

## **COMPETENCIA / COMPETENCIA PARA ACCIÓN DE REPETICIÓN / FACTOR CONEXIDAD / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión de Descongestión 9, (...) habida cuenta de que, de conformidad con lo previsto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, los procesos de repetición se tramitarán ante el juez o Tribunal que haya conocido del proceso antecedente, con independencia de la cuantía y, en segunda instancia, ante su superior jerárquico.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la competencia para conocer la acción de repetición, consultar providencia de 21 de abril de 2009, Exp. 2001-02061-01(IJ), CP. Mauricio Fajardo Gómez.

## **APELACIÓN DE LA SENTENCIA / RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / FINALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN / OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

[L]a Sala debe destacar que la apelación se encuentra limitada a los aspectos indicados por la parte en los recursos, en tanto a través de aquellos se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde a los recurrentes confrontar los argumentos que el juez de primera instancia presentó para tomar su decisión con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil (...). Por lo anterior, el estudio en esta instancia se limitará a analizar los cargos expuestos y controvertidos por los apelantes y, por tanto, la Sala procederá a analizar la imputación por dolo, sin hacer alusión al pago, la calidad de servidores o ex servidores del Estado, la existencia de la sentencia condenatoria y la declaratoria de la falta de legitimación en la causa por pasiva decretada en primera instancia. (...) Ahora bien, aunque en principio los recursos de apelación sólo plantearon reparos encaminados a cuestionar la declaratoria de responsabilidad patrimonial definida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, lo cierto es que, de acuerdo con la posición unificada de esta Sección del Consejo de Estado, el juez de segunda instancia tiene competencia para revisar la liquidación de los perjuicios fijada por el a quo, siempre que tal estudio sea favorable a los recurrentes.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 350

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia, consultar providencias de 23 de abril del 2009, Exp. 17160,

C.P. Mauricio Fajardo Gómez; y de 6 de abril de 2018, Exp. 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

**COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / PROCEDENCIA DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / RECONOCIMIENTO DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / TACHA DE FALSEDAD EN DOCUMENTO / FALTA DE TACHA DE DOCUMENTO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

Para resolver de fondo el asunto se valorarán las copias simples aportadas por las partes, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de esta Sección, en aplicación del principio constitucional de buena fe, toda vez que no fueron tachadas de falsas por la entidad demandada y porque frente a ellas se surtió y garantizó el principio de contradicción.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el valor probatorio de las copias simples, consultar providencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero; y de la Corte Constitucional, de 16 de octubre de 2014, Exp. SU-774, M.P. Mauricio González Cuervo.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA / NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA / NOTIFICACIÓN DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA / NOTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA / NORMATIVIDAD DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA / INAPLICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL / JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ACTUACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

En su impugnación, el señor (...) manifestó que la demanda había sido presentada de manera extemporánea, toda vez que al sub iudice le resultaban aplicables los postulados del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil (...). Para la Sala, dicho cargo de censura no tiene vocación de prosperidad, en razón a que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable en esta jurisdicción (...). La aplicación del mencionado artículo sólo podría darse por intermedio del principio de integración normativa que se encuentra dispuesto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. Dicha norma estipula que la integración podrá utilizarse cuando exista un aspecto no regulado que sea compatible con la naturaleza y actuaciones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ahora, para la Sala es claro que el régimen de caducidad no admite integración alguna, porque tiene una regulación íntegra y expresa en el Código Contencioso Administrativo, por lo que no se puede considerar como un “aspecto no regulado”. (...) Así las cosas, la Subsección procederá a computar el término de caducidad sin tener en cuenta los postulados del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, puesto que no resultan aplicables a esta jurisdicción.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 90 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 267

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la inaplicación de del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil a las actuaciones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, consultar providencia de 23 de noviembre de 2017, Exp. 49937,

C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; de 14 de junio de 2019, Exp. 45647, C.P. María Adriana Marín.

**ACCIÓN DE REPETICIÓN / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN REPETICIÓN / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / OPORTUNIDAD PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / PAGO DE LA CONDENA / PRUEBA DEL PAGO DE LA CONDENA / VENCIMIENTO DEL TÉRMINO DE PAGO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-394 de 2002, declaró exequible de forma condicionada la norma, bajo el mismo entendido indicado en la sentencia C-832 de 2001, esto es, que el término de caducidad de la acción de repetición empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago total o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el inciso cuarto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, plazo que empezaría a contarse después de la ejecutoria de la providencia que ordenaba el pago. Como quedó visto, se toma lo que ocurra primero en el tiempo, esto es, el pago de total de la suma a que se condenó o por la cual se concilió, o cuyo reconocimiento se realizó, o el vencimiento de los 18 meses a que se refiere el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo sin que se haya realizado el pago de tal suma, como el momento para que empiece a correr el término para ejercer el derecho de acción.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 9 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 177

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el examen de constitucionalidad del numeral 9 del artículo 136 del Código Contencioso, consultar providencia de la Corte Constitucional, de 8 de agosto de 2001, Exp. C-832, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Acerca del cómputo del término de caducidad de la acción de repetición, consultar providencia de la Corte Constitucional, de 22 de mayo de 2001, Exp. C-394, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

**NORMATIVA APLICABLE DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / NORMATIVIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY / VALORACIÓN DE LA CULPA GRAVE / DOLO / DEMOSTRACIÓN DEL DOLO / CULPA DEL AGENTE DEL ESTADO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / VIGENCIA DE LA LEY PROCESAL / APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO / CARÁCTER INMEDIATO DE LA NORMA PROCESAL / NATURALEZA DE LA NORMA PROCESAL**

Conviene precisar que los hechos por los cuales se condenó al Sena en el proceso antecedente ocurrieron (...) cuando aún no estaba en vigencia la Ley 678 de 2001, por lo que la norma aplicable para estudiar la conducta imputada en este caso corresponderá al artículo 90 constitucional, los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984 y las estipulaciones que sobre dolo se encuentran en el Código Civil. Por lo anterior, resulta pertinente aclarar que la Ley 678 de 2001, si bien debe ser aplicada en aspectos procesales, lo cierto es que, en lo que toca a la conducta de los demandados, el análisis deberá realizarse a la luz de las normas sustanciales vigentes al momento de la comisión de esta.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 77 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 78 / LEY 678 DE 2001

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las normas aplicables al análisis de conducta de los agentes del Estado demandados en repetición, consultar providencia de 24 de abril de 2020, Exp. 54593, C.P. María Adriana Marín.

**CULPA / CULPA GRAVE / CLASES DE CULPA / CONCEPTO DE CULPA GRAVE / VALORACIÓN DE LA CULPA GRAVE / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La Sala, a partir de lo previsto por el artículo 63 del Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia tienen determinado que la “culpa” es la conducta reprochable de quien generó un daño antijurídico, no querido por él, pero que se desencadena por omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, cuando habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Así mismo, reviste el carácter de “culpa grave” aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio. Estas nociones, aunque propias del ámbito del derecho común, deben ser armonizadas con la órbita del servidor público, esto es, a la luz del “principio de legalidad” (...). De ahí que, en sede de repetición, la responsabilidad del agente estatal sólo pueda predicarse en la medida en que se compruebe su actuación dolosa o gravemente culposa. (...) En tal virtud, el juez de la acción de repetición debe evaluar la conducta del agente público a la luz de las nociones de culpa grave o dolo para determinar si hay lugar o no a atribuirle responsabilidad, previo un juicio de valor de su conducta.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 63

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la noción de culpa grave, consultar providencias de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 3 de octubre de 2007, Exp. 24844, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y de 12 de diciembre de 2019, Exp. 55645, C.P. María Adriana Marín.

**CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DESVIACIÓN DE PODER / CONCEPTO DE DESVIACIÓN DE PODER / ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA DESVIACIÓN DE PODER / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

La causal de desviación de poder, según la doctrina, tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o una autoridad competente persigue fines diferentes a los que ha fijado el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, cuando con su expedición no se pretende satisfacer el interés general, la búsqueda del bien común o el mejoramiento del servicio público. Dicho concepto coincide con la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado (...).

