



Sentencia 2013-00577 de 2020 Consejo de Estado

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Procedencia / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia

Esta Sala acota que en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado, ha sostenido que cuando se acusa un acto de nombramiento porque se considera ilegal con el único fin de que se resuelva tal ilegalidad, el medio idóneo para acudir a la jurisdicción es la nulidad electoral; mientras que si se pretende demandar un acto de nombramiento que se cree es ilegal y que además vulnera un derecho subjetivo, con el propósito de que este se restablezca y el acto se retire del ordenamiento jurídico, tendrá que demandarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la procedencia del contencioso electoral y del contencioso subjetivo de nulidad, ver: C. de E., Sección Quinta, auto de 1 de julio de 2014, radicación: 2012-0039-02.

ANULACIÓN DE ACTO DE NOMBRAMIENTO EN CARGO DE CARRERA POR NO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA EL DESEMPEÑO DEL EMPLEO PÚBLICO - Procedencia

El acto administrativo que continúa produciendo efectos es el Decreto 2334 de 2001, mediante el cual se vinculó a la demandada a la planta global del municipio de Medellín en el cargo de secretaria tramitadora, se observa que el ingreso de la demandante a dicho empleo nació viciado a la luz del artículo 125 Superior, pues la vinculada no cumplía los requisitos y condiciones fijados en la ley para su desempeño. De esta forma, su nombramiento fue manifiestamente opuesto a la norma constitucional y a las disposiciones que fijaron las condiciones y requisitos para el desempeño del cargo, de modo que el acto de nombramiento está inmerso en la causal de revocación consagrada en el numeral 1º *ibidem*. En consecuencia, la administración municipal válidamente podía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a fin de solicitar la nulidad de su propio acto, al adolecer el mismo de expedición irregular de las normas en las que debió fundarse, toda vez que el acto administrativo surgió viciado y respaldado en la información consignada en el formato de hoja de vida de la función pública y en virtud al diploma aportado, con el convencimiento de que la demandada cumplía con la totalidad de requisitos para ocupar el mismo, lo que se soportaba en un documento falso que ésta había aportado previamente. En virtud de lo acreditado, para la Sala no se logró desvirtuar por la parte demandada que para el desempeño del cargo no se exigía el título de bachiller, por lo que tal y como ha puntualizado la Ley 909 de 2004, al referenciar la norma principal en la Ley 190 de 1995, la cual contiene todos los aspectos de la revocatoria por no acreditar el cumplimiento de los requisitos legales y del deber de la administración de retirar del servicio a aquel empleado que haya sido nombrado sin el lleno de los requisitos legales, es procedente en sede judicial anular el acto por encontrarse incurso en vicios de su expedición. (...). La demandada no acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para desempeñar el cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín, en consecuencia, se desvirtuó su presunción de legalidad del acto administrativo mediante el cual se le incorporó para ejercer dicho empleo. NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la revocatoria directa de actos administrativos producto de medios ilegales, ver: C. de E., Sección Quinta, auto de 1 de julio de 2014.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 97 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 137 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 138 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 149 / LEY 27 DE 1992 / LEY 190 DE 1995 - ARTÍCULO 5 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 69 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 73

RESTITUCIÓN DE SUMAS DE DINERO PAGADAS SIN JUSTO TÍTULO - Condicionada a la prueba de la mala fe del particular / CULPA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EJERCITAR LA ACCIÓN DE LESIVIDAD / COMPENSACIÓN DE CULPAS - Improcedencia restitución de dineros

No hay lugar a la devolución de las sumas recibidas a título de mesada cuando fueron percibidas de buena fe, no obstante en este caso dicha presunción quedó desvirtuada, por lo que en principio sería dable ordenar la devolución de las sumas pagadas a la demandada por parte de la administración, sin embargo, es innegable que ha transcurrido un tiempo considerable entre la vinculación y la iniciación del procedimiento para revocar la decisión de la administración, lo cual hace desproporcionada la medida solicitada. Ahora bien, se advierte que las partes tenían el deber de obrar de forma correcta y con apego a la ley, conducta que como se probó, no atendió la demandada, pero también, puede observarse la desidia de la administración, dado que no cumplió con todos sus deberes y solo los ejerció hasta el año 2012, por tal motivo, la erogación injustificada se causó por su negligencia. Bajo dicho entendido, el tiempo tan extenso entre un evento (vinculación de la demandada en el año 1993) y otro (averiguación administrativa por los documentos aportados en el año 2012), tuvo ocurrencia porque la administración no desplegó el deber de diligencia para verificar los requisitos legales y, si bien, la demandada tenía la obligación de cumplir con sus compromisos, no puede olvidarse que fue la demora del municipio de Medellín lo que ocasionó el pago de los emolumentos que ahora reclama, esto es, el perjuicio, por esa razón la Sala considera aplicable el criterio de la compensación de culpas para no ordenar la devolución del dinero a pesar de que está demostrada la mala fe de la demandada. (...). No es procedente ordenar la devolución de todos los salarios y prestaciones cancelados a la demandada con ocasión de su vinculación al municipio de Medellín durante más de 20 años aproximadamente, dado que en el *sub lite* se da la compensación de culpas, dada la desidia de la administración en el cumplimiento de sus deberes. NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la compensación de culpas, ver: C. de E., Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2015, radicación: 32728.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2357

ACCIÓN DE LESIVIDAD / CONDENAS EN COSTAS - Improcedencia

En cuanto a la condena en costas en la presente instancia, la subsección resalta que el presente asunto se promovió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de «lesividad» con el fin de obtener la nulidad de los actos mediante los cuales se nombró a la demandada en varios cargos en la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín sin cumplir los requisitos para desempeñarlos. En ese sentido conforme al artículo 188 del CPACA, no es procedente la condena en costas, toda vez que en este tipo de eventos en que se discute un bien jurídico público, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte vencida en el litigio, cuando resulte afectado con la decisión. NOTA DE RELATORÍA: En relación con la condena en costas dentro de los procesos que se tramitan al amparo de la Ley 1437 de 2011, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, radicación: 44921-13, C.P.: William Hernández Gómez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00577-01(3887-16)

Actor: MUNICIPIO DE MEDELLÍN

Demandado: MARTHA LUCÍA PATIÑO GUTIÉRREZ

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Retiro del servicio por el ejercicio del empleo público sin el cumplimiento de los requisitos legales. Compensación de culpas.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-196-2020

ASUNTO

Decide la Subsección los recursos de apelación formulados por las partes contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El municipio de Medellín en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en su modalidad de lesividad que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (folios 7 a 8)

1. Solicitó declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Decreto 601 del 21 de mayo de 1993 mediante el cual se nombró a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez en el cargo de recepcionista en el Departamento de Estudios Criminológicos e Identificación de la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín.

