

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil seis (2006)

MAGISTRADO PONENTE: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Referencia: Expediente Número 30113

Radicación No.: 73001 2331 000 19990269201

Actor: CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA.

Demandado: FRANCISCO JOSÉ PEÑALOSA CASTRO y OTROS.

Naturaleza: ACCIÓN DE REPETICIÓN

En virtud de la prelación de fallo decidida en sesión del 5 de mayo de 2005, según consta en Acta No. 015 de esa fecha, corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA., en contra de la Sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala de Descongestión, el 25 de noviembre de 2004.

ANTECEDENTES:

1. Demanda.

El 19 de noviembre de 1999, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de repetición, el CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA., presentó demanda en contra de los señores FRANCISCO JOSÉ PEÑALOSA CASTRO, YESID PAREJA MOLINA, ALVARO FREDDY BERMÚDEZ SALAZAR y LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO en su calidad de miembros de la Asamblea General de dicha sociedad, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran la siguientes declaraciones y condenas (fls. 98 a 108)

*"1.- Que los señores **FRANCISCO J PEÑALOZA CASTRO** en su condición de presidente de la Junta Directiva del Centro de Diagnóstico Automotor de Ibagué, **YESID PAREJA MOLINA**, en su condición de secretario de Tránsito y Transporte Municipal, **ÁLVARO FREDDY BERMÚDEZ**, en su condición de Asesor Regional del Ministerio de Transporte y **LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO**, en su condición de Director General del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Tolima, todos ellos miembros de la Asamblea General de Socios Centro de Diagnóstico Automotor de Ibagué Limitada, hoy Centro de Diagnóstico Automotor de Tolima Limitada para la época de los hechos, son solidariamente responsables por culpa grave o dolo en su actuación y concretamente en la toma de decisión del nombramiento del Gerente de la Sociedad Centro de Diagnostico Automotor de Ibagué Limitada, hoy Centro de Diagnóstico Automotor de Tolima Limitada, mediante reunión de Asamblea General Extraordinaria de dicho órgano llevada a cabo el día 30 de junio de 1995 y plasmada en acta de Asamblea General de la misma fecha, como desarrollo del punto tercero de esta y a la postre dieron origen a la sentencias condenatorias contra la sociedad, proferidas por el Tribunal Administrativo del Tolima y Consejo de Estado*

*2.- Como consecuencia de la anterior declaración se condenen (sic) a los señores **FRANCISCO J PEÑALOZA CASTRO**, **YESID PAREJA MOLINA**, **ALVARO FREDDY BERMÚDEZ** y **LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO**, al pago total de la suma que la Sociedad Centro de Diagnóstico Automotor del Tolima Ltda., fue condenada a pagar al doctor **CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ**, o del monto de lo que correspondiere según lo estime esa jurisdicción; pagó que deberá realizar a favor de la **SOCIEDAD CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA.***

*3.- Que el monto de la condena que se profiera contra los señores **FRANCISCO J PEÑALOZA CASTRO**, **YESID PAREJA MOLINA**, **ALVARO FREDDY BERMÚDEZ** y **LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO**, sea actualizado hasta el momento del pago efectivo.*

4.- Que se condene en costas a los demandados. (...)"

Los hechos:

En resumen, la parte actora da cuenta de la existencia de la entidad CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ, creado mediante Escritura Pública No. 2912 del 30 de diciembre de 1991, como sociedad de economía mixta del tipo de las descentralizadas indirectas del orden Departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que mediante Escritura Pública No. 1294 del 18 de junio de 1992 fue transformada en una sociedad de economía mixta de responsabilidad limitada del orden departamental y cuyos socios, desde su conformación, son el Departamento del Tolima, el Municipio de Ibagué, el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte hoy Ministerio de Transporte, el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte, el Terminal de Transporte de Ibagué S.A., y la Cooperativa de Transportadores del Sur del Tolima; mediante Escritura Pública No. 4884 del 18 de diciembre de 1997, cambió su razón social a la de **Centro de Diagnostico Automotor del Tolima Ltda.**

El 16 de junio de 1995, la Junta Directiva de la sociedad, convocó a Asamblea General Extraordinaria, que se llevó a cabo el día 30 de junio de 1995 y durante el transcurso de la misma, sin tener competencia para ello, se cambió el orden del día para incluir en el numeral 3° el estudio de "Nombramiento de Gerente de la sociedad", siendo designado como nuevo gerente el señor FERNANDO DE PAULA ROJAS LEAL, concretándose de esta manera, "...una insubsistencia tácita del Gerente titular, CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ.

Mediante providencia del Tribunal Administrativo del Tolima proferida el 21 de julio de 1997 y confirmada por el Consejo de Estado en Sentencia del 13 de agosto de 1998, se declaró la nulidad del numeral 3° de la mencionada acta, en lo que respecta al nombramiento del nuevo Gerente de la Sociedad y la declaratoria tácita de insubsistencia del anterior, por considerar que dicha decisión estaba viciada de falta de competencia, dado que ésta le correspondía al Gobernador del Departamento y no a la Asamblea General Extraordinaria de Socios, y se condenó a la sociedad a reintegrar al señor OSSA HERNÁNDEZ al cargo de gerente o a uno de igual o superior jerarquía y a pagarle todos los sueldos y prestaciones sociales que dejó de devengar desde la fecha en que se produjo su separación del servicio y hasta la fecha del reintegro.

El 9 de diciembre de 1998, la sociedad Centro de Diagnóstico Automotor del Tolima Ltda. reintegró al señor CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ al cargo de Gerente.

De igual manera, el Centro de Diagnóstico Automotor del Tolima Ltda., a la fecha de la sentencia había cancelado el monto de \$166' 174.217 de una obligación pendiente por valor de \$266.174.217,00, por lo cual le adeuda aún la suma de \$100.000.000

En la fundamentación jurídica de la demanda, la actora sostuvo que los demandados obraron con culpa grave al desconocer las normas constitucionales y legales que le atribuían la competencia al Gobernador del Departamento para nombrar a los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado, a las cuales ella se asimila en virtud de la composición de su capital, y que además era un tema del que ya habían conocido con anterioridad, cuando se disponían a nombrar al anterior Gerente y le solicitaron al Gobernador que lo hiciera él por ser el competente; y que en tales condiciones. no habla duda de que actuaron con culpa grave, por cuanto su conducta negligente fue la causa de la condena judicial a la que se vio abocada la entidad demandante.

2. La Contestación de la demanda.

El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente a los siguientes demandados: **YESID PAREJA MOLINA, LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO y FRANCISCO JOSÉ PEÑALOSA CASTRO;** y por edicto emplazatorio a **ALVARO FREDDY BERMÚDEZ** (fls. 115 a 118, 126 y 166, 195).

En la contestación de la demanda, el señor **YESID PAREJA MOLINA**, quien manifestó que fue Secretario de Tránsito del Departamento y ex miembro suplente de la Junta de Socios del Centro de Diagnóstico Automotor del Tolima Ltda., se opuso a las pretensiones y manifestó que en ningún momento ha sido declarado culpable en juicio alguno, por culpa grave o dolo de acuerdo con el artículo 90 de la Carta Política, puesto que no fue citado al proceso que culminó con la condena de la entidad demandante, ni pudo ejercer su derecho de defensa; por otra parte, argumentó que la Junta no declaró insubsistente al gerente en funciones ni nombró a otra, que simplemente se presentó una hoja de vida y se aprobó, y que él era consciente de que aquellas decisiones debía tomarlas el Gobernador mediante actos administrativos; no obstante, sostuvo el demandado, él no volvió a asistir a reuniones de la Junta y más tarde fue despedido de su cargo por el Alcalde; su actuación estuvo ajustada a la ley, y no obró con dolo ni culpa grave, correspondiéndole a la demandante la carga de la prueba sobre este extremo (fls 120 a 125).

Los señores **ALVARO FREDDY BERMÚDEZ SALAZAR**, y **LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO**, actuando a través del mismo apoderado, se opusieron a las pretensiones y propusieron las excepciones que denominaron "inexistencia de responsabilidad por el hecho de la presunción de buena fe" e "inexistencia de la prueba de dolo o culpa grave", argumentando que actuaron de acuerdo con lo establecido por los estatutos, en cuanto disponían que una de las funciones de la Junta Directiva es la de nombrar y remover libremente al Gerente de la Compañía; y dado que a la luz que las disposiciones legales, específicamente el artículo 464 del C. de Co., las sociedades de economía mixta con aportes estatales del 90% o más del capital, se someten a las disposiciones de las empresas industriales y comerciales del Estado, y en tal caso, un mismo órgano o autoridad puede cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva, en el presente caso los miembros de la asamblea general de socios obraron de buena fe, considerando que tenían la competencia para actuar como lo hicieron y que simplemente estaban aplicando los estatutos; lo contrario podría predicarse, "...si por ninguna parte del contrato social plasmado en los estatutos del Centro de Diagnóstico Automotor del Tolima, entidad demandante, no apareciera tal atribución, la de designar al Gerente de la sociedad"; y por otra parte, sostuvieron los demandados que a la actora le correspondía probar que su actuación fue dolosa o gravemente culposa y que no obraba en el proceso dicha prueba (fls. 171 y 179).