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre causal de desviación de poder, consultar providencia de 9 de julio de 2015, Exp. 0596-14, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

**PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / MEDIOS DE PRUEBA / SENTENCIA**

**EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / VALOR PROBATORIO DE LA SENTENCIA / VALOR VINCULANTE DE LA SENTENCIA / SENTENCIA CONDENATORIA / CONDENA CONTRA EL ESTADO / AUTONOMÍA DEL JUEZ / PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA / PRUEBA DE LA CULPA / PRUEBA DE LA CULPA GRAVE / VALORACIÓN DE LA CULPA GRAVE / PRUEBA DEL DOLO**

Esta Corporación en varias oportunidades ha señalado que la sentencia judicial que condena al Estado no es prueba suficiente de la conducta del agente, pues al tratarse de un proceso contencioso y declarativo de responsabilidad, debe acreditarse plenamente la existencia de los elementos que constituyen la culpa grave o el dolo. (...) Ahora, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que, si bien las motivaciones de la sentencia no constituyen plena prueba para acreditar la responsabilidad del demandado, sí son el punto de partida necesario para efectos de establecer cuál es el hecho irregular que, en criterio de la entidad pública demandante, habría sido cometido con dolo o culpa grave por parte del demandado. (...) En todo caso, conviene aclarar que la decisión del juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial o en sede de legalidad no ata al juez de la repetición, ya que, como lo ha sostenido esta Sección, en esta sede judicial pueden hacerse valoraciones y calificaciones distintas, en la medida en que la decisión ya no versa sobre la responsabilidad del Estado o la legalidad de sus actuaciones administrativas, sino sobre la conducta del agente. En otras palabras, dado el carácter autónomo e independiente que el legislador le imprimió al ejercicio de la acción de repetición, la condena a una entidad estatal a través de un juicio previo y totalmente diferente al de la referencia no implica automáticamente la responsabilidad del agente o ex agente estatal que eventualmente hubiere dado lugar a la misma o que hubiere participado en los hechos correspondientes, pues la conducta que se le endilga a este debe quedar establecida de manera plena e individualizada en el respectivo proceso de repetición.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el valor probatorio de las sentencias que imponen condenas al Estado, como medios para acreditar la conducta del agente en procesos de repetición, consultar providencias de 3 de diciembre de 2007, Exp. 29222, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 22 de julio de 2009, Exp. 27779, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 11 de febrero de 2009, Exp. 33450, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**ACCIÓN DE REPETICIÓN / ACTO DE INSUBSISTENCIA DEL EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA DEL EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA EL DESEMPEÑO DEL CARGO PÚBLICO / DESVIACIÓN DE PODER / DEMOSTRACIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER / PRUEBA DE LA DESVIACIÓN DE PODER / PRUEBA INDIRECTA / VALOR PROBATORIO DEL INDICIO / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / DOLO / DEMOSTRACIÓN DEL DOLO / PRUEBA DEL DOLO / HOJA DE VIDA / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / SENTENCIA CONDENATORIA / CONDENA CONTRA EL ESTADO / EFECTOS DE LA SENTENCIA CONDENATORIA / CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN**

En criterio de la entidad actora, los señores (...) son responsables a título de dolo por la condena que le fue impuesta, en la medida en que la resolución (...) fue expedida para favorecer al señor (...), quien no cumplía los requisitos del cargo, por lo que la finalidad de ese acto no estaba dirigida a mejorar el servicio. (...) [N]o desconoce la Subsección que la forma como fue expedida la resolución (...), es decir, sin motivación, genera dificultades a la hora de establecer cuáles fueron los fines que los funcionarios tuvieron en el ejercicio de sus atribuciones en el Sena y, de esa manera, determinar, de manera directa, si sus móviles estuvieron o no viciados por supuestos distintos a los de mejorar el servicio. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corporación ha considerado que, en estos casos, la ilegalidad se acredita, regularmente, a través de medios indirectos, como los indicios (...). Es claro que la finalidad del acto administrativo debe ser tomada en cuenta por la autoridad administrativa para el momento de ejercer su competencia y esta debió tener como propósito el interés general y, en concreto, el mejoramiento del servicio. Por esta razón, para el caso concreto, en el que la responsabilidad es personal, debe demostrarse que esa desviación de poder es imputable a los señores (...), es decir, que suscribieron la resolución con una finalidad distinta a la del mejoramiento del servicio. (...) [P]ara la Subsección que la decisión en el proceso antecedente tuvo como ratio decidendi la falta del cumplimiento de los requisitos del señor (...) para ejercer el cargo para el cual había sido nombrado y que con aquel hecho era evidente que la resolución (...) era ilegal por desviación de poder; no obstante, para determinar que fue la conducta de los señores (...) la que ocasionó dicha anulación, debe establecerse en sede de la repetición, de manera directa, que el señor (...) carecía de aquellos requisitos. Así, conviene precisar que la virtud probatoria de los fallos del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho tienen el alcance de demostrar que la nulidad de la resolución (...) se hizo por una desviación de poder, pero de ellos no es posible inferir que, en efecto, el señor (...) no cumplía con los requisitos del cargo, pues su hoja de vida no se trajo como prueba a este expediente. Además, de los demás elementos probatorios no es posible determinar cuáles eran los títulos profesionales y mucho menos la experiencia que tenía para efectos de llegar a las mismas conclusiones del operador judicial del proceso antecedente. Por lo anterior, a falta de aquel material probatorio, la Sala no puede, ni siquiera por vía indiciaria, confrontar que el acto administrativo vulneró el ordenamiento jurídico al haberse proferido con una intención distinta a la mejorar el servicio de la entidad pública. (...) En consecuencia, a pesar de que se estableció que los demandados suscribieron la resolución (...), lo cierto es que, a falta de las pruebas que se estimaron como primordiales para decretar la ilegalidad de ese acto, resulta imposible determinar o llegar a las conclusiones a las que arribó el juez de aquel sumario para adjudicar responsabilidad en este asunto. (...) A juicio de la Sala, el solo hecho de que en el fallo condenatorio que dio lugar a la presente controversia se hubiere concluido con la responsabilidad del Sena, no es razón suficiente para endilgarles responsabilidad a los demandados, a título de dolo. Si así fuera, bastaría con la constatación de los requisitos objetivos (existencia de condena, prueba del pago y condición de agente o ex agente estatal) para predicar, sin excepciones, la responsabilidad patrimonial del demandado. A todo lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (...), la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera–, no allegó al proceso pruebas suficientes para determinar la conducta desplegada por los demandados. Por todo lo dicho, se concluye que no fue probada la imputación realizada en contra de los señores (...), por lo que se modificará el fallo de primera instancia en relación con la declaratoria de su responsabilidad (...).

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177

**NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la prueba de la desviación de poder, consultar providencia de 4 de mayo de 1993, Exp. 5526, C.P. Carlos Arturo Ojeda; de 30 de agosto de 2018, Exp. 52462, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 15001-23-31-000-2005-02443-01(55812)**

**Actor: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE**

**Demandado: CARLOS HERNÁN PEÑALOZA Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN (APELACIÓN SENTENCIA)**

*Temas: ACCIÓN DE REPETICIÓN - presupuestos de procedencia / Ámbito de competencia del ad quem / Análisis de la responsabilidad imputada a la luz de los conceptos de dolo establecidos en el Código Civil / conducta imputada derivada de la anulación de acto administrativo por desviación de poder.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión de Descongestión 9, en la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. SÍNTESIS DEL CASO**

Mediante sentencia de 4 de abril de 2002, esta Corporación confirmó la anulación de la resolución 1017 de 1995 y su correspondiente restablecimiento del derecho, la cual fue declarada por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Dicha nulidad tuvo sustento en una desviación de poder, puesto que no se profirió con el ánimo de mejorar el servicio sino, en cambio, para favorecer a un tercero. Por esta razón, se

inició un proceso de repetición en contra de quienes intervinieron en la expedición de dicho acto; así como, los que profirieron los actos subsiguientes con los que, a juicio del operador judicial, se verificó su ilegalidad.

## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

Mediante demanda presentada el 12 de agosto de 2005 (fls. 2 - 17 c. 1), el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena-, por conducto de apoderado judicial (fol. 1 c. 1), en ejercicio de la acción de repetición, solicitó que se declarara patrimonialmente responsables a los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez, Andrés Gilberto Varela Algarra, Tulia María Avendaño Segura, José Demetrio Galvis Hernández y Gladys Stella Álvarez Buitrago, por la condena que le fue impuesta a la entidad accionante mediante sentencia de 4 de abril de 2002, proferida por el Consejo de Estado.

En concreto, la entidad demandante solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas<sup>1</sup>:

*2.1.- Solicito respetuosamente declarar que el señor ex – servidor público Carlos Hernán Peñalosa Martínez, de condiciones civiles ya anotadas, es administrativamente responsable, por su obrar manifiesto y ostensiblemente contrario al derecho y haber promovido ilegalmente, declarando en su calidad de Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, mediante resolución No. 1017 de 1 de agosto de 1995, insubsistente el nombramiento del señor Abel Otálora Niño, en el cargo de jefe grado 06 del Centro de Comercio y Servicios del Sena Regional Boyacá, con sede en Tunja.*

*2.1.1.- Declara igualmente que el señor ex – servidor público Andrés Gilberto Varela Algarra, de condiciones civiles ya anotadas, es administrativa y solidariamente responsable, por su obrar manifiesto y ostensiblemente contrario a derecho, y haber suscrito ilegalmente, en su calidad de Secretario General del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, declarando mediante resolución No. 1017 de 1 de agosto de 1995, insubsistente el nombramiento del señor Abel Otálora Niño, en el cargo de jefe grado 06 del Centro de Comercio y Servicios del Sena Regional Boyacá, con sede en Tunja.*

*2.1.2.- Como consecuencia de las declaraciones inmediatamente anteriores, condenar, ordenar y obligar a los demandados Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, de condiciones civiles ya anotadas,*

---

<sup>1</sup> Mediante auto de 2 de febrero de 2006, se inadmitió la demanda para que fueran individualizadas las pretensiones en relación con cada demandado. Se procedió de conformidad, en escrito de 22 de ese mismo mes y año (fls. 177, 178-196 c. 1).