- Decreto 1054 del 1.º de septiembre de 1994 a través del cual se nombró en periodo de prueba a la señora Patiño Gutiérrez en el empleo de secretaria tercera en el Departamento Administrativo de la Secretaría de Gobierno.

- Decreto 2334 del 16 de noviembre de 2001 por medio del cual se incorporó a la planta de personal del municipio de Medellín a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez en el cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno de dicho ente territorial.

2. A título de restablecimiento del derecho se ordene la desvinculación inmediata de la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez del municipio de Medellín.

3. Ordenar a la demandada la devolución de todas y cada una de las sumas pagadas por parte del ente territorial demandante, dado que se demostró la mala fe conforme el artículo 164 del CPACA.

4. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192, 193 y 195 *ibidem*. Condenar en costas.

Fundamentos fácticos relevantes (folios 9 a 11)

1. Mediante Decreto 601 del 21 de mayo de 1993 se nombró a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez en el cargo de recepcionista en el Departamento de Estudios Criminológicos e Identificación de la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín.

2. A su vez, a través de Decreto 1054 del 1.º de septiembre de 1994 se designó a la señora Patiño Gutiérrez en periodo de prueba en el empleo de secretaria tercera en el Departamento Administrativo de la Secretaría de Gobierno.

3. Asimismo, por medio de Decreto 1280 del 18 de octubre de 1995 se cambió la denominación del empleo de secretaria tercera por el de secretaria auxiliar.

4. Posteriormente, mediante Comunicado del 4 de septiembre de 1995, la Comisión Seccional del Servicio Civil de Antioquia le notificó a la aquí vinculada que fue escalonada en carrera administrativa en el cargo de secretaria III.

5. De conformidad con el Decreto 1298 del 28 de febrero de 2001, se desvinculó a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez del servicio por supresión de la plaza del cargo de secretaria auxiliar adscrita al Departamento Administrativo de la Secretaría de Gobierno Municipal. En virtud a ello, se le confirió el derecho de optar por indemnización o ser reincorporada a un cargo equivalente.

6. En efecto, por Decreto 2334 del 16 de noviembre de 2001, se incorporó a la señora Patiño Gutiérrez al empleo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno del ente territorial demandante.

7. Conforme a lo anterior, a través de Oficio 201200212731 del 23 de mayo de 2012, la Unidad de Talento Humano de la Secretaría de Servicios Administrativos, solicitó a la institución educativa Benjamín Herrera verificar la información suministrada por la señora Patiño Gutiérrez en relación con la culminación de sus estudios académicos, como requisito fundamental para ingresar a laborar en el municipio de Medellín.

8. El mencionado colegio dio respuesta a través de oficio fechado 24 de mayo de 2012, en el cual informó que la demandada no aparecía en el libro de calificaciones de 1980 que había sido solicitado. De igual forma, mediante Oficio 201200219790 del 4 de julio de 2012 señaló que: «revisados los archivos de la Institución Educativa Benjamín Herrera correspondientes al año 30-11-1980, no se encuentra ningún registro de diploma de MARTHA LUCIA (SIC) PATIÑO GUTIERREZ (SIC) [...]. La fotocopia del diploma enviado las firmas no coincide (sic) con las firmas que aparecen en el libro de calificaciones de dicho año».

9. En razón de ello, la Unidad Administrativa de Talento Humano de la Secretaría de Servicios Administrativos del municipio de Medellín ordenó la apertura de la averiguación administrativa, respecto de la veracidad de los documentos de estudio aportados por la demandada, por lo que solicitó los manuales de funciones que se encontraban vigentes para dichas fechas, para los empleos secretario código 44022 y recepcionista 29823.

10. Así, en documento distinguido con el código 29823, se indicó que para poder desempeñarse en el cargo de recepcionista se requiere como requisito ser bachiller clásico, técnico comercial y acreditar conocimientos en relaciones públicas.

11. En diligencia de versión libre rendida el 16 de agosto de 2012 por parte de la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez ante la Unidad de Administración de Talento Humano, manifestó: «En ese tiempo un grupo de políticos con los cuales yo les colaboraba, me pidieron postularme para un cargo en la Alcaldía, yo les manifesté que no había terminado todo el bachillerato... PREGUNTADO: ¿Sírvese manifestar si es o no bachillera (sic) del Liceo Departamental Mixto Benjamín Herrera? RESPONDIÓ: No».

12. En virtud de lo anterior y en cumplimiento del artículo 97 del CPACA, se solicitó el consentimiento expreso de la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez con el fin de revocar los actos administrativos demandados, ante lo cual obtuvo respuesta negativa.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de fijar el objeto del proceso y de la prueba². En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal

tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.³

En la presente actuación de folios 207 a 208 y cd visible a folio 212, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«Se advierte que las excepciones oportunamente propuestas por el apoderado de la demandada de “mala fe y temeridad” y “enriquecimiento ilícito”, propuestas a folio 128, se resolverá (sic) con la sentencia, ya que se trata de argumentos encaminados a desvirtuar los fundamentos de hecho o derecho en los que la parte demandante sustenta sus pretensiones y no versan sobre hechos extintivos o impeditivos de la pretensión.

Por último, formuló la excepción previa de “CADUCIDAD”, al considerar que la demanda fue presentada en forma extemporánea, ya que la norma establece como término 4 meses para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Respecto de la excepción propuesta, considera el Despacho que el literal c del numeral 1° del artículo 164 establece que:

[...]

Ahora bien, respecto de los mismos advierte el Despacho que la entidad accionante aduce que conoció de la ilegalidad de dichos actos el día 16 de agosto de 2012, fecha en la cual la accionada rindió versión libre ante la entidad y manifestó no ser bachiller - requisito indispensable para ocupar los cargos en los que fue nombrada en la institución -, momento desde cual la entidad inició (sic) el procedimiento para solicitar la revocatoria directa de los actos, solicitando el consentimiento de la accionada, la cual lo negó mediante escrito visible a folio 35 el día 29 de noviembre de 2012, fecha en la cual empezaría a contar el término de 4 meses para operar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y toda vez que la demanda fue radicada el día 18 de diciembre de 2012, es decir dentro de dicho término no habría lugar a decretar la caducidad del presente medio de control.

La presente decisión se notifica en estrados. Sin recursos». (Mayúsculas y ortografía del texto original).

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En la audiencia inicial a folio 208 anverso y reverso y cd visible a folio 212 se observa que el litigio fue fijado con base en las siguientes proposiciones jurídicas:

«4.1. PRETENSIONES: La parte demandante pretende que se declare la nulidad del Decreto No. 601 del 21 de mayo de 1993 por medio del cual se nombró a la señora Martha Lucia (sic) Patiño Gutiérrez en el cargo de recepcionista en el Departamento de Estudios Criminológicos e Identificación de la Secretaria (sic) de Gobierno, del Decreto No. 01054 del 1 de septiembre de 1994 por medio del cual se nombró a la señora Patiño Gutiérrez en periodo de prueba en el cargo de Secretaria Tercera del Departamento Administrativo - Secretaria (sic) de Gobierno y del Decreto No. 2334 del 16 de noviembre de 2001 mediante el cual se incorporó a la accionada a la planta de cargos del Municipio de Medellín en el cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la secretaria (sic) de Gobierno y que en consecuencia de la anterior declaración se imponga la inmediata desvinculación de la señora Martha Lucia (sic) Patiño Gutiérrez del Municipio de Medellín y se ordene la devolución de las sumas pagadas con ocasión de dicho acto (sic) administrativo por cuanto se aduce que los mismos fueron expedidos sin que la accionante cumpliera con los requisitos legales para ocupar dichos cargos, específicamente el requisito de bachiller.

4.2. CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS EN LA DEMANDA: La parte demandante argumenta que los actos administrativos demandados violan disposiciones legales y constitucionales, en la medida que en la demanda no cumple con los requisitos exigidos en el Decreto Municipal 001 de 1991, para que fuera nombrada y posesionada en el cargo que actualmente ocupa en el Municipio de Medellín, toda vez que el diploma de bachiller aportado en cumplimiento de tales requisitos es falso (fl. 8).

4.3 DEFENSA. La parte demandada dentro del término de traslado de la demanda, argumentando que la demandada ha estado vinculada al Municipio de Medellín en varios cargos y en varios momentos, en los cuales ha necesitado acreditar el cumplimiento de requisitos diferentes para cada uno de ellos, por último señala que para optar por los nuevos nombramientos la demandada cumplió con las exigencias del concurso de méritos y fue evaluada cada seis meses por la Comisión Nacional del Servicio Civil, razones por las cuales solicita no decretar la medida provisional requerida y además negar las pretensiones de la demanda.

4.4. PROBLEMA JURÍDICO: Corresponde a la Sala determinar la legalidad de los actos administrativos demandados, Decreto 601 del 21 de mayo de 1993 (sic), Decreto No. 1054 y por último del Decreto 2334 del 16 de noviembre de 2001 mediante el cual se incorporó a la accionada a la planta de cargos del Municipio de Medellín en el cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la secretaria (sic) de Gobierno, determinando si violan las disposiciones legales, en especial si la accionada cumple con el requisito de bachiller para ser nombrada en los cargos ocupados de la entidad accionante y si tal requisito era exigido para ocupar dichos cargos». (Ortografía, negrillas y mayúsculas del texto).

Se notificó en estrados y las partes son interpusieron recurso alguno.

SENTENCIA APELADA (folios 313 a 320)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 30 de noviembre de 2015, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El tribunal de primera instancia sustentó que conforme a los artículos 313 y 315 de la Constitución en concordancia con lo previsto en la Ley 136 de 1994 modificada por la Ley 1551 de 2012, le corresponde al alcalde a través de sus dependencias determinar la estructura de la administración municipal teniendo en cuenta las condiciones de acceso para el empleo público, asimismo le corresponde fijar los salarios del personal vinculado.

Señaló que acorde con el Decreto 601 del 21 de mayo de 1993 se nombró a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez en el cargo de recepcionista en el Departamento de Estudios Criminológicos e identificación de la Secretaría de Gobierno. En relación con dicho empleo, el Decreto 001 de 1992 previó como requisitos de estudio bachillerato clásico, técnico o comercial y de experiencia más de 2 meses en labores afines.

Asimismo, advirtió que a la señora Patiño Gutiérrez por medio del Decreto 1054 del 1.º de septiembre de 1994 se le nombró en periodo de prueba en el cargo de secretaria tercera de la Secretaría de Gobierno Municipal, ello, en razón al concurso abierto realizado mediante Convocatoria 29 del 22 de marzo de 1994, en la cual se fijó como requisito para desempeñar el empleo el de bachillerato técnico o clásico y acreditar conocimientos de mecanografía y correspondencia o bachillerato comercial, además, 6 meses de experiencia en labores afines o funciones del cargo.

La exigencia de bachiller también era requerida cuando la demandada fue incorporada en el cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín mediante Decreto 2334 del 26 de noviembre de 2001. No obstante lo anterior, acorde con los medios de prueba aportados, se pudo verificar que nunca se graduó como bachiller académica y que el diploma aportado era falso.

Conforme a ello, aludió que la señora Patiño Gutiérrez, no cumplió con el requisito de bachiller académico, máxime cuando hizo uso de un documento apócrifo para acreditar dicha exigencia y vincularse con la administración.

De otro lado, consideró que contrario a lo afirmado por la demandada no era necesario que se incoara nulidad en contra de la Resolución 872 de 1995 que notificó su escalonamiento en el cargo de secretaria tercera, dado que además de ser expedido por otra autoridad, este acto administrativo era independiente del que la nombró en el empleo de carrera administrativa en contra del cual la administración había ejercido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y que sí fue proferido por el municipio de Medellín.

Bajo dicho entendido, aseveró que era procedente la declaratoria de nulidad del Decreto 2334 de 2001, no así en relación con los Decretos 601 de 1993 y 01054 del 1.º de septiembre de 1994, dado que aquellos no se encontraban produciendo efectos jurídicos en razón a que mediante Decreto 1298 de 2001 fue desvinculada la demandada en su cargo de carrera administrativa, por lo que el objeto de la demanda que estaba encaminado al retiro del servicio se cumplía con la nulidad del Decreto 2334 de 2001.

Negó la pretensión encaminada a la devolución de las sumas pagadas a la señora Patiño Gutiérrez, toda vez que si bien se desvirtuó su buena fe, lo cierto es que también correspondía a la entidad demandante verificar la veracidad de los documentos aportados para el cumplimiento de los requisitos al momento del ingreso al empleo público.

Acorde con ello, el tribunal profirió sentencia que se resume así: i) declaró la nulidad del Decreto 2334 de 2001; ii) a título de restablecimiento del derecho ordenó al municipio de Medellín a desvincular o retirar del servicio a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez del cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno; iii) confirmó la medida de suspensión provisional del nombramiento de la demandada, adoptada mediante auto del 2 de mayo de 2014; iv) negó las demás pretensiones de la demanda y; v) condenó en costas a la vinculada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Municipio de Medellín (folios 325 a 327): indicó que el *a quo* incurre en error al no ordenar la desvinculación de la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez y solamente confirmar la medida de suspensión provisional que ordenó su retiro temporal.

De otro lado, señaló que al haberse demostrado la mala fe, es procedente la devolución de las sumas pagadas a la demandada, pues se probó el engaño y aquella se lucró de unos salarios y prestaciones a los cuales no tenía derecho. Aunado a ello, existió confianza legítima por parte del ente territorial respecto de los documentos aportados por la señora Patiño Gutiérrez.

La parte demandada (folios 328 a 334): solicitó que la decisión de primera instancia sea revocada y en lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual precisó que se debió incorporar a las súplicas de nulidad la Resolución 872 del 14 de julio de 1995, mediante la cual se le comunicó a la demandada su escalonamiento en carrera administrativa, asimismo, era procedente demandar el Decreto 1298 de 2001, mediante el cual se le desvinculó del servicio por supresión del cargo de secretaria auxiliar, así como respecto del Decreto 1280 de 1995 que cambió la denominación, funciones, requisitos y categorías a unos cargos en el municipio de Medellín.

En este sentido, no es posible que se le separe o retire del servicio, pues no fueron demandados todos los actos administrativos que regían la situación de la demandada, por lo que se le debe reintegrar a alguno de los cargos que ha desempeñado.

Manifestó que para ejercer los cargos posteriores a los designados mediante el Decreto 601 de 1993, «no se le exigió prueba o documento alguno que probara la veracidad del acto que motiva la presente acción (sic)», resaltó que es inexplicable que se pretenda la nulidad de un acto de 1993, y la norma que le sirve de sustento en el artículo 5 de la Ley 190 1995, fecha para la cual, «su aporte no presentaba consecuencia

jurídica alguna».

En relación con los requisitos mínimos requeridos para desempeñar el cargo en el año 1993, arguyó que no se requería ser bachiller en alguna de las modalidades, ello se desprende de la Comunicación del 3 de agosto de 2012 emanada de la Unidad Administrativa de Planta de Empleos de la Subsecretaría de Talento Humano, aunado a ello, no se aportó ningún documento en el que se le hiciera esta exigencia a la demandada. Concluyó que es diferente que el documento sea apócrifo a que el requisito de bachiller sea una exigencia para desempeñar el cargo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada (folios 366 a 371): reiteró los argumentos del recurso de apelación e insistió en que el requisito de bachiller no era requerido para acceder al cargo de recepcionista, según los Decretos 5400 de 1968 y 1950 de 1973.

Parte demandante (folios 372 a 376): señaló que se había demostrado con la prueba documental pertinente que la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez no cumplía con las exigencias para desempeñar el cargo al cual se posesionó al no ser bachiller, además, que es procedente ordenar la devolución de las sumas pagadas dada la mala fe probada.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal según constancia visible a folio 393.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según lo previsto en el inciso segundo del artículo 328⁵ del CGP, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para desempeñar el cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín?

En caso negativo deberá resolverse:

2. ¿Es procedente ordenar que la demandada reintegre las sumas percibidas con ocasión de su vinculación en el municipio de Medellín?

Primer problema jurídico

¿La señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para desempeñar el cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín?

Al respecto la Sala sostendrá la tesis de que la demandada no terminó sus estudios de básica secundaria, estudio requerido para desempeñar el cargo para el cual fue nombrada, tal como pasa a explicarse.

Del medio de control invocado

Esta Sala acota que en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado⁶, ha sostenido que cuando se acusa un acto de nombramiento porque se considera ilegal con el único fin de que se resuelva tal ilegalidad, el medio idóneo para acudir a la jurisdicción es la nulidad electoral; mientras que si se pretende demandar un acto de nombramiento que se cree es ilegal y que además vulnera un derecho subjetivo, con el propósito de que este se restablezca y el acto se retire del ordenamiento jurídico, tendrá que demandarse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Conforme a lo cual y como bien lo estudió el profesor Santofimio Gamboa, en su Tratado de Derecho Administrativo⁷, citando un artículo del catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Eduardo García de Enterría, titulado La Configuración del Recurso de Lesividad⁸, antes que un mecanismo judicial de control de legalidad de los actos administrativos, la lesividad era un recurso administrativo que operaba a modo de beneficio y/o prerrogativa de la administración para revertir los efectos lesivos de sus decisiones en materia de hacienda pública, y que operaba a través de un trámite de declaración administrativa y oficiosa de lesividad. Fue con el trascurso de los años, que este recurso administrativo mutó hasta convertirse en una acción judicial, adoptando la configuración que hoy día exhibe.

En la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se conserva la misma técnica legislativa utilizada en la codificaciones precedentes, consistente en no consagrar de manera explícita un mecanismo judicial autónomo o específico (medio de control) para que la Administración demande sus propios actos administrativos, manteniéndose eso sí, la línea legislativa de concederle la atribución, facultad o competencia, para hacer uso de los medios de control previstos para que pueda acudir a la Jurisdicción a enjuiciar sus

decisiones, obviamente en las mismas condiciones que los particulares.

En efecto, los artículos 137 y 138 *ibidem*, son claros en señalar que los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, pueden ser utilizados por «toda persona». De igual modo el artículo 139 *ejusdem* señala, que cualquier persona puede hacer uso del medio de control de nulidad electoral. Además de lo dicho, el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 regula la capacidad y representación de las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso.

Del retiro del servicio por ausencia de requisitos para el desempeño del cargo

La noción de empleo público se encuentra previsto en el artículo 122 de la Constitución Política al señalar que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente [...]».

Adicionalmente, de acuerdo al artículo 125 de la Constitución Política, los empleos públicos son de carrera, por lo que entonces prima el mérito en la selección de los servidores del Estado en virtud de una relación legal y reglamentaria, como puede leerse a continuación:

«ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. [...]». (Subrayas fuera del texto original).

Tal y como se advierte, el objetivo de dicha disposición constitucional, fue la creación de un mecanismo objetivo para acceder y permanecer en los cargos públicos, asimismo, se observa que en la segunda parte de la norma se prevé el retiro del servicio por las causales allí señaladas y por las demás previstas en el ordenamiento Superior y en la ley, de manera que el retiro obedezca solo a los eventos legalmente determinados.

Ahora, si bien se encuentra que la Ley 27 de 1992⁹ (vigente para el momento en que la vinculada ingresó al ente demandante), no tenía previsto como causal de retiro del servicio el incumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo, la Ley 190 de 1995¹⁰ sí lo previó, de la siguiente forma:

«ARTÍCULO 5º. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó (sic) documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que halla lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años.» (Subrayas de la Sala).

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del inciso primero *ibidem* en sentencia 672 de 2001, determinó que con base en el principio de buena fe y la presunción de legalidad de los actos administrativos de contenido particular y concreto (como lo son los actos de nombramiento) y ante una evidente violación del ordenamiento jurídico, el acto puede ser revocado con el consentimiento expreso del particular. No obstante lo anterior, si se advierte una ilegalidad manifiesta, la buena fe aplica en favor de la administración, como encargada de la protección del interés público, pues una actuación fraudulenta, dio origen a un actuar de la administración errado, rompiendo la confianza legítima. Es por lo anterior que todas las circunstancias que rodearon el nombramiento, se enunciarán en el acto de revocatoria.

Se resalta, que la Ley 443 de 1998¹¹ no revocó ni modificó el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, disposición que fue regulada nuevamente en el literal j del artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹², en la cual se incluyó como causal de retiro del servicio la ausencia en el cumplimiento de requisitos para desempeñar el cargo:

«ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio

El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

□...□

j. Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; »

Bajo dicho contexto, la Sala advierte que la causal allí prevista no es más que una situación especial de revocación directa, esto es, una especie de esa revocatoria general prevista en ese entonces por el artículo 69 del Decreto 01 de 1984, la cual ha tenido un tratamiento específico teniendo en cuenta que de ella dependen aspectos como derechos políticos, acceso al empleo público, elección de profesión y oficio, el acceso a funciones públicas y el interés general que conlleva este ejercicio de acuerdo con los artículos 122 y 125 Superiores.

En efecto, el Código Contencioso Administrativo (vigente para la fecha de vinculación de la demandante al municipio de Medellín), regula

claramente un procedimiento aplicable para la revocación de los actos administrativos en el Título V del libro I. Así según el artículo 69 *ibidem* procederá la revocatoria de los actos administrativos en los siguientes casos:

«Artículo 69. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona».

En relación con los actos de carácter particular y concreto que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría la obligación de obtener el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular para poder proceder a dicha revocatoria, según el artículo 73 de la citada normativa, así;

«Artículo 73. *Revocación de actos de carácter particular y concreto.* Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de los actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión».

Sobre la revocatoria directa de actos administrativos producto de medios ilegales, el Consejo de Estado¹³ sostuvo:

«De la revocación de los actos administrativos, es relevante señalar que el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo, es al acto ilícito, en el cual la expresión de voluntad del Estado nace viciada bien por violencia, por error o por dolo, no al acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la administración, pugna contra la Constitución o la ley. La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica porqué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

[...]

El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A. De otra parte, es preciso señalar que tratándose de la revocatoria de nombramientos ha existido en la legislación regulación al respecto, que permite a la administración decretar la revocatoria de dichas designaciones cuando el nombrado o posesionado no cumpla con los requisitos para desempeñar el cargo, como son las previsiones de los artículos 45 del Decreto 1950 de 1973 y 5 de la citada Ley 190 de 1995, normas éstas que interpretadas en armonía con el artículo 73 del C.C.A. le imponen a la administración tal actuación, sin que se requiera anuencia del funcionario afectado». (Subraya fuera del texto)

No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, en el artículo 97 se modificó el procedimiento para revocar los actos de carácter particular y concreto en el siguiente sentido:

«[...] *Revocación de actos de carácter particular y concreto.* Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa».

A partir del contenido del artículo 97 del CPACA, es oportuno resaltar los siguientes elementos:

(i) Los actos administrativos de carácter particular y concreto no pueden ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular;

(ii) Contrario a lo que acontecía en la vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior, no se incluyeron excepciones en relación

con dicho consentimiento;

(iii) Se incluyen en la obligación de contar con la mencionada anuencia las otrora excepciones respecto de actos que resultaban de la aplicación del silencio administrativo positivo sobre los cuales se configuraran las causales generales de revocatoria y frente a los actos obtenidos por medios fraudulentos;

(iv) De esta manera, si el titular niega el consentimiento en tratándose de actos contrarios a la Constitución o a la ley, surge un deber en cabeza de la administración de demandar su propio acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, y;

(v) Si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo debe demandar sin acudir al procedimiento previo de conciliación, solicitando al juez su suspensión provisional.

Bajo el anterior marco normativo y jurisprudencial, la Subsección procederá a verificar si como alude la entidad demandante, la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez, se posesionó a un cargo de carrera administrativa, sin que cumpliera con los requisitos legales para el ejercicio de dicho empleo:

· Mediante Decreto 601 del 21 de mayo de 1993 expedido por el alcalde, la secretaria de servicios administrativos, el secretario de gobierno y el secretario general del municipio de Medellín, se nombró a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez en el cargo de recepcionista en el Departamento de Estudios Criminológicos e Identificación de la Secretaría de Gobierno (folio 25).

· En igual sentido, se advierte el Oficio APE-615201200431774 DEL 1.º de octubre de 2012, expedido por la Unidad Administración Planta de Empleos, Subsecretaría de Talento Humano, Secretaría de Servicios Administrativos del ente territorial demandante, informó que los requerimientos de estudios necesarios para posesionarse en el cargo de recepcionista, código 29823 era el de bachiller clásico, técnico o comercial (folio 36 anverso y reverso). De igual forma, se allegó el manual de funciones vigente para esa fecha (folios 46 a 47).

· Por su parte, a través del Decreto 001 del 21 de enero de 1991 por medio de la cual se reestructuró la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín (folios 28 a 32), determinó en su artículo 5 como requisitos para desempeñar el empleo de recepcionista, los siguientes: «Estudios: Bachillerato Clásico, Técnico o Comercial. Experiencia: Más de dos (2 meses) en labores afines a este cargo». (Subrayas fuera de texto).

· Posteriormente, mediante Decreto 01054 del 1.º de septiembre de 1994 se nombró en periodo de prueba a la señora Patiño Gutiérrez en el cargo de secretaria tercera del Departamento Administrativo de la Secretaría de Gobierno Municipal (folio 26). Lo anterior, en razón al concurso abierto realizado por el municipio mediante Convocatoria 29 del 22 de marzo de 1994, conforme la parte motiva de dicho acto administrativo.

· En efecto, se allegó al plenario la mencionada convocatoria para el cargo de secretaria tercera en virtud del Decreto 176 de 1994 y se señaló de forma expresa las exigencias para desempeñar el empleo así: «ESTUDIOS: Bachillerato Técnico o Clásico y acreditar conocimientos de mecanografía y correspondencia o Bachillerato Comercial. EXPERIENCIA: Mínimo seis (6) meses en labores afines a las funciones del cargo». (folio 241). (Subrayas fuera de texto).

· Asimismo, se observa que con el Decreto 1298 de 2001, se desvinculó del servicio a la demandada por supresión de la plaza de secretaria auxiliar (denominación dada al empleo a través del Decreto 1280 de 1995 al de secretaria tercera) (folio 213) y se le otorgó la posibilidad de optar por una indemnización o por el tratamiento preferencial para ser incorporada a un cargo equivalente (folios 64 a 65).

· La señora Martha Lucía presentó ante el ente territorial demandante petición el 5 de marzo de 2001, con el fin de que fuera reincorporada a un cargo equivalente según lo previsto en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 (folios 130 a 131).

· En efecto, a través del Decreto 2334 del 26 de noviembre de 2001, el municipio de Medellín incorporó a su planta de cargos a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez al empleo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno (folio 27).

· Respecto del anterior cargo, se tiene que según el manual de funciones expedido por el municipio de Medellín y acorde con el Decreto Reglamentario 272 de 2000, como requisitos del empleo se debía acreditar: «ESTUDIOS BÁSICOS: Título de bachiller en cualquier modalidad. EXPERIENCIA: Doce (12) meses de experiencia laboral». (folios 226 a 227). (Subrayas de la Sala).

· Según formato de hoja de vida de la señora Patiño Gutiérrez se relaciona que es bachiller académica en el Liceo Departamental Benjamín Herrera, con fecha de terminación de estudios en noviembre de 1980 (folio 56) y aportó para tal fin el respectivo diploma de la institución educativa señalada (folio 33).

· Con ocasión de la averiguación administrativa iniciada mediante Auto 015 del 1.º de agosto de 2012 (folio 50), se solicitó por parte de la Unidad Administración de Talento Humano de la Secretaría de Servicios Administrativos del municipio de Medellín, información a la Institución Educativa Benjamín Herrera mediante Oficio 201200212731 del 23 de mayo de 2012, a fin de que corroborara la cédula, el título obtenido por la demandada, entre otros (folio 55).

· El colegio en mención dio respuesta el 24 de mayo de 2012 e indicó «MARTHA LUCIA (SIC) PATIÑO GUTIERREZ (SIC) NO APARECE EN EL LIBRO DE CALIFICACIONES DE 1980 año solicitado». (folio 54). (Mayúsculas del texto original).

En virtud a ello, la entidad demandante mediante Oficio 201200219790 del 6 de junio de 2012 solicitó a la Institución Educativa Benjamín Herrera señalar si el diploma aportado por la señora Patiño Gutiérrez había sido expedido por dicho establecimiento y anexó copia del mencionado documento (folio 53).

A través de Oficio del 4 de julio de 2012 proferido por dicha institución señaló: «[...] revisados los archivos de la Institución Educativa Benjamín Herrera correspondientes al año 30-11-1980, no se encuentra ningún registro de MARTHA LUCIA (SIC) PATIÑO GUTIERREZ (SIC) con cédula 32.323.613. la fotocopia del diploma enviado las firmas no coincide (sic) con las firmas que aparecen en el libro de calificaciones de dicho año». (folio 52). (Subrayado intencional).

Se resalta, que la vinculada no desvirtuó las pruebas allegadas al plenario respecto de la falsedad del diploma de bachiller académico ni objetó la información certificada por la institución educativa.

Aunado a ello, dentro de la averiguación administrativa se llevó a cabo versión libre por parte de la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez el día 16 de agosto de 2012 (folios 44 a 45), de la cual se extrae:

«[...] PREGUNTADO: Sirvase (sic) informar si usted es bachiller o no del Liceo Dptal Mixto Benjamín Herrera. RESPONDE: No.» (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo con ello, la subsecretaria de Talento Humano (E) de la Secretaría de Servicios Administrativos del ente territorial demandante, mediante Oficio del 14 de noviembre de 2012, puso en conocimiento de la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía la inconsistencia en el diploma de bachiller aportado por la aquí vinculada (folio 67).

Igualmente, el 29 de noviembre de 2012 la entidad demandante solicitó a la señora Patiño Gutiérrez el consentimiento expreso para revocar el acto de nombramiento (folio 34), el cual no fue autorizado (folio 35 anverso y reverso).

Previo a efectuar el análisis de las pruebas aportadas, la Sala resalta que si bien para la fecha de las primeras vinculaciones de la señora Patiño Gutiérrez, esto es, 21 de mayo de 1993 (folio 25) y 1.º de septiembre de 1994 (folio 26), no se encontraba vigente el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, conforme se analizó en precedencia, sí estaba produciendo efectos jurídicos el artículo 69 del Decreto 01 de 1984 que permitía la revocatoria del acto cuando fuera manifiesta su oposición a la Constitución o a la ley.

En todo caso, y en gracia de discusión, en la sentencia de primera instancia, se declaró la nulidad del Decreto 2334 de 2001, momento para el cual ya regía el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, aunado a ello, el procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración que concluyó que la documentación aportada era apócrifa, inició el 1.º de agosto de 2012 (folio 50 anverso y reverso), fecha para la cual se encontraban vigentes las Leyes 909 de 2004 y 1437 de 2011, conforme quedó estudiado en párrafos anteriores.

De las pruebas recaudadas en el plenario y previamente relacionadas, se puede inferir que:

- i) Cuando la demandada, fue designada para desempeñar el cargo de recepcionista el Decreto 001 de 1991 exigía el requisito de bachiller académico, técnico o comercial;
- ii) De igual forma, en relación con el empleo de secretaria tercera, el Decreto 176 de 1994 y la Convocatoria 29 de dicha anualidad, determinaron la exigencia de bachiller académico o de cualquier modalidad;
- iii) Y finalmente, respecto del cargo secretaria tramitadora era necesario ser bachiller en cualquier modalidad.

De esta forma, se advierte que en el *sub lite* la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez no cumplía el requisito de formación académica exigido para el desempeño de los empleos que ejerció, por cuanto el documento allegado para tal fin era apócrifo.

En efecto, revisado el sentido del término apócrifo de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española¹⁴:

«apócrifo, fa

Del lat. Tardío *apocryphus*, y este del gr. ἀπόκρυφος *apókryphos* 'oculto'.

1. adj. Falso o fingido. *Un conde apócrifo*.
2. adj. Dicho de una obra, especialmente literaria: De dudosa autenticidad encunto al contenido o a la atribución. U. t. c. s. m.
3. adj. Dicho de un libro de la Biblia: Que no está aceptado en el canon de esta. *Los evangelios apócrifos*. U. t. c. s. m.»

En este sentido, el término apócrifo es sinónimo de falso, lo cual se demostró en el *sub lite*, por cuanto el diploma de bachiller académico aportado por la señora Martha Lucía no correspondía a la realidad, dado que nunca se graduó en la Institución Educativa Benjamín Herrera, circunstancia que no fue desvirtuada por la demandada,

señora Patiño Gutiérrez, pues conforme se demostró, para ejercer el cargo de recepcionista, secretaria tercera (homologada a secretaria auxiliar) y secretaria tramitadora, se requerían unos estudios mínimos, esto es, bachiller académico u otra modalidad, sin embargo, es claro que la vinculada jamás terminó sus estudios de educación básica secundaria.

Ahora, dado que, como lo consideró el *a quo* el acto administrativo que continúa produciendo efectos es el Decreto 2334 de 2001, mediante el cual se vinculó a la demandada a la planta global del municipio de Medellín en el cargo de secretaria tramitadora, se observa que el ingreso de la demandante a dicho empleo nació viciado a la luz del artículo 125 Superior, pues la vinculada no cumplía los requisitos y condiciones fijados en la ley para su desempeño. De esta forma, su nombramiento fue manifiestamente opuesto a la norma constitucional y a las disposiciones que fijaron las condiciones y requisitos para el desempeño del cargo, de modo que el acto de nombramiento está inmerso en la causal de revocación consagrada en el numeral 1º *ibidem*.

En consecuencia, la administración municipal válidamente podía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a fin de solicitar la nulidad de su propio acto, al adolecer el mismo de expedición irregular de las normas en las que debió fundarse, toda vez que el acto administrativo surgió viciado y respaldado en la información consignada en el formato de hoja de vida de la función pública y en virtud al diploma aportado, con el convencimiento de que la demandada cumplía con la totalidad de requisitos para ocupar el mismo, lo que se soportaba en un documento falso que ésta había aportado previamente.

En virtud de lo acreditado, para la Sala no se logró desvirtuar por la parte demandada que para el desempeño del cargo no se exigía el título de bachiller, por lo que tal y como ha puntualizado la Ley 909 de 2004, al referenciar la norma principal en la Ley 190 de 1995, la cual contiene todos los aspectos de la revocatoria por no acreditar el cumplimiento de los requisitos legales y del deber de la administración de retirar del servicio a aquel empleado que haya sido nombrado sin el lleno de los requisitos legales, es procedente en sede judicial anular el acto por encontrarse incurrido en vicios de su expedición.

En relación a(con) lo aludido por la demandada en el recurso de apelación en el sentido de que para ejercer los cargos posteriores a los designados mediante el Decreto 601 de 1993, nunca se le exigió prueba de su título, se advierte que ella ya había diligenciado la hoja de vida de la función pública y aportó el diploma falso, por lo que el ente territorial confió en que cumplía los requisitos de estudios exigidos para desarrollar su empleo, que ya obraba en sus archivos.

Tampoco le asiste razón a la demandada cuando afirma que se debió invocar la nulidad de la Resolución 872 del 14 de julio de 1995, a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil la escalonó en carrera administrativa, toda vez que el medio de control incoado de nulidad y restablecimiento del derecho en su modalidad de lesividad busca extraer del mundo jurídico sus propios actos, y, dicho acto administrativo fue expedido por una autoridad diferente. Aunado, la litis del proceso se circunscribía al estudio de legalidad del acto por medio del cual fue nombrada por parte del municipio de Medellín a la señora Patiño Gutiérrez en el empleo de secretaria tramitadora en la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno de dicho ente territorial; no su inscripción en carrera administrativa.

De igual forma, no es de recibo el argumento expuesto en el recurso de alzada en tanto que se debieron demandar los Decretos 1280 de 1995 que cambió de denominación de secretaria tercera a secretaria auxiliar y 1298 de 2001 que la desvinculó el servicio por retiro del cargo de secretaria auxiliar, toda vez que el presente medio de control se encuentra dirigido a la nulidad del acto administrativo que la nombró en el empleo de secretaria tramitadora sin el cumplimiento de requisitos legales para tal fin, por lo que dichos Decretos no tienen injerencia en el *sub lite*.

De otro lado, en cuanto a lo invocado por la parte demandante en el sentido de que no se decretó la desvinculación del servicio de la señora Patiño Gutiérrez, se advierte que en el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia se ordenó expresamente su retiro del empleo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno Municipal del ente territorial demandante, conforme se observa a folio 320.

En conclusión: la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez no acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para desempeñar el cargo de secretaria tramitadora adscrita a la División de Inspecciones de la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín, en consecuencia, se desvirtuó su presunción de legalidad del acto administrativo mediante el cual se le incorporó para ejercer dicho empleo.

Segundo problema jurídico

¿Es procedente ordenar que la demandada reintegre las sumas percibidas con ocasión de su vinculación en el municipio de Medellín?

Al respecto la Subsección sostendrá la siguiente tesis: si bien se desvirtuó la buena fe por parte de la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez, no es procedente ordenar el reintegro de las sumas por ella percibidas, en atención a que en este caso, se debe dar aplicación a la figura jurídica de la compensación de culpas.

La compensación o concurrencia de culpas

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 2357 del Código Civil¹⁵, esta Corporación ha entendido que cuando la víctima ha propiciado de manera parcial con su conducta, activa u omisiva, el resultado dañino, lo procedente es la reducción de la indemnización del daño en el porcentaje en el que su actuar haya sido determinante para su producción. En efecto, para declarar acreditada la concausa la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁶ ha señalado lo siguiente:

«[...] Es necesario que el comportamiento de quien sufre el daño contribuya cierta y eficazmente en su producción, esto es, que su conducta se constituya en una de las causas adecuadas o determinantes del resultado dañoso. Es plausible afirmar que para establecer un nexo causal entre el daño y la conducta de la víctima, esta debe ser determinante, en términos reales, en el resultado dañoso, sin que para ello puedan alegarse infracciones al deber ser que, si bien pueden resultar reprochables, nada tienen que ver con la producción del daño, luego, al juez de la responsabilidad le corresponde analizar detalladamente las circunstancias en las que este se produjo para así determinar cuál o cuáles de ellas contribuyeron de manera adecuada y eficaz en el resultado lesivo y, en consecuencia, conforme al nexo causal, la responsabilidad total o parcial de lo acontecido».

En este sentido, en los casos en que en la relación entre el acto u omisión del agente estatal, interfiere una acción u omisión culposa por parte de la víctima, se presenta la figura jurídica que se ha denominado compensación de culpas, esto es, opera una concurrencia en la producción del daño, por lo que debe hablarse de compensación de responsabilidades o de consecuencias reparadoras.

Ahora si bien es cierto, esta figura ha sido desarrollada y aplicada en la jurisprudencia de esta jurisdicción dentro del medio de control de reparación directa, la Sala considera que como se analizó previamente, la misma se encuentra regulada en el Código Civil, y, dadas las implicaciones especiales de este proceso, es procedente dar aplicación en el *sub lite*.

En efecto, en el *sub lite* se demostró que la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez se vinculó al ente territorial desde el 21 de mayo de 1993 (folio 25) y fue retirada del servicio con ocasión de la medida de suspensión provisional dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 2 de mayo de 2014 (folios 191 a 195), en este sentido, prestó sus servicios por más de 20 años.

Asimismo se probó dentro del plenario que el documento que aportó la demandada para vincularse a la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín, era apócrifo y por tanto no cumplió con los requisitos legales mínimos para desempeñar los empleos que ejerció, de ahí que la administración solicite la reparación del perjuicio causado con ocasión de dicha conducta.

De esta forma, la buena fe que se presume respecto del particular, en este caso la señora Patiño Gutiérrez se encuentra claramente desvirtuada, en razón a que la intención de la demandada al presentar un documento falso era engañar a la administración y la hizo incurrir en la expedición de actos administrativos por medios ilegales.

En este sentido, la Ley¹⁷ y la jurisprudencia¹⁸ han entendido que no hay lugar a la devolución de las sumas recibidas a título de mesada cuando fueron percibidas de buena fe, no obstante en este caso dicha presunción quedó desvirtuada, por lo que en principio sería dable ordenar la devolución de las sumas pagadas a la demandada por parte de la administración, sin embargo, es innegable que ha transcurrido un tiempo considerable entre la vinculación y la iniciación del procedimiento para revocar la decisión de la administración, lo cual hace desproporcionada la medida solicitada.

Ahora bien, se advierte que las partes tenían el deber de obrar de forma correcta y con apego a la ley, conducta que como se probó, no atendió la demandada, pero también, puede observarse la desidia de la administración, dado que no cumplió con todos sus deberes y solo los ejerció hasta el año 2012, por tal motivo, la erogación injustificada se causó por su negligencia.

Bajo dicho entendido, el tiempo tan extenso entre un evento (vinculación de la demandada en el año 1993) y otro (averiguación administrativa por los documentos aportados en el año 2012), tuvo ocurrencia porque la administración no desplegó el deber de diligencia para verificar los requisitos legales y, si bien, la señora Martha Lucía tenía la obligación de cumplir con sus compromisos, no puede olvidarse que fue la demora del municipio de Medellín lo que ocasionó el pago de los emolumentos que ahora reclama, esto es, el perjuicio, por esa razón la Sala considera aplicable el criterio de la compensación de culpas para no ordenar la devolución del dinero a pesar de que está demostrada la mala fe de la demandada.

En todo caso es preciso señalar que la administración le tenía que cancelar a un empleado los respectivos salarios y prestaciones para que ejecutara la función que desempeñó la señora Patiño Gutiérrez, por lo que a pesar de que aquella no era la persona idónea para desempeñar el empleo, la entidad no dilapidó el dinero público. Aunado a ello, se insiste que dicha circunstancia se hubiera podido evitar si el municipio de Medellín hubiera validado los documentos e información aportados por la demandada antes de proceder a posesionarla, como era su obligación.

Conclusión: no es procedente ordenar la devolución de todos los salarios y prestaciones cancelados a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez con ocasión de su vinculación al municipio de Medellín durante más de 20 años aproximadamente, dado que en el *sub lite* se da la compensación de culpas, dada la desidia de la administración en el cumplimiento de sus deberes.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone confirmar la sentencia de primera instancia, habida cuenta de que no prosperaron los argumentos de los recursos de apelación.

De la condena en costas

En cuanto a la condena en costas en la presente instancia, la subsección resalta que el presente asunto se promovió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de «lesividad» con el fin de obtener la nulidad de los actos mediante los cuales se nombró a la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez en varios cargos en la Secretaría de Gobierno del municipio de Medellín sin cumplir los requisitos para desempeñarlos.

En ese sentido conforme al artículo 188 del CPACA¹⁹, no es procedente la condena en costas, toda vez que en este tipo de eventos en que se discute un bien jurídico público, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte vencida en el litigio, cuando resulte afectado con la decisión.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 30 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, promovió el municipio de Medellín y como vinculada la señora Martha Lucía Patiño Gutiérrez.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.
2. (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.
3. (2012). Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.
4. (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.
5. «[...] Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. [...]».
6. Sobre el tema ver: Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto de 1.º de julio de 2014, Radicado No. 81001-23-33-000-2012-00039-02.
7. JAIME ORLANDO S.ANTOFIMIO GAMBOA, «Tratado De Derecho Administrativo Tomo 1 Introducción, Segunda Edición» En: Colombia 2002. Ed

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA ISBN. 958-6161594-9 v. I pags. 461.

8. Autores: Eduardo García de Enterría Martínez-Carande -Localización: Revista de administración pública ISSN 0034-7639, No 15 1954 págs. 109-154- Idioma• español.

9. «Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones».

10. «Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa».

11. «Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones». Disposición que fue derogada en su mayoría por la Ley 909 de 2004.

12. «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

Se advierte que si bien esta ley no se encontraba vigente al momento de la vinculación de la demandante, sí regía cuando la administración descubrió que el diploma de bachiller era apócrifo como se analizará más adelante. En todo caso, se hace mención a aquella disposición, teniendo en cuenta el desarrollo normativo que ha tenido la citada figura jurídica.

13. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 27 de abril de 2006. Expediente 4303-04.

14. <http://dle.rae.es>.

15. «ARTICULO 2357. REDUCCION DE LA INDEMNIZACION. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente».

16. Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2015. Radicado: 1300123300019961115802 (32728).

17. El artículo 164 numeral 1º literal c) del CPACA se lee en consonancia con el artículo 83 de la Constitución Política que señala: «las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas».

18. A respecto se pueden consultar: Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 8 de febrero de 2018, radicado: 52001-23-33-000-2012-00067-01 (3507-2015), del 16 de agosto de 2018, radicado: 54001233300020130004701 (0258 - 2017), Subsección A: del 17 de abril de 2018, radicado: 25000234200020140381402 (3479-17).

19. «ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.» (Subraya fuera del texto original)