

## ACCIÓN DE REPETICIÓN - Condena

SÍNTESIS DEL CASO - La jurisdicción de lo contencioso administrativo declaró la nulidad de un acto administrativo de insubsistencia proferido por quien fuera rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –aquí demandado-, por encontrar que estaba viciado por desviación de poder. La universidad fue condenada a pagar al funcionario desvinculado el monto de los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar entre el momento de la insubsistencia y su reintegro, que también fue ordenado. El demandado nombró, en el cargo respecto del cual declaró la insubsistencia de dicho funcionario, al primo hermano del secretario general de la entidad.

## ACCION DE REPETICION - Procedente

ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN - La conducta dolosa o gravemente culposa

ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA RECTOR DE LA UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA / ACCIÓN DE REPETICIÓN - Contra servidor público que expidió acto administrativo de insubsistencia

CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA - Configurada

DESVIACION DE PODER EN ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION DE FUNCIONARIO - Consecuencias

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 15001-23-31-000-1999-02107-01(41230)

Actor: UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA

Demandado: HUGO DE JESÚS ARIAS CASTELLANOS

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN - SENTENCIA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2010 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión n.º 2, por medio de la cual se acogieron las pretensiones de la demanda, la cual será modificada.

## SÍNTESIS DEL CASO

La jurisdicción de lo contencioso administrativo declaró la nulidad de un acto administrativo de insubsistencia proferido por quien fuera rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –aquí demandado-, por encontrar que estaba viciado por desviación de poder. La

universidad fue condenada a pagar al funcionario desvinculado el monto de los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar entre el momento de la insubsistencia y su reintegro, que también fue ordenado. El demandado nombró, en el cargo respecto del cual declaró la insubsistencia de dicho funcionario, al primo hermano del secretario general de la entidad.

## ANTECEDENTES

### I. Lo que se pretende

El 25 de octubre de 1999, mediante apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de repetición, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC presentó oportunamente demanda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá en contra de Hugo de Jesús Arias Castellanos, en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 1123, c. 2):

PRIMERA: Que el señor HUGO DE JESÚS ARIAS CASTELLANOS es responsable del perjuicio ocasionado a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, con su conducta gravemente culposa al proferir y firmar la resolución sin medir las consecuencias legales graves y en la cual se desvinculaba a GERMÁN ESCOBAR RODRÍGUEZ de la Administración de la UPTC mediante declaración de insubsistencia proferida a través de Resolución No. 001574 del 9 de septiembre de 1988, en el cargo de Jefe de Sección de Presupuesto código 2075 grado 02 de la UPTC.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, el señor HUGO DE JESÚS ARIAS CASTELLANOS debe pagar a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, mediante sentencia ejecutoriada, la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES NOVENTA MIL CIENTO VEINTITRÉS PESOS CON 57/100 (\$133.190.123.57) mda. cte. más la corrección monetaria desde el día 9 de septiembre de 1988 hasta la fecha en que se haga efectiva la obligación.

Como sustento fáctico de las pretensiones, la parte actora adujo que el señor Hugo de Jesús Arias Castellanos se desempeñaba como rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC- y en esa calidad, el 9 de septiembre de 1988, mediante Resolución n.º 001574 declaró insubsistente al jefe de la sección de presupuesto de la entidad, señor Germán Escobar Rodríguez, quien procedió a demandar el acto administrativo en cuestión, el cual fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 26 de septiembre de 1996.

2.1. Dando cumplimiento a la decisión judicial, el rector de la UPTC emitió resolución reconociendo los salarios, prestaciones y demás emolumentos, como consecuencia del reintegro del señor Escobar Rodríguez, lo cual ascendió a \$ 133 190 123,57, que le fueron cancelados así: \$ 124 938 901,89, a través de su apoderada y \$ 8 251 221,68, al Fondo Nacional del Ahorro, por concepto de las cesantías entre 1988 y 1997.

2.2. De acuerdo con las consideraciones del Consejo de Estado en la sentencia que anuló el acto administrativo de insubsistencia, el mismo estuvo viciado de desviación de poder, por lo que se evidencia la culpa grave con la que actuó el demandado.

### II. Trámite procesal

Admitida mediante auto del 9 de febrero de 2000, el señor Hugo de Jesús Arias Castellanos **contestó la demanda** y se opuso a la totalidad de las pretensiones aducidas por la parte actora,

por considerar que no incurrió en culpa grave al declarar insubsistente al señor Germán Escobar Rodríguez ni hubo desviación de poder, pues esa decisión obedeció a la necesidad de “superar la situación de ingobernabilidad y desorden generalizado” que la universidad presentaba y que era conocido por el rector, ya que antes de posesionarse como tal, era docente de dicha institución, en la que desempeñó varios cargos, desde 1971. Así mismo, como consecuencia del diagnóstico institucional que se había ordenado por la rectoría y que elaboró la oficina de planeación, en donde se evidenció el desgreño administrativo que presentaba la UPTC y es así como “Funcionarios como el Dr. GERMÁN ESCOBAR RODRÍGUEZ, demostraron frecuente desobediencia y falta de diligencia en la prestación del servicio público ante órdenes institucionales superiores, negándose a cumplir las mismas, y poniendo a la Administración en situación de riesgo y, de paso, atentando contra la calidad del servicio público y de los intereses del Estado” (f. 1130 y 1143, c. 2).

3.1. Sostuvo que la conducta del rector buscaba satisfacer el interés general, mejorando las calidades de trabajo de la oficina de presupuesto y los resultados de su gestión administrativa fueron reconocidos por distintas instancias educativas y gubernamentales, así como la transparencia con la que manejó los presupuestos de la entidad. "Nunca se desmejoró el servicio (...) ni se entorpeció el curso normal de las funciones y fines de la institución, en razón a que la Rectoría nunca utilizó sus poderes con vista a un fin distinto de aquel para el que le fueron conferidos".

3.2. Agregó que "De otra parte y con las afirmaciones de que se “desmejoró el servicio” por el hecho de haber nombrado como reemplazo del Dr. ESCOBAR RODRÍGUEZ a una persona que también laboraba en la misma entidad y que en el pasado fue objeto de llamados de atención y de un proceso disciplinario donde resultó sancionado, deja entrever un altísimo grado de **discriminación** frente a la gestión del Dr. ANTONIO PEÑUELA RIAÑO, pues se está poniendo gravemente en tela de juicio su desempeño, permitiéndose adelantarse al transcurso de los hechos y del tiempo y suponiendo que seguramente éste no desempeñaría bien sus funciones por haber cometido errores humanos en sus antiguos desempeños laborales, vulnerándose de esta manera los derechos y garantías constitucionales que protegen el buen nombre y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas”.