*a pagar solidariamente a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, el valor de la indemnización de cuatrocientos tres millones cuatrocientos ochenta y nueve mil ochocientos ocho pesos moneda legal (\$403'489.808.00), que la entidad canceló al señor Abel Otálora Niño, por haber sido ilegalmente removido de su cargo, mediante la resolución 1017 de 1 de agosto de 1995, declarada nula por el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá y el honorable Consejo de Estado.*

*2.2. Declara que señora ex –servidora pública Gladis Stella Álvarez Buitrago, de condiciones civiles ya anotadas, es administrativamente responsable, por su obrar manifiesto y ostensiblemente contrario a derecho, y haber proferido arbitrariamente en su calidad de Directora grado 08 del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, Regional Boyacá, la resolución No. 105 de 5 de junio de 1995, mediante la cual se nombra en encargo, sin cumplir los requisitos reglamentarios para ello, al señor Froilán Casas Ortiz, en el cargo de jefe grado 01 del Centro de Comercio y Servicios del Sena Regional Boyacá, con sede en Tunja, estando nombrado como profesional grado 01 con funciones de Capellán.*

*2.2.1. Declarar igualmente que el señor ex –servidor público José Demetrio Galvis Hernández, de condiciones civiles ya anotadas, es administrativa y solidariamente responsable, por su obrar manifiesto y ostensiblemente contrario a derecho, y haber suscrito arbitrariamente, en su calidad de Subdirector Administrativo y Financiero y Secretario Regional encargado, en el Sena, Regional Boyacá, la resolución No. 015 de junio 5 de 1995, mediante la cual se nombró en encargo, sin cumplir los requisitos reglamentarios para ello, al señor Froilán Casas Ortiz, en el cargo de jefe grado 01 del Centro de Comercio y Servicios del Sena, Regional Boyacá, con sede en Tunja, estando nombrado como profesional grado 01 con funciones de capellán.*

*2.2.2. Como consecuencia de las dos declaratorias inmediatamente anteriores, condenar, ordenar y obligar a los demandados Gladis Stella Álvarez Buitrago y José Demetrio Galvis Hernández, de condiciones civiles ya anotadas, pagar solidariamente a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, los valores que la entidad le canceló al señor Froilán Casas Ortiz (sic), por motivo del encargo a que alude la resolución 105 de 5 de junio de 1995 y durante el tiempo que el encargo duró, por haber sido nombrado sin cumplir requisitos para ello.*

*2.3. Declarar que el señor ex –servidor público Andrés Gilberto Varela Algarra, de condiciones civiles ya anotadas, es administrativamente responsable, por su obrar manifiesta y ostensiblemente contrario a derecho, y haber proferido arbitrariamente, en su calidad de Secretario General del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, la resolución 1019 de 1 de agosto de 1995, por la cual se nombró en encargo, sin cumplir los requisitos reglamentarios para ello, al señor Froilán Casas Ortiz, en el cargo de jefe grado 06 del Centro de Comercio y Servicios del Sena Regional Boyacá, con sede en Tunja, estando nombrado como profesional 01, con funciones de capellán.*

*2.3.1. Declarar igualmente que la señora ex –servidora pública Tulia María Avendaño Segura, de condiciones civiles ya anotadas, es administrativa y solidariamente responsable, por su obrar manifiesto y ostensiblemente contrario a derecho y haber suscrito arbitrariamente, en su calidad de Jefe Grado 08 de la División de Recursos Humanos de la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, la resolución No. 1019 de 1 de agosto de 1995, por la cual se nombró en encargo, sin cumplir los requisitos reglamentarios para ello, al señor Froilán Casas Ortiz, en el cargo de jefe grado 06 del Centro de Comercio y Servicios del Sena Regional Boyacá, con*

*sede en Tunja, estando nombrado como profesional 01 con funciones de capellán.*

*2.3.2. Como consecuencia de las dos últimas declaratorias finales (2.3. y 2.3.1) condenar, ordenar y obligar a los demandados Andrés Gilberto Varela Algarra y Tulia María Avendaño Segura, de condiciones civiles ya anotadas, pagar solidariamente a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, los valores que la entidad le canceló al señor Froilán Casas Ortiz (sic), por razón del encargo a que alude la resolución 1019 de 1 de agosto de 1995, y durante el tiempo que el encargo duró, por haber sido nombrado sin cumplir los requisitos para ello.*

*2.4. Que se disponga que el monto de las condenas impuestas a los demandados Carlos Hernán Peñaloza Martínez, Andrés Gilberto Varela Algarra, Tulia María Avendaño Segura, Gladis Stella Álvarez Buitrago y José Demetrio Galvis Hernández, se actualicen teniendo en cuenta los factores de corrección monetaria aplicable hasta el momento en que se produzca el pago efectivo.*

*2.5. Disponer el pago de los intereses liquidados en la forma establecida por la Superintendencia Bancaria, los que serán efectivos desde el momento en que el funcionario reintegrado recibió la totalidad de la indemnización y el funcionario encargado recibió la totalidad de los emolumentos correspondientes a su encargo, en cada caso, hasta cuando se cancelen las obligaciones perseguidas mediante esta acción.*

*2.6. Que asimismo se condene en costas a los demandados.*

Como fundamentos fácticos de la demanda se narró lo siguiente:

El señor Abel Otálora Niño fue vinculado al Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante Sena), mediante resolución 1474 de 12 de julio de 1993, en el cargo de Jefe Grado 06 del Centro de Comercio y Servicios de Tunja. A través de resolución 1017 de 1 de agosto de 1995, se le declaró insubsistente, lo cual obedeció a *“finales (sic) ajenos al mejoramiento del servicio y bajo la presión indebida de la dirección regional”*. Este último acto administrativo fue proferido por el Director General y el Secretario General de la entidad, señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Varela Algarra, respectivamente.

En reemplazo del señor Abel Otálora niño, mediante resolución 1019 de 1 de agosto de 1995, fue encargado el presbítero Froilán Casas Ortiz<sup>2</sup>, quien no cumplía con los requisitos para tal cargo. Dicho acto lo expidieron los señores Andrés Varela Algarra y Tulia María Avendaño Segura, quienes se desempeñaban como Secretario General y Jefa de la División de Recursos Humanos del Sena.

---

<sup>2</sup> Se desempeñaba como profesional 01 con funciones de capellán en el Sena.

A través de resolución 1225 de 6 de octubre de 1995, el Sena modificó el manual de funciones y requisitos para desempeñar el cargo de Jefe Grado 06. Para tal fin, incluyó el título universitario de Filosofía, el cual favorecía al recién nombrado en dicho cargo.

Mediante la resolución 1284 de 24 de octubre de ese mismo año, el presbítero Froilán Casas Ortiz fue nombrado en propiedad en el cargo Jefe Grado 06 del Centro de Comercio y Servicios de Tunja. En este punto, si bien era cierto cumplía con los requisitos profesionales, lo cierto es que no acreditaba la experiencia requerida.

Por lo anterior, el señor Abel Otálora niño, afectado con las decisiones del Sena, inició un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En sentencia de 24 de noviembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Boyacá declaró la nulidad de la resolución 1017 de 1 de agosto de 1995 y, como consecuencia, ordenó el reintegro al cargo de Jefe Grado 06, o a otro de igual o superior categoría; así como el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir mientras estuvo desvinculado. Dicho fallo fue confirmado por esta Corporación el 4 de abril de 2002.

La parte demandante atribuyó a los demandados, la responsabilidad por ese daño, a título de *“dolo y/o culpa grave”*, toda vez que profirieron los actos administrativos cuya finalidad no era mejorar el servicio, sino favorecer al señor Froilán Casas Ortiz.

## **2. Trámite en primera instancia**

La demanda fue admitida mediante providencia de 20 de septiembre de 2006, la cual se notificó en debida forma a los demandados y al Ministerio Público (fls. 198-199, 206, 208, 248 c. 1).

El señor José Demetrio Galvis Hernández solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Manifestó que no fue quien profirió la resolución 1017 de 1995, la cual fue anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que solicitó que fuera declarada su falta de legitimación en la causa por pasiva. Además, como excepciones propuso la de caducidad, por considerar que la demanda fue admitida el 20 de septiembre de 2006, por lo cual le era aplicable el

artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no se había interrumpido el plazo para demandar. Así mismo, la que denominó como de “*falta de nexo causal*”, puesto que su actuación se limitó a expedir la resolución 105 de 1995, mediante la cual se nombró al señor Froilán Casas en una jefatura grado 01 (fls. 249-256 c. 2).

A su turno, la señora Tulia María Avendaño, a través de curador *ad litem*, contestó la demanda para oponerse a sus pretensiones, por no haber expedido el acto administrativo anulado. Con todo, en el proceso debía probarse que actuó con dolo y/o culpa grave (fls. 286-290 c. 2).

Por su parte, el señor Andrés Gilberto Varela, a través de curador *ad litem*, contestó la demanda para limitarse a manifestar que se “*no se oponía*” a la declaratoria de responsabilidad por la expedición de los actos ilegales (fls. 344-345 c. 4).

Los señores Gladys Stella Álvarez Buitrago<sup>3</sup> y Carlos Hernán Peñaloza Martínez no contestaron la demanda.

Mediante providencia de 17 de marzo de 2010, el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y, en auto de 27 de octubre de ese mismo año, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 353-357, 440 c. 2).

En sus alegatos, el Sena solicitó que se despacharan favorablemente sus pretensiones, porque se había demostrado la responsabilidad de los demandados (fls. 480-484 c.2).