El señor **FRANCISCO JOSÉ PEÑALOSA CASTRO**, si bien se notificó personalmente de la demanda, cuando ésta fue adicionada con pruebas, no fue posible notificarlo nuevamente, por lo que se hizo a través de edicto emplazatorio y se le nombró curador ad-litem, quien contestó la demanda ateniéndose a lo que resultara probado en el proceso (fls. 117, 190, 195, 201, 203 y 204).

Decretadas y practicadas las pruebas pedidas por las partes, se corrió traslado para alegar, término dentro del cual sólo intervino la parte actora, quien reiteró la responsabilidad de los demandados por haber obrado con culpa grave al desconocer flagrantemente las normas constitucionales y legales que disponían la competencia del Gobernador para nombrar y remover al gerente de la sociedad, teniendo en cuenta además, que *"...los exfuncionarios que tomaron la decisión son de reconocida trayectoria en el ejercicio de la cosa pública"*.

3. La Sentencia de Primera Instancia.

Tramitado el proceso, el Tribunal Administrativo del Tolima profirió Sentencia el día 25 de noviembre de 2004, en la cual negó las pretensiones de la demanda por considerar que:

"...es potestad del señor Gobernador designar o remover del cargo al Gerente de dicha sociedad, pero igualmente se establece que en el acta de la Asamblea General extraordinaria del 30 de junio de 1995 fue firmada por el señor Gobernador, para la remoción del cargo de Gerente al señor Eduardo Ossa Hernández. Ahora, si el mismo Gobernador del Departamento del Tolima el señor Francisco José Peñalosa (para la época de los hechos), hacia parte de la Junta Directiva de la sociedad, se encuentra que para el análisis si se presentó un obrar doloso o gravemente culposo por parte de los miembros de dicha junta, el hecho de que el señor Gobernador de la época haya participado de la decisión, permite concluir a la Sala que dicha conducta no se presentó, pues el Gobernador aprobó la hoja de vida del presunto nuevo

gerente y la insubsistencia del gerente, señor Ossa Hernández. El acta está firmada por éste, en calidad de Gobernador y de Presidente de la Junta Directiva.

Por lo anterior, este Tribunal no encuentra probado ni el dolo ni la culpa grave en el caso que nos ocupa por los señores demandados" (fls. 44 a 50).

4. El Recurso de Apelación:

El **CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por considerar que, contrario a lo sostenido por el **a-quo**, el hecho de que el Gobernador -quien era el competente para nombrar y remover al gerente de la sociedad-, como miembro de la Asamblea de Accionistas y Presidente de la Junta Directiva, hubiera aprobado la hoja de vida del nuevo gerente y la insubsistencia del que ocupaba en ese momento el cargo, no convalida el vicio de falta de competencia de ese órgano social para tomar tales decisiones, ni desvirtúa el hecho de que los funcionarios demandados desconocieron abiertamente el régimen legal y estatutario y por lo tanto obraron en forma gravemente culposa, causándole a la entidad demandante el daño año cuya reparación se demanda (fls. 238 a 242).

5 Intervenciones en Segunda Instancia

Admitido el recurso de apelación, se corrió traslado a las partes para alegar, término dentro del cual rindió concepto la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, en el que consideró que debían despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda, por cuanto se reúnen los requisitos para ello, toda vez que el **CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA**, fue condenado a pagar el daño causado al señor Carlos Eduardo Ossa Hernández por su irregular desvinculación como gerente de dicha entidad, ésta le pagó la suma impuesta por la condena de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y dicha condena se produjo como consecuencia del obrar gravemente culposo de los demandados, ex - funcionarios públicos que se tomaron atribuciones que no eran de su competencia; sobre este último requisito, la Procuraduría Delegada considera que los funcionarios actuaron a sabiendas de que la competencia le correspondía al Gobernador, porque esa era una discusión que ya se había presentado al interior de la sociedad, a tal punto, que quien fungía como gerente en el momento de los hechos, había sido precisamente nombrado mediante decreto del mandatario departamental (fls. 254 a 292).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, previos los siguientes razonamientos:

1- La acción de repetición.

El artículo 90 de la Constitución Política, establece la responsabilidad patrimonial del Estado cuando por hechos que sean imputables a la acción u omisión de las autoridades públicas, se ocasionen daños antijurídicos a terceros y en el inciso segundo, establece el deber que tiene el Estado de obtener de sus funcionarios el reembolso de las indemnizaciones que deba pagar por causa de tal responsabilidad -lo cual puede suceder en virtud de una sentencia o una conciliación-, cuando a su vez el hecho haya sido producto de una actuación dolosa o gravemente culposa de aquellos, estipulando la acción de repetición, en los siguientes términos:

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

Ya con anterioridad a la Carta de 1991, existían en nuestro ordenamiento varias disposiciones que se referían a la responsabilidad de los funcionarios estatales por los daños que ocasionaren con su actividad; por ejemplo, el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970)¹, consagra la responsabilidad de los magistrados y jueces por los perjuicios que causen a las partes, en 3 eventos:

1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad
2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto
3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

¹ Posteriormente, la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y los empleados judiciales fue regulada por la Ley 270/96, Estatutaria de la Administración de Justicia, en sus artículos 65 a 74: específicamente los artículos 71 y 72, disponen: "Art. 71. DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO JUDICIAL. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer"

"Art. 72. Acción de repetición.- La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles.

Dicha acción deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público. Lo anterior no obsta para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía".

También el Código Contencioso Administrativo ya consagraba la acción a favor de las entidades estatales en los artículos 77 y 78, los cuales son del siguiente tenor:

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

"Artículo 73.- Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad e contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere"

Además, el Estatuto de Contratación Estatal contenido en el Decreto Ley 222 de 1983. en sus artículos 290 y siguientes. también contemplaba la responsabilidad de los funcionarios frente a las entidades estatales. por los perjuicios que les causaren por la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades legales, y la posibilidad de hacerlos comparecer en el proceso en que era parte la entidad contratante o repetir posteriormente contra ellos. ante la jurisdicción coactiva, siempre que hubieren actuado con dolo o culpa grave.

Por otra parte. la demanda que dio inicio al presente proceso fue presentada el 19 de noviembre de 1999 (fl. 108 vto.), época para la cual el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo ya había sido modificado por el artículo 31 de la Ley 446 del 7 de julio de 1998

que lo adicionó, estableciendo que *"Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex - servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra Entidad Pública"*.

Por ello, a pesar de que la reglamentación formal del inciso 2° del artículo 90 de la Constitución Política sólo se produjo con la expedición de la Ley 678 de 2001² sobre

² A través de esta ley se reglamentó la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, y se

acción de repetición y el llamamiento en garantía, ya con anterioridad a la misma, contaba la Administración con la facultad (y el deber) de entablar dicha acción contra sus funcionarios o ex funcionarios³, puesto que si bien ella está obligada a responder frente a la víctima cuando es demandada por ésta, dicha obligación no comporta el deber de soportar definitivamente en su patrimonio las consecuencias del pago de la indemnización, cuando la causa del daño fue el hecho de un autor personalmente responsable⁴.

Respecto de los artículos 77 y 78⁵ del Código Contencioso Administrativo, ya había manifestado la Sala que los mismos continúan vigentes, toda vez que no contravienen lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política y al contrario, se ajustan a su mandato, siendo claro que, *"...para la prosperidad de la repetición deberá no sólo resultar probada la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, sino que precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó daño a la persona demandante. Se entiende, asimismo, que una vez cumplida la obligación por la entidad, esta deberá repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera"*.⁶

A su turno, la Sala Plena del Consejo de Estado, estableció que la contencioso administrativa sí era la jurisdicción competente para conocer de las acciones de repetición que entablaran las entidades estatales en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, mediante el procedimiento señalado para la acción de reparación directa, por lo cual la demanda debía ser presentada en única o primera instancia según la cuantía de las pretensiones.⁷

determinaron los conceptos de dolo y culpa grave, así como los aspectos procesales tanto de la acción de repetición como del llamamiento en garantía con fines de repetición.

³ La acción de repetición se puede ejercer contra cualquier persona que actúe por cuenta del Estado, es decir, no sólo contra funcionarios públicos, sino también contra los contratistas, en razón de la celebración y ejecución de los contratos estatales (art. 53, Ley 80/93) y por los daños que hayan causado en la ejecución de las obras públicas; contra las aseguradoras, contra las constructoras y contra otras entidades públicas; al respecto, se pueden consultar los Autos dictados por la Sección Tercera el 26 de marzo de 1992 y 5 de octubre de 1995, Expediente 9228; y las Sentencias del 28 de mayo de 1998, Expediente 10.624; del 21 de febrero de 2002, Expediente 12.789; y el Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 30 de marzo de 2004, Expediente IJ 0736.

⁴ Sentencia del 25 de julio de 1994. Expediente 8483.

⁵ Estas normas fueron declaradas exequibles mediante Sentencias C-100 del 31 de enero de 2001 y C-430 del 12 de abril de 2000

⁶ Sentencia del 9 de diciembre de 1993, exp: 7818.

⁷ Auto del 8 de abril de 1994, Expediente AR-001; reiterada en Auto de la Sección Tercera, del 8 de septiembre de 1994, Expediente 10006; también en Sentencia del 15 de agosto de 1996, Expediente 11.240, se dijo que la

Así mismo. concluyó la jurisprudencia que la acción de repetición procedía siempre que la entidad tuviera que incurrir en una erogación por causa de una responsabilidad que le fuera imputada en virtud de la actuación dolosa o gravemente culposa de uno de sus clientes, bien fuera que tal erogación proviniera de una sentencia judicial, o de una conciliación, la cual, por

mandato de la ley, tiene los Mismos efectos de cosa juzgada que aquella ⁸ disposición que hoy recoge el segundo inciso del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998.

De igual manera, se estableció que la responsabilidad del funcionario o ex funcionario por parte de la Administración, podía reclamarse mediante el llamamiento en garantía dentro del proceso de responsabilidad adelantado contra la entidad, o posteriormente, a través de la acción de repetición, eventos en los cuales se distinguen dos relaciones procesales bien diferenciadas: en primer lugar, la que existe entre el demandante y la entidad demandada, en la que se discute la responsabilidad de la entidad estatal por los perjuicios causados con sus actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas y contratos; y la otra relación, que se resuelve con posterioridad, entre la entidad pública y su servidor o ex servidor, que con su actuación dolosa o gravemente culposa pudo comprometer la responsabilidad de aquella, caso en el cual, "...deberá pagarle lo que tenga que reconocerle al demandante triunfador de la litis, total o parcialmente...", observando cómo en estos eventos existe "...un doble enjuiciamiento: el primero que busca definir la responsabilidad de la entidad demandada frente al demandante e imponer una condena consecuencial; y el segundo, que está orientado a establecer que la entidad demandada resultó comprometida por la conducta dolosa o gravemente culposa de su funcionario, y que por esta razón debe resarcirla, en todo o en parte, de lo que tenga que pagar por la condena impuesta".⁹

Por su parte, la Corte Constitucional ha sostenido que

jurisprudencia venía asimilando esta acción autónoma de repetición, como una especie del género de la reparación directa.

⁸ Auto del 27 de febrero de 1997. Expediente 12.679.

⁹ Autos del 6 de octubre de 1994. Expediente 9803 y del 8 de agosto de 2002. Expediente 22.179.

"Es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes.

En el primer caso, como se ha visto, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de estos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposos. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.

En consecuencia si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables" ¹⁰

- Requisitos de procedencia de la acción de repetición:

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

- 1) Que se produzca una sentencia judicial o una conciliación de las que se derive una obligación indemnizatoria a cargo de la entidad estatal;
- 2) Que la entidad haya pagado la indemnización de perjuicios derivada de la sentencia o conciliación;
- 3) Que el daño que dio lugar al pago de la indemnización, haya sido resultado, en todo o en parte, de la actuación de un funcionario o ex funcionario de la entidad, en ejercicio de sus funciones;

4) Que la conducta de esa persona, haya sido dolosa o gravemente culposa.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-430-00. M. P. Antonio Barrera Carbonell. En este pronunciamiento, la Corte declaró la exequibilidad de varios apartes demandados del artículo 78 del Código Contencioso Administrativo indicando que si bien ese artículo autoriza que la demanda pueda promoverse contra la entidad comprometida en el daño, o contra ésta y el funcionario, esa norma "debe ser entendida bajo la idea de que sólo después de que se declare la responsabilidad y se condene a la entidad pública, es cuando ésta puede repetir contra el funcionario".

III- El dolo y la culpa grave.

Con relación a este último punto, se advierte que para la época en que ocurrieron los hechos que originaron el presente proceso, la ley no definía específicamente, para efectos de deducir la responsabilidad patrimonial de los funcionarios estatales, qué debía entenderse por dolo y culpa grave, como sí lo hace hoy en día la Ley 678 de 2001¹¹; en consecuencia, debe acudir al análisis efectuado sobre el punto por la jurisprudencia de la Sala, con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001, con miras a establecer la responsabilidad patrimonial de los funcionarios o ex funcionarios frente a la entidad demandada.

Así, conforme al recuento histórico efectuado por la Sala en Sentencia de 1997¹², se observa que, antes de que se incluyeran por el legislador, como elementos de la acción de repetición, los conceptos de culpa grave y dolo, el Consejo de Estado, haciendo alusión a las actuaciones de los funcionarios o ex funcionarios que podían comprometer su responsabilidad personal ante la Administración, se refirió a la

¹¹ La Ley 678 de 2001 en cuanto a la calificación de la actuación del funcionario, se encarga de establecer, para el caso específico del llamamiento en garantía y de la acción de repetición, en qué consisten el dolo y la culpa grave estipulando en los artículos 5° y 6°:

Art. 5.- Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

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

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

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

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

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física u corporal".

¹² Sentencia que dictó la Sección Tercera el 31 de julio de 1997. Expediente 9894. Actor: María Gilma Vásquez Vélez. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

existencia de "errores inexcusables de conducta"; en efecto, en 1961, manifestó su preocupación por la falta de reglamentación de esta clase de responsabilidad y en

consecuencia, presentó al Congreso un proyecto de ley, en el cual se esbozaron los parámetros de la actuación de los agentes del Estado que debía considerarse como un "error inexcusable de conducta", que implicaba una falta grave contra la Administración y que se presentaba cuando el funcionario obrando en ejercicio de funciones del servicio o con ocasión y pretexto de éste, hubiere causado algún daño a los ciudadanos, siendo la consecuencia de esta calificación, el deber de ese funcionario de contribuir a la reparación económica del daño causado; en la mencionada providencia, se sostuvo que merecían *"...señalarse los casos en que se obra por motivos que se apartan evidentemente de las finalidades del servicio público; o, so pretexto de obtener los fines del servicio, buscan cumplir otros de conveniencia particular causando injustos daños a terceros; proceder en contradicción manifiesta con las normas reglamentarias que les señalan sus deberes y con las órdenes e instrucciones superiores que les hayan comunicado de antemano; pretermir las normas del procedimiento gubernativo establecidas para garantizar los derechos de las personas"* (las negrillas no son del texto original), aunque aclarando que éstos no eran los únicos que podían calificarse como errores graves de conducta, puesto que no se trataba de una enumeración taxativa y el reglamento podría establecer otros eventos susceptibles de ser calificados de la misma manera.

Sin embargo, ese concepto de error inexcusable de conducta no fue acogido por la Constitución Política y el legislador ¹³, puesto que en los artículos 90 de la primera y 77 del C. C. A., en cuanto consagraron la responsabilidad personal de los Agentes del Estado, se refirieron a la culpa grave y el dolo como características de su conducta que daban lugar a la deducción de la referida responsabilidad, aunque sin definir qué debía entenderse por una y otro, para estos efectos.

Conforme a las definiciones contenidas en el artículo 63 del Código Civil, el dolo es aquella intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, mientras que la culpa grave, denominada como negligencia grave o culpa lata, "es la que

¹³ Salvo lo que dispuso al respecto el Código de Procedimiento Civil en su artículo 40, en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios judiciales.

consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios" ¹⁴; no obstante, sobre la aplicación de dichos conceptos a la conducta personal del funcionario o ex funcionario que es objeto de análisis en esta clase de procesos, manifestó la Sala, que *"...el juez administrativo al momento de apreciar la conducta del funcionario público para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, no debe limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que de estos conceptos trae el Código Civil referidos al modelo del buen padre de familia para establecerla por comparación con la conducta que en abstracto habría de esperarse del "buen servidor público", sino que deberá referirla también a los preceptos constitucionales que delimitan esa responsabilidad (artículos 6 y 91 de la C.P.)"* ¹⁵, y deberá además, para efectos del análisis de la culpa del funcionario, tener en cuenta las funciones que le han sido señaladas en los reglamentos o manuales de funciones ¹⁶.

Por su parte, la Corte Constitucional ha sido reiterativa al afirmar que *"...la acción de repetición se orienta a la protección del patrimonio del Estado y de allí que éste se halle legitimado para perseguir una indemnización por parte de aquellos agentes estatales que se han distanciado gravemente de sus deberes funcionales y que han generado una condena reparatoria..."* ¹⁷ (negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta las anteriores manifestaciones, se concluye que, en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave; igualmente, se requiere establecer si dicho

¹⁴ En palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"...el dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima. La intención de dañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de intención positiva de inferir injuria. Por consiguiente, para justipreciar el dolo, debe atenderse a*

lo subjetivo como a lo objetivo, esto es, combinar adecuadamente la intención con su manifestación externa. Además, los medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaces de inducir en error a personas de mediana previsión" (Sala de Casación civil de noviembre 13 de 1956, G. J. T. LXXXIII. p. 796)

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

¹⁶ Expediente 9894, ya citado.