3.3. Propuso excepciones de i) inexistencia de la obligación, pues no existió culpa grave ni desviación de poder del demandado por la que se le pueda imputar responsabilidad patrimonial a través de la presente acción; ii) ausencia de conducta gravemente culposa y iii) ausencia de desviación de poder.

4. En el término de traslado para alegar de conclusión en primera instancia, intervino la parte actora para reiterar los argumentos de su demanda y pedir que se acceda a las pretensiones, pues está probada en el proceso la responsabilidad del demandado al expedir la resolución de insubsistencia del jefe de sección de presupuesto de la UPTC para nombrar en su lugar al primo del secretario general de la universidad, es decir con desviación de poder, lo que constituye una actuación gravemente culposa que condujo a la condena de ésta en el proceso contencioso en el que se anuló el referido acto administrativo y al pago de la misma, a favor de Germán Escobar Rodríguez, con lo cual están reunidos los requisitos para la prosperidad de las pretensiones. (f. 1214, c. 2).

5. El Ministerio Público presentó concepto en el cual solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, por considerar que se probaron los elementos que permiten deducir la responsabilidad del demandado en acción de repetición, consistentes en i) su vinculación, para la época de los

hechos, como rector de la UPTC, ii) que en tal calidad profirió el acto administrativo de insubsistencia, iii) que la jurisdicción contencioso administrativa condenó a la universidad a indemnizar los perjuicios ocasionados a Germán Escobar Rodríguez con la referida decisión que declaró nula y iv) que la entidad efectuó dicho pago, el 11 de diciembre de 1997; v) así mismo, encontró acreditada la conducta gravemente culposa del demandado, que fue deducida por el Consejo de Estado en su sentencia anulatoria, en la que encontró acreditada una desviación de poder en la toma de la decisión (f. 1220, c. 2).

6. El Tribunal Administrativo de Boyacá dictó **sentencia de primera instancia** el 28 de septiembre de 2010, en la que declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado, declaró la responsabilidad personal del señor Hugo de Jesús Arias Castellanos por actuar con culpa grave al expedir la Resolución n.º 001574 del 9 de septiembre de 1988 y lo condenó a pagar, a favor de la UPTC, la suma de \$ 81 757 766,09, decisión que obedeció a que encontró acreditado en el proceso que el demandado, "(...) aún cuando conocía de la irregularidad en la decisión al desvincular al señor Germán Escobar, sabiendo el daño que podía ocasionar, confió en poder evitarlo nombrando en su reemplazo a un funcionario que cumplía con los requisitos mínimos para desempeñar el cargo (...)" y por cuanto "(...) los razonamientos expuestos en la sentencia condenatoria relacionados con los intereses personales y los motivos alejados del servicio que llevaron a la desvinculación de un funcionario y que permiten concluir la intencionalidad en el hecho dañino, no fueron desvirtuados por el demandado, motivo por el cual es dable señalar responsabilidad personal del señor Hugo de Jesús Arias Castellanos en los términos de los artículos 77 y 78 del C.C.A, que determinan su obligación de indemnizar los perjuicios causados al Estado". En cuanto a estos últimos, el a-quo consideró procedente descontar el monto de los intereses, por considerar que éstos tuvieron su origen y justificación en hechos que no se pueden atribuir a la conducta personal del demandado sino que se generaron con ocasión de la condena judicial (f. 1233 y 1300, c. ppl.).

7. Contra la anterior decisión, la parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación con el propósito de que se revoque y, en su lugar, se denieguen las pretensiones elevadas en la demanda.

7.1. Consideró que en el presente caso no es aplicable la Ley 678 de 2001, ya que el acto administrativo de insubsistencia cuya expedición es el hecho que se le atribuye al demandado, es de 1987 y por lo tanto, no se pueden aplicar las definiciones que trae dicha ley sobre dolo o culpa grave de un funcionario público.

7.2. Por lo tanto, debe analizarse la conducta del señor Arias Castellanos con fundamento en las definiciones civiles y teniendo en cuenta las funciones que le correspondía ejercer, con base en lo cual se puede establecer que el demandado actuó buscando la eficiencia administrativa en la UPTC, ya que el señor Escobar Rodríguez, siendo jefe de presupuesto "(...) negó que hubiese disponibilidad presupuestal, existiendo presupuesto y la norma presupuestaria pertinente y negando con eso la posibilidad de atender debidamente el servicio público que debió prestar la UPTC, (...) puso en riesgo la estabilidad administrativa del ente académico en mención, asunto que por simple naturaleza es lógico que inspire a un dirigente a prescindir de funcionarios incompetentes y malintencionados que entorpecen el curso normal y sano de una administración".

7.3. Agregó que en el plenario, no se probó que el demandado hubiera obrado con dolo o culpa grave y por lo tanto no resultaba procedente deducir su responsabilidad patrimonial (f. 1261, c. ppl.).

## CONSIDERACIONES

### I. Competencia

10. La Sala es competente para resolver el presente asunto, por tratarse del recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en proceso iniciado en ejercicio de la acción de repetición, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 132 del CCA –modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998[1].

### II. Hechos probados

11. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[2]:

11.1. En febrero de 1986, los señores Jaime Alfredo Gutiérrez Peñuela y Hugo de Jesús Arias Castellanos presentaron ante el registrador del estado civil, una solicitud de inscripción de lista de candidatos para el concejo municipal de Tunja por el movimiento Fuerza Liberal Boyacense. Mediante comunicación del 21 de febrero de 1986, el señor Arias Castellanos presentó renuncia a su candidatura para el periodo 1986 a 1988 (f. 73, c. 1; f. 1016, c. 2).

11.2. El señor Hugo de Jesús Arias Castellanos, fue nombrado rector de la UPTC el 4 de noviembre de 1986, tomó posesión del cargo el 12 de noviembre del mismo año y se desempeñó en el mismo hasta el 9 de septiembre de 1990. Estuvo vinculado a la universidad desde 1970 como catedrático, profesor asistente de dedicación exclusiva, jefe de la especialización de transportes y vías, representante del profesorado ante el Consejo Superior, decano de ingeniería, secretario administrativo, vicerrector académico y representante del Ministerio de Educación ante el Consejo Superior (constancia expedida por el vicerrector de la universidad el 25 de octubre de 1999, f. 13, 131 y 132, c. 1; f. 1011 y 1012, c. 2).