La señora Gladys Stella Álvarez Buitrago manifestó que nunca ostentó la facultad nominadora, puesto que esta era exclusiva del Director General del Sena, cargo que desempeñaba el señor Carlos Hernán Peñaloza. Por esta razón, no fue quien expidió la resolución que fue objeto de anulación (fls. 441-479 c. 2).

---

<sup>3</sup> A pesar de que la sentencia de primera instancia tuvo en cuenta el escrito que presentó la demanda el 30 de noviembre de 2009, es claro que este fue allegado de manera abiertamente extemporánea si se tiene en cuenta que su notificación personal se surtió el 14 de noviembre de 2008 (fls. 206, 291-339 c. 2).

A su turno, el señor José Demetrio Galvis Hernández reiteró totalmente los argumentos expuestos en su contestación (fls. 485-486 c. 2).

Los demás integrantes de la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

### **3. La sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia de 16 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión de Descongestión 9, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión, manifestó que los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, en su calidad de Director General y Secretario General del Sena –para la época de los hechos– habían actuado de manera dolosa, dado que profirieron la resolución 1017 de 1995, mediante la cual se declaró insubsistente al señor Abel Otálora niño, con desviación de poder. Así lo dijo:

*Las anteriores pruebas documentales dejan entrever las actuaciones irregulares que se presentaron al interior del Sena, donde se irrumpió con los fines del mejoramiento del servicio al declarar insubsistente una persona que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho era claro que tenía un desempeño satisfactorio para el desempeño del cargo que venía profesando, entre otras razones, porque sus calificaciones sobre factores evaluados muestran puntajes superiores, correspondientes a las categorías de bueno y excelente.*

*También se evidencia de las actuaciones anteriores a la emisión del acto administrativo anulado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que existió una preferencia de la persona que se ubicó luego de la insubsistencia en cargo de jefe grado 6 cetro (padre Froilán Ortiz Casas), pues sin mediar los requisitos exigidos en ninguno de los manuales emitidos por la entidad, se le concedió el privilegio de ejercerlo en propiedad. Aunado a ello, se le permitió que participara en su propia elección, como quedó denotado en el acta 0016 del 1 de septiembre de 1995 (...) (fls. 118-140 c. ppal).*

En relación con los señores José Demetrio Galvis Hernández, Tulia María Avendaño Segura y Gladys Stella Álvarez Buitrago el *a quo* declaró su falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que, afirmó, ellos no fueron quienes expidieron el acto que fue anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, por tanto, la sentencia que le daba base a la repetición no tenía relación con aquellos.

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad de los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, el Tribunal de primera instancia, después de realizar los descuentos por intereses de la liquidación de la condena por la cual se repetía y el valor por reterfuente, accedió a las pretensiones en los siguientes términos:

*Primero: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, con relación a los señores José Demetrio Galvis, Tulia María Avendaño y Gladys Álvarez.*

*Segundo: Declarar la responsabilidad personal de los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'143.388 de Usaquén y, Andrés Gilberto Varela Algarra, identificado con cédula de ciudadanía No. 19'370.129 de Bogotá, por actuar con grave al expedir la Resolución 1017 del 1° de agosto de 1995.*

*Tercero: Condenar a los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez, identificado con cédula de ciudadanía No. 79'143.388 de Usaquén y, Andrés Gilberto Varela Algarra, identificado con cédula de ciudadanía No. 19'370.129 de Bogotá, a pagar solidariamente, a favor del Sena, trescientos veintidós millones ochocientos ochenta y nueve mil setenta y siete pesos (\$322'889.077), suma que deberá ser actualizada conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.*

*Cuarto: Para efectos de la división de la condena los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, deben concurrir al pago de la condena impuesta correspondiente en un 50% respectivamente, sin que esta proporción pueda aducirse como causa para evadir o retardar el cumplimiento de la sentencia que bien puede ser exigida en un 100% a uno de los demandados, conforme la motivación expuesta.*

*Quinto: Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*Sexto: La sentencia se cumplirá acorde con lo previsto en el artículo 335 del C. de P. C.*

*Séptimo: Sin costas de instancia.*

*En firme esta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A. y procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.*

#### **4. Los recursos de apelación**

De manera oportuna, el señor Carlos Hernán Peñaloza Martínez expresó su inconformidad con el fallo de primera instancia y solicitó que fuera revocado. Discutió, en concreto, que el dolo no estaba demostrado, porque “los supuestos actos preparatorios tales como la resolución 105 del 5 de junio de 1995, entre otros” no habían sido expedidas por aquel. Además, el *a quo* erró al considerar como prueba la sentencia del proceso antecedente, la cual se fundamentó en una prueba indiciaria, con lo cual valoró hechos de los cuales no había sido partícipe.

Así mismo, omitió considerar que hubo un mejoramiento del servicio y que, con ocasión de la expedición de la Ley 119 de 1994, existió una reestructuración de la entidad, todo lo cual motivó la insubsistencia del señor Otálora Niño. Finalmente, debía tenerse en cuenta que la entidad demandante no lo llamó en garantía en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y que el comité de conciliación del Sena no realizó un debido estudio sobre el aspecto subjetivo de la repetición. Así se dijo:

*[N]o comparto el criterio del H. Tribunal Administrativo de Boyacá, pues el fallo recurrido simplemente se basó en otra sentencia fundamentada en prueba indiciaria, obviando analizar que en la misma fueron considerados hechos ajenos de los cuales no fue participe mi representado, así como tampoco fueron analizadas las evidencias que demostraban una mejoría en el servicio, derivado del resultado de gestión del reemplazante para el año 1996, y menos que la declaratoria de insubsistencia se derivó de la reestructuración dispuesta por la Ley 119 de 1994, la cual estableció un nuevo sistema para la designación de Jefes de Centros de Servicios (...).*

*Si el simple hecho de no suscribir el acto fue suficiente para decretar la falta de legitimación en la causa por pasiva de ciertos servidores, también resulta suficiente evidenciar que ciertos factores tenidos en cuenta para decretar la nulidad del acto en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho fueron ejecutados por terceros y no por mi representado, motivo por el cual no se puede inferir la culpa grave (...) (fls. 146-160, 227-241 c. ppal).*

Agregó que no tuvo la oportunidad de participar en el trámite de la primera instancia, porque su apoderada había fallecido, situación por la que se debió suspender el proceso. Por esta razón, interpuso una acción de tutela, la cual amparó sus derechos y ordenó “*volver a notificar*” la sentencia de primer grado. De ahí que se le hubiera desconocido su derecho de defensa.

**4.1.-** Oportunamente, el señor Andrés Gilberto Varela Algarra solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia. Expresó que el *a quo* se pronunció sin tener en cuenta que se había vencido el plazo para incoar la acción, porque el pago se completó el 30 de diciembre de 2004 y la demanda se admitió el 20 de septiembre de 2006, con lo cual se desconoció el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil. Agregó que la función nominadora le correspondía únicamente al Director General del Sena y que podía ser objeto de delegación; no obstante, para la época de los hechos no se procedió de tal forma y, por tanto, el Secretario General no tenía dentro de sus funciones la de expedir el acto. Añadió que si bien suscribió el acto 1017 de 1995, lo hizo en calidad de fedatario, por lo cual era clara la inexistencia de dolo en su conducta (fls. 161-173 c. ppal).

## 5. Trámite de segunda instancia

El recurso fue concedido por el Tribunal *a quo* a través de auto de 7 de julio de 2016 y admitido por esta Corporación el 25 de agosto de ese mismo año. Posteriormente, mediante providencia de 8 de marzo de 2017, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 256-258, 278, 284 c. ppal).

En esta oportunidad, el Sena solicitó que se confirmara la responsabilidad de los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, por haber suscrito el acto administrativo anulado, de ahí que la expedición de la resolución de insubsistencia no obedeció a “*simples conjeturas*” (fls. 299-301 c. ppal).

Los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra reiteraron los argumentos expuestos que expusieron en la impugnación del fallo (fls. 303-317, 318-323 c. ppal). A su turno, la señora Gladys Stella Álvarez Buitrago solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia, porque, afirmó, no tuvo injerencia en el acto anulado (fls. 285-297 c. ppal).

En su concepto, el Ministerio Público solicitó que se confirmara el fallo impugnado, dado que estaba demostrado que la resolución 1017 de 1995 no fue proferida con el ánimo de mejorar el servicio, sino para favorecer a otro funcionario:

*[E]s dable precisar que los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, incurrieron al momento de proferir la resolución ya mencionada, en flagrante violación de las disposiciones legales (...) en el entendido de que al momento de proceder al retiro del empleado de libre nombramiento y remoción, la actuación fue tramitada con la finalidad de desmejorar las condiciones del buen servicio, de lo cual está plenamente probado con los actos posteriores que se presentaron para favorecer a través de encargos y cambios de resolución relacionados con los requisitos del cargo, a otro funcionario (fls. 348-355 c. ppal).*

Los señores Tulia María Avendaño Segura y José Demetrio Galvis Hernández guardaron silencio en esta etapa procesal.

## III. CONSIDERACIONES

### 1. Prelación de fallo

La Sala decide el presente caso en virtud del acta 15 de 6 de mayo de 2005, en la que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado aprobó que los procesos de repetición podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al turno respectivo, pero respetando el año de ingreso del expediente al Consejo de Estado.

## **2. Competencia de la Sala**

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión de Descongestión 9, 16 de julio de 2015, habida cuenta de que, de conformidad con lo previsto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo<sup>4</sup> y el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>5</sup>, los procesos de repetición se tramitarán ante el juez o Tribunal que haya conocido del proceso antecedente, con independencia de la cuantía y, en segunda instancia, ante su superior jerárquico.

## **3.- El objeto de la impugnación y el alcance del estudio de segunda instancia**

Previo a abordar el análisis de fondo, para la Sala resulta necesario señalar que en las impugnaciones propuestas por los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra se discutió, en concreto, que el *a quo* se equivocó al tener por acreditada la responsabilidad de los ex agentes del Estado, dado que *i*) la demanda estaba caducada, toda vez que al asunto concreto le resultaba aplicable el art. 90 del Código de Procedimiento Civil; y *ii*) no estaba demostrada el dolo deprecado. De un lado, por cuanto los hechos reprochables, es decir, los actos preparatorios y posteriores que sirvieron de base para demostrar la desviación de poder no habían sido expedidos por el Director General de la entidad y, de otro, porque el Secretario General no tenía la función nominadora y su actividad se restringía a la de fedatario.

---

<sup>4</sup> “Conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos (...)”.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 21 de abril de 2009, exp. 25000-23-26-000-2001-02061-01(IJ), M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

En ese sentido, la Sala debe destacar que la apelación se encuentra limitada a los aspectos indicados por la parte en los recursos, en tanto a través de aquellos se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde a los recurrentes confrontar los argumentos que el juez de primera instancia presentó para tomar su decisión con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia<sup>6</sup>. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, que establece lo siguiente: *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme (...)”*<sup>7</sup>.

Por lo anterior, el estudio en esta instancia se limitará a analizar los cargos expuestos y controvertidos por los apelantes y, por tanto, la Sala procederá a analizar la imputación por dolo, sin hacer alusión al pago, la calidad de servidores o ex servidores del Estado, la existencia de la sentencia condenatoria y la declaratoria de la falta de legitimación en la causa por pasiva decretada en primera instancia.

Con todo, se pone de presente que los señores José Demetrio Galvis Hernández, Tulia María Avendaño Segura y Gladys Stella Álvarez Buitrago no podían cuestionar la decisión de primera instancia, puesto que esta les fue enteramente favorable y, por tanto, no existió agravio que le habilitara la interposición de recurso alguno<sup>8</sup>.

Ahora bien, aunque en principio los recursos de apelación sólo plantearon reparos encaminados a cuestionar la declaratoria de responsabilidad patrimonial definida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, lo cierto es que, de acuerdo con la posición unificada de esta Sección del Consejo de Estado, el juez de segunda instancia tiene competencia para revisar la liquidación de los perjuicios fijada por el *a quo*, siempre que tal estudio sea favorable a los recurrentes<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 17.160, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 6 de abril de 2018, exp. 46.005, M.P.: Danilo Rojas Betancourth.

<sup>8</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Editorial Dupré. Bogotá, 2017. P. 771

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, providencia de 6 de abril de 2018, exp. 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Así las cosas, en consideración a que la condena es un asunto consustancial a la declaratoria de responsabilidad, la Subsección, de ser procedente, estudiará la pertinencia y tasación de los perjuicios declarados por la sentencia objeto de reproche.

#### **4.- Precisión sobre la valoración de las pruebas allegadas al proceso**

Para resolver de fondo el asunto se valorarán las copias simples aportadas por las partes, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de esta Sección<sup>10</sup>, en aplicación del principio constitucional de buena fe, toda vez que no fueron tachadas de falsas por la entidad demandada y porque frente a ellas se surtió y garantizó el principio de contradicción.

#### **5.- Ejercicio oportuno de la acción**

##### **5.1.- La censura del recurrente: la aplicación del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil**

En su impugnación, el señor Andrés Gilberto Varela Algarra manifestó que la demanda había sido presentada de manera extemporánea, toda vez que al *sub judice* le resultaban aplicables los postulados del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil que dispone lo siguiente:

*La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado (...).*

Para la Sala, dicho cargo de censura no tiene vocación de prosperidad, en razón a que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable en esta jurisdicción por las siguientes razones:

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. La Corte Constitucional, en idéntico sentido, reconoció valor probatorio a las copias simples en sentencia de unificación SU-774 del 16 de octubre de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo.

La aplicación del mencionado artículo sólo podría darse por intermedio del principio de integración normativa que se encuentra dispuesto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. Dicha norma estipula que la integración podrá utilizarse cuando exista un aspecto no regulado que sea compatible con la naturaleza y actuaciones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, para la Sala es claro que el régimen de caducidad no admite integración alguna, porque tiene una regulación íntegra y expresa en el Código Contencioso Administrativo, por lo que no se puede considerar como un “*aspecto no regulado*”. En este sentido se ha pronunciado antes la Sección Tercera:

*En el presente caso, la parte demandada impugnó el fallo de primera instancia, con el objeto de que se revocara el mismo y se negaran las súplicas de la demanda. Los argumentos del recurrente se basaron única y exclusivamente en la decisión del a quo frente a la excepción de caducidad de la acción, pues sostuvo, como lo hizo al contestar la demanda, que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que dispone cuándo opera la interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora, es aplicable al proceso contencioso administrativo, por no existir en el Código Contencioso Administrativo regulación propia sobre la materia (...).*

*No ha existido en la normatividad contencioso administrativa disposición alguna que sujete la posibilidad de que se impida la consolidación de la caducidad de la acción, a la notificación en un plazo determinado del auto admisorio de la demanda; y mal podría traerse tal requisito del procedimiento civil cuando no existe vacío alguno en la reglamentación procedimental administrativa sobre este punto<sup>11</sup>.*

Así las cosas, la Subsección procederá a computar el término de caducidad sin tener en cuenta los postulados del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, puesto que no resultan aplicables a esta jurisdicción<sup>12</sup>.

## **5.2.- La caducidad en el caso concreto**

La norma aplicable de caducidad, para la época en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a este proceso, era el artículo 11 de la Ley 678 de 2001 (4 de agosto), cuyo contenido era el siguiente:

---

<sup>11</sup> En igual sentido, se pronunció la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de 23 de noviembre de 2017, exp. 49.937, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>12</sup> Consejo de estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de junio de 2019, exp. 45.647-

*La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.*

*Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas.*

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-394 de 2002, declaró exequible de forma condicionada la norma, bajo el mismo entendido indicado en la sentencia C-832 de 2001<sup>13</sup>, esto es, que el término de caducidad de la acción de repetición empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago total o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el inciso cuarto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, plazo que empezaría a contarse después de la ejecutoria de la providencia que ordenaba el pago.

Como quedó visto, se toma lo que ocurra primero en el tiempo, esto es, el pago de total de la suma a que se condenó o por la cual se concilió, o cuyo reconocimiento se realizó, o el vencimiento de los 18 meses a que se refiere el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo sin que se haya realizado el pago de tal suma, como el momento para que empiece a correr el término para ejercer el derecho de acción.

En el caso concreto, la condena impuesta al Sena, y por la cual pretende repetir en contra de los demandados, fue proferida el 24 de noviembre de 2000 por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Dicha decisión fue confirmada por esta Corporación el 4 de abril de 2002, la cual quedó debidamente ejecutoriada el 21 de agosto de ese mismo año (fol. 109 c. 1).

En el *sub lite*, el pago total de la condena se efectuó el 28 de noviembre de 2003, según se desprende del sello grabado en el certificado de egreso realizado al beneficiario del proceso antecedente, visible a folio 125 del c. 1.

En consideración a que la sentencia que condenó al Sena cobró ejecutoria el 21 de agosto de 2002, el plazo de 18 meses de que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984- corrió hasta el 22 de febrero de

---

<sup>13</sup> Providencia que declaró exequible de forma condicionada el numeral 9 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

2004, lapso dentro del cual se realizó el pago, este es el de fecha de 28 de noviembre de 2003.

En ese contexto, en este caso debe concluirse que el término de caducidad debe computarse desde el día siguiente al pago efectuado, por lo que el plazo máximo para interponer la demanda fue el 29 de noviembre de 2005 y, dado que aquella se presentó el 12 de agosto de 2005 (fol. 17 c. 1), resulta evidente que el ejercicio del derecho de acción fue oportuno.

## **6.- Análisis de la conducta**

En criterio de la entidad actora, los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra son responsables a título de dolo por la condena que le fue impuesta, en la medida en que la resolución 1017 de 1 de agosto de 1995 fue expedida para favorecer al señor Froilán Casas Ortiz, quien no cumplía los requisitos del cargo, por lo que la finalidad de ese acto no estaba dirigida a mejorar el servicio.

Conviene precisar que los hechos por los cuales se condenó al Sena en el proceso antecedente ocurrieron el 1 de agosto de 1995 –fecha de la resolución 1017-, esto es, cuando aún no estaba en vigencia la Ley 678 de 2001, por lo que la norma aplicable para estudiar la conducta imputada en este caso corresponderá al artículo 90 constitucional, los artículos 77 y 78 del Decreto 01 de 1984 y las estipulaciones que sobre dolo se encuentran en el Código Civil.

Por lo anterior, resulta pertinente aclarar que la Ley 678 de 2001, si bien debe ser aplicada en aspectos procesales<sup>14</sup>, lo cierto es que, en lo que toca a la conducta de los demandados, el análisis deberá realizarse a la luz de las normas sustanciales vigentes al momento de la comisión de esta.

La Sala<sup>15</sup>, a partir de lo previsto por el artículo 63 del Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia tienen determinado que la “*culpa*” es la conducta reprochable de quien generó un daño antijurídico, no querido por él, pero que se desencadena por omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de abril de 2020, exp. 54.593.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de diciembre de 2019, exp. 55645.

de su acto o, cuando habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Así mismo, reviste el carácter de “*culpa grave*” aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio.

Estas nociones, aunque propias del ámbito del derecho común, deben ser armonizadas con la órbita del servidor público, esto es, a la luz del “*principio de legalidad*”<sup>16</sup>, puesto que:

*Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de ‘culpa grave’ y ‘dolo’, la jurisprudencia (...) acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 (...) se distingue entre la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima, para efectos de señalar que culpa o negligencia grave es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios. Así mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo que, a su vez, se concibe como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro”.*

(...)

*En términos generales la doctrina autorizada ha sostenido, que el dolo hace referencia a ‘la intención dirigida por el Agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño’, mientras que la culpa grave tiene que ver con ‘aquella conducta descuidada del Agente estatal’, causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal<sup>17</sup>.*

De ahí que, en sede de repetición, la responsabilidad del agente estatal sólo pueda predicarse en la medida en que se compruebe su actuación dolosa o gravemente culposa. Por ello, es claro que bajo el régimen sustantivo anterior a la Ley 678 de 2001 tampoco bastaba con que se hubiera declarado la responsabilidad del Estado para que se declarara automáticamente la responsabilidad patrimonial del agente público, “*pues (...) se debe demostrar su*

---

<sup>16</sup> Por cuya virtud, “*la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley es la más importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso del gobernante. Principio de legalidad que busca la limitación del papel del ejecutivo (De Laubadère), en tanto éste se encarga de traducir la ley en la realidad y por lo mismo ella constituye a la vez fundamento y límite a su accionar (Rivero). De modo que la Administración actúa secundum legem en tanto actividad estatal sub-legal (Marienhoff)*”: “La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?”, en A.A.V.V., El derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo, Tomo II, Bogotá, Universidad de Medellín y Temis, 2010, pp. 481 y ss.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 16887, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

*culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, y luego de un debate probatorio sobre estas modalidades de actuación del Agente público que comprometen su responsabilidad”<sup>18</sup>.*

En tal virtud, el juez de la acción de repetición debe evaluar la conducta del agente público a la luz de las nociones de culpa grave o dolo para determinar si hay lugar o no a atribuirle responsabilidad, previo un juicio de valor de su conducta.

En este punto, es preciso reiterar que el régimen jurídico sustancial aplicable es el anterior a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, es decir, que no hay lugar en este caso a aplicar las presunciones legales o *iuris tantum*, que prevé dicha ley.

A pesar de que el análisis de la demanda estuvo enfocado a identificar de manera indistinta que la conducta de los agentes era por “*culpa grave y/o dolo*”, la Sala precisa que, en este evento, el estudio se circunscribirá al dolo, dado que resulta evidente que el acto administrativo se anuló con fundamento en la causal de desviación de poder, por lo que dicha decisión encuadraría en una conducta dolosa en sede de repetición.

En el caso concreto, se concluye que, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, no se acreditó que los accionados hubieran actuado con dolo, según lo establecido por el artículo 63 del Código Civil, por las razones que pasan a explicarse.

Valorado en conjunto el material probatorio, ha de decirse que se encuentran acreditados los siguientes hechos relacionados con la conducta de los ex funcionarios estatales:

Mediante resolución 30 de 1994, el Director General del Sena delegó, entre otros, las siguientes funciones en el Secretario General de la entidad pública: “5. *Declarar la insubsistencia del nombramiento de personal de libre nombramiento y remoción de la entidad, con excepción del personal directivo y de los instructores de tiempo parcial (...)* 7. *Dar posesión a las personas designadas para ocupar cargos en los niveles directivo y asesor, excepto los de subdirectores, directores*

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 3 de octubre de 2007, exp. 24.844, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

*regionales y el jefe 07 adscrito al despacho del Director General”* (fls. 405-428 c. 2).

Mediante resolución 105 de 5 de junio de 1995, la Directora Regional y el Jefe de la Subdirección Administrativa del Sena, encargaron al señor Froilán Tiberio Casas Ortiz del cargo de profesional grado 01 en el Centro de Comercio y Servicios, seccional Boyacá (fol. 20 c. 1).

Mediante la resolución 1017 de 1 de agosto de 1995, se declaró la insubsistencia del señor Abel Otálora Niño del cargo que venía desempeñando en el Sena como Jefe Grado 06 del Centro de Comercio y Servicios. Dicho acto no fue motivado<sup>19</sup> y, además, está suscrito por el Director General y el Secretario General de la entidad pública, señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Varela Algarra, respectivamente (fol. 378 c. 2).

Ese mismo día, a través de la resolución 1019, el Secretario General y la Jefe de División de Recursos Humanos del Sena, señores Andrés Gilberto Varela Algarra y Tulia María Avendaño Segura, encargaron al señor Froilán Tiberio Casas Ortiz, quien se desempeñaba como Profesional 01, del cargo de Jefe Grado 06 del Centro de Comercio y Servicios, seccional Boyacá. En este acto se dejó constancia de que *“se ordena mientras se provee la vacante y no podrá exceder de cuatro meses”* (fol. 19 c. 1).

En el acta 15 de 25 de agosto de 1995, el Comité Técnico de Centro, Regional Boyacá, dejó constancia de la recepción de hojas de vida para suplir el cargo de Jefe Grado 06. En efecto, en el documento obra la siguiente referencia: *“Froilán Casas Ortiz”* (fol. 382-383 c. 2).

En el acta 16 de 1 de septiembre de 1995, el Comité Técnico de Centro Regional Boyacá, en el orden del día, consignó que se discutiría sobre los aspirantes al cargo antes enunciado. A dicha reunión asistió el señor Froilán Casas Ortiz; no obstante, en el documento se dejó constancia de que abandonó la sala reuniones cuando se inició aquella diligencia (fls. 384-387 c. 2).

---

<sup>19</sup> Aunque, como se explicará más adelante, para la época no era un requisito de este acto administrativo.

Mediante resolución 1284 de 24 de octubre de ese mismo año, el Director General y el Secretario General del Sena, señores Carlos Hernán Peñalosa Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, nombraron al señor Froilán Tiberio Casas Ortiz en el cargo de Jefe Grado 06 del Centro de Comercio y Servicios, seccional Boyacá (fol. 18 c. 1).

En el Manual Específico de Funciones y Requisitos Mínimos establecido en la resolución 895 de 21 de junio de 1995, se consignó que, para el cargo de Jefe grado 06 del Sena, se requería título universitario en áreas administrativas, o directamente relacionadas con la especialidad del Centro de Formación y, además, 42 meses de experiencia en administración de instituciones educativas o docencia en áreas del sector económico (fls. 114-115 c. 1).

Mediante resolución 1225 de 6 de octubre de 1995, se actualizó el manual de funciones y requisitos mínimos del Sena para algunos cargos. Entre ellos, el de Jefe grado 06, para el cual se conservó el requerimiento de estudios antes anotado, pero, en relación con la experiencia se actualizó así *“cuarenta y dos meses (42) meses, relacionados con la formación profesional, pedagógica, administración de procesos educativos, administración o supervisión de la capacitación, administración de recursos humanos o administración general, planeación, dirección, asesoría o consultoría”*. Este acto fue suscrito por el señor Fernando Vargas Zúñiga, quien ejercía el cargo de Director General de la entidad, en encargo; así como por el Secretario General, señor Andrés Gilberto Varela Algarra (fls. 732-744 c. 3).

El 24 de noviembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Boyacá declaró la nulidad de la resolución 1017 de 1 de agosto de 1995 –declaratoria de insubsistencia- y, como restablecimiento del derecho, ordenó que al señor Abel Otálora Niño se le reintegrara a un cargo de igual o mayor categoría y que se le pagaran todos los emolumentos dejados de percibir hasta cuando se efectuara su vinculación. Como argumentos para su decisión, manifestó que se había demostrado una desviación de poder, dado que **i)** el señor Froilán Tiberio Casas Ortiz no cumplía con los requisitos para el cargo de Jefe Grado 06, tal como se podía establecer de su hoja de vida, y, además, **ii)** este participó en su propio proceso de selección. Así lo dijo:

*El encargo que se le hiciera al funcionario del Sena para reemplazar al demandante [se refiere al señor Otálora Niño], se efectuó con desconocimiento de lo preceptuado por el manual de funciones de la entidad, dado que el mencionado funcionario no cumplía con los requisitos para desempeñar el cargo de Jefe, Grado 06, que exigía para su desempeño título universitario en áreas administrativas o directamente relacionadas con la especialidad del centro de formación, es decir, Comercio y Servicios, puesto que su título profesional era en Filosofía. En concepto de la Sala no existe relación alguna entre las disciplinas señaladas por el manual de funciones para el cargo, con la filosofía. En cuanto a la experiencia, debía acreditarla en dirección de instituciones educativas o docencia en áreas del sector económico. Examinada la hoja de vida de este funcionario, se tiene que se había desempeñado como Capellán, desde el 1 de octubre de 1981 hasta el 11 de diciembre de 1988 y como Profesional Grado 01, con funciones de Capellán, desde el 12 de diciembre de 1988 al 6 de junio de 1995 (cuaderno 4 del expediente).*

*En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que con fundamento en los testimonios recepcionados no se pudo demostrar que la insubsistencia del actor hubiese sido motivada por razones de índole política de carácter partidista, tal como se puede constatar con la lectura y análisis de los mismos, los hechos que constan en los documentos que a continuación se relaciona, que obran en el expediente, ponen en evidencia un inexplicable favoritismo de la Dirección Regional como la Dirección Nacional por la persona que reemplazó al actor, tanto para promoverlo, como para pasarle por alto los requisitos mínimos exigidos en el manual de funciones para el desempeño del cargo de Jefe, Grado 06 del Centro de Comercio y Servicios, actuaciones que violan la ley y que no corresponden a los fines perseguidos por ella (...).*

*La Sala considera que la flexibilización de los requisitos de estudios y experiencia para desempeñar el cargo de Jefe, Grado 6 de Centro (sic), efectuada por la Dirección Nacional del Sena días antes de producirse el nombramiento en propiedad del reemplazante, incluyendo justamente el título de Filósofo que él ostentaba y disminuyendo especificidad (sic) a la experiencia requerida, para hacerla más general, el haberle dado posesión al reemplazante como encargado sin que cumpliera con los requisitos mínimos exigidos y luego haberlo nombrado en propiedad sin que tampoco cumpliera con los requisitos, no obstante la modificación del manual de funciones, lleva a la Sala junto con los demás indicios esbozados, a la conclusión de que la expedición del acto impugnado obedeció a fines ajenos al mejoramiento del servicio y se produjo bajo la presión de requerimientos por parte de la Directora Regional de Boyacá, con lo que se configuró la causal de nulidad consistente en desviación de poder que desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el acto impugnado, razón por la cual se accederá a declarar la nulidad (fls. 71-89 c. 1).*

El 4 de abril de 2002, esta Corporación confirmó la decisión de primera instancia, dado que la declaratoria de insubsistencia se basó en razones ajenas al mejoramiento del servicio, por cuanto se vinculó al señor Froilán Casas Ortiz sin cumplir los requisitos del cargo. Además, la modificación del manual de funciones y requisitos, realizada posteriormente, evidenciaba “la actitud desviada de la administración”. Así se expuso:

*En efecto, mediante resolución No. 1019 de agosto 1 de 1995, designó “con carácter de encargo” a Froylan Casas Ortiz (sic), quien, si bien en su haber intelectual contaba con importantes estudios, su formación no era afín con los requerimientos señalados en el manual de funciones y requisitos, puesto que, mientras este exigía título universitario en áreas administrativas o directamente relacionadas con la especialidad del Centro de Formación, el nuevo funcionario no la cumplía pues acreditó estudios universitarios en filosofía y teleología, ella no eran afines con el comercio y servicios, propios del cargo.*

*Por este aspecto, comparte la Sala la apreciación de la que cuando advierte que no existe relación alguna entre las disciplinas señaladas por el manual de funciones para el cargo, con la filosofía. En esos términos, para la Sala se pone en evidencia la actitud desvaída de la administración, pues no solo, desacató el manual de funciones y requisitos, sino que sin ninguna justificación retiró al servidor que en la evaluación de desempeño había sido calificado como el mejor en la regional del Sena en Boyacá (fls. 90-108 c. 1).*

### **6.1.- Conclusiones probatorias y estudio del caso**

De las pruebas traídas a colación, valoradas en conjunto y para efectos de desatar la impugnación, para la Sala resulta pertinente precisar lo siguiente:

- La resolución 1017 de 1995 fue anulada, porque en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se demostró una desviación de poder, dado que no fue expedida con el ánimo de mejorar el servicio. Esta ilegalidad se evidenció, porque el señor Froilán Tiberio Casas Ortiz no cumplía con los requisitos para ser nombrado en el cargo de Jefe Grado 06.
- La resolución 1017 de 1995 fue suscrita por el Director General y el Secretario General del Sena, señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra.
- La resolución 1017 de 1995 no fue motivada, por lo que su anulación se demostró con la confrontación de la hoja de vida del señor Froilán Tiberio Casas Ortiz y la del señor Otálora Niño; la verificación de los requisitos establecidos en las resoluciones 895 y 1225 de 1995 –manual de funciones y requisitos- y, finalmente, con el análisis de las resoluciones 1019 –encargo- y 1284 –de posesión- del señor Casas Ortiz.

En este punto, es importante destacar que los argumentos de los fallos del proceso nulidad y restablecimiento del derecho para efectos de decretar la nulidad de la resolución 1017 de 1 de agosto de 1995 tuvieron como fundamento una

desviación de poder. Esta ilegalidad se evidenció, porque el señor Froilán Tiberio Casas Ortiz no cumplía con los requisitos para ser nombrado en el cargo de Jefe Grado 06.

Para la Sala en el *sub judice* no se discute la posibilidad, en aquella época, que tenía el entonces Director General del Sena para ejercer su facultad discrecional para la declaratoria de insubsistencia, pues de ella podía disponer para los cargos de libre nombramiento y remoción, como lo era el Jefe Grado 06, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1950 de 1973. En efecto, desde un punto de vista formal la resolución 1017 de 1995 cumplía con los requisitos legales, pero, desde una perspectiva teleológica, no fue expedida para mejorar el servicio, tal como lo determinaron los operadores judiciales del proceso antecedente.

La causal de desviación de poder, según la doctrina<sup>20</sup>, tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o una autoridad competente persigue fines diferentes a los que ha fijado el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, cuando con su expedición no se pretende satisfacer el interés general, la búsqueda del bien común o el mejoramiento del servicio público. Dicho concepto coincide con la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado cuando manifestó que:

*[L]a causal de nulidad de los actos administrativos, por desviación de poder (...) se presenta cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tienen en cuenta motivos distintos a aquellos para los cuales se le confirió el poder, esto es, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se configura, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley<sup>21</sup>.*

Ahora bien, no desconoce la Subsección que la forma como fue expedida la resolución 1017 de 1995, es decir, sin motivación, genera dificultades a la hora de establecer cuáles fueron los fines que los funcionarios tuvieron en el ejercicio de sus atribuciones en el Sena y, de esa manera, determinar, de manera directa, si sus móviles estuvieron o no viciados por supuestos distintos a los de mejorar el

---

<sup>20</sup> Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Séptima Edición. Bogotá, 2016, pág., 553.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de julio de 2015, exp. 0596-14, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

servicio<sup>22</sup>. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corporación ha considerado que, en estos casos, la ilegalidad se acredita, regularmente, a través de medios indirectos, como los indicios:

*Es sabido que la desviación de poder es evidentemente más difícil de probar que los otros vicios del acto administrativo, puesto que se trata de establecer la intención psicológica de su actor (...) como la prueba de la desviación de poder se puede encontrar rara vez de manera directa, por confesión del autor del acto (...) el juez administrativo se ve forzado a admitir una prueba indirecta. Y entre las muchas pruebas indirectas, una de las que se presenta con mayor asiduidad, es la del indicio, definido entre otros como el objeto material o circunstancial de hecho que permite formular una conjetura y sirve de punto de partida para una prueba<sup>23</sup>.*

Es claro que la finalidad del acto administrativo debe ser tenida en cuenta por la autoridad administrativa para el momento de ejercer su competencia y esta debió tener como propósito el interés general y, en concreto, el mejoramiento del servicio<sup>24</sup>. Por esta razón, para el caso concreto, en el que la responsabilidad es personal, debe demostrarse que esa desviación de poder es imputable a los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, es decir, que suscribieron la resolución con una finalidad distinta a la del mejoramiento del servicio.

Es evidente para la Subsección que la decisión en el proceso antecedente tuvo como *ratio decidendi* la falta del cumplimiento de los requisitos del señor Froilán Tiberio Casas Ortiz para ejercer el cargo para el cual había sido nombrado y que con aquel hecho era evidente que la resolución 1017 de 1995 era ilegal por desviación de poder; no obstante, para determinar que fue la conducta de los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra la que ocasionó dicha anulación, debe establecerse en sede de la repetición, de manera directa, que el señor Casas Ortiz carecía de aquellos requisitos.

---

<sup>22</sup> Para la doctrina, los actos que carecen de motivación presentan dificultades prácticas para efectos de demostrar que fueron expedidos con desviación del poder. Así lo expone: “*para controvertir la desviación de poder con mayores posibilidad de éxito, se revela necesaria o exigible la motivación de todos los actos administrativos (principio general), como una mínima garantía en afirmación de la racionalidad de la decisión, del derecho subjetivo y una tutela jurisdiccional efectiva sobre el ejercicio de la potestad estatal, restringiendo la voluntad de las leyes que exceptúan la motivación de los actos discrecionales*”. Jairo Enrique Solano Sierra, *Derecho procesal contencioso administrativo*, (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014), 268.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de mayo de 1993, exp. 5526, M.P.: Carlos Arturo Ojeda.

<sup>24</sup> Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, (Bogotá: Temis, 2013), 328.

Así, conviene precisar que la virtud probatoria de los fallos del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho tienen el alcance de demostrar que la nulidad de la resolución 1017 de 1995 se hizo por una desviación de poder, pero de ellos no es posible inferir que, en efecto, el señor Froilán Tiberio Casas Ortiz no cumplía con los requisitos del cargo, pues su hoja de vida no se trajo como prueba a este expediente. Además, de los demás elementos probatorios no es posible determinar cuáles eran los títulos profesionales y mucho menos la experiencia que tenía para efectos de llegar a las mismas conclusiones del operador judicial del proceso antecedente<sup>25</sup>.

Por lo anterior, a falta de aquel material probatorio, la Sala no puede, ni siquiera por vía indiciaria, confrontar que el acto administrativo vulneró el ordenamiento jurídico al haberse proferido con una intención distinta a la mejorar el servicio de la entidad pública.

Esta Corporación en varias oportunidades ha señalado que la sentencia judicial que condena al Estado no es prueba suficiente de la conducta del agente, pues al tratarse de un proceso contencioso y declarativo de responsabilidad, debe acreditarse plenamente la existencia de los elementos que constituyen la culpa grave o el dolo. Así ha sido expuesto en reiteradas ocasiones:

*[L]a motivación de la sentencia judicial que imponga una condena patrimonial a cargo de una entidad pública y el pago de la misma no son pruebas idóneas para establecer per se la responsabilidad del demandado en acción de repetición. En efecto, en aquellos casos en los cuales la acción de repetición se fundamenta únicamente en las consideraciones que dieron lugar a la imposición de una condena, la Sala ha sostenido que estas no son suficientes para comprometer al demandado ni para concluir que su actuación hubiere sido dolosa o gravemente culposa, dado que la conducta imputada debe ser demostrada en el proceso de repetición en aras de garantizar a favor del demandado el debido proceso, puesto que la acción de repetición es autónoma e independiente respecto del proceso que dio origen a la misma<sup>26</sup>.*

Ahora, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que, si bien las motivaciones de la sentencia no constituyen plena prueba para acreditar la responsabilidad del demandado, sí son el punto de partida necesario para efectos de establecer cuál

---

<sup>25</sup> Se deja constancia que dicha prueba no fue solicitada en la demanda y mucho menos fue decretada de manera oficiosa en el auto de pruebas de 17 de marzo de 2010 (fls. 12-15 c. 1, 353-357 c. 2).

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 27.779, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

es el hecho irregular que, en criterio de la entidad pública demandante, habría sido cometido con dolo o culpa grave por parte del demandado<sup>27</sup>.

Es claro para la Sala, de conformidad con el material probatorio arrimado al proceso, que la conducta de los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra no está plenamente probada, ya que para demostrar ese hecho se echa de menos las hojas de vida de quienes fueron destinatarios de los actos de insubsistencia y, posterior, nombramiento en la planta de personal del Sena.

Véase que cuando la demanda de repetición ha tenido prosperidad en estos casos, el análisis subjetivo de la conducta ha partido de la base de valorar si con el nuevo acto de nombramiento se mejoró o no el servicio público, para lo cual se realizó una valoración probatoria de los requisitos del cargo, en punto a establecer, por ejemplo, la experiencia requerida<sup>28</sup>.

Bajo ese contexto, conviene dejar claro que al plenario no fue allegada la hoja de vida del señor Froilán Tiberio Casas Ortiz para efectos de determinar directamente que no cumplía con los requisitos establecidos en el Manual Específico de Funciones y Requisitos Mínimos establecido en la resolución 895 de 21 de junio de 1995 y su posterior actualización –resolución 1225-. En pocos términos, las pruebas recaudadas en el curso de nulidad y restablecimiento del derecho no pueden ser apreciados por la Sala, porque no obran en el expediente de la acción de repetición, y no es posible valorarlos indirectamente, a partir de los fundamentos de las sentencias que anularon el acto administrativo, para proceder a declararlos patrimonialmente responsables.

A la Sala no le cabe duda de que la resolución 1017 de 1995 fue anulada por haberse configurado una desviación de poder; no obstante, el análisis de legalidad del acto administrativo dista del estudio de la conducta de los agentes o ex agentes estatales. En efecto, si bien en el proceso de nulidad y restablecimiento pudieron configurarse los elementos para declarar su ilegalidad, ello no significa que, en todos los eventos, pueda individualizarse dicha conducta a un servidor en específico.

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente No. 33450, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de agosto de 2018, exp. 52.462, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Aquello cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que varios de los actos que incidieron en la declaratoria de nulidad fueron proferidos por múltiples empleados públicos, por lo que, si los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra pudieron o no tener incidencia en los actos posteriores, lo cierto es que, del material probatorio que se allegó al proceso, no puede concluirse que tuvieron injerencia en las decisiones subsiguientes.

En consecuencia, a pesar de que se estableció que los demandados suscribieron la resolución 1017 de 1995, lo cierto es que, a falta de las pruebas que se estimaron como primordiales para decretar la ilegalidad de ese acto, resulta imposible determinar o llegar a las conclusiones a las que arribó el juez de aquel sumario para adjudicar responsabilidad en este asunto.

Debe dejarse claro que no quiere decir la Sala que en el proceso de nulidad y restablecimiento el operador judicial hubiere errado, sino, en cambio, que ese aspecto teleológico que identificó como trasgredido objetivamente no es posible imputarlo a los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra.

Con todo, vale aclarar que en el expediente no obra prueba de que el señor Andrés Gilberto Varela Algarra tuviera funciones nominadoras para la expedición de la resolución 1017 de 1995 y mucho menos que están le hubieran sido otorgadas por vía de la delegación, lo cual resultaría apenas improbable si se tiene en cuenta que quien sí tenía la competencia para expedir el acto, el Director General del Sena, también lo firmó.

Así, no hay coherencia entre el hecho que produjo el pago de la condena y la imputación realizada en sede de repetición, pues el supuesto desmejoramiento del servicio no fue demostrado en el expediente, ya que no se trajeron las hojas de vida de los señores Abel Otálora Niño y Froilán Casas Ortiz y tampoco obra otro documento que permita a la Sala llegar a imputar la desviación de poder a los impugnantes. Por esta razón, como no es posible endilgarles la responsabilidad a los apelantes, se torna innecesario seguir ahondando en los demás cargos de censura planteados en las apelaciones.

En todo caso, conviene aclarar que la decisión del juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial o en sede de legalidad no ata al juez de la repetición, ya que, como lo ha sostenido esta Sección<sup>29</sup>, en esta sede judicial pueden hacerse valoraciones y calificaciones distintas, en la medida en que la decisión ya no versa sobre la responsabilidad del Estado o la legalidad de sus actuaciones administrativas, sino sobre la conducta del agente.

En otras palabras, dado el carácter autónomo e independiente que el legislador le imprimió al ejercicio de la acción de repetición, la condena a una entidad estatal a través de un juicio previo y totalmente diferente al de la referencia no implica automáticamente la responsabilidad del agente o ex agente estatal que eventualmente hubiere dado lugar a la misma o que hubiere participado en los hechos correspondientes, pues la conducta que se le endilga a este debe quedar establecida de manera plena e individualizada en el respectivo proceso de repetición<sup>30</sup>.

A juicio de la Sala, el solo hecho de que en el fallo condenatorio que dio lugar a la presente controversia se hubiere concluido con la responsabilidad del Sena, no es razón suficiente para endilgarles responsabilidad a los demandados, a título de dolo. Si así fuera, bastaría con la constatación de los requisitos objetivos (existencia de condena, prueba del pago y condición de agente o ex agente estatal) para predicar, sin excepciones, la responsabilidad patrimonial del demandado.

A todo lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. De ahí que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, radicado 41001233100019980000101, interno 29.222.

<sup>30</sup> Sobre el particular, ver, entre otras, las sentencias del 11 de febrero de 2009, expediente 33.450, y del 22 de julio de 2009, expediente 22.779, ambas con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>31</sup> Al respecto, conviene recordar de manera más detallada lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de*

que le impone esta norma legal, toda vez que –se reitera-, no allegó al proceso pruebas suficientes para determinar la conducta desplegada por los demandados.

Por todo lo dicho, se concluye que no fue probada la imputación realizada en contra de los señores Carlos Hernán Peñaloza Martínez y Andrés Gilberto Varela Algarra, por lo que se modificará el fallo de primera instancia en relación con la declaratoria de su responsabilidad, pero se conservará, por no ser objeto de la apelación, el ordinal que declaró la falta de legitimación de los señores José Demetrio Galvis Hernández, Tulia María Avendaño Segura y Gladys Stella Álvarez Buitrago.

## **7. Condena en costas**

La Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

### **FALLA**

**MODIFICAR** la parte resolutive de la sentencia recurrida, esto es, la proferida en el proceso de la referencia el 16 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión de Descongestión 9, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, con relación a los señores José Demetrio Galvis Hernández, Tulia María Avendaño Segura y Gladys Stella Álvarez Buitrago.

---

*conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núm. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: “carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”. Ídem. pág. 406.*

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**QUINTO:** Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Firmado electrónicamente*

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

*Firmado electrónicamente*

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

VF