¹⁷ Sentencia C-285 del 23 de abril de 2002

incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas -actuación dolosa-, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confió en poder evitarlo -actuación culposa-.

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

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

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

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

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

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

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

(...)".

Conforme a las anteriores definiciones, se evidencia que para el legislador no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma, y por ello consideró necesario graduarlas, dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo; en estas condiciones, la culpa grave representa una menor exigencia frente al comportamiento del operador jurídico, es decir que, cuando se consagra este tipo de culpa, el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que sólo incurrirá en culpa grave, quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia, cuando no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría; es por eso que dice la norma, que esta clase de culpa en materias civiles, equivale al dolo; la culpa grave o negligencia grave es descrita por la jurisprudencia alemana como *"...una conducta que infringe en una medida desacostumbradamente desproporcionada, a la diligencia requerida; sería pasar inadvertido lo que en un caso dado, a cualquiera, debe ser evidente'..."*; es decir, que esa negligencia grave sería 'la vulneración de un deber especialmente grave y también subjetivamente inexcusable sin más, que excede considerablemente la medida acostumbrada en la negligencia" ¹⁸.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya estipulado expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

IV- La responsabilidad personal del agente por expedición de actos administrativos.

Para la resolución del presente caso, en el cual el hecho que sirve de fundamento a la imputación de responsabilidad a los demandados, está constituido por la expedición de un acto administrativo, que posteriormente es declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativa, debe partirse ante todo de la premisa de que, también en estos casos, dicha responsabilidad sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe la actuación dolosa o gravemente culposa del agente.

¹⁸ MEDICUS, Dieter; Tratado de las Relaciones Obligatorias, Edic. Española de Ángel Martínez Sarrión. VI. I. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona la ed. 1995; pg. 152.

por lo tanto, cabe preguntarse: ¿cómo se configuran el dolo y la culpa grave, en la expedición de un acto administrativo?

Y al respecto, la Sala considera que, para la determinación de este aspecto, resultan sobremano ilustrativos los antecedentes de la evolución legal y jurisprudencial de la responsabilidad personal de los agentes estatales; en especial, la calificación que antes de su consagración legal como dolosa o gravemente culposa, se daba, por la jurisprudencia de la Corporación, a la conducta de los funcionarios que permitía deducir su responsabilidad como "errores inexcusables de conducta" ¹⁹, puesto que ello denota precisamente, que la culpa grave y el dolo en las actuaciones de los servidores públicos, para estos efectos, tienen un trasfondo íntimamente relacionado con la forma, finalidad y límites del ejercicio de sus funciones ²⁰

Concretamente, en relación con las actuaciones administrativas que culminan con la expedición de un acto administrativo, ellas corresponden al ejercicio, de la función administrativa, que implica la estricta aplicación, por parte del operador jurídico, de la normatividad que la rige; y cuando el juez contencioso administrativo declara la nulidad de un acto administrativo, lo hace porque constató la presencia de una irregularidad de tal magnitud - una ilegalidad-, que impedía el surgimiento válido de esa decisión de la Administración, es decir, que se configuró una de las causales de anulación de los actos administrativos consagradas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y que corresponden a defectos en la conformación de los distintos elementos de la decisión administrativa, cuales son: falta de competencia, expedición irregular del acto, desviación de poder, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa del administrado, falsa motivación e infracción de las normas en que debía fundarse el acto.

No obstante, se advierte que el sólo hecho de que el acto administrativo sea anulado,

¹⁹ Expresión que, como quedó visto, fue consagrada en el artículo 40 del C.P.C, referente a la responsabilidad de los magistrados y jueces, y reiterada por la Ley 270 de 1996, al definir el error jurisdiccional.

²⁰ Se debe recordar que de acuerdo con las normas constitucionales, las funciones administrativas deben estar expresamente consagradas por la ley, y los funcionarios que las ejercen no pueden hacer sino aquello para lo cual tienen expresa competencia; además, responden no sólo por la violación de la Constitución y las leyes, como los particulares, sino también por la omisión o la exlimitación en el ejercicio de sus funciones (arts. 6º, 121 Y 122 de la Constitución Política).

si bien significa que era ilegal, no puede interpretarse como una prueba de la responsabilidad personal del funcionario que lo profirió, por cuanto no se trata de una clase de responsabilidad objetiva en la que baste con constatar dicha ilegalidad, sino que, como ya se dijo, es necesario acreditar que el funcionario obró con dolo o culpa grave: al respecto, la Corte Constitucional, refiriéndose a las causales de presunción de culpa grave y de dolo que contiene la Ley 678 de 2001²¹, sostuvo 22.

*"De otro lado, por la similitud que las mencionadas causales de presunción guardan con las causales de declaración de nulidad de los actos administrativos, conforme a lo previsto en el Art. 84 del Código Contencioso Administrativo, la Corte considera oportuno resaltar que **en el caso de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un acto administrativo, la declaración de nulidad de éste no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente Público, puesto que con fundamento en lo establecido en el Art. 90 de la Constitución siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave (...). Así mismo advierte que por consiguiente, las otras modalidades de culpa (leve y levisima) no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal**"* (Las negrillas son de la Sala).

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

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

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

²¹ No obstante que esta ley no es aplicable al caso concreto, las consideraciones de la Corte resultan pertinentes.

²² Sentencia C-778 de 2003: Demandante: William Fernando León Moncaleano. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Se observa que la Sala ya ha tenido ocasión de analizar este aspecto del conocimiento de la ley por los distintos operadores jurídicos, cuando estudió la conducta calificada que exige la norma contenida en el artículo 1525 del Código Civil, que establece que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita "a sabiendas"; al respecto, dijo la Sala²³

*El contrato que se estudia, como se precisó, es nulo porque está afectado de objeto ilícito, no obstante lo cual las partes tienen derecho a que se les restituya al estado inicial porque no se demostró la ocurrencia de alguna de la mentadas excepciones, particularmente, porque **no se probó que hubiesen obrado "a sabiendas" de la ilicitud, situación esta que al decir de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consiste en una excepción de gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio in pari causa turpitudinem repetitio**"*

Agrega la Corte en ese fallo:

"Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tiene como soporte la ilicitud. Sin embargo,

como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa 'a sabiendas' de la ilicitud.

*En ese orden de ideas, el adverbio 'a sabiendas', según el Diccionario de la real Academia de la Lengua, significa 'de modo cierto', 'ciencia segura', o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento realidad frente a determinado hecho, y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525 del Código Civil cuando utiliza la locución 'a sabiendas', expresión ésta empleada en otros artículos del Código Civil"*²⁴

La Sala considera que la comprensión del real alcance del concepto "a sabiendas", impone una evaluación conceptual del mismo, frente a los conceptos de mala fe y dolo.

(...)

La mala fe ha sido definida por la doctrina como "el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título" ²⁵, es el tradicional concepto opuesto al de buena fe, impuesto en el artículo 83 de la Constitución Política:

²³ Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 12.249.

²⁴ Sentencia de enero 22 de 1971. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

²⁵ Henri Capitant, Vocabulario Jurídico, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, Pág., 361.

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas".

Respecto de la anterior disposición la Corte Constitucional precisó:

"Claro resulta por qué la norma tiene dos partes, la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas.

*Es, pues, una norma que establece el marco dentro del cual deben cumplirse las relaciones de los particulares con las autoridades públicas. Naturalmente, es discutible si el hecho de consagrar en la Constitución la regla de la buena fe, contribuya a darle una vigencia mayor en la vida de relación, o disminuya la frecuencia de los comportamientos que la contrarían."*²⁶

En cuanto al dolo, el Código Civil previó en su artículo 63 que "consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro"

Y la doctrina ha señalado que el dolo consiste en "las maniobras usadas por uno de los contratantes con el fin de alterar la voluntad negocial del otro contratante, induciéndolo a error"²⁷

De todo lo anterior se deduce que los tres conceptos, mala fe, dolo y "a sabiendas" son elementos subjetivos que califican las actuaciones u omisiones de los sujetos que, si bien tienen algunos elementos en común, difieren entre sí por el objeto o propósito perseguido y porque determinan, para el derecho, consecuencias disímiles.

Considera igualmente la Sala que son elementos comunes a los mentados términos el conocimiento de que se está actuando en forma inadecuada y la intencionalidad de producir un determinado efecto con la actuación u omisión desplegada.

Aplicado lo anterior al análisis del supuesto contenido en el artículo 1525 del CC, para que no pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por virtud del contrato anulado, se concluye que el término a sabiendas requiere la conciencia, el real conocimiento y convencimiento de

tres hechos fundamentales: i) que existe la disposición legal, ii) que la norma que la contiene es aplicable al caso concreto y iii) que con la celebración del contrato se está obrando en contra de la ley.

*Se advierte además que tales supuestos no se presumen, sino que deben probarse.*²⁸

²⁶ Sentencia C 544 del 1 de diciembre de 1994.

²⁷ Bigliazzi Geri, Brescia, Busnelli y Natoli; Derecho Civil. Tomo I, volumen 2 Hechos y Actos Jurídicos, Turin Italia. Traducción de Fernando Hinestrosa; ediciones Universidad Externado de Colombia; 1995, pág. 856.