11.3. Con oficio del 19 de julio de 1988, el jefe de la división de personal de la entidad demandante envió al Departamento Administrativo de Servicio Civil –división de selección- los formularios de solicitud de inscripción en carrera administrativa, con sus respectivos documentos, de varios de sus funcionarios, entre ellos el señor Germán Escobar Rodríguez, jefe de la sección de presupuesto (f. 410 y 421, c. 1).

11.4. Mediante Resolución n.º 527 del 28 de febrero de 1989, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, luego de constatar que acreditaron los requisitos de estudios y/o experiencia o sus equivalencias conforme a las disposiciones vigentes, resolvió inscribir en el escalafón de la carrera administrativa a varios empleados de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, entre ellos, el señor Germán Escobar Rodríguez, como jefe de sección (f. 420, c. 1).

11.5. El señor José Antonio Peñuela Riaño se graduó como economista de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia el 4 de marzo de 1988 (f. 134, 360 y 362, c. 1).

11.6. A partir de 1974, el señor José Antonio Peñuela Riaño se desempeñó en varios cargos en la entidad demandante, tales como coordinador del grupo de registro de la universidad, supervisor de personal y supervisor de servicios generales hasta el 23 de septiembre de 1988, cuando se posesionó como jefe de la sección de presupuesto código 2075 –según nombramiento efectuado el 19 de septiembre de ese año-; durante ese tiempo, recibió múltiples llamados de atención y fue sancionado disciplinariamente con suspensión en el ejercicio de su cargo por el término de 30

días, por el incumplimiento de sus funciones; en otra ocasión, la sanción fue de censura, con anotación en la hoja de vida. Es así como consta que recibió varios llamados de atención por el incumplimiento en la jornada laboral, bien sea por llegar tarde -9:30 a.m., 11:30 a.m.- o por no asistir a su lugar de trabajo, a veces por estar dedicado a jugar tejo y tomar cerveza, como se constató en una ocasión; por la no entrega de tareas encomendadas; fue investigado por la alteración de sus tarjetas de ingreso y salida de la entidad y por los daños que le fueron ocasionados al reloj de registro de entradas y salidas de los funcionarios (f. 325 a 357, 369, 371, 385, 403 y 407 y 426, c. 1; f. 847, c. 2).

11.7. El 24 de febrero de 1994, el Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia denegatoria de las pretensiones en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Germán Escobar Rodríguez en contra de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en el que demandó la nulidad de la Resolución 01574 del 9 de septiembre de 1988, por medio de la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como jefe de sección código 2075, grado 02, de la sección de presupuesto de la UPTC (f. 183, c. 1).

11.8. El Consejo de Estado, mediante sentencia del 26 de septiembre de 1996, revocó la anterior providencia y en su lugar decretó la nulidad de la Resolución n.º 001574 de septiembre 9 de 1988 expedida por el rector de la UPTC por medio de la cual se declaró insubsistente Germán Escobar Rodríguez y dispuso que, como consecuencia, la entidad debía reintegrar al señor Escobar Rodríguez al cargo de jefe de la sección de presupuesto o a otro de igual o superior categoría y debía cancelarle los salarios y prestaciones con sus correspondientes incrementos dejados de percibir entre la fecha del retiro y la del reintegro. En las motivaciones de esta decisión judicial, dijo la Corporación (f. 255, c. 1):

La valoración de la prueba que antecede pone de presente, que el demandante sí desempeñó correctamente sus funciones como Jefe de Presupuesto por espacio de tres años, sin haber dado lugar a inicio en su contra de proceso disciplinario o mínimo memorando de llamado de atención; que por el contrario hubo injerencia en las determinaciones presupuestales de personas interesadas como lo fue el Jefe de Personal (...), por el interés marcado en la suscripción del contrato con (...), por ser su amiga y paisana, y la devolución del dinero sobrante de una vigencia fiscal es el producto de la ejecución presupuestal y los planes y directrices los marca el Consejo Superior (Decreto 1387 de 1981, art. 15, literal g), y el rector de la U.P.T.C., sin haber demostrado que mediante ningún acto se hubiese delegado toda la toma de decisiones y responsabilidades del jefe de presupuesto.

2.- Las documentales de fls. 42 a 55 cuaderno principal, autenticadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, prueban fehacientemente que en febrero de 1986, se inscribió lista en el Municipio de Tunja del "Movimiento Fuerza Liberal Boyacense" para el Concejo Municipal, la cual estaba encabezada por JAIME GUTIÉRREZ PEÑUELA y en segundo renglón HUGO DE JESÚS ARIAS CASTELLANOS, quienes según la abundante documental que obra en el expediente y la misma testimonial, a partir de 1988 ocuparon respectivamente los cargos de Secretario General y Rector de la U.P.T.C., hecho que revela no una simple coincidencia, sino la amistad y los lazos políticos que unían a estos dos directivos del ente demandado.

A la anterior situación se suma el hecho revelador del radio de acción de esa amistad y unión política, que hizo que al declararse insubsistente el actor GERMÁN ESCOBAR RODRÍGUEZ, el reemplazo designado recayó en la persona de JOSÉ ANTONIO PEÑUELA, él rindió declaración (...) y bajo la gravedad del juramento expuso ser "primo hermano" del Secretario General, señor JAIME GUTIÉRREZ PEÑUELA.

Si bien este lazo familiar entre el Secretario General y el Jefe de Presupuesto no encuadra dentro de las causales de incompatibilidades o inhabilidades, sí refleja cómo la vacante se surtió con una persona en la que entraron en juego los intereses familiares, de amistad y políticos, más no el objetivo de mejoramiento del buen servicio.

3.- Al analizar el testimonio de JOSÉ ANTONIO PEÑUELA (...), el diploma de grado como "Economista" obtenido en marzo 4 de 1988 (...), sus antecedentes disciplinarios e historia laboral, que revelan las investigaciones iniciadas por sus actuaciones y los cargos anteriores como "Supervisor de Personal" y "Supervisor de Servicios Generales"(...), se concluye que ciertamente la persona que reemplazó al demandante no se caracterizó por tener en su haber experiencia en el área de manejo de presupuesto, ni tener intachable conducta disciplinaria y menos el contar con tiempo considerable de haber obtenido título universitario con su ejercicio en área propia al grado obtenido; circunstancias que en desarrollo de la actividad administrativa no redundan en la eficacia del buen servicio.

4.- Ahora, debe resaltarse que el actor GERMÁN ESCOBAR RODRÍGUEZ, presentó su documental para inscripción en carrera administrativa el 15 de julio de 1988 (...) y que él reunía las condiciones legales para el ingreso a la misma (...); por esta razón se le inscribió en Carrera Administrativa mediante Resolución No. 527 de febrero 28 de 1989 (...); el hecho de que el Departamento Administrativo del Servicio Civil se hubiese pronunciado cuando ya se había proferido el acto de insubsistencia, tal mora es imputable a la administración y el ciudadano por tanto no debe asumir las consecuencias negativas de esa tardanza en el actuar del estado y menos debe el mismo sujeto moroso utilizar su conducta tardía para hacer uso indebido de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia.

En conclusión, los razonamientos consignados desde varios puntos de vista configuran indicios que llevan a establecer que los directivos de la U.P.T.C., no desarrollaron en el acto administrativo de insubsistencia conducta ética y que por el contrario removieron al actor GERMÁN ESCOBAR RODRÍGUEZ, movidos por intereses personales y políticos diferentes al logro del buen servicio público; por lo tanto si se actualizó la desviación de poder que conduce a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 001574 de septiembre 9 de 1988.

11.9. Mediante Resolución n.º 1813 del 11 de diciembre de 1997, el rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, resolvió: "Con cargo a la reserva 2684 Código 500.705.160900-Pago sentencia Germán Escobar, RECONOCER Y ORDENAR pagar a MARÍA CANDELARIA TORRES BARRERA, la suma de CIENTO VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS UN PESOS CON 89/100 (\$124.938.901.89). De conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Acto". En esta última, se alude a la sentencia del Consejo de Estado que revocó la del Tribunal Administrativo de Boyacá y en su lugar, declaró nulo el acto de insubsistencia proferido por el rector de la UPTC, condenó a esta entidad a reintegrar al señor Germán Escobar Rodríguez al cargo de jefe de sección de presupuesto u otro de igual o superior categoría y a cancelarle los salarios y prestaciones dejados de percibir; que la división de administración de personal revisó la liquidación presentada por la apoderada del señor Escobar Rodríguez, encontrándola satisfactoria y que mediante poder del 26 de abril de 1997, el señor Escobar Rodríguez nombró a María Candelaria Torres Barrera, para tramitar la cuenta de cobro y recibir el cheque correspondiente al respectivo proceso[3] (f. 17, c. 1).

11.10. El 11 de diciembre de 1997, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

UPTC, elaboró orden de pago a favor de María Candelaria Torres Barrera, "por concepto de pago de salarios y prestaciones con los correspondientes incrementos dejados de percibir entre la fecha de retiro y la del reintegro, en los términos del artículo 178 del C.C.A, aplicando la fórmula expresada en la sentencia, según Resolución No. 1813 y demás documentos adjuntos", por la suma de \$ 124 938 901,89, orden de pago en la que consta el recibido con la firma de la apoderada del señor Germán Escobar Rodríguez (f. 14, c. 1).

11.11. En el sub-lite, rindió testimonio el señor Jaime Gutiérrez Peñuela, quien manifestó que conocía al señor Hugo Arias Castellanos desde hace más de 50 años como ingeniero, como alcalde de Tunja y como rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, y "por ser destacado ingeniero y amigo" y que durante el tiempo en el que aquel se desempeñó como rector de la UPTC, él tuvo la oportunidad, en su administración, de ocupar el cargo de secretario general de dicha institución educativa. Dijo no recordar al señor Germán Escobar Rodríguez ni cuál fue su desempeño como jefe de presupuesto de la entidad, como tampoco las razones de su insubsistencia. Preguntado si conocía a la persona que lo reemplazó, contestó que no, pero aceptó que sí conocía al señor José Antonio Peñuela desde hacía 50 años, pues era primo suyo. Respecto de su vinculación, manifestó (f. 1202, c. 2):

PREGUNTA: En el proceso de nulidad y restablecimiento que cursó en contra de la universidad en el cual se produjo condena en contra de esta entidad se probó que el señor José Antonio Peñuela reemplazó en el cargo de jefe presupuesto (sic) de dicha entidad al señor Germán Escobar, dígame al despacho qué ingerencia (sic) tuvo usted en el nombramiento de su primo en dicho cargo. CONTESTÓ: Cuando yo llegué como Secretario General de la Universidad, en el año 88, a principios del 88, ya hacía mucho tiempo que mi primo José Antonio Peñuela ocupaba cargos altos dentro de la administración de la UPTC y la verdad no recuerdo cuándo fue nombrado como director o jefe de presupuesto. Ingerencia (sic) ninguna puesto que estos cargos se hacían (sic) directamente por el rector de acuerdo a la experiencia y a los estudios que cada funcionario o aspirante exhibiera.

11.12. El señor Germán Escobar Rodríguez fue nombrado como jefe de la sección de presupuesto de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC el 6 de junio de 1985 y fue declarado insubsistente el 9 de septiembre de 1988 "por necesidades del servicio", según certificación expedida por el jefe de personal, sin que conste en su hoja de vida sanción alguna durante el tiempo en el que estuvo vinculado a la entidad (f. 33, 36 y 41 a 68, c. 1).

#### IV. Problema jurídico

12. De acuerdo con los hechos probados y los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, le corresponde a la Sala determinar si se reúnen los requisitos necesarios para deducir la responsabilidad personal del señor Hugo de Jesús Arias Castellanos, por haber obrado con culpa grave o dolo como funcionario de la entidad demandante y haber causado con su conducta el daño antijurídico por el cual la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC fue condenada a indemnizar perjuicios a favor de un tercero.

#### V. Análisis de la Sala

##### La acción de repetición

13. El artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados a terceros y que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, establece en su inciso segundo, el deber que tiene el Estado

de obtener de sus funcionarios el reembolso de las indemnizaciones que deba pagar por causa de tal responsabilidad –lo cual puede suceder en virtud de una sentencia o una conciliación–, cuando a su vez el hecho haya sido producto de una actuación dolosa o gravemente culposa de aquellos, disponiendo para ello la acción de repetición, en los siguientes términos:

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.

14. En desarrollo de esta norma constitucional, fue expedida la Ley 678 de 2001[4], que regula la acción de repetición y el llamamiento en garantía como mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los servidores o ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la condena de la entidad estatal a cuyo nombre actuaban, por los daños antijurídicos ocasionados a terceros.

15. No obstante, se observa que para la época de presentación de la demanda en el presente proceso no había entrado a regir dicha ley, por lo cual las normas que servían de fundamento a la acción, eran los artículos 77 y 78 del CCA, los cuales son del siguiente tenor:

ARTÍCULO 77. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

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

16. De acuerdo con lo anterior, se tiene que, para la prosperidad de la acción de repetición que la entidad estatal puede incoar en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, deben reunirse ciertos requisitos, que se pueden enunciar en la siguiente forma:

1. Que se produzca una sentencia judicial o una conciliación o cualquier otra forma de terminación del litigio, de las que se derive una obligación indemnizatoria a cargo de la entidad estatal;
2. Que la entidad haya pagado la indemnización de perjuicios derivada de la sentencia o conciliación;
3. Que el daño que dio lugar al pago de la indemnización, haya sido resultado, en todo o en parte, de la actuación de un funcionario o ex funcionario de la entidad, en ejercicio de sus funciones;
4. Que la conducta de esa persona, haya sido dolosa o gravemente culposa.

El caso concreto

La condena de la entidad

17. En el sub-lite, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, demandó al señor Hugo de Jesús Arias Castellanos, alegando que en su calidad de rector de dicha institución

educativa incurrió en culpa grave en el ejercicio de sus funciones, al expedir la Resolución n.º 001574 del 9 de septiembre de 1988, por medio de la cual declaró insubsistente al señor Germán Escobar Rodríguez en el cargo de jefe de la sección de presupuesto código 2075 grado 02 de la entidad, quien por lo tanto sufrió un daño antijurídico con la expedición de dicho acto, lo que motivó que demandara a la entidad en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siendo ésta condenada mediante sentencia del Consejo de Estado del 26 de septiembre de 1996 y como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, a pagar a favor de aquel, los salarios y prestaciones sociales que se dejaron de percibir desde la fecha del retiro y hasta su reintegro, que también fue ordenado.

18. En el plenario consta que el señor Germán Escobar Rodríguez demandó a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que el Consejo de Estado, en sentencia de segunda instancia, condenó a la entidad a indemnizarle los perjuicios ocasionados, mediante providencia del 26 de septiembre de 1996, en la que consideró que el acto administrativo de insubsistencia estaba viciado de nulidad por desviación de poder, toda vez que encontró probado que la desvinculación del señor Escobar Rodríguez no obedeció a razones de buen servicio ni para mejorarlo, sino para favorecer intereses particulares de su amigo, compañero de trabajo y correligionario político, el secretario general de la universidad, señor Jaime Gutiérrez Peñuela, al ocupar el cargo que quedó vacante nombrando a su primo hermano José Antonio Peñuela, quien no tenía mejor hoja de vida que el funcionario declarado insubsistente ni por su formación profesional, ni por su experiencia ni por sus antecedentes disciplinarios en la entidad –ver párrafo 11.8-.

19. El tribunal llegó a esa conclusión luego de verificar que, según los hechos probados, el demandante desempeñó correctamente sus funciones como jefe de presupuesto durante más de tres años sin que conste que hubiera sido objeto de llamados de atención o sanciones y que el argumento de su falta de colaboración con la administración, descansa realmente en la insistencia de personas interesadas en vincular contractualmente a una persona allegada, así como en la actuación que el funcionario, en cumplimiento del ordenamiento jurídico, adelantó, al devolver el dinero restante de la vigencia fiscal, mientras que también se probó que la persona nombrada para reemplazarlo se desempeñó en cargos que no requerían experiencia en materia presupuestal y fue objeto de investigaciones y sanciones disciplinarias, pero era primo hermano de la persona con quien el rector adelantó actividades políticas y fungía en ese momento como su secretario general.

20. De acuerdo con lo anterior, está acreditado el primero de los elementos requeridos para la procedencia de la acción de repetición, consistente en la condena de la entidad estatal que la formula.

El pago de la indemnización de perjuicios derivada de la sentencia

21. De acuerdo con lo verificado en la relación de los hechos probados, se acreditó que el rector de la UPTC expidió la Resolución n.º 1813 del 11 de diciembre de 1987, mediante la cual ordenó el pago de \$124 938 901,89 a favor de la apoderada del señor Germán Escobar Rodríguez, para dar cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado, consta el poder que éste le dio a la señora María Candelaria Torres Barrera para recibir dicho pago y así mismo, que la entidad elaboró la orden de pago y en ella consta el recibido de la mencionada suma –párrafos 11.9 y 11.10-, circunstancia que le permite a la Sala "afirmar con plena certeza que la condena fue efectivamente recibida por el beneficiario"[5].

## Prueba de la calidad de servidor público

22. En relación con la condición del demandado como empleado público de la entidad demandante, observa la Sala que la misma se encuentra debidamente acreditada en el sub-lite, pues se probó su nombramiento y posesión como rector de la UPTC en 1986 y que desempeñó dicho cargo hasta el 9 de septiembre de 1990, es decir que tenía tal calidad en 1988, cuando profirió el acto administrativo de insubsistencia que fue anulado por esta jurisdicción –párrafo 11.2-.

## La conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público

23. Se probó también en el plenario, que en su condición de rector de la UPTC, el demandado expidió el acto administrativo por medio del cual declaró la insubsistencia en el cargo de jefe de presupuesto de la entidad que venía desempeñando Germán Escobar Rodríguez, decisión que fue proferida con desviación de poder y respecto de la cual se puede predicar que actuó con culpa grave y dicha actuación fue la causa del daño antijurídico que sufrió el señor Escobar Rodríguez, por el cual demandó y obtuvo la condena de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

24. En efecto, se observa que, dado que los hechos por los cuales fue condenada la entidad demandante y de los que ésta pregonaba que obedecieron a la actuación gravemente culposa del entonces rector, señor Hugo de Jesús Arias Castellanos, sucedieron en 1988 –cuando se expidió la resolución de insubsistencia que fue posteriormente anulada por esta jurisdicción-, resultan aplicables, para analizar su conducta, las normas anteriores a la Ley 678 de 2001, pues tal y como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, en virtud del derecho constitucional al debido proceso, en el análisis de la culpa grave o el dolo que se haya podido presentar en la conducta del agente público demandado, deben aplicarse las normas vigentes en la época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño[6].

25. De acuerdo con lo anterior, no se puede aplicar la presunción de dolo que consagra el numeral 1º del artículo 5º de dicha ley, frente a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por desviación de poder, sino que resulta necesario constatar que la conducta del demandado –expedición del acto administrativo viciado- fue producto de una actuación dolosa o gravemente culposa, teniendo en cuenta para ello las normas del Código Civil:

Conforme a las definiciones contenidas en el artículo 63 del Código Civil, el dolo es aquella intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, mientras que la culpa grave, denominada como negligencia grave o culpa lata, "es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios"[7]; no obstante, sobre la aplicación de dichos conceptos a la conducta personal del funcionario o ex funcionario que es objeto de análisis en esta clase de procesos, manifestó la Sala, que "...el juez administrativo al momento de apreciar la conducta del funcionario público para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, no debe limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que de estos conceptos trae el Código Civil referidos al modelo del buen padre de familia para establecerla por comparación con la conducta que en abstracto habría de esperarse del "buen servidor público", sino que deberá referirla también a los preceptos constitucionales que delimitan esa responsabilidad (artículos 6 y 91 de la C.P.)" [8], y deberá además, para efectos del análisis de la culpa del funcionario, tener en cuenta las funciones

que le han sido señaladas en los reglamentos o manuales de funciones.

Por su parte, la Corte Constitucional ha sido reiterativa al afirmar que "...la acción de repetición se orienta a la protección del patrimonio del Estado y de allí que éste se halle legitimado para perseguir una indemnización por parte de aquellos agentes estatales **que se han distanciado gravemente de sus deberes funcionales** y que han generado una condena reparatoria." [10] (negritas fuera de texto).

Teniendo en cuenta las anteriores manifestaciones, se concluye que, en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave; igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas –actuación dolosa-, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confió en poder evitarlo –actuación culposa-.

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

Recuérdese además, que la ley civil distingue entre culpa leve, culpa levísima y culpa grave:

"Art. 63.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa recta descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

(...)"

Conforme a las anteriores definiciones, se evidencia que para el legislador no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma, y por ello consideró necesario graduarlas, dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo; en estas condiciones, la culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del operador jurídico, es decir que, cuando se consagra este tipo de culpa, el examen de la conducta

resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave, quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia, cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría; es por eso que dice la norma, que esta clase de culpa en materias civiles, equivale al dolo; la culpa grave o negligencia grave es descrita por la jurisprudencia alemana como "...una conducta que infringe, en una medida desacostumbradamente desproporcionada, a la diligencia requerida; sería pasar inadvertido 'lo que en un caso dado, a cualquiera, debe ser evidente'..."; es decir, que esa "...negligencia grave sería 'la vulneración de un deber especialmente grave y también subjetivamente inexcusable sin más, que excede considerablemente la medida acostumbrada en la negligencia'"[11].

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya estipulado 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[12].

26. En el presente caso, la parte actora sustentó su demanda en contra de Hugo de Jesús Arias Castellanos únicamente en el hecho de que la causa por la cual fue anulado el acto administrativo de insubsistencia de Germán Escobar Rodríguez por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, fue la expedición del mismo con desviación de poder, lo que a su juicio demuestra que actuó con culpa grave.

27. Al respecto, se observa que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, por sí sola, resulta insuficiente para calificar la conducta del funcionario que lo profirió, con miras a deducir su responsabilidad, pues resulta necesario, en todo caso, establecer si realmente actuó con dolo o culpa grave, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional: "(...) 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 (...)"[13].

28. La expedición de actos administrativos por parte de los servidores públicos corresponde al ejercicio de la función administrativa, el cual se debe llevar a cabo dentro de los derroteros establecidos por el ordenamiento jurídico para ello, que establecen no sólo la expresa facultad –competencia- para tomar las decisiones, sino la forma, el contenido, la causa y las razones por las cuales las mismas pueden surgir al ámbito jurídico. La vulneración de este marco de acción, se traduce en el surgimiento de las causales de nulidad de los actos administrativos, legalmente consagradas –falta de competencia, desviación de poder, falsa motivación, desconocimiento de la regla de derecho de fondo, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa-.

29. No obstante, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo por estar incurrido en alguna de tales causales, no se traduce necesariamente en la responsabilidad de quien lo profirió; toda vez que lo que es objeto de juzgamiento en el proceso de repetición, es la conducta personal del demandado, se trata de establecer una responsabilidad subjetiva, no objetiva, por lo que no basta con que se haya comprobado la anulación de un acto administrativo proferido por el funcionario

de la entidad demandante, sino que resulta necesario acreditar que la misma se produjo por causas imputables a la culpa grave de dicho funcionario, es decir, porque éste haya actuado con una absoluta negligencia y descuido o con una evidente e inexcusable violación de sus deberes. Como lo ha manifestado la jurisprudencia:

Toda vez que el acto administrativo es una decisión de una autoridad estatal con capacidad de modificar su entorno, obligatoria, en cuanto es ejecutiva y ejecutoria, es decir que se trata de una manifestación de voluntad unilateral de la Administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica general o particular, la acreditación de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente que obra a nombre de la Administración y expide el acto administrativo, implica que:

-O bien hubo mala fe en la toma de la decisión, porque el funcionario conocía su ilegalidad y el daño que de ella se derivaría para un administrado, y no obstante expidió el acto administrativo, a sabiendas de esa ilegalidad, buscando obtener con él una finalidad ajena a la legalmente establecida para el ejercicio de esa competencia que le fue conferida;

- O bien, actuó observando una inexcusable ignorancia de la ley, teniendo en cuenta sus condiciones personales, profesionales y laborales[15].

Las facultades discrecionales

30. En materia de actos administrativos se observa que, a través de ellos, las autoridades, por regla general, ejercen facultades regladas, que son aquellas respecto de las cuales la ley establece los términos de su ejercicio y determina cuándo y cómo se puede tomar una cierta decisión; en estos casos, es la ley la que define el marco de actuación del funcionario, quien sólo podrá resolver dentro de esos límites dispuestos por el legislador, cuando se configure la hipótesis contemplada en la norma y en el sentido en que ésta lo haya ordenado.

31. No obstante, existen otros eventos en los cuales el ordenamiento brinda un marco más amplio de decisión, permitiéndole al operador jurídico expedir actos administrativos discrecionales, en los que su juicio juega un papel importante, en la medida en que recae en él la elección entre varias alternativas, sin que tal discrecionalidad pueda entenderse como arbitrariedad, puesto que, en todo caso, la misma debe obedecer a un juicio de racionalidad que está dado por las finalidades que debe perseguir el ejercicio de la función administrativa y las concretas condiciones sobre las cuales se pretende decidir. Es así como el artículo 36 del CCA[16], establece que en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, constituyéndose estos dos extremos, en el marco dentro del cual dicha facultad discrecional puede ser ejercida válidamente.

32. La jurisprudencia se ha referido a las facultades discrecionales que en nuestro ordenamiento jurídico les son otorgadas a las autoridades en el ámbito de su actuación administrativa, enmarcándolas en la concepción de las definiciones materiales o positivas de dicha figura, que "(...) consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley (...), de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere -expresa o implícitamente- a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se

encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional»[17]".

33. Un típico ejemplo de esta clase de decisiones discrecionales –y que corresponde a la ejercida en el sub-lite por el demandado- se advierte en la facultad de libre nombramiento y remoción que se les otorga a los nominadores de las entidades estatales respecto de algunos cargos directivos dentro de la estructura de la entidad, sobre los cuales se considera que por ser de confianza, debe dejarse libertad de elección al funcionario encargado de proveerlos, la cual supone, en todo caso, la existencia de razones del buen servicio, como uno de los principales fines de la función pública. Sobre esta facultad, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado:

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

(...) Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad[19].

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado[20] como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le

sirven de causa.

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser "adecuada" a los fines de la norma que la autoriza, y "proporcional" a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la "razonabilidad".

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido[21], sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

34. De acuerdo con lo anterior, si bien el acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no tiene que estar motivado, ello no implica que carezca de motivos, los cuales deben ser coincidentes con el interés general y apuntar a la mejor prestación de los servicios a cargo de la entidad, que es la única finalidad que justifica el otorgamiento de tales facultades discrecionales.

La desviación de poder

35. Corresponde a la adopción de la decisión con desviación de las atribuciones propias del funcionario que la profirió, en los términos del artículo 84 C.C.A., vicio de nulidad de los actos administrativos que está relacionado con su finalidad, pues se produce cuando la decisión que expide la administración no está dirigida a dar cumplimiento a los objetivos dispuestos en la ley para esa competencia específica, sino a alcanzar otros fines distintos, que pueden ser de dos clases: i) o se dirigen a satisfacer otras necesidades administrativas, o ii) apuntan a colmar otros intereses de índole particular, ajenos a la satisfacción del interés general que va envuelto en toda actuación administrativa y al específico que se atribuye al obrar de esa autoridad.

36. La desviación de poder "(...) se presenta cuando hay disparidad o discordancia entre el fin que pretende la ley con la atribución de una competencia administrativa, el que, en todo caso, debe estar circunscrito al interés general, en los términos del artículo 209 de la C. P., y el propósito concreto que tuvo el funcionario al ejercerla"[23], es decir que se da desviación de poder siempre que se ejercen las potestades administrativas con fines diferentes a los fijados por el ordenamiento jurídico. El acto, aunque es aparentemente legal, en realidad no se dirige a cumplir el objetivo trazado por la ley para el ejercicio de esa competencia.

37. Como lo ha manifestado la Sala, la desviación de poder "Se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas"[24].

El dolo o culpa grave

38. Para que se pueda predicar la existencia del dolo o la culpa grave en relación con el acto administrativo anulado por desviación de poder, resulta necesario indagar en la intención del sujeto que actuando a nombre de la administración lo expidió, para identificar el querer oculto y compararlo con la verdadera finalidad de servicio público que debe orientar sus actuaciones, toda vez que se trata de un vicio de naturaleza subjetiva, en cuanto proviene de la esfera volitiva de la autoridad que expide el acto administrativo desviado de su finalidad legal. Por ello, resulta necesario establecer si, además de estar orientado el acto administrativo a una finalidad distinta a aquella que el ordenamiento ha marcado para el ejercicio de esa específica competencia, esa orientación desviada fue consciente y determinada por la intención del autor de la decisión de causar un daño, o fruto de una grave negligencia de su parte.

39. De acuerdo con lo expuesto, advierte la Sala que no se puede predicar en el presente caso que el demandado haya actuado con la intención consciente de producir un daño a la persona destinataria de la declaratoria de insubsistencia proferida por él y anulada por la jurisdicción contencioso administrativa, y por lo tanto no se puede predicar el dolo en su conducta, toda vez que no obra prueba alguna de animadversión respecto del funcionario separado de su cargo o de otra razón por la que el nominador quisiera perjudicarlo.

40. No obstante, sí está clara la culpa grave de su actuación, puesto que dadas sus condiciones personales y el cargo que ocupaba –rector de una universidad pública-, es evidente que al demandado no le eran desconocidas las limitaciones impuestas al ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, en cuanto a que la misma sólo podía ser ejercida por razones de buen servicio y con la finalidad de mejorar su prestación, más no, para favorecer intereses particulares de allegados suyos, a costa, inclusive, del perjuicio que le podía causar al funcionario desvinculado.

41. Como ya se vio, el juez de legalidad del acto administrativo de insubsistencia concluyó que hubo desviación de poder, por cuanto encontró probado que la finalidad de la decisión impugnada no fue la de mejorar el servicio sino la de favorecer a un tercero, por razones de amistad y políticas, por lo que, tal y como lo ha dicho la Sala, "(...) si bien las razones argüidas por el juez contencioso para pronunciarse sobre los actos anulados, no pueden trasladarse sin más a fundamentar la condena en repetición, no pueden pasarse por alto los hechos que fundamentaron la desviación de poder. Calificativo que evidencia de suyo la intención de desconocer el ordenamiento"[25].

42. En el plenario fue debidamente acreditada la relación de amistad y política que existía entre el rector de la UPTC y el secretario general, así como el parentesco de este último con el señor José Antonio Peñuela, que fue nombrado para reemplazar al jefe de presupuesto declarado insubsistente, a pesar de que aquel no tenía mejores calidades ni antecedentes profesionales y laborales, todo lo contrario, fue objeto de múltiples llamados de atención y de sanciones disciplinarias, hechos probados que constituyen un fuerte indicio de que lo pretendido con el acto de insubsistencia fue favorecer a la persona nombrada posteriormente en ese cargo por razones de amistad y parentesco y por lo tanto de la culpa grave con la que actuó el demandado, cuando por otra parte, la Sala no halló pruebas en el proceso que conduzcan a concluir que el funcionario ilegalmente desvinculado de la entidad, hubiere incurrido en conductas o actuaciones que hicieran aconsejable, para el mejoramiento del servicio, su remoción, tal y como se afirmó en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, al manifestar que la insubsistencia obedeció a la necesidad de "superar la situación de ingobernabilidad y desorden generalizado" que la universidad presentaba por la desobediencia y falta de diligencia en el cumplimiento de

sus funciones de empleados como el señor Escobar Rodríguez.

43. Lo anterior, a juicio de la Sala, permite inferir que la razón para la desvinculación de quien fungía en ese momento como jefe de presupuesto de la entidad, estuvo dada únicamente por la intención de favorecer a una persona determinada, en razón de su relación familiar con quien era amigo y asociado político del funcionario nominador, quien con esa actuación, no buscó mejorar el servicio.

44. En tales condiciones y teniendo en cuenta que lo que se juzga en el presente proceso de repetición es la motivación que pudo tener el ex funcionario demandado al momento de proferir el acto administrativo viciado de desviación de poder, puesto que se trata de una responsabilidad subjetiva que debe ser acreditada para derivar su condena a reembolsar lo que pagó la entidad demandante en virtud de la sentencia anulatoria de la decisión, no cabe duda de que el señor Hugo de Jesús Arias Castellanos sí actuó con un negligente desapego al cumplimiento de su función nominadora, en el ejercicio de la facultad discrecional de nombramiento y remoción, lo cual condujo a que el acto administrativo en el que ésta se ejerció, fuera anulado por el Consejo de Estado, al deducir que no estuvo dirigido al cumplimiento de las finalidades para las cuales tal competencia le había sido otorgada a dicho funcionario, es decir, que fue expedido con desviación de poder, pues con él se buscó la satisfacción de un interés particular, desligado de los fines que informan la actividad estatal.

45. Es claro también, que fue esa actuación gravemente culposa del demandado, la que condujo a la decisión jurisdiccional de anulación del acto administrativo de insubsistencia y a la condena de la entidad demandante a reconocer la indemnización de perjuicios que allí se le impuso como obligación, es decir, que fue la causa de la disminución patrimonial sufrida por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC y en consecuencia, está llamado a responder por ella.

46. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera acertada la decisión de primera instancia que despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, por lo cual se modificará, únicamente, para actualizar el monto de la condena impuesta, utilizando para ello la fórmula usualmente acogida por la jurisprudencia:  $VA = Vh * \text{índice final} / \text{índice inicial}$ , en donde: VA = Valor actualizado; Vh = valor histórico, es decir el valor a actualizar: \$ 81 757 766,09; índice final = IPC conocido a la fecha de la presente providencia, es decir, 136,12 e índice inicial = el IPC que regía en la fecha de la sentencia de primera instancia, 28 de septiembre de 2010, que era de 104,44:

$$VA = 81\ 757\ 766,09 \frac{136,12}{104,44}$$

$$104,44$$

$$VA = \$ 106\ 557\ 517,42$$

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**MODIFÍCASE** la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2010, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: Declarar la responsabilidad personal del señor Hugo de Jesús Arias Castellanos, por actuar con culpa grave al expedir la Resolución No. 001574 del 9 de septiembre de 1988.

TERCERO: Condenar al señor Hugo de Jesús Arias Castellanos a pagar, a favor de la UPTC, la suma de ciento seis millones quinientos cincuenta y siete mil quinientos diecisiete pesos con 42/100 (\$ 106 557 517,42).

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, dése aplicación a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Sin condena en costas, por no aparecer acreditadas.

SEXTO: Si así lo solicitan las partes, por secretaría expedir copias de la presente providencia, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

[1] Toda vez que no se trata de un caso que deba ser conocido en única instancia por el Consejo de Estado, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 128 del CCA, modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998. Mediante auto del 5 de diciembre de 2016, se decretó la prelación de fallo (f. 1324, c. ppl.).

[2] De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas.

[3] Dicho poder obra a f. 19, c. 1 y en él consta que la apoderada del señor Germán Escobar Rodríguez "tiene facultades para RECIBIR".

[4] "(...) en relación con la aplicación de la ley en el tiempo y específicamente, sobre la vigencia de la Ley 678 de 2001 en procesos originados por hechos sucedidos con anterioridad a su promulgación, la Sala ha reiterado el principio general de que la ley rige hacia el futuro y sólo excepcionalmente, surte efectos respecto de hechos pasados; esto quiere decir que las normas de

naturaleza sustancial contenidas en la nueva ley, como son las relativas a la calificación –dolosa o gravemente culposa- de la conducta del funcionario o ex funcionario en el caso del llamamiento en garantía o la acción de repetición regulados en la Ley 678, deberá hacerse con fundamento en las definiciones y presunciones que esta normatividad comprende, siempre que los hechos sobre los cuales verse el litigio se hayan producido con posterioridad a su expedición; mientras que si fueron anteriores, deberá acudir al régimen jurídico que existía en la época de su producción. // En cambio, aquellas normas de la Ley 678 que regulan aspectos procesales y por lo tanto son de orden público, rigen hacia el futuro y tienen efecto general inmediato, según lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 16458, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 37318, C.P. Hernán Andrade Rincón.

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 37318, C.P. Hernán Andrade Rincón.

[7] [14] "En palabras de la Corte Suprema de Justicia, "...el dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de dañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de intención positiva de inferir injuria. Por consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse a lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión" (Sala de Casación civil de noviembre 13 de 1956, G. J. T. LXXXIII, p. 796)".

[8] [15] "El artículo 6 de la Constitución Política establece la responsabilidad de los servidores públicos no sólo por infringir la Constitución y las leyes, como los particulares, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; por su parte, el artículo 91, estipula que no está exento de responsabilidad el agente que ejecuta un mandato superior, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona".

[9] [16] "Expediente 9894, ya citado".

[10] [17] "Sentencia C-285 del 23 de abril de 2002"

[11] [18] "MEDICUS, Dieter; Tratado de las Relaciones Obligatorias, Edic. española de Angel Martínez Sarrión. VI. I. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona. 1ª ed., 1995; pg. 152".

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, expediente 30113, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

[13] Sentencia C-778 de 2003, demandante: William Fernando León Moncaleano, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

[14] Artículo 85 del C.C.A, actualmente están enunciadas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, expediente 30113, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

[16] Art. 44 de la Ley 1437 de 2011: "**Decisiones discrecionales.** En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

[17] [27] "Cfr. MOZO SEOANE, Antonio, La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 411".

[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, expediente 8431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[19] [3] "Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve".

[20] [4] "Sentencia T-372 de 2012".

[21] [5] "Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968".

[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2016, radicación 05001-23-33-000-2012-00285-01(3685-13), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[23] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 2005, expediente 11855, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

[24] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2007, expediente n.º 24844, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 21712, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.  
Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo