proferidos en acciones de cumplimiento.

Finalmente, la providencia desestima la advertencia del Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá según la cual el tutelante carecía de poder para presentar la acción de tutela, porque se comprobó que el Jefe de la Oficina Jurídica tenía competencia delegada del Procurador para otorgar poderes de representación judicial.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Cuestión previa. Aceptación del impedimento del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo<sup>7</sup>.

El magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo se declaró impedido para participar en el debate y decisión de este proceso porque, cuando fungió como Procurador Quinto (5º) Delegado ante el Consejo de Estado, hizo parte del Comité Nacional de Defensa del Patrimonio Público y la Moralidad Pública y, en esas condiciones, compartió la decisión de recomendar que se instaurara la acción prevista en el artículo 86 Constitucional.

Esta Sala de Revisión encuentra justificado el impedimento del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo en cuanto que la causal que invoca está consagrada en el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 precisa que a pesar de que ningún juez puede ser recusado en jurisdicción constitucional de tutela, aquél “deberá declararse impedido cuando concurren las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente.”.

A su vez, el artículo 56-4 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, incluye como causal de impedimento, el hecho de que el funcionario judicial haya “sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.”

En este caso, haber recomendado la presentación de la acción de tutela de la referencia puede entenderse como haber aconsejado o haber dado una opinión sobre el asunto materia del proceso, por lo que es indudable que el impedimento se encuentra configurado.

### 2. Planteamiento del Caso y Cuestión de constitucionalidad.

2.1. El demandante considera que la decisión de las autoridades judiciales es contraria al debido proceso por cuanto el Comité de Conciliación de la Procuraduría General de la Nación no está obligado a iniciar la acción de repetición por la condena impuesta a ese organismo, y que su competencia se circunscribe a verificar que la actuación por la cual se condenó a la administración haya sido consecuencia de una conducta negligente, enmarcada dentro de los criterios de culpa grave o dolo. El defecto que se alega es sustantivo en la medida que se da una errónea interpretación, que es consecuencia de

haber aplicado la Ley 678 de 2001 a una sanción que se impuso con anterioridad a la fecha de expedición de la ley. Ciertamente, dice la Procuraduría, la sanción a la gobernadora de Cundinamarca se impuso en el año de 1997, fecha para la cual no estaba vigente la norma de la Ley 678 de 2001 que obliga al Comité de Conciliación examinar los supuestos de la condena para determinar si existe una conducta dolosa o gravemente culposa que merezca iniciar la acción de repetición.

2.2. El Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá adscrito a la Sección Primera, aseguró que la acción de tutela es temeraria, por cuanto el debido proceso se respetó durante toda la primera instancia. Dice que la parte no solicitó ni aclaración ni adición de la sentencia y agrega que la acción de cumplimiento que tramitó en primera instancia ordenó al Comité de Conciliación de la Procuraduría tomar una decisión en relación con la procedencia de la acción de repetición, con el fin de que el Procurador General incoara la correspondiente demanda. Advierte que esa competencia estaba consignada en el Decreto 1214 de 2000, que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001.

De la interpretación de las normas pertinentes el juzgado reconoció que si la decisión del Comité de Conciliación es negativa, el Procurador se exime de presentar la demanda de repetición. Por ello consideró que en la sentencia de la acción de cumplimiento era necesario obligar a dicho comité a proferir “la decisión” para que el Procurador General presentara la demanda contra los funcionarios cuyos pronunciamientos dieron lugar al pago de la indemnización. Dice que no encuentra motivo para considerar que en la sentencia de la acción de cumplimiento se haya vulnerado el debido proceso de la parte actora.

2.3. El problema jurídico que debe resolver esta Sala de Revisión consiste en establecer si se presenta algún defecto que constituya una vía de hecho en las sentencias atacadas que configuren una causal especial de procedibilidad de la acción de tutela; para lo anterior la Sala procederá a analizar (i) la normatividad sobre la acción de repetición, (ii) la jurisprudencia constitucional sobre la misma, para finalmente (iii) analizar el caso concreto.

3. Las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.1 Consideraciones generales.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia, la procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales es de carácter excepcional y para que se configure es preciso que se cumplan las siguientes condiciones<sup>8</sup>:

- a. Que se discuta un asunto de clara relevancia constitucional.
- b. Que todos los medios de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- al alcance de la persona afectada, se hayan utilizado, excepto cuando se busque evitar la consumación de un perjuicio irremediable.
- c. Que, la tutela se hubiere incoado dentro de un lapso razonable y proporcionado desde la ocurrencia del hecho que originó la vulneración, es decir se cumpla el requisito

de la inmediatez.

d. Que la irregularidad procesal que se invoque sea de tal entidad que haya tenido un efecto decisivo o concluyente en la sentencia que vulnera o amenaza los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que el demandante establezca de manera razonable la acción u omisión que generó la vulneración y los derechos afectados y que hubiere alegado tal circunstancia en el curso del proceso judicial si ello hubiere sido posible.

f. Que no se impugnen sentencias de tutela.

Además de los anteriores requisitos generales, para que proceda una acción de tutela contra una providencia judicial es necesario acreditar la existencia de causales especiales de procedibilidad, que deben quedar plenamente demostradas a saber:

a. Defecto orgánico por carencia de competencia de quien profirió la providencia.

b. Defecto procedimental, por desconocimiento de normas de procedimiento<sup>9</sup>.

c. Defecto fáctico por omisión de la práctica o el decreto de las pruebas, o una indebida valoración de las mismas o porque la prueba es nula de pleno derecho<sup>10</sup>.

d. Error inducido o vía de hecho por consecuencia “Cuando la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de la inducción en error de que es víctima por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia”<sup>11</sup>.

e. Insuficiente sustentación o justificación del fallo<sup>12</sup>.

f. Defecto material o sustantivo corresponde a decisiones fundadas en normas que no existen o son contrarias a la Carta o donde se evidencia una contradicción entre los argumentos que sirven de base a la decisión y la misma.

g. Desconocimiento injustificado del precedente de la Sala Plena de la Corte Constitucional<sup>13</sup>.

h. La decisión del juez (i) se funda en la interpretación de una norma en contra de la Constitución o (ii) el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución previa solicitud expresa por alguna de las partes dentro el proceso<sup>14</sup>.

La doctrina constitucional desarrollada en torno a la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales es excepcional, en razón de su carácter residual y subsidiario y del respeto debido a la administración de justicia. “Es por ello que el vicio en que se incurra debe ser de tal magnitud que sea capaz de desvirtuar la existencia de una sentencia<sup>15</sup>”<sup>16</sup>.

3.2. Acción de Tutela contra providencia de Acción de cumplimiento.

En un principio la Corte Constitucional, a través de una de sus Salas de Revisión<sup>17</sup>, determinó que la acción de tutela no podía convertirse en un instrumento no sólo para revivir instancias agotadas o recursos que se vencieron por el transcurso del tiempo y la negligencia de su titular o para sustituir al juez ordinario, sino también para crear una nueva instancia o controvertir la sentencia adoptada en un proceso especial y particular como el de cumplimiento, cuando la decisión resulta desfavorable a los intereses de su titular; razón por la cual la acción de tutela era improcedente para controvertir sentencias proferidas en acción de cumplimiento.

No obstante lo anterior, mediante providencia posterior<sup>18</sup> esta misma Corte allanó el camino para que en algunos eventos especiales- esto es ante la presencia de una vía de hecho- fuere posible la acción de tutela contra providencias de una acción de cumplimiento.

#### 4. Normatividad sobre la Acción de Repetición.

4.1. El Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984) estableció en su artículo 7719 lo siguiente:

ARTICULO 77. DE LOS ACTOS Y HECHOS QUE DAN LUGAR A RESPONSABILIDAD. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

4.2. Así las cosas, la acción de repetición antes de 1991 tenía un desarrollo fundamentalmente jurisprudencial, sin embargo a partir de la expedición de la Carta de ese año fue constitucionalizado dicho fenómeno jurídico, así:

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

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

4.3. En la ley 446 de 1998 se establecieron las siguientes disposiciones normativas:

ARTICULO 31. ACCION DE REPARACION DIRECTA. El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

“Artículo 86. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas

o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.<sup>20</sup>

ARTICULO 75. COMITE DE CONCILIACION. La Ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo, así:

Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad.

4.4. Mediante el Decreto 1214 de 2000 se reglamenta el artículo 75 de la ley mencionada en el numeral anterior, para lo cual se dispuso:

Artículo 5o. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.
3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.
4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación.
5. Determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.
6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición.
7. Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.
9. Dictar su propio reglamento.

Parágrafo. Las entidades públicas sólo celebrarán conciliaciones en materia de lo contencioso administrativo ante los jueces competentes o ante los agentes del Ministerio Público correspondientes hasta tanto se expida la reglamentación correspondiente a los Centros de Conciliación.

Artículo 12. De la acción de repetición. Los Comités de Conciliación de las entidades públicas deberán realizar los estudios pertinentes para determinar la procedencia de la acción de repetición.

Para ello, el ordenador del gasto, al día siguiente del pago total de una condena, de una conciliación o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad, deberá remitir el acto administrativo y sus antecedentes al Comité de Conciliación, para que en un término no superior a 3 meses se adopte la decisión motivada de iniciar o no el proceso de repetición.

Los apoderados encargados de iniciar los procesos de repetición tendrán un plazo máximo de tres (3) meses a partir de que se haya tomado la decisión para interponer la correspondiente demanda.

Parágrafo 1o. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto, los Comités de Conciliación deberá decidir sobre la procedibilidad de la acción de repetición respecto de todos aquellos casos en que la administración haya efectuado el pago total de una condena o de una conciliación.

Parágrafo 2o. La Oficina de Control Interno de las entidades o quien haga sus veces, deberá verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en este artículo.

4.5. La ley 678 de 2001 reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Deben resaltarse las siguientes normas:

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

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

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

PARÁGRAFO 3o. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la

presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

PARÁGRAFO 4o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

ARTÍCULO 3o. FINALIDADES. 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.

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.

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

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

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

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

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

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.

## 5. La acción de repetición<sup>21</sup>.

5.1. La acción de repetición se ha definido como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. La acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.

5.2. Por ende, la dicha acción tiene naturaleza civil a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal, con un alcance netamente subsidiario pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal por un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de soportar, y, del otro, que esa condena haya tenido como causa -necesaria- la conducta dolosa o gravemente culposa del agente. Pese a la falta de autonomía de la acción de repetición, el criterio o fundamento de imputación de la responsabilidad patrimonial del agente frente al Estado ha sido claramente definido por el constituyente. El se circunscribe a los supuestos de dolo y culpa grave y, por tanto, no es posible que se genere responsabilidad patrimonial del agente estatal cuando su obrar con culpa leve o levísima ha generado responsabilidad estatal.

5.3. Así las cosas, la responsabilidad estatal basada en el daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar puede remitir a actuaciones regulares o irregulares del Estado. En estas últimas están comprendidas aquellas actuaciones que no involucran una conducta dolosa o gravemente culposa del agente y aquellas actuaciones que si son consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales. En los supuestos de responsabilidad estatal no generados en dolo o culpa grave, si bien hay lugar a declaración de tal responsabilidad, el Estado no se halla legitimado para repetir contra el funcionario. Pero en los supuestos de dolo o culpa grave no solo hay lugar a la declaración de responsabilidad estatal sino que, además, el Estado tiene el deber de repetir contra el agente. .<sup>22</sup>

5.4. En estas condiciones, es claro que hay lugar a responsabilidad patrimonial del Estado cuando ha producido un daño antijurídico que le resulta imputable pero también lo es que los agentes estatales están llamados a indemnizar al Estado cuando la condena a la reparación dispuesta por la justicia contencioso administrativa ha tenido origen en una conducta en la que concurre la especial calificación prevista por el constituyente: Dolosa o gravemente culposa.

5.5. La antijuridicidad frente a los agentes del Estado se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones. En consecuencia si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables.<sup>23</sup> Entonces, si por su propia decisión el servidor público opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.<sup>24</sup>

5.6. En la misma sentencia en que se decida si el Estado ha de ser condenado o no al pago por haber incurrido en una responsabilidad de orden patrimonial respecto a la víctima y que, en ella, también se decida sobre claramente sobre la existencia de dolo o culpa grave del servidor público para imponerle o no la obligación de reembolsar lo pagado por el primero, no son excluyentes entre sí; y si los hechos que se debaten tienen o pueden tener conexidad y han de servirse de algunas pruebas comunes, que en lugar de tramitar dos procesos se puedan deducir ambas pretensiones en uno sólo para el evento de que el Estado fuere condenado y si existiere dolo o culpa grave, no vulnera en nada la Constitución Política.

5.7. Ahora bien, la Corte ha manifestado 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, 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, bien sea mediante la aplicación de las referidas presunciones, que invierten la carga de la prueba, o bien sea aplicando las reglas generales de la materia procesal sobre dicha carga. Así mismo advierte que, por consiguiente, las otras modalidades de culpa (leve y levísima) no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal.<sup>25</sup>

## 6. El Caso Concreto.

6.1. El demandante considera que las providencias incurrieron en defecto sustantivo al aplicar erróneamente la Ley 678 de 2001. La errónea interpretación es consecuencia de haber aplicado la Ley 678 de 2001 a una sanción que se impuso con anterioridad a la fecha de expedición de la ley. Ciertamente, dice la Procuraduría, la sanción a la gobernadora de Cundinamarca se impuso en el año de 1997, fecha para la cual no estaba vigente la norma de la Ley 678 de 2001 que obliga al Comité de Conciliación

examinar los supuestos de la condena para determinar si existe una conducta dolosa o gravemente culposa que merezca iniciar la acción de repetición. Sostiene que la obligación legal no puede exigirse a hechos ocurridos antes de su vigencia, pues así se desprende del artículo 29 constitucional que alude a la condena por leyes preexistentes al acto que se imputa. Advierte que -además- la sentencia del Tribunal Administrativo es contradictoria porque a pesar de advertir que los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001 no son aplicables, porque la calificación de la conducta como dolosa o gravemente culposa no estaba vigente al momento de comisión de la falta, sí era deber de la procuraduría aplicar el artículo 4º de la misma ley, que es de naturaleza procesal.

6.2 Respecto de los requisitos de generales de procedibilidad del amparo constitucional contra decisiones o actuaciones judiciales, en la acción que ocupa la atención de la Sala, es claro que (i) la misma no ataca un fallo de tutela, (ii) la parte actora ha identificado los hechos que a su juicio quebrantan sus derechos, (iii) se cumple el requisito de inmediatez, y (iv) la invocación de derechos fundamentales violados al accionante otorgaría al asunto la relevancia constitucional requerida para la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales pronunciadas en una acción de cumplimiento; (v) se agotaron todos los mecanismos de defensa judicial a su alcance; por tal razón se entrará a analizar si se presenta uno de los defectos que dan lugar a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

6.3. Por cuanto el defecto alegado en la demanda de tutela se centra en el defecto sustancial de la providencias de la acción de cumplimiento, esta Sala se centrará en dicho defecto, recordando que este se presenta cuando i) la decisión impugnada se funda en una disposición indiscutiblemente no aplicable al caso, cuando se da la "aplicación indebida" por el funcionario judicial de la disposición pertinente, ii) cuando la aplicación o interpretación que se hace de la norma en el asunto concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada, o v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.<sup>26</sup>

6.4. Dentro de dichas causales generadoras de vía de hecho por defecto sustancial, también se encuentra la aplicación retroactiva de la ley, que se configura así (1) que la norma que sirve de sustento fundamental a la decisión impugnada fue aplicada retroactivamente al caso sin que existiera sustento legal para ello; (2) que dicha disposición sirve de manera fundamental a la argumentación del juez hasta el punto en el cual resulte claro que su no aplicación hubiera podido conducir a una decisión totalmente distinta; y (3) que no existía en el ordenamiento jurídico una norma similar que diera fundamento legal a la decisión impugnada e inadecuadamente motivada.<sup>27</sup>

6.5 En el caso bajo análisis está Sala encuentra probado dicho defecto sustancial en la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, de fecha 3 de abril de 2008, que a su vez confirmó parcialmente la

Sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá, de fecha 20 de febrero de 2008; lo anterior por las siguientes razones:

6.5.1 El artículo 29 constitucional<sup>28</sup> que establece la cláusula general del debido proceso señala que toda persona puede ser juzgada exclusivamente conforme a las leyes preexistentes al acto que se le pretende endilgar o imputar.

- El acto que se endilga o imputa como posible generador de responsabilidad, es el acto administrativo emitido por la Procuraduría General de la Nación que sancionó a la señora Serrano de Camargo con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos. El fallo de segunda instancia es de fecha 14 de noviembre de 1997.<sup>29</sup>

- Se entiende que dicho acto puede ser generador de responsabilidad, por cuanto el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al declarar la nulidad<sup>30</sup> del acto administrativo ya mencionado (el cual a su vez confirmó el acto administrativo proferido el 9 de octubre de 1997 que resolvió destituir a la señora Serrano de Camargo y la inhabilitó para ejercer cargos públicos) condenó a la Procuraduría General de la Nación a pagar a la mencionada señora las remuneraciones y prestaciones a que tenía derecho.

- La posible responsabilidad subjetiva del agente del Estado que emitió el acto administrativo en comento deviene de la propia Constitución en su artículo 90 ( supra 4.2.) que indica que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico- como en el presente caso- que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

6.5.2. Habiéndose dictado el acto administrativo generador de responsabilidad en la entidad del Estado - Procuraduría General de la Nación- es deber establecer en cuanto a la responsabilidad subjetiva del agente que lo emitió cuales normas eran aplicables teniendo presente nuevamente que el acto supuestamente generador de responsabilidad subjetiva fue emitido el 14 de noviembre de 1997.

- La demanda de cumplimiento<sup>31</sup> presentada contra la Procuraduría General de la Nación pretendió aplicar la ley 678 de 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición; específicamente en relación con los artículos 4°<sup>32</sup>y 8°<sup>33</sup>

- El fallo de primera<sup>34</sup> instancia declaró procedente la acción de cumplimiento y ordenó a la Procuraduría General de la Nación dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley 678 de 2001. La providencia de segunda instancia en la acción de cumplimiento, acá atacada en sede de tutela, que confirmó parcialmente el fallo de primera instancia, señaló que se cumplían los requisitos de procedibilidad de la acción de cumplimiento por cuanto el " ... deber jurídico que se pide cumplir esta contenido, entre otras normas legales , en los artículos 4° ( inciso primero) y 8° ( inciso primero) de la ley 678 de 2001...", <sup>35</sup> posteriormente manifiesta que " ... Los hechos que dieron origen al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en que se profirió la condena indemnizatoria en

contra de [P]rocuraduría General de la Nación y a favor de (...), ocurrieron antes del 4 de agosto de 2001, fecha en la que fue promulgada la ley 678 de 2001. Para esa época, la cláusula de responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, se encontraba especial y legalmente desarrollada por los artículos 77 y 78 del C.C.A. Sin embargo, como el pago de la condena a (...) se hizo efectivo el 11 de mayo de 2007, es decir, en vigencia de la ley 678 de 2001, resulta aplicable el artículo 4° de esta ley, norma que es de naturaleza procesal y, en virtud del artículo 40 de la ley 153 de 1887, debe regir para la iniciación de la acción de repetición planteada en el presente juicio de cumplimiento del mismo artículo 4. Empero si bien en el sub iudice es ejecutable este artículo 4, no lo son los artículos 5 y 6 (presunciones legales de dolo y culpa grave) ibidem, por tratarse de normas legales sustanciales calificadoras de la conducta para deducir responsabilidad patrimonial de las personas.”

Por tal razón, dicho fallo confirmó el de primera instancia y declaró procedente la acción de cumplimiento respecto del primer inciso de los artículos 4° y 8° de la mencionada ley y adicionó y modificó, bajo los mismos supuestos, algunos ordinales de la sentencia impugnada.

6.5.3. Para esta Sala de Revisión no son de recibo los argumentos expuestos por el fallador de segunda instancia en la acción de cumplimiento, argumentos estos que producen un defecto sustancial por aplicación retroactiva de la ley y por ende generan una vía de hecho.

En efecto, se equivoca sustancialmente el fallador en sede de cumplimiento al tomar como hecho generador de responsabilidad subjetiva - y por ende hecho fundamental para el cumplimiento por parte de la Procuraduría General de la Nación - el pago de la condena efectuado el 11 de mayo de 2007, de donde hace desprender la aplicación errónea del artículo 4° y 8° de la ley 678 de 2001, obligatorio para el ente público nacional. Pareciera que la segunda instancia en sede de cumplimiento hiciera valer en este caso lo establecido por el mismo artículo 8° de la mencionada ley que dispone que en un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena.

Así las cosas, confundió la segunda instancia el momento desde el cual puede presentarse la acción de repetición (según la ley 678 de 2001), con el acto que posiblemente generaba responsabilidad subjetiva en el agente del Estado- hecho este al que estaba sujeta la Procuraduría General de la Nación. Estos hechos son bien diferentes.

Según el artículo 29 de la Constitución ya señalado, solo puede ser juzgada una persona exclusivamente conforme a las leyes preexistentes al acto que se le pretende endilgar o imputar. En este caso, el hecho generador de la posible responsabilidad subjetiva - base para análisis de la Procuraduría - no era el pago de la sentencia condenatoria contra la entidad, no fue este el hecho generador de responsabilidad por el daño producido.

Dicho hecho lo constituyó el fallo de segunda instancia emitido por la Procuraduría General de la Nación el 14 de noviembre de 1997; acto administrativo que el

Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, declara nulo y por ende condenó al ente público de carácter nacional al pago de unos emolumentos. En otras palabras, el acto que produjo la responsabilidad de la Procuraduría General de la Nación y su condena, fue aquel emitido en noviembre de 1997. La responsabilidad de la Procuraduría no deviene del pago de la condena - mayo de 2007 - acto de ejecución y de desarrollo de dicha condena. En consecuencia, con base en dicho acto de 1997 era que la Procuraduría General de la Nación tenía que tomar las decisiones que fueran de su competencia y aplicar por ende las normas que estuvieren vigentes para aquella época.

Así entonces, el acto - a la luz del artículo 29 constitucional - que generó el daño y por ende que podría ser imputable al agente del Estado, es el acto administrativo emitido el 14 de noviembre de 1997 que confirmó la destitución y inhabilidad para ejercer cargos públicos de la señora Serrano de Camargo y que posteriormente fue declarado nulo y no otro distinto.

6.5.4. Siendo así las cosas, la norma exigible en acción de cumplimiento a la Procuraduría - solicitada en la demanda y concedida en los fallos de instancia- en momento alguno podía ser la ley 678 de 2001 norma que estructuró los fallos de instancia.

Lo anterior por cuanto esta entró en vigencia en agosto de 2001 acorde con el artículo 3136 de la misma. Por lo tanto, si el hecho generador de responsabilidad en la Entidad Estatal fue emitido el 14 de noviembre de 1997- que era el que tenía que valorar la Procuraduría- mal podía aplicársele y de manera retroactiva, la ley 678 de 2001, vigente desde agosto de 2001. En consecuencia, y a diferencia de la interpretación mal traída por el juez de segunda instancia en la acción de cumplimiento, la correcta lectura del artículo 40 de la ley 153 de 1887 es que las leyes de sustanciación y ritualidad prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que empiezan a regir. Habiendo empezado a regir la ley 678 en el año 2001 mal puede hacerse valer a un hecho imputable y endilgable de noviembre de 1997, que era el hecho valorado por la entidad pública nacional.

6.5.5. Con base en lo anterior puede afirmarse que no existía el requisito señalado por el fallador de segunda instancia respecto de la acción de cumplimiento, por cuanto el mandato de la ley no era imperativo ni inobjetable<sup>37</sup>. Por el contrario, según se viene demostrando, el cumplimiento de la ley 678 de 2001 en el caso bajo análisis en momento alguno era imperativo y más aún era ampliamente objetable. Por ende, el cumplimiento de dichas disposiciones normativas no estaba radicado a 1997 ni en la Procuraduría General de la Nación ni en sus agentes, por ende tampoco podía hacerse valer al Comité de Conciliaciones de dicha entidad, bajo el supuesto de aplicar una norma que al momento de acto posible generador de responsabilidad subjetiva - que era el hecho a valorar por la entidad- no estaba vigente.

6.5.6. En consecuencia, la aplicación retroactiva de la ley, realizada en sede de acción de cumplimiento, generó una vía de hecho por defecto sustancial por cuanto la norma empleada (ley 678 de 2001) sirvió de sustento fundamental en la decisión atacada en sede de tutela, siendo aplicada retroactivamente al caso bajo estudio sin que existiere

un sustento constitucional para ello. Dicho defecto sustancial se ratifica en el hecho de que en el evento de que no se hubiere hecho valer la ley 678 de 2001, la decisión sería totalmente diferente por cuanto a la luz de la ley 393 de 199738 esta no era la norma aplicable. Y no pudiéndose aplicar dicha ley a los hechos planteados la acción de cumplimiento debió negarse.

Esta Sala de Revisión no se pronunciará sobre otros temas jurídicos planteados por los jueces en la misma acción de cumplimiento, al constatar el defecto sustancial ya denotado.

6.5.7. Por tal razón, siendo procedente la acción de tutela en el presente caso contra las sentencias emitidas dentro de la acción de cumplimiento acá analizada y habiéndose evidenciado en dichas providencias la vulneración manifiesta a la Procuraduría General de la Nación del debido proceso (artículo 29 constitucional), violación esta constitutiva de una vía de hecho por defecto sustancial por aplicación retroactiva de una ley, esta Corte revocará la Sentencia de tutela del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera - de 4 de septiembre de 2008 que confirmó la Sentencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta- de 5 de junio de 2008 la cual rechazó por improcedente la tutela presentada por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarto Administrativo de Bogotá y la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; para en su lugar tutelar el derecho fundamental de la Procuraduría General de la Nación al Debido Proceso.

Por ende, se dejará sin valor y sin efectos jurídicos la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, de fecha 3 de abril de 2008, que a su vez confirmó parcialmente la Sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá, de fecha 20 de febrero de 2008, y en consecuencia se ordenará a la Sección Segunda Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profiera una nueva Sentencia de Segunda Instancia que revoque la sentencia de primera y niegue la acción de cumplimiento presentada por la señora Margarita Guayará Macías; con base en los argumentos expuestos en esta providencia.

## 7. Razón de la Decisión.

La aplicación retroactiva de la ley, realizada en sede de acción de cumplimiento, genera una vía de hecho por defecto sustancial por cuanto la norma empleada sirve de sustento fundamental en la decisión atacada en sede de tutela, siendo aplicada retroactivamente al caso bajo estudio sin que exista un sustento legal y constitucional para ello. Dicho defecto sustancial se ratifica en el hecho de que en el evento de que no se hubiere hecho valer la ley, la decisión sería totalmente diferente por cuanto a la luz de la ley 393 de 199739 esa no era la norma aplicable. Y no pudiéndose aplicar dicha ley a los hechos planteados lo procedente en la acción de cumplimiento era su negación.

## III. DECISIÓN.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de

la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Primero. ACEPTAR el impedimento para participar en la decisión de la tutela de la referencia, presentado por el magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Segundo.- LEVANTAR la suspensión de los términos que operó como consecuencia del impedimento presentado por el magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Tercero.- REVOCAR la Sentencia de tutela del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera - de 4 de septiembre de 2008 que confirmó la Sentencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta- de 5 de junio de 2008 la cual rechazó por improcedente la tutela presentada por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarto Administrativo de Bogotá y la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; para en su lugar TUTELAR el derecho fundamental de la Procuraduría General de la Nación al Debido Proceso.

Por ende, DEJAR SIN VALOR Y SIN EFECTOS JURÍDICOS la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, de fecha 3 de abril de 2008 ( Acción de Cumplimiento 2008-00008), que a su vez confirmó parcialmente la Sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá, de fecha 20 de febrero de 2008, y en consecuencia ORDENAR a la Sección Segunda Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profiera una nueva Sentencia de Segunda Instancia que revoque la sentencia de primera y niegue la acción de cumplimiento presentada por la señora Margarita Guayará Macías; con base en los argumentos expuestos en esta providencia.

Cuarto. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Impedimento aceptado.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

## Secretaria General

1 Ver Folio 162 Cuaderno #1.

2 Dr. Mario Alberto Valderrama Yague.

3 Ver folio 168 del cuaderno # 1

4 Ver folio 180 a 205 del cuaderno # 1

5 Ver folio 211 a 241 del cuaderno # 1.

6 Ver folio 263 al 277 del cuaderno #1

7 Ver folios 20 y 21 cuaderno # 2.

8 Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-580 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto.

10 Sentencia SU.1184/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett en esa oportunidad manifestó la Corte que la existencia de un defecto fáctico únicamente ha de considerarse cuando “se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente, se consideran pruebas inadmisibles o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, ‘deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo’, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

11 Sentencia SU.014/01 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez “En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales”.

12 Sentencia T-580 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto

13 La corte en sentencia T-158 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto señaló que la correcta utilización del precedente implica que: (i) “los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado”, (ii) “la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) “la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”

14 Sentencia T-522/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa “Incorre en una vía de hecho por razones sustanciales el funcionario judicial que tome una decisión con base en

una disposición: (1) cuyo contenido normativo es evidentemente contrario a la Constitución, porque la Corte Constitucional previamente así lo declaró con efectos erga omnes, (2) cuyo sentido y aplicación claramente compromete derechos fundamentales, y (3) cuya incompatibilidad ha sido alegada por el interesado, invocando el respeto a una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional que excluyó del ordenamiento jurídico el sentido normativo único e insito en la norma legal aplicada en el curso del proceso y de la cual depende la decisión”.

15 Sentencias T-933 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver además sentencia T-580 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto.

16 Sentencia T-580 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto

17 Sentencia T- 173 de 1999

18 Sentencia T- 814 de 1999.

19 Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-100 de 2001.

20 Mediante sentencia C- 338 de 2006 la Corte Constitucional declaró exequibles algunos apartes de esta norma.

21 Respecto al desarrollo jurisprudencial de la Acción de repetición se pueden consultar entre otras las siguientes sentencias: C-100 de 2001, C-832 de 2001, C-037 de 1996, C-778 de 2003, C-484 de 2002, C-233 de 2002, C-285 de 2002, C-455 de 2002, C-338 de 2006, C-619 de 2002, C-430 de 2000.

22 Sentencia C-285 de 2002

23 Sentencia C-430 de 2000

24 Sentencia C- 484 de 2002.

25 Sentencia C-778 de 2003.

26 Sobre la configuración de vía de hecho por defecto sustantivo en una providencia judicial se pueden consultar entre otras, las sentencias T-907 de 2006, T-909 de 2006, T-937 de 2006, T-955 de 2006, T-231 de 2007 y T-446 de 2007.

27 Sentencia T-230 de 2007.

28 ART. 29.—El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará

de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

29 Dentro del expediente de tutela no reposa copia del fallo, no obstante las dos parte en litigios en sus diferentes escritos , son unísonas al establecer como fecha del fallo de segunda instancia el 14 de noviembre de 1997. Folios 1 y 36. exp. Tutela (E.T )

30 5 de febrero de 2004.

31 Folio 35 y 45 .E.T.

32 ARTÍCULO 4o. 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.

33 ARTÍCULO 8o. LEGITIMACIÓN. En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley.

34 Folio 86 E.T.

35 Folio 111 E.T

36 ARTÍCULO 31. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

37 Folio 107 Sentencia de segunda instancia acción de cumplimiento . E.T.

38 ARTICULO 1o. OBJETO. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.

39 ARTICULO 1o. OBJETO. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.