



COMUNICADO 29

Agosto 6 de 2021

SENTENCIA SU-259/21

M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Expediente: T-7.948.907

LA CORTE CONCLUYÓ QUE, DE ACUERDO CON LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN, LA FUNCIÓN RETRIBUTIVA QUE LE HA ASIGNADO LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA SUJECIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, LA VALORACIÓN DE LA CULPABILIDAD REALIZADA POR EL CONSEJO DE ESTADO CONTRA EL EXALCALDE ENRIQUE PEÑALOSA FUE EQUIVOCADA, EN TANTO A PARTIR DE UNA INTERPRETACIÓN DEL ESTÁNDAR DE CULPA GRAVE, DIO POR PROBADO, SIN ESTARLO, QUE EL COMPORTAMIENTO DEL AGENTE FUE DESCUIDADO O NEGLIGENTE.

1. Antecedentes fácticos

A través de Resolución 795 del 18 de septiembre de 1998, Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes, en calidad de alcalde mayor y Secretario de Hacienda, respectivamente, con fundamento en la facultad discrecional declararon insubsistente a la señora Clara Esperanza Salazar Arango quien se desempeñaba como Subdirectora de Hacienda del Distrito Bogotá al tratarse -a su juicio- de un cargo de libre nombramiento y remoción, según concepto emitido por el Departamento Administrativo del Servicio Civil del Distrito el 4 de septiembre de 1998.

La señora Salazar Arango inició demanda de nulidad y restablecimiento del derecho alegando que ostentaba derechos de carrera administrativa, según concepto de la Comisión Nacional del servicio Civil que indicaba que dicho cargo "no escapa del régimen de carrera". El 14 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la Resolución 795 de 1998. Ordenó el reintegro de la empleada y condenó a la entidad al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir. Consideró que, (i) la administración desconoció el procedimiento establecido para el retiro de funcionarios de carrera administrativa, pues (ii) la empleada estaba inscrita en el escalafón de la carrera administrativa; y, (iii) su nombramiento había sido actualizado en el Registro Público de Empleados de la Carrera Administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC). La anterior decisión fue confirmada en segunda instancia por la Subsección A de la sección Segunda del Consejo de Estado el 22 de mayo de 2003. No obstante, ordenó descontar las sumas percibidas por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el

tiempo en que estuvo retirada del servicio. Al resolver el recurso de súplica interpuesto por la demandante, la Sala Plena de esa misma Corporación ordenó al distrito pagarle tales descuentos. El 25 de septiembre de 2008, la Administración Distrital ordenó el pago del dinero descontado¹.

El 15 de diciembre de 2004, el Distrito Capital inició acción de repetición contra los señores Enrique Peñalosa Londoño y Carlos Alberto Sandoval Reyes. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 19 de mayo de 2010 negó las pretensiones. La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 27 de agosto de 2018 revocó la anterior decisión. Dispuso absolver de responsabilidad a Carlos Alberto Sandoval Reyes y, declarar patrimonialmente responsable al señor Enrique Peñalosa Londoño, a título de culpa grave y condenarlo a pagar al distrito la suma de \$595.357.778,82.

El señor Enrique Peñalosa interpuso acción de tutela contra la providencia del 27 de agosto de 2018. Consideró que incurrió en (i) violación directa de los artículos 29 y 229 de la Constitución Política dado que fue dictada por una magistrada y una conjuez; (ii) violación directa del artículo 90 de la Constitución dado que la autoridad judicial no tuvo en cuenta que el obrar del actor fue diligente en tanto que su decisión se apoyó en un concepto rendido por la Dirección del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital; (iii) defecto sustantivo debido a que l desconoció el régimen de responsabilidad subjetiva propio de la acción de repetición, pues no se evidenció dolo o culpa grave, en los términos del artículo 63 del Código Civil; y, (iv) defecto fáctico teniendo en cuenta que no valoró debidamente las pruebas aportadas al proceso a través que desvirtuaban la existencia del dolo o culpa grave en su actuación. Pidió protección del derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, dejar sin efecto la sentencia del 27 de agosto de 2018.

2. Decisión

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

Segundo. TUTELAR el derecho al debido proceso del Señor Enrique Peñalosa Londoño por las razones que se esbozaron en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia que emitió la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de agosto de 2018 por medio de la cual revocó la decisión del

¹ Respecto del monto adicional de la condena el Distrito inició otra acción de repetición contra los funcionarios que no fue cuestionada en este expediente. El 27 de junio de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones. El 3 de agosto de 2020, la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado revocó la decisión del *a quo* y declaró de oficio la excepción de cosa juzgada parcial porque la sentencia del 27 de agosto de 2018 (sentencia que es objeto de revisión en esta oportunidad), resolvió una acción de repetición con identidad de parte, objeto y causa. Condenó al señor Enrique Peñalosa a reintegrar la suma de \$181.011.161 a favor del Distrito Capital.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de la demanda de reparación adelantada en el asunto en contra del señor Enrique Peñalosa.

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

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

3. Síntesis de los fundamentos

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

De manera inicial, la Corte descartó la improcedencia de la acción de tutela respecto del cuestionamiento sobre la conformación de la Subsección B, dado que el actor interpuso incidente de nulidad contra la sentencia del 27 de agosto de 2018, que fue rechazado de plano el 11 de octubre de 2019. En dicha providencia se indicaron las circunstancias que dificultaron la conformación de la sala de decisión del proceso de repetición, concluyendo que el quorum deliberatorio y decisorio estuvo debidamente integrado. Por esto, la Sala encontró que el cuestionamiento advertido por el actor en el escrito de nulidad, y que reitera nuevamente en la acción de tutela, encaja dentro del numeral 6° del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, esto es “[e]xistir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”. En consecuencia, el mecanismo idóneo para resolver la nulidad originada en la sentencia es el recurso extraordinario de revisión y, como el accionante no lo agotó, la acción de tutela debe declararse improcedente respecto del referido defecto.

Por lo demás, la Corte encontró que en el presente asunto la acción de tutela se estima procedente. Así, después de hacer una valoración de los expedientes y de la jurisprudencia constitucional y administrativa que rigen la materia, la Corte concluyó que la decisión que se ataca por la vía de acción de amparo, desconoció el inciso 2° del artículo 90 de la constitución e incurrió en un defecto sustantivo dado que la sentencia cuestionada desconoció el principio de culpabilidad que debe orientar el

análisis de la conducta (responsabilidad personal) de los funcionarios públicos en tratándose de la acción de repetición en punto del dolo o la culpa grave; e incurrió, asimismo, en un defecto fáctico por una indebida valoración de la conducta que llevó a concluir de modo objetivo y no a partir del análisis de responsabilidad subjetiva, una culpa grave en el funcionario, atendiendo las razones que se expondrán a continuación.

Encontró la Sala Plena que, de acuerdo con la naturaleza de la acción de repetición, la función retributiva que le ha asignado la jurisprudencia constitucional y la sujeción al principio de proporcionalidad, la valoración de la culpabilidad realizada por el Consejo de Estado fue equivocada, en tanto a partir de una interpretación equivocada del estándar de culpa grave, dio por probado, sin estarlo, que el comportamiento del agente fue descuidado o negligente.

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

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

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

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

uno de sus subalternos ha actuado conforme a su rol, entonces la función administrativa colapsaría ya que este debe verificar si sus subalternos han obedecido su catálogo funcional.

Siguiendo el precedente de la sentencia SU-354 de 2020, frente a la desvinculación de un servidor público fundado en un concepto previo de la oficina jurídica “no cabe señalarse que la responsabilidad siempre deba ser imputada al jefe de la entidad, así como que todas las fallas interpretativas o de criterio de las dependencias le sean directamente atribuibles”. Consideración que encuentra apoyo en el principio de la buena fe. En ese sentido resulta razonable considerar que un funcionario que adopta las determinaciones estructurales de la entidad no puede valorar de manera detallada cada una de las situaciones administrativas. Precisamente con el propósito de no equivocarse y de actuar con sujeción a los principios de la función administrativa se atribuye dicha tarea a otros servidores cuya función consiste en sugerir o advertir las posibilidades y riesgos de los diferentes cursos de acción.

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

La consideración de que un concepto previo de la CNSC en el que se expresaba que la funcionaria estaba inscrita en carrera administrativa eliminaba la posibilidad de apoyarse en un concepto del Departamento Administrativo, resulta equivocada en lo que tiene que ver con la calificación de la culpa grave, pues era razonable que el accionante asumiera -en virtud del principio de confianza- que la oficina del distrito valoraría, conforme a su responsabilidad, todas las circunstancias y extremos del debate, incluso aquellos aspectos discrepantes con la Comisión Nacional del Servicio Civil.

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