²⁸ Así lo precisó esta Sección en Sentencia 12859 proferida el 22 de noviembre de 2001, actor: Luis Mario Luque; CP: Dra Maria Elena Giraldo G.

La Sala considera que en el presente caso no se probó que el Instituto, ni que el señor (...), hubieran actuado "a sabiendas" de la ilicitud del objeto del contrato de arrendamiento, porque no se demostró que las partes tuvieran "el real conocimiento y convencimiento de que existían las disposiciones legales contrariadas, que las mismas eran aplicables al caso concreto y que con la celebración del contrato estaban obrando en contra de la ley.

*En efecto, la circunstancia de que hubieren desatendido lo prescrito en las normas legales y distritales para la celebración de este tipo de contratos respecto de bienes de uso público, en este caso concreto no permite inferir la concurrencia de los tres precitados elementos, máxime cuando en la cláusula quinta del contrato regularon expresamente el sometimiento de las prestaciones derivadas del mismo, a las normas vigentes sobre la materia.*²⁹

Y aunque nuestro ordenamiento indique que la ley se presume conocida por todos y que a nadie es dable alegar su ignorancia para no cumplirla (art. 9 CC y 56 de la ley 4 de 1913), también lo es que ello conduciría a encontrar configurado el primer requisito del a sabiendas, más no los restantes.

Así mismo debe tenerse en cuenta que en nuestro régimen jurídico el dolo y la mala fe deben probarse, a tal punto que en materia penal o disciplinaria no es suficiente demostrar que la conducta del sujeto fue típica y antijurídica para declararlo responsable, porque es indispensable acreditar que el sujeto obró con dolo o culpa.

En cuanto a los eventos que podrían enmarcarse dentro de la denominada actuación gravemente culposa, por desconocimiento de la ley, observa la Sala, de un lado, que en la misma providencia se anotó:

"De igual manera, a propósito del error de derecho como vicio del consentimiento, importantes doctrinantes han manifestado que el mismo es excusable cuando se traduce en la ignorancia de normas jurídicas, siempre que las mismas no sean disposiciones penales.

*"La ignorancia de las reglas de derecho, en nuestra sociedad, no solamente no se considera como falta (culpa), sino que parece eminentemente excusable en aquellas personas que carezcan de preparación jurídica. Si la máxima 'a nadie le es lícito ignorar la ley' impera todavía en el derecho penal, se debe a que solamente con ella puede asegurarse el respeto a las reglas de conducta cuyo mantenimiento interesa al orden público."*³⁰

De otro lado, no se puede perder de vista el hecho de que en la acción de repetición, lo que se está juzgando es una responsabilidad personal, particular, subjetiva,

²⁹ En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente 12859.

³⁰ Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo sexto, primera parte, 1940, Ed. Cultural La habana S. A. Cuba 1940.

individual, en la que, como ya se anotó, resulta decisiva la condición personal del agente, que determina así mismo su conducta. pues será la calificación que ésta pueda recibir -dolosa o gravemente culposa-, la que permita establecer si él es responsable o no por los hechos que dieron lugar a la indemnización de perjuicios que debió reconocer la entidad estatal y cuyo reembolso pretende obtener de parte de su funcionario o ex funcionario.

Teniendo en cuenta entonces, que la culpa se presenta frente a una actuación marcada por la imprudencia, la negligencia o la impericia, y que la culpa grave significa que estos calificativos se presentaron en la conducta del agente en su mayor grado, cuando la actuación del agente estatal, objeto de juzgamiento, haya sido la expedición de un acto administrativo, que posteriormente es anulado por la jurisdicción al encontrarlo violatorio de la ley, esa culpabilidad estará ligada al desconocimiento del ordenamiento jurídico por parte del agente que expidió la decisión administrativa; por lo tanto, debe hacer parte del análisis de esa conducta personal. necesariamente, el grado de conocimiento que del ordenamiento jurídico se puede esperar de ese funcionario o ex funcionario estatal, de acuerdo con el cargo que ocupa, las competencias y funciones que le han sido asignadas, y la mayor o menor especialidad de la normatividad cuya aplicación se omitió; y así mismo, deben estudiarse los hechos sobre los cuales recayó su decisión y las circunstancias en que ésta se produjo, para, de esta manera, establecer hasta qué punto es reproachable la conducta del agente que proforió el acto administrativo anulado posteriormente por ilegal.

Es decir, que no cualquier equivocación en la que incurra el funcionario administrativo en el ejercicio de sus funciones, así ella conduzca a la anulación de actos administrativos, constituye culpa grave, como lo exige la norma constitucional, puesto que debe tratarse de un error de juicio que resulte inaceptable, consideradas todas las circunstancias que rodearon la expedición del acto administrativo.

El juzgamiento de la responsabilidad del agente estatal en estos eventos de expedición de actos administrativos posteriormente anulados por la jurisdicción contencioso administrativa, se asimila al que en su momento se analizó respecto de la responsabilidad personal de los jueces y magistrados, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.C.,³¹ norma que alude, entre otros eventos, al error inexcusable en el que hubiera incurrido el funcionario judicial, que en criterio de la Corte Suprema de Justicia era aquel desatino respecto del cual, *"...quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo,"*³² considerando en consecuencia, que *"...no toda especie de equivocación da lugar a responsabilidad patrimonial como que, de un lado, siendo así que la administración de justicia es dispensada por personas, éstas, por su misma naturaleza; pueden incurrir en error y de otra parte, en razón de que las normas jurídicas regulan hipótesis o situaciones abstractas, en la aplicación concreta de las mismas pueden surgir criterios distintos de interpretación a cargo del sentenciador máxime si se tiene en cuenta la función dinámica del derecho".*

Conforme a lo expuesto, para la Sala es claro entonces, que el solo desconocimiento de la ley por parte del operador jurídico encargado de aplicara a través de la expedición de actos administrativos, resulta insuficiente para deducir su actuación dolosa o gravemente culposa y en consecuencia, para determinar su responsabilidad, puesto que existe un margen de falibilidad admisible en condiciones normales, cuando de interpretar y ejecutar las normas jurídicas se trata, teniendo en cuenta que ésta es una labor humana, y al no ser infalible el hombre, es apenas lógico que exista la posibilidad de yerro en sus actuaciones.

Así lo entendió, por una parte, el legislador, antes de que la Constitución Política de '1991 hablara del dolo y la culpa grave, al expedir los Códigos de Régimen Departamental -Decreto 1222 de 1986- y Régimen Municipal -Decreto 1333 de 1986-, cuyos artículos 235 y 297, respectivamente, consagraron que estas entidades territoriales *"...repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa. Las violaciones de la ley,*

³¹ "Art. 40. Responsabilidades del juez.- Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos:

1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.

2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.
 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.
- (...)"

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de febrero de 1988. Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento. Citada en la Sentencia C-455 de 2002, de la Corte Constitucional, ya reseñada.

para estos efectos deben haber sido manifiestas u ostensibles conforme a la respectiva decisión de la autoridad judicial" (Negritas fuera del original).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha sido de este parecer, al admitir la posibilidad de formular el llamamiento en garantía en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho ³³, cuando se trata de los funcionarios o ex funcionarios que profirieron el acto administrativo demandado o participaron en su producción, pero exigiendo siempre, para que proceda su condena, que S'3 compruebe la culpa grave o el dolo de la persona convocada al proceso en virtud de esta figura ³⁴

De acuerdo con lo anterior, se concluye que, cuando se pregona la responsabilidad derivada de la actuación que fue vertida en actos administrativos posteriormente encontrados ilegales por la jurisdicción contencioso administrativa y por lo tanto anulados, resulta necesario no solamente probar esa anulación, sino también, que la expedición del acto administrativo en esas condiciones de irregularidad se produjo por una conducta del funcionario que lo expidió, ejecutada con dolo o culpa grave; es decir, que debe acreditarse que el agente estatal sabía que con esa decisión estaba violando la ley y no obstante la profirió; o que no lo sabía, por hallarse en un estado de ignorancia "inexcusable" de las normas legales rectoras de esa función administrativa; porque, se reitera, el dolo y la culpa grave no se presumen, sino que deben ser acreditados por el demandante.

V- El caso concreto.

La demanda presentada por el **CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA** en contra de los señores FRANCISCO JOSÉ PEÑALOSA CASTRO,

³³ Sobre la procedencia del llamamiento en garantía en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, se pueden consultar las Sentencias: del 29 de octubre de 1998, Expediente 10910, de la Sección Tercera; del 28 de noviembre de 1998, Expediente 1210-98, de la Sección Segunda; el Auto del 27 de enero de 1995 de Sala Plena, Expediente AR-008; Auto del 12 de octubre de 2000, Expediente 2246-00, de la Sección Segunda; Auto del 25 de enero de 2001, Expediente 2233-00, de la Sección Segunda.

³⁴ En Sentencia del 7 de diciembre de 2000, Expediente 47-00 de la Sección Segunda, dijo el Consejo de Estado, frente al llamamiento en garantía que formuló el Ministerio Público: "Observa la Sala que el Ministerio Público, además de la simple afirmación, no trajo al proceso prueba alguna de negligencia, imprudencia o falta de cuidado del Gobernador de la cual pueda desprenderse su responsabilidad. La responsabilidad por culpa grave o dolo no e presume, requiere ser demostrada, no es objetiva, es decir, no se desprende del solo texto de la ley, sino subjetiva y por ello requiere que se pruebe ",

YESID PAREJA MOLINA, ALVARO FREDDY BERMÚDEZ SALAZAR Y LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO, pretende que se declare su responsabilidad patrimonial por la indemnización que aquella le tuvo que reconocer al señor CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ, en virtud de la declaratoria judicial de nulidad del Numeral 30 del Acta No. 05 del 30 de junio de 1995, por medio de la cual los demandados, en su calidad de miembros de la Asamblea General de la entidad actora, efectuó el nombramiento de FERNANDO DE PAULA ROJAS LEAL como gerente de la misma y así mismo, la nulidad del acto tácito contenido en el mismo, de declaración de insubsistencia del cargo de gerente de la sociedad en mención, que ejercía el señor OSSA HERNÁNDEZ.

La actora aduce que los demandados obraron con dolo o culpa grave y por ello, deben responder.

Al respecto, observa la Sala que al plenario fueron aportados los siguientes medios de prueba:

1) Copia de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 21 de julio de 1997 dentro del Expediente No. 13012, en la cual se declaró la nulidad del numeral 30 del Acta 05 del 30 de junio de 1995 de la Asamblea General Extraordinaria de Socios de la sociedad de economía mixta del orden departamental denominada CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA., en el cual se dispuso el nombramiento de FERNANDO DE PAULA ROJAS LEAL como gerente de dicha sociedad, y del "acto tácito" contenido en la misma Acta, *"...de declaración de insubsistencia del cargo de Gerente de la sociedad en mención, que ejercía el señor CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ"*, y como consecuencia de tal declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a dicha sociedad reintegrar al señor OSSA HERNÁNDEZ al cargo de gerente que venía desempeñando a uno de igual o superior jerarquía, y paga de todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, en el lapso comprendido entre su retiro del servicio y su reintegro efectivo.

El tribunal encontró que, efectivamente, tales actos administrativos estaban viciados de nulidad por falta de competencia, puesto que el nombramiento y remoción de los directores, presidentes o gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental, es facultad que el artículo 305 de la Constitución Política le atribuye exclusivamente al Gobernador del Departamento, disposición que es reiterada por los Decretos 1221 y 1222 de 1986 (arts. 35 y 286, respectivamente); y dado que la sociedad CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA tenía capital estatal superior al 90%, se asimilaba a las empresas industriales y comerciales del Estado y se sujetaba por lo tanto a la misma normatividad; además, ni siquiera conforme a los estatutos poseían los miembros de la asamblea de socios tal competencia, puesto que aquellos la habían atribuido a la Junta Directiva (fl. 25).

2) Copia de la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, proferida el 13 de agosto de 1998, Expediente 17.121, que confirmó la anterior (fl. 4).

3) Con relación a la prueba del pago efectuado por la entidad demandante, se observa en primer lugar, que el poder para presentar la demanda de repetición en el presente proceso fue otorgado por el señor CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ, en su calidad de representante legal del CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA., y se trata de la misma persona a favor de la cual se produjo la sentencia condenatoria de esta jurisdicción, que sirve de fundamento a la acción de repetición (fl. 2); en segundo lugar, obra certificación expedida por el Asistente Administrativo, Financiero y Contable del CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA., el 17 de enero de 2000, prueba que fue allegada por el demandante dentro del término legal para adicionar la demanda, en el sentido de que *"...el valor cancelado en su totalidad, por concepto del fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, y ratificado por el Honorable Consejo de Estado, en la nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el Doctor Carlos Eduardo Ossa Hernández, ascendió a DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$268.754.217.00) incluyendo intereses"* (fls. 168 y 169).

Obra así mismo, certificación expedida el 16 de diciembre de 1999 por el mismo funcionario, en la que consta que el valor cancelado incluyó intereses por valor de \$74'938.596,00 (fl. 4, cdno 2).

4) Copia auténtica de la Escritura Pública No. 2912 del 30 de diciembre de 1991 de la Notaria Tercera del Círculo de Ibagué, de constitución de la sociedad CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR f)E IBAGUÉ S.A., de la cual eran¹ socios el Departamento del Tolima (1.908 cuotas), el Municipio de Ibagué (1000 cuotas), el Instituto Nacional de Tránsito y Transportes (520 cuotas), el Instituto Departamental de Tránsito y Transportes (180 cuotas), el Terminal de Transportes de Ibagué S.A. (20 cuotas), Transportes Rápido Tolima S.A. (5 cuotas), y la

Cooperativa de Transportadores del Sur del Tolima (5 cuotas), cuyos representantes convinieron constituir una sociedad de economía mixta. del tipo de las descentralizadas indirectas de responsabilidad limitada, del orden departamental. regulada por el Código de Comercio y los estatutos allí acordados. (fl. 35).

El artículo 27 de los estatutos de la sociedad contenidos en esta escritura, estableció las atribuciones que en forma privativa le correspondían a la Asamblea o Junta General de Socios, la cual estaba compuesta por los representantes legales de las entidades socias o sus mandatarios, entre las cuales y en relación con el manejo de personal, dispuso:

"3°._ Designar y remover libremente el liquidador y su suplente (...).

(...)

6°._ Nombrar los miembros de la Junta Directiva (...).

7°._ Nombrar el Revisor Fiscal (...)"

Por su parte, el artículo 28, estipuló que *"En la elección del Gerente se declara electo a quien reúna los votos que representen por lo menos la mitad más uno de los votos de los miembros principales de la Junta Directiva (...),* la cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 30, se compondría de 7 miembros principales y sus suplentes personales, siendo por derecho propio, en virtud de esta cláusula, Director principal, el Gobernador del Departamento del Tolima.

En el artículo 36 de los estatutos, se consagraron las facultades de la Junta Directiva, y en el literal c), se estipuló la de *"Nombrar y remover libremente al Gerente de la Compañía, por un periodo de un (1) año, designación que deberá hacerse en la primera reunión de Junta Directiva posterior a la celebración de la Asamblea General Ordinaria de Socios (...)"*, disposición que fue reiterada en el artículo 39.

Los Estatutos también dispusieron la conformación temporal de los órganos sociales, mientras se surtía la primera reunión ordinaria de la Junta de Socios: y específicamente sobre ésta, la misma estaba compuesta, entre principales y suplentes, entre otros, por el Gobernador del Departamento, el Alcalde Mayor de Ibagué, el Director General del INTRA, el Director del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte, el Secretario de Obras Públicas, el Secretario de Servicios, el Director Intra Regional Tolima y el asistente de Dirección del Instituto de Tránsito y Transportes del Tolima.

5) Copia auténtica de la Escritura Pública No. 1294 del 10 de junio de 1992, de Aclaración y corrección de la anterior, entre otras cosas, en cuanto al nombre, el cual sería CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ **LIMITADA** (fl. 49).

6) Copia auténtica de la Escritura Pública No. 3289 del 24 de diciembre de 1992, mediante la cual se reformaron los estatutos mediante un aumento de capital (fl. 54).

7) Copia auténtica de la Escritura Pública No. 4240 del 31 de diciembre de 1993, por medio de la cual se aclararon los linderos y áreas de un predio que la sociedad adquirió por aportes del Municipio de Ibagué (fl. 56).

8) Copia auténtica de la Escritura Pública No. 4884 del 18 de diciembre de 1997, de "reconstitución sociedad", mediante la cual los socios de la sociedad CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA., manifestaron que ésta había sido declarada disuelta y en estado de liquidación según Escritura Pública No. 611 del 29 de febrero de 1996 pero que mediante Acta 09 del 8 y 22 de julio y Acta 10 del 4 de diciembre de 1997, la Asamblea General de Socios decidió prescindir de la liquidación de la sociedad y reconstituirla, mediante la creación de una nueva sociedad que la sustituya, denominada CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA., *"...del tipo de las descentralizadas indirectas del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio"* (fl. 61).

El artículo 25 de los Estatutos de esta nueva sociedad, contenidos en la referida escritura, estableció las facultades privativas de la Asamblea o Junta General de Socios, entre las cuales, las referidas a nombramientos, son idénticas a las consagradas en la Escritura Pública No.

2912 de 1991, es decir que subsiste la facultad de este órgano social de designar y remover al liquidador y su suplente, y de nombrar a los miembros de la Junta Directiva y al revisor fiscal.

Así mismo, **en los Estatutos se definió la elección del Gerente a la votación de la mitad más uno de los miembros principales de la Junta Directiva, a cargo de la cual está su nombramiento.**

9) Certificado de existencia y representación de la sociedad CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DE EL TOLIMA LTDA., expedida por la Cámara de Comercio de Ibagué. en el cual consta que son socios el Departamento del Tolima, el Municipio de Ibagué, el Ministerio de Transporte, el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Tolima, la Terminal de Transporte de Ibagué S.A., Transportes Rápido Tolima S.A. y la Cooperativa de Transportadores del Sur del Tolima "COINTRASUR" (fl. 77).

10) Copia del **Acta No. 05 del 30 de junio de 1995**, de la Asamblea General Extraordinaria de Socios del CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA. (fl. 83).

En esta acta consta que, por sugerencia del Director General del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Tolima. señor LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO. se cambió el orden del día, para incluir en él un punto de "...Nombramiento del nuevo Gerente de la Sociedad"; acto seguido se verificó el quórum, constatando la asistencia del Gobernador del Departamento del Tolima, FRANCISCO JOSÉ PEÑALOSA CASTRO, en representación de esta entidad; YESID PAREJA MOLINA, en representación del Municipio de Ibagué; ALVARO FREDDY BERMÚDEZ SALAZAR, en representación del Ministerio de Transporte y LUIS FERNANDO LOMBO LOZANO, en representación del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Tolima, con lo cual se reunió el 99.22% de los aportes sociales; el punto tercero del Acta, demandado en el sub-lite, es del siguiente tenor:

"TERCERO. NOMBRAMIENTO NUEVO GERENTE DE LA SOCIEDAD

Interviene en este punto el Dr. LUIS FERNANDO LOMBRO (sic) LOZANO, Director del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Tolima y presenta a consideración de la Asamblea la Hoja de Vida del Dr. FERNANDO DE PAULA RO. IAS LEAL, para el cargo de nuevo Gerente de la Sociedad CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ L TOA, la cual fue aprobada, dejando constancia de que el Dr. CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ, debe permanecer en el cargo hasta la posesión del nuevo Gerente".

11) Copia de la Resolución No. 302 del 3 de marzo de 1994, mediante la cual el Gobernador del Departamento del Tolima de esa época, RAMIRO LOZANO NEIRA, nombró a CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ, en el cargo de Gerente del CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA. (fl. 88).

En las consideraciones de esta resolución, se consignó:

"1.- Que el Centro de Diagnóstico Automotor de Ibagué Ltda., Empresa de Economía Mixta del Orden Departamental, fue constituido mediante Escritura Pública No. 2912 del 30 de diciembre de 1991 de la Notaría Tercera de Ibagué.

2.- Que el Artículo 36 literal c) de sus Estatutos prevé que el nombramiento del Gerente le corresponde a la Junta Directiva, quien tiene la facultad de nombrar y remover libremente al Gerente de la Compañía por períodos de un año, designación que deberá hacerse en la primera reunión de Junta Directiva posterior a la celebración de la Asamblea General Ordinaria de Socios.

3.- No obstante lo anterior, el 17 de agosto de 1993, la Asamblea General de Socios, nombró Gerente del Centro de Diagnóstico al Abogado CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ y le concedió 40 días de plazo para posesionarse mientras hacía entrega del Cargo como Director del INTRA.

4.- Que el nombrado Gerente del Centro de Diagnóstico, mediante comunicación del 8 de octubre de 1993, le solicitó al Presidente de la Junta Directiva del Centro, una prórroga para posesionarse a partir del 1 de enero de 1994.

5.- Que la posesión del Doctor CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ, se produjo el día 28 de diciembre de 1993, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1994.

6.- Que el numeral 5° del Artículo 305 de la Constitución Nacional prevé que es atribución del Gobernador 'Nombrar y remover libremente a los Gerentes o Directores de... y de las Empresas Industriales o Comerciales del Departamento...'

7.- Que el Artículo 464 del Código de Comercio prevé que 'Cuando los aportes estatales sean del 90% o más del Capital Social, las Sociedades de Economía Mixta se someterán a las disposiciones previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado...'

8.- Que el Artículo 35 del Decreto 1221 de 1936, prevé que Les Gerentes o Directores de los establecimientos públicos, de las Empresas Industriales y Comerciales y de las Sociedades de Economía Mixta son Agentes del Gobernador, de su libre nombramiento y remoción'.

9.- Que el día 10 de febrero de 1994, en la Sesión de Junta Directiva Extraordinaria No. 2, fue discutida la ilegalidad de los Estatutos, en la parte relacionada con el nombramiento del Gerente, y sobre la presunta inhabilidad del Doctor OSSA HERNÁNDEZ, para ejercer el cargo de Gerente, facultándose al Gobernador, para una vez descartada la inhabilidad, procediere a nombrar al Gerente conforme a la Ley (...)' (Las negrillas son de la Sala).

12) Copia del Acta de Posesión de CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ como Gerente de la sociedad CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ L TOA., el 14 de abril de 1994, ante el Gobernador del Departamento del Tolima (fl. 90).

13) Copia del Acta No. 002 del 10 de febrero de 1994 de la Junta Directiva Extraordinaria del CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ L TOA. (fl. 91), en la cual el señor RAMIRO LOZANO NEIRA. Gobernador del Departamento del Tolima, en su calidad de Presidente, manifestó que parece hay problemas jurídicos respecto al nombramiento del Gerente, desea que se considere técnicamente esta situación aprovechando la presencia de los miembros de la Junta Directiva", lo cual fue aprobado por unanimidad.

En el punto relativo a la designación de Gerente encargado, se trató lo referente a la posible inhabilidad del señor OSSA HERNÁNDEZ, y además, se consignó:

"Interviene la Asesora del Instituto Departamental de Tránsito, Dra. NAKARIHT POSADA, Y dice que el Dr. Ossa, por ser un funcionario de una empresa industrial y comercial del Estado es de 'libre nombramiento y remoción' y que por consiguiente es al Gobernador a quien le corresponde nombrar o destituir al Gerente. (...).

Dice el Dr. Ossa que efectivamente el Centro de Diagnóstico Automotor de Ibagué Ltda., se asimila a las Sociedades (sic) Industriales y Comerciales del Estado y hay que tener clarísimo cuál es el estatuto de estas sociedades Industriales y Comerciales del Estado (...).

Después de un largo debate y oídas las opiniones de los integrantes de la Junta Directiva, se acuerde por unanimidad que los Asesores Jurídicos de la Gobernación, efectúen el estudio jurídico sobre la inhabilidad del Dr. Carlos Eduardo Ossa Hernández, para ejercer el cargo (...). Así mismo la Junta Directiva autoriza al Presidente para que una vez conocido el resultado del estudio jurídico, tome la decisión" (Negrillas fuera de texto).

Consideraciones:

Conforme al material probatorio aportado al proceso, consta en éste, que en el Departamento del Tolima, en diciembre de 1991, mediante Escritura Pública No. 2912 del 30 de diciembre, se

creó una "...sociedad de economía mixta del tipo de las descentralizadas indirectas de responsabilidad limitada, del orden departamental... ", denominada CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA., que posteriormente pasó a denominarse CENTRO DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA., cuyo capital, en más del 90%, es público, por cuanto este porcentaje está constituido por los aportes hechos por el Departamento del Tolima, el Municipio de Ibagué, el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte, y el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte, lo que hace que, a la luz de las estipulaciones legales, esté sometida al mismo régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado ³⁵; **en los Estatutos de dicha sociedad, se estipuló que la autoridad competente para nombrar y remover al Gerente de la misma, era la Junta Directiva.**

No obstante, en 1994, tal y como consta en el Acta No. 002 del 10 de febrero y en la Resolución No. 302 del 3 de marzo de ese año proferida por el Gobernador del Tolima, la Asamblea General de Socios del CENTRO DE DIAGNÓSTICO

³⁵ El artículo 3° del Decreto 3130 de 1968, vigente para la época de constitución de la sociedad actora, estipulaba que "Las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado ", disposición que fue reiterada en el artículo 3° del Decreto 130 de 1976; y el artículo 464 del C. de Co., relativo a las sociedades de economía mixta, establece que "Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%) o más del capital social las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado. En estos casos un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva"

AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA., eligió como Gerente al señor CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ el 17 de agosto de 1993.

Como consecuencia de la duda Jurídica que surgió en ese momento frente a la vinculación del Gerente del CENTRO DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA., el Gobernador del Departamento del Tolima procedió a efectuar el nombramiento de este funcionario a través de acto administrativo -Resolución 302 del 3 de marzo de 1994- que motivó en la forma registrada anteriormente por la Sala, mediante la enunciación de las normas tanto constitucional (art. 305) como legales (Art. 364 del C. de Co. y arto 35 del Decreto 1221 de 1986) que le atribuían esa competencia al primer mandatario departamental, a pesar de lo dispuesto en los Estatutos de la referida sociedad de economía mixta.

Posteriormente, en 1995, se produjo la decisión contenida en el numeral 3° del Acta No. 05 del 30 de junio de 1995, de la Asamblea General Extraordinaria de Socios del CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA., mediante la cual dicho órgano social eligió como nuevo Gerente de la sociedad al señor FERNANDO DE PAULA ROJAS LEAL, con lo cual se produjo la desvinculación tácita del anterior gerente, señor CARLOS EDUARDO OSSA HERNÁNDEZ, decisión que fue demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa y anulada por ésta, por cuanto consideró que estaba viciada de falta de competencia, pues constitucional y legalmente, el titular de la competencia para nombrar y remover libremente a gerentes, presidentes y directores de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental, era el Gobernador, en este caso, del Departamento del Tolima (fl. 32).

Régimen jurídico aplicable.

En relación con el régimen jurídico al que está sujeta la sociedad demandante, se observa en primer lugar, que conforme a lo estipulado en el artículo 1° del Decreto 130 de 1976, *"Para que una sociedad de economía mixta pueda ser calificada como del orden nacional, en el acto de su constitución o en sus posteriores estatutos, se requiere que entre sus SOCIOS figuren la Nación o una de sus entidades descentralizadas"*.

En el presente caso, no obstante que entre los socios del CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ L TOA (posteriormente, DEL TOLIMA LTDA.), además de personas de derecho privado como son el Terminal de Transportes de Ibagué S.A., Transportes Rápido

Tolima S.A. y Cooperativa de Transportadores del Sur del Tolima *"COINTRASUR LIMITADA"*, se encontraba también, en primer lugar, el INSTITUTO NACIONAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE Y luego el MINISTERIO DE TRANSPORTE, entidades del orden nacional, en la Escritura de Constitución, como ya se vio, la misma fue designada como una sociedad de economía mixta del orden departamental (fl. 35, vto).

Por otra parte, se advierte que el Título X del Decreto 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, reguló lo concerniente a las entidades descentralizadas de este orden, y en su artículo 256, en el que definió a las sociedades de economía mixta como *"...organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, con aportes de los departamentos y de capital privado..."*, estipuló además, que *"...Los aportes de los departamentos no podrán ser inferiores al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital de la sociedad" y que cuando los departamentos tengan el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, estas sociedades quedan sometidas al régimen jurídico previsto para las empresas industriales y comerciales"*.

En el presente caso, se observa que, según consta en la Escritura de constitución de la sociedad de economía mixta demandante (fl. 36 vto.), el monto total del capital suscrito y pagado al momento de la constitución, ascendía a \$ 363'800.000,00, de los cuales, el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA aportó el valor de \$ 190'800.000,00, es decir, más del 51 % del total del capital; más exactamente, el 52,44%.

Conforme a lo anterior, no hay duda de que la sociedad CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DE IBAGUÉ LTDA., (posteriormente, DEL TOLIMA LTDA.), es una sociedad de economía mixta departamental, que por el monto de los aportes estatales, está sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 305, numeral 5°, de la Constitución Política, es atribución del Gobernador *"Nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento..."*, competencia que también le atribuye el Código de Régimen Departamental, Decreto 1222 de 1986, que en su artículo 286 estipula expresamente que *"Los gerentes o directores de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de economía mixta son agentes del Gobernador, de su libre nombramiento y remoción"*.

De acuerdo con lo anterior y tal y como lo dedujo la jurisdicción contencioso administrativa, es incuestionable la competencia del Gobernador del Departamento para nombrar y remover libremente al Gerente de la sociedad de economía mixta demandante.

La actuación de los demandados.

No obstante haberse constatado por la jurisdicción contencioso administrativa la ilegalidad del acto de desvinculación del Gerente de la sociedad demandante, el solo hecho de la declaratoria de nulidad del mismo resulta insuficiente para efectos de demostrar la responsabilidad patrimonial de los demandados en el presente proceso, por cuanto como ya se advirtió, en éste es necesario probar también, que ellos actuaron con dolo o con culpa grave, al momento de expedir el referido acto administrativo.

y esa es la conducta que la Sala no encuentra acreditada en el presente caso, por cuanto si bien se presentaron al interior de la entidad dudas sobre la legalidad de los estatutos sociales, en cuanto le atribuían a la Junta Directiva la facultad de nombrar al Gerente, lo cierto es que los mismos estaban vigentes y eran obligatorios para los socios.

Como es bien sabido, los estatutos de una sociedad, que se establecen en el mismo acto de su constitución mediante escritura pública que debe registrarse en la Cámara de Comercio (arts. 110 y sgtes., C. de Co.), representan la ley que rige la existencia y las actuaciones de la sociedad, de tal manera que ésta debe sujetarse a sus disposiciones en la ejecución de todas sus actividades, y a su amparo se crean, modifican o extinguen distintas situaciones jurídicas en las que está envuelta dicha sociedad; los estatutos no pueden ser modificados, adicionados o sustituidos de cualquier manera, sino que para ello se debe adelantar un determinado

procedimiento y utilizar los mecanismos establecidos para ello por los socios fundadores, al expedir dichos estatutos, y que implican la participación mayoritaria de los socios en dicha modificación, es decir, la conjunción de sus voluntades en tal sentido; además, es indispensable cumplir requisitos formales exigidos por la ley, como es el de elevar a escritura pública esa reforma y efectuar su registro en la correspondiente Cámara de Comercio ³⁶

"La doctrina distingue ente el contrato -germen de la sociedad- y los estatutos conjunto de reglas de conducta de la sociedad que rigen su funcionamiento-o La escritura que da nacimiento al sujeto de derecho afecta la fase contractual y los estatutos afectan a la organización corporativa. Pero estos dos conceptos son consustanciales a la sociedad y sobre ambos recae el consentimiento de los asociados. Además, el estatuto social es el ordenamiento consentido por los fundadores de la compañía para regular la vida de ésta tanto en su organización como en sus relaciones internas y externas. Esas reglas de conducta constituyen la ley primordial de los asociados, y sin son válidas 'preferirán a las normas legales supletivas ya las costumbres mercantiles' (C. de Co. art. 4°)"³⁷.

A pesar de la naturaleza obligatoria que revisten los estatutos sociales, la entidad demandante consideró que los demandados obraron con culpa grave al tomar, como miembros de la Asamblea General de la sociedad, una decisión que obedecía a la estricta aplicación de los mismos, como fue la de nombrar el Gerente de la entidad.

Y en este punto, se observa que, conforme a lo dispuesto por el artículo 464 del Código de Comercio, en aquellas sociedades de economía mixta que por tener capital estatal igual o superior al 90% se someten al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, un mismo órgano o autoridad podrá cumplir

³⁶ El artículo 161 del C. de Co. establece que en las sociedades por cuotas o partes de interés, las reformas se adoptarán con el voto favorable de todos los asociados, siempre que la ley o los estatutos no prevengan otra cosa; y el artículo 158, dispone que toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma, o de lo contrario, ésta no producirá efecto ninguno frente a terceros.

³⁷ NARVÁEZ GARCIA, José Ignacio; Teoría General de las Sociedades; Ediciones Doctrina y Ley, 78 ed., 1996; pg.183.

las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios y de junta directiva", lo cual significa que, en el sub-lite, si bien los estatutos de la sociedad CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA LTDA., estipulaban que el Gerente sería elegido por la Junté; Directiva, bien podía hacerla, como lo hizo, la Asamblea General de Socios, conforme a lo dispuesto en la referida norma.

La Sala no comparte el criterio de la entidad demandada, por cuanto no puede calificarse de actuación gravemente culposa aquella que se deriva de la estricta aplicación de la normatividad vigente por parte de los operadores jurídicos.

Si se considera que determinada norma o disposición legal, reglamentaria, estatutaria, etc., es violatoria del orden jurídico jerárquicamente superior, existen mecanismos judiciales para controvertir su validez, y sólo el juez competente para ello, puede determinar la inexecutableidad o nulidad de una determinada norma, sin que le corresponda al funcionario administrativo decidir si la aplica o no, porque no se ha deferido a su criterio tal determinación; si la norma está vigente, se presume su validez y resulta obligatoria su aplicación.

El principio de legalidad que rige en la función pública, está consagrado constitucionalmente; conforme a la Carta, ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas a las atribuidas por la Constitución y la ley, sin que pueda haber empleo público que carezca de funciones detalladas en la ley o el reglamento; además, los servidores públicos deben ejercerlas en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, so pena de ser responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (arts. 6°, 121, 122 y

123); es decir que ese principio de legalidad constituye, desde el punto de vista de los servidores públicos, un límite impuesto a sus actuaciones, que sólo pueden estar regidas por las normas que le han otorgado las respectivas competencias al funcionario.

Por otra parte, tal y como lo definió la Corte Constitucional, la potestad de aplicar la excepción de ilegalidad, es privativa de los jueces contencioso administrativos ³⁸:

³⁸ Sentencia C-037 de 2000. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

"No hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador".

Por lo expuesto, en el presente caso, los demandados que expedieron el acto administrativo que fue posteriormente anulado por la jurisdicción contencioso administrativa, lo hicieron autorizados y en cumplimiento de una norma que para ellos era de obligatorio cumplimiento, esto es, los estatutos sociales, razón por la cual, considera la Sala que no puede pregonarse que su actuación haya sido gravemente culposa.

En consecuencia, la Sentencia de primera instancia, será confirmada.

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

FALLA

CONFIRMASE el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 25 de noviembre de 2004.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

FREDDY IBARRA MARTÍNEZ

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA