

UNIVERSIDAD SANTO TÓMAS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

TESIS DE GRADO

***EVALUACIÓN DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE
REPETICIÓN EN COLOMBIA
(PERIODO 2005-2010)***

PRESENTADA POR: LINA CLEMENCIA DUQUE SANCHEZ

BOGOTÁ 2 DE AGOSTO DE 2012

Tutor

ANDRES RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ

SUMARIO

INTRODUCCION.....	4
-------------------	---

PARTE I

MARCO TEORICO, FUNDAMENTACION DOCTRINARIA, CONTENIDO HISTÓRICO, REVISIÓN LEGISLATIVA Y CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO EN COLOMBIA.....	32
---	----

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS GENERALES DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y SU NOCIÓN JURÍDICA.....	32
--	----

A. Régimen legal y jurisprudencia aplicada durante la vigencia de la Constitución Colombiana de 1886 en la responsabilidad patrimonial del servidor público por los perjuicios a cargo del estado.....	34
B. Responsabilidad patrimonial del servidor público con posterioridad a la Constitución Política de 1991. Trascendencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991.....	50

CAPITULO II

EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS, JURISPRUDENCIALES Y LEGALES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA Y UN ESTUDIO COMPARADO.....	71
--	----

A. La Acción de Repetición en Colombia a partir de la ley 678 de 2001.....	71
B. Reflexiones sobre los resultados de la implementación de la acción de regreso en la legislación española. análisis comparativo de los resultados de implementación de la Acción de Repetición y la acción de regreso en la legislación española.....	100

PARTE II

ANÁLISIS, HALLAZGOS, PERSPECTIVAS E INTERPRETACIÓN DE LA REVISIÓN DE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO, EN EL PERÍODO 2005-2010, SOBRE LAS CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA FRENTE A LOS FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES.....	110
---	-----

CAPITULO I

ANÁLISIS CUALITATIVO Y REFLEXIONES JURÍDICAS DE LOS FALLOS DEL CONSEJO DE ESTADO ORIGINADOS EN PROCESOS DE REPARACIÓN DIRECTA QUE DIERON LUGAR A LAS DEMANDAS DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDORES PÚBLICOS EN COLOMBIA, PERÍODO 2005-2010.....	110
--	-----

A. Análisis preliminar de sentencias originadas en procesos de Reparación Directa que dieron lugar a demandas de repetición contra servidores públicos en Colombia, período 2005-2010.....	111
B. Reflexiones jurídicas sobre los análisis preliminares apoyados en los fundamentos doctrinarios, legales y constitucionales en relación a las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia.....	116

CAPITULO II

HALLAZGOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS EN RELACIÓN A LAS CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA.....	121
--	-----

A. Descripción de hallazgos e interpretación de la revisión jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el análisis de la aplicación de la Acción de Repetición en Colombia en el período 2005-2010.....	121
B. Reflexiones finales sobre las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia y perspectivas con la modificación del Código Contencioso Administrativo Colombiano.....	142

CONCLUSIONES.....	172
BIBLIOGRAFIA.....	146
NORMATIVIDAD CONSULTADA.....	149
ANEXOS.....	151

INTRODUCCIÓN

1. OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS

A. OBJETIVO GENERAL

“Identificar las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia en el período 2005-2010”

El presente trabajo de investigación pretende encontrar las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición a través del análisis de las decisiones del Consejo de Estado como alto tribunal en materia contencioso administrativa.

Se parte de un supuesto de hecho y de derecho respecto a la inoperancia de la Acción de Repetición, toda vez que las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en la materia son escasas, en un período de 2005 a 2010 se encontraron 38 sentencias proferidas por ese alto tribunal, las cuales al ser analizadas, a través de una muestra representativa, indicaron que sólo en una cuarta parte se condena al agente estatal a pagar las sumas que el Estado debió indemnizar en razón a su conducta dolosa o gravemente culposa; igualmente las escasas decisiones en la materia que obedecen a la gran congestión judicial que vive el país son hechos notorios para evidenciar la inoperancia de dicha acción.

Dicho objetivo se pretende lograr a través del estudio de las sentencias que se han proferido por el Consejo de Estado frente a dicha acción, en las cuales el Estado ha pagado una indemnización a un particular mediante la acción de Reparación Directa, la cual da lugar a que se inicie la Acción de Repetición o en el mismo proceso se vincule al agente estatal mediante el llamamiento en garantía. Específicamente se analizaron las Acciones de Reparación Directa, porque son una de las acciones mas tramitadas respecto a la Responsabilidad del Estado.

Adicional a lo anterior se requiere establecer los avances legales, constitucionales y jurisprudenciales frente a la figura de la Acción de Repetición, con el fin de analizar, a través de su contenido histórico, las causas de su inoperancia, lo que permite la revisión de las normas consagradas a la luz de la constitución nacional de 1886 y los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, así como la legislación proferida a partir de la Constitución Política de 1991 y

las decisiones del Consejo de Estado, sin desconocer los pronunciamientos de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

En ese sentido se pretende lograr un aporte investigativo a los avances que ha tenido la figura legal de la Acción de Repetición y en específico identificar las causas por las cuales no se ha logrado la prosperidad de dichas acciones cuando el agente estatal ha causado perjuicios con dolo o culpa grave, que dan lugar a una condena contra el Estado.

B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a. Estudiar aspectos relativos a la Acción de Repetición en Colombia a partir de la Constitución Política de 1886 y de la Constitución Política de 1991.*
- b. Indagar aspectos relativos al origen de la promulgación de la ley 678 de 2001, antecedentes jurisprudenciales, legales y doctrinales.*
- c. Estudiar los conceptos de responsabilidad del Estado y su relación con la Responsabilidad patrimonial del servidor público*
- d. Analizar aspectos básicos de la legislación española en la materia “Acción de regreso”*
- e. Revisar y analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la Acción de Repetición en el período 2005-2010.*
- f. Identificar elementos jurídicos para presentar reflexiones, hallazgos y conclusiones sobre la Acción de Repetición en Colombia*

2. PROBLEMÁTICA O PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el presente trabajo, se realiza el estudio del ordenamiento jurídico en la legislación colombiana acerca de la responsabilidad patrimonial y la inclusión de la Acción de Repetición como una alternativa para el eficaz funcionamiento del Estado, frente a las actuaciones de sus servidores públicos. Una inicial aproximación a la problemática planteada, debe permitir realizar un recuento histórico y exploración bibliográfica de la responsabilidad patrimonial del Estado, revisándose su evolución desde la Constitución Política de 1886, época en la cual se evidencian los esfuerzos por consagrar la responsabilidad estatal a partir de los fallos de la Corte Suprema de Justicia. Igualmente, se debe reseñar la dispersa reglamentación que tuvo la legislación a partir de dicha Constitución, la cual no permitió consolidar una normatividad integral para garantizar el resarcimiento del patrimonio público, frente a la responsabilidad del agente público por sus actuaciones como funcionario al servicio del Estado; estas normas se caracterizaron por ser de aplicabilidad muy restringida y orientadas a funcionarios públicos específicos, como el caso de jueces, Magistrados o contratistas del Estado.

Se ha estudiado la trascendencia que ha tenido la Acción de Repetición como figura jurídica en la legislación Colombiana, pues si bien durante la vigencia de 1886, el legislador la consagró, aislada de un orden legal entorno al ordenamiento contencioso administrativo, fue necesario recurrir al derecho privado con el fin de darle aplicación con el carácter de acción civil para reclamar la responsabilidad de los funcionarios estatales. Fue así como se implementaron los artículos 63, 2341 y 2356 del Código Civil, por no existir una norma expresa que permitiera la reclamación judicial por responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado en la jurisdicción administrativa, correspondiendo el juzgamiento de la Responsabilidad del Estado a la Corte Suprema de Justicia. Igualmente y en consonancia con la evolución legal, se revisan los aspectos relativos al mecanismo utilizado desde la expedición del Código Contencioso Administrativo, que contempló en los artículos 77 y 78, la Acción de Repetición como una figura para que el Estado cobre los perjuicios al agente estatal por su actuar doloso o gravemente culposo, que le han sido endilgados en virtud de los principios de responsabilidad estatal.

Al entrar en vigencia el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 se incluyeron elementos que consagraron la Acción de Repetición en Colombia como una forma de definir la responsabilidad del servidor público en la legislación colombiana, los cuales necesariamente se deben analizar en el presente trabajo, incluyendo los desarrollos jurisprudenciales posteriores a la

ley 678 de 2001. Durante 10 años, después de 1991, hubo ausencia de una definición legal de los conceptos de dolo y culpa grave para efectos de la Acción de Repetición, los cuales fueron determinados por la legislación civil y solo hasta la expedición de la ley 678 de 2001 se dieron los primeros pasos en la aplicación de una nueva legislación que ha permitido la implementación de mecanismos para que el Estado y la administración pública recupere los recursos económicos por los perjuicios patrimoniales causados por el funcionario que incurrió en dolo o culpa grave en su actuar. De allí la importancia de realizar un recuento histórico sobre esta temática y de los intentos por crear la figura jurídica de la Acción de Repetición en Colombia, como un mecanismo para salvaguardar el patrimonio público y como fórmula para evitar la comisión de actos irregulares por parte de los agentes estatales.

3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN O PREGUNTA DE SALIDA

¿Cuáles son las principales causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia?

4. HIPÓTESIS

En este propósito, se exponen los fundamentos doctrinarios y los diagnósticos en relación a las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia, revisando jurisprudencia de las altas Cortes, documentos y publicaciones del Ministerio del Interior y de Justicia, así como de organismos de control como Procuraduría y Contraloría, y en general bibliografía en la materia, en especial tesis de Maestría y Especialización de diferentes Facultades de Derecho en Colombia; de igual manera se realizó un análisis comparativo de la aplicabilidad de la Acción de Repetición en la legislación actual de España, denominada “Acción de Regreso”, en consideración a la influencia que ha tenido el Derecho Español en nuestra legislación, y a que en dicho país, esta figura, igualmente, no arroja resultados satisfactorios en el propósito de recuperar el patrimonio público.

La Responsabilidad de los servidores públicos es una temática de gran importancia en la administración pública, pero los procesos jurídicos son incipientes y apenas producen sus primeros resultados; es en este contexto que el presente trabajo de investigación pretende analizar las principales causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia.

La hipótesis central, como proposición de carácter afirmativo enunciada para responder tentativamente el problema que se presenta en el trabajo de investigación, plantea que “aún no se consolidan efectos significativos en la aplicación de la Acción de Repetición en Colombia, revisado el período 2005-2010 de fallos judiciales del Consejo de Estado, ya que son prácticamente inexistentes los resultados para recuperar el erario público y son mínimos los procesos adelantados en materia de repetición contra los funcionarios públicos, en virtud a que las normas no han logrado generar un efecto inmediato frente a los comportamientos dolosos o gravemente culposos de los servidores públicos”; influye en lo anterior, el retraso que tienen los procesos judiciales en Colombia y que apenas permite pronunciamientos definitivos del Consejo de Estado en la materia, sobre hechos acaecidos con anterioridad al año 2001. Dicha circunstancia ha generado incredulidad frente a la Acción de Repetición, sin producirse efectivamente resultados en su aplicación, que permitan el reconocimiento e importancia de esta figura jurídica.

En el mismo sentido, la aplicación de la ley 678 de 2001, ha resultado insuficiente para evitar el detrimento patrimonial de los recursos públicos. Las entidades Estatales, en muchos casos, no han realizado los correspondientes trámites legales para dar inicio a la Acción de Repetición y no existe un mecanismo de control que permita garantizar la recuperación del patrimonio público. Inclusive en los trámites existentes de Acciones de Repetición realizadas por las entidades públicas, se ha

evidenciado la negligencia procesal por parte de funcionarios públicos responsables de las instituciones del Estado y de los abogados de dichas entidades, al omitir las pruebas y diferentes cargas procesales, las debidas notificaciones, entre otros requisitos, para obtener el pronunciamiento favorable de las instancias correspondientes

Revisados preliminarmente los fundamentos doctrinarios y los diagnósticos en relación a las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición, el Estado del Arte y las sentencias del Consejo de Estado en el período escogido para el estudio de providencias (2005-2010), se plantean como posibles hipótesis respecto a la inaplicabilidad e ineficacia de la Acción de Repetición en Colombia, los siguientes:

- a. Con la Acción de Repetición existe la posibilidad de juzgar repetidamente al mismo servidor público por la misma falta, ya que se puede condenar fiscal, disciplinariamente y/o penalmente; debería existir un fallo penal condenatorio contra el funcionario público por cometer un delito de carácter gravemente culposo o doloso, para proceder a iniciar la Acción de Repetición. El juez Contencioso Administrativo no es competente para determinar la conducta dolosa o gravemente estatal.
- b. Las normas no obligan de manera tajante, no fija pautas, procedimientos y actuaciones para determinar el tipo de falta, dejando la posibilidad para que se interprete por parte del juez contencioso administrativo, sin definir cual es el juez natural para determinar la clase de responsabilidad; en ese sentido, no existe unificación de criterios respecto a los concepto de culpa grave y dolo para endilgarle responsabilidad patrimonial al servidor público a partir de los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001.
- c. Resultan inocua e intrascendente la aplicación de las normas, por la demora para conocer el fallo final de responsabilidad del servidor público -10 años o más- aumentando la posibilidad de que éste se insolvente; lo anterior trae como consecuencia la inexistencia de cultura de responsabilidad en defensa del patrimonio público y en la aplicación de la ley.
- d. La aplicabilidad de las normas es eventual, discriminatoria y selectiva, lo que puede producir, además de su poca efectividad, desazón, propiciando que no se exija ninguna responsabilidad del servidor público, deslegitimando a la administración pública y minando la confianza de los ciudadanos.
- e. Se estima que la jurisprudencia del Consejo de Estado para el período comprendido entre el 2005 - 2010, directamente relacionada con la aplicación de la ley 678 de 2001 es escasa y limitada, en consideración al retraso de los fallos judiciales en esa instancia, por la

congestión judicial que es notoria en el Estado Colombiano. Como consecuencia de lo anterior y por el poco tiempo transcurrido desde la expedición de la ley 678 de 2001, su análisis e implementación resultan muy precarios y preliminares, por lo cual este trabajo pretende adentrarse en el estudio y evaluación de una figura legal novedosa, compleja y con escasos consolidados.

5. ESTADO DEL ARTE

En el propósito de encontrar una respuesta al problema de investigación se recurrió a revisar una extensa bibliografía alrededor de la temática presentada, encontrando que, en general, ésta es limitada, entre otras razones, por el poco tiempo transcurrido desde la expedición de la ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta “la determinación de 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”. En este sentido, se pudo comprobar que los estudios y las investigaciones sobre los efectos de las Acción de Repetición elaboradas por el sector académico y las instituciones del Estado, son aún restringidas y se limitan a algunos trabajos de tesis de grado de programas de pre y postgrado de las Universidades Nacional, Andes, Sergio Arboleda y Externado, así como publicaciones realizadas por entidades públicas como el Ministerio del Interior y de Justicia, organismos de control como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría, principalmente.

Al revisar bibliografía de reconocidos tratadistas del Derecho Administrativo, se encontró que no tratan el tema de la Acción de Repetición o se limitan a mencionar los aspectos generales de la norma, sin realizar un análisis de fondo sobre la aplicabilidad de la misma y su estado actual en Colombia, así como las causas de su inoperancia, cabe mencionar entre ellos a Libardo Rodríguez, Mariela Vega de Herrera, Carlos Betancur Jaramillo, Álvaro Bustamante Ledesma, entre otros. Igualmente se encontraron autores que no incluyen en sus libros la Acción de Repetición, pues centran su atención en la Responsabilidad patrimonial del Estado, dejando a un lado la Responsabilidad de los servidores públicos o mencionándola de manera muy limitada, como los tratadistas Ciro Nolberto Guecha Medina, Miguel Gonzales Rodríguez, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Eduardo García Enterría y Juan Carlos Henao. Ejemplo muy reciente de la poca importancia que se le da a dicha acción es el análisis que realiza el tratadista Enrique José Arboleda Perdomo en su libro de comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que al referirse a la Acción de Repetición, manifiesta que el nuevo artículo no varía el contenido de la ley 678 de 2001, desconociendo que dicha acción es consagrada como autónoma en la nueva norma y trae elementos procesales que dan solución a una de las dificultades que se presentaba en los trámites contenciosos administrativos de la Acción de Repetición, como lo era la prueba del pago por parte de la entidad estatal.

Sobre las limitaciones en la bibliografía se pudo constatar que varios de los documentos en esta materia, en revistas y libros, corresponden a reflexiones conceptuales sobre las vivencias cotidianas de abogados y funcionarios de la justicia (Jueces y Magistrados), los cuales se atreven a reflexionar sobre este novedoso aspecto de la Acción de Repetición y la Ley 678 de 2001, y no reflejan propiamente estudios y/o investigaciones fundamentados en el método científico, que analicen de fondo los efectos de la norma y evalúen las sentencias promulgadas por los diferentes tribunales, en especial las del Consejo de Estado, circunstancia que debe permitir que en el futuro se propicien procesos sistémicos de investigación desde el sector académico, la rama judicial, y en general desde los organismos de control.

En ese sentido, se presentan a continuación algunos de los trabajos elaborados desde las Facultades de Derecho sobre la aplicación y evaluación de la Acción de Repetición en Colombia, en los cuales se reseñan los escasos resultados y su poca aplicabilidad. Uno de estos trabajos, que se encuentra en elaboración es la tesis de la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, que adelantan los abogados Israel Soler y William Jiménez, los cuales presentan uno de los más importantes diagnósticos y estado del arte sobre la problemática y los escasos resultados de la aplicación de la Acción de Repetición en Colombia. Señalan los autores que: “en todo caso, existe escasa bibliografía que muestre la realidad de los dineros que paga el Estado, frente al porcentaje que recupera a través de este mecanismo”; y continúan planteando:

En esencia, los trabajos mencionados interpretan y clarifican varios aspectos de la regulación, pero no son suficientes para explicar todas las posibles causas por las cuales la AR o el llamamiento en garantía con fines de repetición, no han arrojado los resultados perseguidos y tampoco pretenden realizar un estudio acerca del impacto económico que causan las condenas impuestas al Estado. (Soler & Jiménez, 2009)

Respecto a la inaplicabilidad de la Acción de Repetición, los autores referenciados indican lo siguiente:

En un estudio publicado en 1997, el Ministerio de Justicia y del Derecho (hoy, Ministerio del Interior y de Justicia), apoyado en un trabajo de un grupo de investigadores del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad de los Andes, demostró que la figura de la AR había tenido grandes falencias desde sus inicios, porque el Estado no ha cumplido con su deber de repetir contra sus agentes, razón por la cual fue el Ministerio Público quien se vio en la obligación de iniciar las AR y efectuar los llamamientos en garantía en aquellos procesos donde existiera dolo o culpa grave del servidor. “Lo anterior es muestra evidente de que la obligación contenida en el artículo 90, inciso 2. de la C.N., no se está

cumpliendo. Perder un instrumento moralizador de la Administración Pública como lo es la Acción de Repetición no tiene explicación alguna" (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, pp. 99-101).

Sobre la necesidad de que el Estado tome correctivos para la protección del patrimonio público y la implementación de la Acción de Repetición el Procurador General de la Nación, Edgardo Maya (2005), en el boletín informativo Procurando No. 34, planteó que:

Recientemente se celebró un convenio entre la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio del Interior y de Justicia, mediante el cual se busca la implementación y el desarrollo de estrategias en las áreas informática, investigativa y académica, orientadas hacia los mismos propósitos de prevención de las causas generadoras de condenas o erogaciones patrimoniales, optimización de la defensa judicial, control y seguimiento de procesos que a su vez incluye la difusión de la conciliación en asuntos de lo contencioso administrativo como mecanismo alternativo de solución de conflictos, el cual ha demostrado su efectividad y eficacia en la resolución de las controversias.

(...)En el mismo convenio se planteó la necesidad de mejorar el sistema de información a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia, incluyendo como uno de sus campos de información el relativo al registro de las condenas, laudos arbitrales y acuerdos conciliatorios, así como las respectivas fechas de pago total, en razón a que a partir de la cancelación de la obligación comienza a contabilizarse el término de caducidad para el ejercicio de la Acción de Repetición, cuya legitimación está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación de manera subsidiaria, como quiera que únicamente podrá instaurarla si al vencimiento de los seis meses siguientes al pago no se ha incoado por la entidad condenada. Dentro de las estrategias, planes y programas a desarrollar en dicho convenio está la de impulsar el ejercicio del llamamiento en garantía con fines de repetición y de la Acción de Repetición por parte de las entidades de derecho público. (Maya, 2005)

En el área de investigación y sobre el diagnóstico en esta materia, el Procurador Maya en el Boletín Procurando No. 34 plantea que:

(...) se adelantarán estudios respecto a las temáticas de mayor conflictividad, análisis de sus causas, jurisprudencia existente y normatividad vigente, para de esta manera prevenir la causación de acciones u omisiones antijurídicas que den lugar a erogaciones patrimoniales, y proponer los cambios legislativos que sean necesarios.

Sobre la realidad de las demandas y condenas contra el Estado y los altos costos que representan para el patrimonio público, se presenta un diagnóstico centrado en el estudio

“La Defensa jurídica del estado colombiano”, elaborado por el investigador Néstor Raúl Correa, en el documento CONPES 3250 de octubre de 2003, sentencias y conciliaciones en la entidades del sector Defensa, justicia y seguridad de 2002, así como en el documento “Buenas prácticas para la gestión contractual” del Departamento Nacional de Planeación, destacándose los siguientes aspectos:

- La existencia de más de 66.000 procesos contra entidades del orden nacional, con pretensiones superiores a los 77 billones de pesos y con una probabilidad de condenas de 25 billones.
- Entre 1993 y 2003, las condenas contra entidades públicas ascendieron a 3.1 billones de pesos. Las condenas por asuntos laborales entre 1995 y 1997 fueron de 22.000 millones de pesos en 3.036 procesos. En el mismo periodo, el Estado fue condenado por 120.000 millones en 1988 procesos por Acciones de Reparación Directa, y por acciones contractuales se pagaron 78.000 millones en 278 procesos.
- El promedio de mora en el pago de sentencias y conciliaciones fue de 13 meses, que ocasionaron un sobre costo del 66.5% de la suma inicial. (Boletín Procurando, 2005)

Al describir el panorama sobre la afectación del patrimonio público ante las multimillonarias erogaciones patrimoniales producto de acuerdos conciliatorios y de sentencias condenatorias contra el Estado señala el Procurador Edgardo Maya:

Este panorama crítico cobra mayor trascendencia si se tiene en cuenta el crecimiento significativo de demandas judiciales entabladas contra entidades de derecho público, que en un número considerable tienen una alta probabilidad de condena, no sólo por la presencia de elementos probatorios que dan cuenta de una acción u omisión antijurídica subyacente, sino por la deficiente defensa a cargo de quienes tienen la representación judicial de sus intereses, como quiera que algunos entes estatales a pesar de ser frecuentes demandados, incurren en los errores y omisiones propios de los litigantes ocasionales. (Boletín Procurando, 2005)

Respecto a la gestión realizada desde la Procuraduría General de la Nación el procurador Maya indicó en discurso sobre “El fortalecimiento de la Gerencia Jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público” (2005) que:

(...) los informes acerca de la situación encontrada en las visitas que se realizaron ese año a comités de conciliación de entidades nacionales y a entidades del nivel territorial (gubernaciones, alcaldías de departamento y entidades descentralizadas de estos mismos

niveles), en una muestra representativa de 14 visitas a entidades de orden nacional y 62 a las de orden territorial, arrojaron resultados significativos que permiten elaborar un diagnóstico de la realidad existente en materia de gestión pública judicial, que permiten registrar deficiencias en el cumplimiento de las funciones asignadas a tales entes, en tanto sus integrantes básicamente se están ocupando del estudio sobre el uso de la conciliación frente a casos concretos, descuidando la formulación y ejecución de políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa judicial, el análisis riguroso frente al uso de la Acción de Repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición, así como la definición de los criterios de selección de los abogados que tendrán a su cargo la defensa judicial de la entidad, cuya insuficiencia numérica y formativa salta a la vista de la investigación de campo que se realizó; entre las acciones para hacer más eficiente y eficaz la gestión pública judicial, se resaltan:

- Diseñar e implementar modelos de buenas prácticas de gestión en lo público, a través de los cuales se prevenga la causación de daños antijurídicos que generen responsabilidad patrimonial al Estado, tanto en materia administrativo-laboral como en asuntos contractuales y extracontractuales, por la acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes.
- (...) Optimizar la capacidad de las entidades públicas para actuar en tales procesos judiciales, a través de una seria, planificada y rigurosa estrategia de defensa litigiosa.
- (...) Emplear las Acciones de Repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición, como mecanismos útiles para la recuperación de los recursos que las entidades públicas han tenido que erogar patrimonialmente, debido al actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.
- (...) Implementar sistemas de información que permitan el monitoreo de la actividad litigiosa y de la gestión jurídica de los abogados a cargo de la representación judicial.
- (...) Racionalizar la carga laboral para evitar que los abogados que tienen a su cargo la representación judicial tengan un excesivo número de procesos a su cargo.
- Capacitar y especializar el recurso humano a cargo de la representación judicial.
- Definir el contingente judicial e implementar mecanismos internos que eviten la mora en el pago de sentencias condenatorias y de conciliaciones extrajudiciales, dada la frecuente ausencia de apropiaciones presupuestales para el cumplimiento de tales obligaciones, que ocasiona el pago de un valor superior en 66.5% al inicialmente fallado o conciliado.

- Generar compromisos institucional en los comités de conciliación para obtener una mayor eficacia y descongestión real de los despachos judiciales, mediante el uso de la conciliación y de la transacción.” (Maya, 2005)

De igual forma respecto a la intervención preventiva que guarda relación con actividades de capacitación en las temáticas propias de la gerencia jurídica pública, el procurador Maya resaltó materias como la Acción de Repetición y el llamamiento en garantía desde la óptica sustantiva y disciplinaria. En dicho discurso reiteró:

(...)Es así como el Estado ha tenido que pagar multimillonarias erogaciones patrimoniales producto de acuerdos conciliatorios extrajudiciales y de sentencias condenatorias por acciones u omisiones antijurídicas y por deficiente defensa judicial. Señaló como causas, la falta de contestación de la demanda, la no presentación de alegatos de conclusión, la ausencia de intervención en la práctica de pruebas, el desconocimiento del precedente judicial y la insuficiencia numérica y formativa de los abogados defensores del Estado. Agrega, que la mora en el pago de las sentencias condenatorias y de conciliación extrajudicial por falta de apropiaciones presupuestales, ocasionan pagos superiores al 65% del valor inicialmente fallado o conciliado. (Maya, 2005)

Sobre los mismos aspectos y muy recientemente en el foro “Por una Colombia bien gobernada, 2008-2011”, el Director de Defensa Jurídica del Estado, Fernando Arévalo Carrascal planteó que:

(...) aún el obstáculo que se identifica al coordinar la defensa de este tipo de procesos, son la falta y demora en el reporte de información litigiosa de las entidades públicas a la Dirección de Defensa Jurídica y en ocasiones deficiente calidad de la información. En ese sentido el Ministerio del interior y de justicia reporta los avances alcanzados que indican que para el año 2009 ha participado en los comités de conciliación de las entidades públicas y se pudo identificar el universo de procesos con cuantía superior a los 2000 SMLMV que corresponden a (4017) procesos, por un valor aproximado de 4 billones de pesos, lo que propició su coordinación, de una manera sistemática, con unos procedimientos y protocolos definidos a través de circulares internas. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del Ministerio del Interior y de justicia, aun no se definen estrategias para apoyar y definir desde esas dependencias mecanismos de seguimiento a los procesos que lesionan el patrimonio público y cuya cuantía es inferior a 2000 SMLMV. (Arevalo, 2009)

Sobre los mismos aspectos, en el mismo Foro, la Contadora General de la Nación, Rosa Margarita Roldán Bolívar (2009), indicó que los valores calculados para el reconocimiento y revelación de los procesos judiciales, laudos arbitrales, conciliaciones extrajudiciales, y embargos decretados y ejecutados sobre las cuentas bancarias y que han causado detrimento patrimonial con sentencia definitiva condenatoria, laudo arbitral o conciliación extrajudicial, a nivel nacional y territorial, y en las cuales la entidad contable pública procede al registro del crédito judicialmente reconocido como un pasivo real, son aproximadamente para el año 2010, 700 billones de pesos. En relación al tema la Revista Semana en el artículo “Estado de indefensión” indicó:

El Congreso aprobó para el año 2010 un presupuesto general de 148 billones de pesos para que el país pueda funcionar, tenga cómo invertir y abonar a sus deudas. Pero si en este momento todas las demandas que le han interpuesto fueran falladas en contra del Estado, y las aspiraciones de los demandantes se hicieran efectivas, la totalidad de las finanzas públicas durante cinco años deberían destinarse para pagar los 700 billones de pesos que le reclaman. Esto sin contar con los procesos que se tramitan en el exterior por temas de derechos humanos, que van en aumento y que por ahora suman unos cuatro billones de pesos más. De acuerdo a lo dicho se estima que hay más de 200.000 demandas que tienen alarmados a los organismos de control y al gobierno. Ante el súbito incremento en los pagos de condenas a la Nación, que pasaron de 221.000 millones de pesos en 2003 a 407.000 millones en 2008, la Contraloría General de la República, la Contaduría y Procuraduría, junto con la oficina de la Defensa Jurídica del Estado del Ministerio del Interior y de Justicia, trabajan para controlar esta vena rota, que incluso amenaza la viabilidad financiera del país. (Revista Semana, 2009)

Dicho artículo concluye que urge buscar soluciones de fondo a este problema estructural. Y en esto es fundamental trabajar de la mano de la rama judicial. Mientras esto sucede, sería conveniente aplicar con más rigor las Acciones de Repetición contra aquellos funcionarios por los que el Estado debe pagar. Así mismo establecer mecanismos para que quien presente una demanda infundada tenga que pagar por el desgaste y los costos en que incurrió la Nación para defenderse. *Lo que se está haciendo es una buena señal, pero la dimensión del reto que hay por delante es enorme.* (Estado de Indefensión, 2009)

Retomando el trabajo de tesis de maestría (Soler & Jimenez, 2009) y en relación al mismo tema, al revisar la exposición de motivos del proyecto de ley No. 131 de 1999 del Senado, plantean:

(...)se afirma que había un alarmante crecimiento de los pagos por concepto de condenas al Estado por actuaciones arbitrarias y por defensa precaria, que el Estado perdía el 50%

de los procesos y que las demandas sobre acciones de nulidad y restablecimiento del Derecho y Reparación Directa se contestaban sólo en un 70% (Gaceta del Congreso No. 358, citado en Sánchez, y otros, 2003).

En el mismo trabajo (Soler & Jimenez, 2009), citando a Mestre y Garcés (2004), retoman lo dicho en la tesis de pregrado “La Acción de Repetición y el llamamiento en garantía, ley 678 de 2001”:

(...) desde sus inicios la AR estaba condenada a su inaplicación, porque su régimen normativo era muy débil, y además, no existía voluntad por parte de los agentes encargados de hacerla cumplir. También porque se prefería demandar únicamente al Estado y no a sus agentes, toda vez que se había percibido deficiencias en la defensa de sus intereses. (Mestre & Garces, 2004)

Al consultar al tratadista Juan Carlos Esguerra en el artículo: “La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia como garantía Constitucional” respecto al análisis de la parte final del artículo 90 de la Carta Constitucional y lo relativo a la ley 678 de 2011, plantea:

Así pues, esta parte final del artículo 90 lo que hace es simplemente buscar un equilibrio — por demás perfectamente razonable— entre las responsabilidades que deben ser del resorte del Estado y las que en últimas deben ser de cargo de sus funcionarios.

Lamentablemente, la Ley 678 de 2001, que desarrolló esa responsabilidad personal de los funcionarios y la correspondiente Acción de Repetición, marró la reglamentación de los claros principios que inspiraron al Constituyente en esa materia. Movidamente sólo por el afán de dar una muestra de catoniana severidad con la corrupción y con la desidia administrativa, pero sin un criterio claro y con muy poco de rigor, terminó creando un régimen tan absurdo como poco practicable.

En ella, en efecto, a la hora de precisar qué constituye una "conducta dolosa o gravemente culposa" —que al fin de cuentas es el presupuesto del que arranca la responsabilidad personal del funcionario—, una insensata especie de cacería de brujas terminó dando lugar a que se confundieran la mala fe y la indolencia extrema con los simples errores de apreciación fáctica o jurídica. Porque ciertamente constituye una insensatez equiparar todo caso de desviación de poder, de falsa motivación o de errada argumentación jurídica —que son nociones que tienen una amplia gama de grados y matices— con uno de dolo o de culpa grave, cuando bien se sabe que en realidad estos últimos sólo se dan en los eventos extremos de aquéllos.

Con ese esquema, no solamente no se favorecerán como corresponde el celo y la pulcritud en la gestión pública, sino que, por el contrario, al borrarse los límites entre los actos

maliciosos y las meras equivocaciones, terminará prestándosele flaco servicio a la sindéresis, al tiempo que se crea un clima de temor e incertidumbre entre los servidores del Estado, que en nada beneficiará la eficiencia administrativa. (Esguerra, 2008)

Respecto al tema de condenas contra el Estado y sus altas cuantías el profesor Martin Bermúdez (2005), planteó en el documento: “El título jurídico de imputación en la Responsabilidad Estatal”:

Las críticas que se formulan al sistema de responsabilidad del Estado en nuestro medio, desde nuestra percepción, son las siguientes:

- a. Se estima que las condenas contra el Estado por daños a particulares son excesivas y que empiezan a convertirse en un porcentaje muy significativo del presupuesto público.
- b. Se considera que el sistema está cada vez más congestionado y, por ende, las decisiones son cada vez más tardías, lo que conlleva al incremento económico de las condenas por el efecto de la indexación y de los intereses.
- c. Se señala que el régimen de responsabilidad es indefinido o incierto, porque no hay certeza acerca de en qué casos el Estado debe responder y en cuáles no se estructura dicha responsabilidad. (Bermúdez, 2005)

Refiere el tema de congestión judicial en el siguiente contexto:

Con relación a la congestión del sistema es evidente que mientras no se tomen decisiones administrativas adecuadas la situación actual no podrá ser modificada. Si los datos estadísticos demuestran claramente que la congestión de la jurisdicción contencioso administrativa es producto del alto número de procesos que allí deben resolverse y de las nuevas acciones constitucionales que le fueron atribuidas, y si dichos datos evidencian también que el rendimiento de esta jurisdicción ha aumentado significativamente en los últimos años, es claro que las reformas relativas a establecer una estructura mucho más adecuada, que comporta la implementación de los jueces administrativos y el aumento del número de los magistrados, resultan inaplazables para resolver el problema. (Bermúdez, 2005)

Indica el autor como reflexión algunos campos en los que cabrían replanteamientos respecto a la responsabilidad del estado.

En cuanto a la imputabilidad de la conducta del agente al Estado. La imputabilidad del daño causado por una autoridad pública a la administración es un punto que la jurisprudencia ha dado tradicionalmente por probado con la simple constatación de la existencia de un nexo con el servicio, ha sido desarrollado bajo la perspectiva de la responsabilidad directa de la

administración, derivada de la misma noción elaborada por la jurisprudencia civil para las personas jurídicas, que excluye la posibilidad de examinar si la conducta del agente era controlable por el Estado para imputarle a éste responsabilidad. Aquí valdría la pena examinar la vigencia de la responsabilidad directa, en la que se parte de la imposibilidad de escindir la persona jurídica de la natural, cuando la propia Corte admite que los agentes de éstas respondan solidariamente con ella por los daños causados con ocasión de sus funciones y cuando desde el Código de Comercio de 1971 la ley admite la responsabilidad de los administradores de la sociedad. En este punto, Oriol Mir propone estudiar la aplicabilidad de la doctrina civil relativa a la responsabilidad del empresario por sus empleados que no sólo exige que éste haya obrado con ocasión de sus funciones, sino la existencia de una relación de dependencia. Con la misma orientación, este autor cita las normas legales que en España limitan la responsabilidad del Estado por los daños causados a terceros por sus contratistas solamente en los eventos en que los daños son producidos "como consecuencia de una orden o cláusula impuesta por dicha Administración, o de un vicio del proyecto por ésta elaborado"

En este contexto, para que la conducta del agente sea imputable a la administración se exige siempre que ella se desarrolle en ejercicio o con ocasión de sus funciones, con lo cual se excluyen las conductas personales o privadas de sus agentes o realizadas "absolutamente al margen de las funciones del cargo".

Con esta perspectiva, se plantea un tema que amerita reflexión, examinar si en realidad resulta adecuado admitir la responsabilidad del Estado por los daños que causan los agentes estatales con armas oficiales cuando éstos obran absolutamente al margen de sus funciones, por ejemplo, si la víctima es su esposa y el crimen se comete por motivos exclusivamente pasionales. En dichos eventos la responsabilidad del Estado se hace depender, en el estado actual de la jurisprudencia, simplemente del carácter de oficial del arma utilizada y para un observador desprevenido tal criterio no parece ni adecuado ni justo.

En la perspectiva de la doctrina española, cuya jurisprudencia ya ha negado la responsabilidad del Estado en estos casos, se plantea que la conducta imputable a la administración es la del agente que permite el uso del arma de dotación oficial y por tanto crea el riesgo, lo que hay que definir es si la creación de dicho riesgo permite imputarle el daño al Estado, con lo cual el tema se plantea en el campo de la relación de causalidad (o imputación de segundo nivel). En este campo, la doctrina señala que dar por probada la relación de causalidad en tal caso implicaría también admitir que el Estado es responsable

en todos los casos de daños causados con armas respecto de las cuales haya otorgado licencia o salvoconducto a sus portadores. (Bermudez, 2005)

Torres, plantea en el artículo “¿Se justifica la Acción de Repetición?”, publicado en la Revista Civilizar (2005) y en la Revista Temas Socio Jurídicos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (2008), algunos comentarios críticos sobre la ineffectividad de la norma, así como algunas propuestas de reforma a la ley 678 de 2001 con el fin de contribuir a mejorar su eficacia. Se presenta un diagnóstico de las causas que hacen imposible el recaudo de lo pagado por el Estado señalando entre otras las siguientes:

a) no es una acción civil sino de derecho público; b) el acta del Comité de Conciliación como requisito de procedibilidad no es objetiva por varias causas, entre ellas porque pueden existir vínculos de amistad o dependencia con los jefes de las entidades, o por razones políticas, dando como resultado que el concepto para iniciar la acción sea negativo, restringiendo indebidamente su obligatoriedad; c) es injusto que la pretensión de la Acción de Repetición sea igual a la de la condena en la acción de Reparación Directa, porque no tiene en cuenta el grado de participación ni las condiciones personales del agente, para que se genere una posibilidad real de pago; d) en muchos casos falla la defensa por parte del Estado; e) señala que las presunciones de dolo y culpa grave son violatorias del debido proceso y del Derecho de Defensa; f) inexistencia de perención que sancione la negligencia de las entidades públicas demandantes en el cumplimiento de sus cargas procesales, lo cual hace que se congestione la justicia administrativa; g) no se justifica que se impida el llamamiento en garantía cuando se proponen las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero y caso fortuito o fuerza mayor en la acción de Reparación Directa; h) finalmente crítica el hecho de que la competencia sea del mismo juez que conoció del proceso donde se impuso la condena, porque el juez no será imparcial en su decisión. (Torres, 2008)

Se plantea en dicho artículo como elementos de análisis:

(...) el hecho que el acta del Comité de Conciliación de la entidad pública condenada constituya un requisito de procedibilidad, hace que necesariamente la decisión del Comité no sea muy objetiva, por cuanto el Comité está conformado integralmente por funcionarios del nivel directivo, designados por el Jefe de la entidad pública. La conformación misma del Comité puede conducir a las siguientes situaciones inequitativas como: no será frecuente que el Comité conceptúe por la procedibilidad de la Acción de Repetición contra funcionarios de alto rango de la entidad, y menos contra el Jefe de la entidad; el Comité

tendrá tendencia para conceptuar por la procedibilidad de la Acción de Repetición contra ex-jefes de la entidad, o contra ex-funcionarios de la misma, sobre todo cuando se han presentado cambios de naturaleza política en la dirección de la entidad; el Comité tendrá tendencia a conceptuar favorablemente sobre la procedibilidad de la Acción de Repetición contra funcionarios operativos y de bajo rango. (Torres, 2008)

Frente a las actas de los comités de conciliación de las entidades públicas en las cuales se consigna el estudio para determinar la procedencia de la acción de repetición, es pertinente indicar que dichas decisiones se deben remitir a la Dirección de Defensa Judicial de la Nación de conformidad con el artículo 14 del Decreto 1214 de 2000:

ARTICULO 14. INFORMES SOBRE REPETICION Y LLAMAMIENTO EN GARANTIA. En los meses de junio y diciembre, se remitirá a la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio de Justicia y del Derecho un reporte que deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) Número de casos sometidos a estudio en el semestre correspondiente, y la indicación de la decisión adoptada por el Comité de Conciliación o por el representante legal, según el caso;
- b) Número de acciones de repetición iniciadas durante el semestre correspondiente y la descripción completa del proceso de responsabilidad que les dio origen, en especial, indicando el valor del pago efectuado por la entidad;
- c) Número de acciones de repetición culminadas mediante sentencia, el sentido de la decisión y el valor de la condena en contra del funcionario si fuere el caso;
- d) Número de acciones de repetición culminadas mediante conciliación con descripción del acuerdo logrado;
- e) Número de condenas y de conciliaciones por repetición pagadas a la entidad y su correspondiente valor;
- f) Número de llamamientos en garantía y de fallos sobre ellos indicando el sentido de la decisión.

Otro aspecto señalado por el citado autor es el relativo a lo injusto que resulta que la pretensión de la Acción de Repetición sea igual al monto de la condena y no se tenga en cuenta el grado de participación del agente, de acuerdo a lo preceptuado en el párrafo del artículo 11 de la ley 678 de 2001, porque:

(...) en muchos casos la conducta dolosa o culposa del agente no fue la causa exclusiva de la condena, y pueden darse las siguientes situaciones como por ejemplo que un hecho dañoso pueden participar dos o tres servidores públicos; o que en las acciones contractuales, la condena en contra las entidades estatales es por mora en el pago de las obligaciones adquiridas por la entidad estatal; o que en muchos casos, la condena contra la entidad estatal se debe en gran parte a la falta de una adecuada defensa dentro del proceso de responsabilidad. De igual manera es injusto que la condena proferida en sentencia de repetición sea igual al monto de la condena pagada por el estado sin tener en cuenta las condiciones personales del agente del estado y la posibilidad real de que la condena sea efectivamente pagada. (Torres, 2008)

Igualmente, el autor considera la inexistencia de la perención que sancione la negligencia de las entidades públicas demandantes en el cumplimiento de sus cargas procesales. Señala:

(...) en la actualidad, en un número muy significativo de Acciones de Repetición, luego de presentar la demanda, la entidad pública demandante no asume ninguna de sus cargas procesales, no se pagan los gastos del proceso, los costos de notificación, y estas expensas a veces son considerables, porque en número importante de casos, es necesario vincular al proceso al servidor público demandado, por intermedio de un Curador Ad-Litem que lo represente, Curador que tiene derecho a unos gastos y honorarios profesionales por su actuación. (Torres, 2008)

Señala los motivos por los cuales no se justifican las restricciones al llamamiento en garantía:

(...) el párrafo del artículo 19 de la ley 678 de 2001, previó la posibilidad del llamamiento en garantía del servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave por parte de la entidad pública demandada, o del Ministerio Público. Desafortunadamente, el párrafo de dicho artículo prohibió el llamamiento al agente del Estado, si en la contestación de la demanda, la entidad pública propuso las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor. (Torres, 2008)

Plantea igualmente respecto a la inoperancia de dicha acción que:

La Acción de Repetición es onerosa e ineficaz, puesto que un número significativo de demandas en Acción de Repetición, no se tramitan en realidad y no pueden llevarse a feliz término, por incumplimiento de las cargas procesales a cargo de la entidad pública demandante, y por no existir ninguna sanción efectiva contra la negligencia de los Jefes de las entidades públicas que no asignan recursos a sus apoderados para atender las

demandas presentadas. Además, la gran mayoría de las Acciones de Repetición, se fallan denegando las pretensiones de la demanda por falta de actividad probatoria por parte de los apoderados de las entidades públicas demandantes. (Torres, 2008)

De otro lado, sobre el tema del llamamiento en garantía, los autores en mención hacen la siguiente anotación:

Con respecto al tema del llamamiento en garantía, mecanismo a través del cual se busca que en la misma sentencia se decida sobre la responsabilidad del llamado, frente a la entidad llamante, y no solo del particular frente al Estado, es decir que persigue los mismos fines de la AR y además contribuye con el principio de economía procesal y descongestión de los Despachos judiciales (Torres, 2004, pp. 26-27), el hoy Ministerio de Interior y de Justicia (1997, pp. 110, 121) encontró que “en la mayoría de los casos esta figura no arrojó los resultados esperados, puesto que la entidad encargada de llamar en garantía muchas veces no aportaba las expensas necesarias para notificar al llamado”. También señala el informe que el Ministerio Público dejó de hacer los llamamientos en Garantía, hacía más de dos años. (Soler & Jimenez, 2009)

Un aspecto señalado por Torres (2008), el cual genera controversia, es el referido a que las presunciones de dolo y culpa grave establecidas en la ley de Acción de Repetición, son violatorias del debido proceso y del derecho de defensa, por ser la repetición parte del derecho sancionatorio; sin embargo este tema ya fue aclarado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se indica en el presente trabajo de investigación.

Finalmente concluye Torres (2008) que son muy pocas las Acciones de Repetición que se fallan en contra de los servidores públicos demandados, y lo que es peor, en la casi totalidad de los casos, la condena se vuelve totalmente simbólica, por imposibilidad absoluta de pago del servidor público sancionado. En muy pocos casos, la condena se produce en contra de un exjefe de una entidad pública, pues cuando la acción se adelanta contra un ex servidor público de alto rango, este contrata muy buenos abogados, y se defiende muy bien, por lo que en muy pocos casos se profieren condenas contra ex funcionarios o servidores públicos que tengan capacidad económica para el pago de las mismas.

Sobre estos aspectos el profesor Montoya, en el artículo “La presunción de Dolo y de Culpa grave en la Acción de Repetición contra el servidor público: un desborde del legislador” considera:

(...) al establecer las presunciones de culpa y dolo, el legislador desbordó sus atribuciones constitucionales, y desconoció principios como la presunción de inocencia y el debido proceso, por cuanto la Acción de Repetición pertenece al campo del derecho sancionatorio, y en consecuencia, frente a ella también se aplican los principios constitucionales antes mencionados, que rigen el derecho penal y el derecho disciplinario.

(...) aparece un elemento, que si bien puede estar afectando sustancialmente la producción de resultados en la aplicación de la Acción de Repetición, genera una situación indeseable, por cuanto se equiparan para la aplicación de la norma, dos faltas de características totalmente distintas, dolo y/o culpa grave, y aunque sobre el tema, ya se tiene fallo de constitucionalidad, pueden estar gravitando en la eficiencia y la eficacia de la legislación. (Montoya, 2002)

Vargas (2004, p. 90) en la tesis de grado “Análisis de la eficacia de la Acción de Reparación en Colombia”, plantea el temor que existe en algunos funcionarios para adelantar la Acción de Repetición, para evitar represalias, o que se le devuelva la acción; propone algunos correctivos tales como la obligatoriedad del llamamiento en garantía, el establecimiento de un rubro económico en las entidades para la defensa del Estado, y que no pase la acción por el filtro del Comité de Conciliación. Recordemos que, la decisión que adopta dicho Comité tiene carácter vinculante para el representante legal de la respectiva entidad, el cual debe dejar constancia expresa y escrita de la decisión. (Citado por Soler y Jiménez, p. 82, 2005)

El doctrinante Bermúdez en el II Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública realizado en Bogotá y citado igualmente por Soler y Jiménez (2008, P.82), plantea diferentes aspectos relacionados con las falencias en los procesos jurídicos de Responsabilidad patrimonial del Estado:

Señala como posibles causas de las falencias en los procesos jurídicos la mora, porque las demandas inician mucho tiempo después de ocurridos los hechos. De este modo, se practican las pruebas a los tres años del acaecimiento de los hechos, la primera instancia se toma cuatro años para fallar y llega al Consejo de Estado pasados ocho años, cuando nadie se acuerda qué fue lo que ocurrió, no recuerda en los alegatos qué era lo que iba a pedir, han cambiado algunos funcionarios, se han extraviado documentos y no existe entusiasmo para la defensa. (Bermudez, 2005)

En el mismo sentido indica respecto a las críticas que se le hacen a la administración por el excesivo monto de las condenas:

a) la congestión de la justicia, a la que atribuye el hecho que el Estado termine pagando tres o cuatro veces más de la cuantía inicial del proceso; b) señala que el régimen de responsabilidad del Estado y sus funcionarios es indefinido e incierto porque la demanda es un sorteo, por lo cual considera que no hay seguridad para realizar por ejemplo una conciliación, cuando no se sabe si la jurisdicción contencioso administrativa, utilizando el *arbitrio iudicis* va a reconocer las distintas clases de daños como materiales, morales, a la vida de relación y fisiológicos; c) falta de incentivos para los abogados que defienden al Estado, y d) acumulación excesiva de trabajo y asignación de funciones no acordes con los conocimientos de los abogados de las entidades públicas. (Bérmudez, 2005)

El autor en cita, propone como posibles soluciones las siguientes:

1) la planificación del proceso, dejando pruebas anticipadas, distribuyendo adecuadamente el trabajo, toda vez que se desaprovecha la experiencia de los abogados porque no se le asignan labores acordes con sus conocimientos, les toca patinar, asistir a las pruebas y realizar toda clase de labores; 2) que se otorguen incentivos a los abogados, por ejemplo cuando gane el proceso; 3) que el legislador modifique conceptos jurídicos, como el contenido en el art. 16 de la ley 446 de 1998 de indemnización integral, poniendo límites tanto a los beneficiarios de las condenas, como al monto de las indemnizaciones, como lo hacen otras legislaciones, por ejemplo en Italia, (Bermúdez, 2005, citado por Soler y Jiménez)

Señalan Molina y Cañón, en el libro “La Acción de Repetición” de la Universidad de Medellín, que:

El fin principal para el cual fue creada la AR no se ha cumplido; no ha sido bien entendida la institución por falta de claridad en su concepción; el reintegro de dineros está lejos de producirse, a pesar de que han existido algunas condenas que en los últimos años han ido en leve aumento; el proceso principal, en ocasiones toma un término desmedido para emitir el fallo, al igual que el proceso propio de la AR, incrementando el saldo de dinero que debe pagar el agente; algunos de los artículos de la Ley 678 de 2001, son confusos en su redacción. Además, consideran innecesaria la evaluación por parte de los comités de conciliación, porque: estos organismos no garantizan imparcialidad; en la práctica no ejercen un control estricto sobre las decisiones en aspectos de idoneidad, oportunidad y calidad; no han logrado cumplir con el objetivo de reducir el número de demandas contra la Nación por ausencia de verdaderos lineamientos, directrices y prevención del daño antijurídico. (Molina & Cañón, 2009, citado por Soler & Jiménez)

Los autores mencionados proponen entre otros: que no se haga necesario el pago efectivo, por parte de la entidad demandada, como requisito para el inicio de la AR; abolición de los comités de conciliación y creación de una sola entidad que establezca en vía gubernativa la responsabilidad del servidor público, si es que se quiere conservar un órgano que cumpla tales funciones; obligatoriedad del llamamiento en garantía, cuando las pruebas sobre la responsabilidad sean contundentes; cuando no se realice llamamiento en garantía por falta de pruebas, que el mismo juez tenga la posibilidad de abrir el proceso, lo cual evitaría el problema de la prueba trasladada; establecer un término de prescripción dentro del cual se deba emitir el fallo; que el monto de las condenas a los funcionarios sean proporcionales al cargo; y que las condenas en AR se constituyan en antecedente para el acceso a cargos públicos.” (Molina & Cañón, 2005)

La Acción de Repetición en Colombia, como ha quedado en evidencia en el referente bibliográfico de este trabajo de investigación, existe en Colombia con anterioridad a la Constitución Política de 1991 y estaba consagrada en normas como los Decretos 150 de 1976, 222 de 1983 y en diferentes artículos del Código Contencioso Administrativo. Con la expedición de la Constitución de 1991 esta figura jurídica retoma importancia, generándose gran controversia y actualidad en la materia con la expedición de la ley 678 de 2001. Como lo reconocen la mayoría de los doctrinantes en Colombia, antes de la carta de 1991 esta acción fue inoperante y muy pocos resultados se lograron consolidar. Con la expedición de dicha norma se esperaba que se abran nuevos caminos para que de manera armónica, con la legislación consolidada en el tema, el Estado recupere en parte los recursos públicos que fueron pagados como consecuencia de actuaciones indebidas de los funcionarios públicos. Este es el propósito fundamental que se trata de explorar en este trabajo de investigación. Los efectos de la aplicación de la ley 678 de 2001 y la evaluación de las principales causas de la inoperancia de esta norma, en los años 2005-2010 y que han sido objeto de sentencias por parte del Consejo de Estado, corresponde al período al cual se enfoca este trabajo, fechas recientes que limitan el número de sentencias de esa alta corporación sobre las cuales se exploran los resultados. Los documentos revisados, así como los diferentes estudios e investigaciones sobre este tema, representan referentes y avances importantes para lograr el cumplimiento de los principios de moralidad y eficacia de la administración pública en Colombia.

6. JUSTIFICACIÓN

Uno de los aspectos que exige y justifica el estudio de los resultados en la aplicación de normas sobre la Acción de Repetición, es el grave problema de detrimento al patrimonio público en Colombia. En ese sentido el periódico *Ámbito Jurídico* (2005) en el artículo “Demandas: la gran amenaza contra las finanzas públicas” indicó que la nación afrontaba en ese momento pretensiones por pleitos en su contra por casi 100 billones de pesos, 7 billones más que el presupuesto anual de la Nación en ese año, cifra que se incrementó de acuerdo a lo expuesto por la Contadora General de la Nación, Rosa Margarita Roldán Bolívar (2009), quien estimó que “los valores calculados para el reconocimiento y revelación de los procesos judiciales, laudos arbitrales, conciliaciones extrajudiciales y embargos decretados y ejecutados sobre las cuentas bancarias y que han causado detrimento patrimonial con sentencia definitiva condenatoria, laudo arbitral o conciliación extrajudicial, a nivel nacional y territorial, y en las cuales la entidad contable pública procede al registro del crédito judicialmente reconocido como un pasivo real, son aproximadamente para el año 2010, 700 billones de pesos, es decir casi cinco veces el presupuesto general de la Nación en la misma vigencia”. Dichas cifra ha ascendido para el año 2012 a 1028 billones de pesos, lo cual fue divulgado en la revista *Semana* en el artículo “1.000 billones de pesos”, en el cual indican que esa cifra corresponde a dos veces el producto interno bruto de Colombia, que es de 500 billones de pesos al año. (*Semana*, 2012)

Muy recientemente el Presidente de la República de Colombia, Dr. Juan Manuel Santos al justificar la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, en uso de las facultades extraordinarias que el Congreso confirió al Gobierno para modificar la estructura de la Administración Pública en el sector justicia, aseguró que en 11 años, el Estado ha pagado 3,6 billones de pesos por demandas contra la nación y enfrenta más de 260 mil procesos ante los estrados, por un monto cercano a los 1.028 billones de pesos, según cifras divulgadas por el Ministerio de Justicia; preocupa que en menos del 2 por ciento de las condenas, las entidades hayan aplicado la Acción de Repetición contra los funcionarios responsables de hechos que terminaron en condenas. De esta cifra, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha calculado que el pasivo contingente, es decir, el monto que debiera asumir el Estado ante una eventual sentencia condenatoria, es de 431 billones de pesos. El pasivo contingente que sería causado en el periodo comprendido entre el 2010 y el 2021, oscilaría entre el 12% y 17% del PIB anual. (Presidencia de la República de Colombia, 2011)

El Director designado para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, es el ex ministro Fernando Carrillo, quien tiene en sus manos la estabilidad de la economía colombiana, toda vez que el fenómeno de que hayan demandas por mas de 1.000 billones de pesos no es un asunto marginal sino uno central que pone en juego el futuro económico del país. Un analisis realizado por el ministerio de justicia a las 20 entidades más demandadas encontró que perdieron el 73 por ciento de los casos. Un resultado muy malo frente al 23,5 por ciento de casos que pierde el gobierno de Chile o el 55,2 en Brasil. (Semana, 2012)

La nueva agencia busca unificar políticas de defensa e información del Estado en casos de interés estratégico nacional, tendrá a su cargo el control y la coordinación de los casos adelantados ante organismos y tribunales internacionales, así como la recuperación de dineros públicos por la vía de la Acción de Repetición y el seguimiento al debido ejercicio de la misma. La entidad tendrá tres direcciones: de Defensa Jurídica, de Políticas y Estrategias de Defensa Jurídica, y de Gestión de la Información; también hará el ordenamiento y sistematización de la información disponible de los casos adelantados en contra de la Nación. Con esta información se podrá hacer un seguimiento a los procesos adelantados directamente por las entidades del sector central y plantear políticas de prevención del daño antijurídico (ámbito jurídico, 2010), así mismo se detectará el riesgo fiscal en los procesos adelantados (Decreto 4085, 2011).

Las cifras hablan por sí solas, lo que exige iniciar acciones de manera urgente para salvaguardar el patrimonio público; sin embargo los datos difieren dependiendo de la fuente, toda vez que hasta el año 2005 no existían cifras medianamente consolidadas, tarea que se ha venido realizando a través de la Dirección de Defensa Judicial del Ministerio del Interior y de Justicia, la cual tuvo sus orígenes a través del Decreto 1890 de 1999, en el Gobierno del ex Presidente Ernesto Samper (Mejía, 2007).

Esta es la real importancia de la evaluación de la aplicación y resultados que ha tenido la Acción de Repetición en Colombia, así como la determinación de las principales causas de su inoperancia, preceptos consagrados a nivel Constitucional sólo en el año 1991 a través del artículo 90 y cuya reglamentación se realizó a través de la Ley 678 de 2001.

7. DISEÑO METODOLÓGICO

La investigación **“EVALUACIÓN DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA (PERIODO 2005-2010)”** se apoya en el método hermenéutico-cualitativo de investigación (Arrazola, 2005); su metodología permite en consecuencia interpretar, declarar, anunciar, esclarecer y, por último, traducir (Beltran, 2002). La estrategia metodológica del trabajo de investigación se centró en el método hermenéutico-cualitativo de investigación, correspondiendo a un tipo de investigación socio jurídica (Giraldo, 2005). La estrategia consta de cuatro etapas, que permiten la exploración y el análisis sobre los diversos fallos judiciales, los cuales se vuelven comprensibles a través de la hermenéutica jurídica desde su sistematización e interpretación. La investigación, como estudio de caso, se enfoca en la Acción de Repetición en Colombia, al tiempo que tiene características de tipo histórico, por remitirse a la revisión sobre esta problemática, a partir de la Carta Constitucional de 1886.

En el propósito de dar respuesta a la problemática de la presente investigación se asume como definición de la hermenéutica, la planteada por Arrazola (2005), según la cual es “la rama de la ciencia del derecho que trata de la interpretación de las normas que lo constituyen”; el trabajo de investigación, igualmente, tiene carácter jurídico descriptivo y jurídico exploratorio, (Arrazola, 2005), dado que permite aplicar de manera pura el método analítico a un tema jurídico y plantea nuevos caminos para la realización de posteriores investigaciones en el novedoso tema de la Acción de Repetición en Colombia. La hermenéutica jurídica se puede considerar igualmente como un *método de interpretación de textos legales, o de la legislación positiva en su conjunto*. La argumentación jurídica es, desde sus inicios, una interpretación hermenéutica; busca "reconstruir" y "actualizar" el significado de los materiales jurídicos dados (costumbre, sentencias, leyes).

Por el tipo de análisis de información que se realiza en el trabajo de investigación, corresponde a una investigación de tipo documental, porque tiene como fuentes de información las sentencias del Consejo de Estado causadas en fallos de Acciones de Reparación que tuvieron como consecuencia condenas contra el Estado, las cuales a su vez, dieron origen a las demandas en uso de la Acción de Repetición o del llamamiento en garantía; en este propósito, inicialmente se revisó la información de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de 1992, encontrando un total de 48 sentencias relativas al tema bajo estudio; sin embargo el trabajo se enfocó para el análisis, en el período 2005-2010, en el cual se encontraron 38 sentencias de Acciones de Repetición, por considerar este lapso de cinco años suficientemente ilustrativo en la determinación de la muestra, además de que permite hacer una evaluación cinco años después de la

promulgación de la ley 678 de 2001, tiempo prudencial para examinar la aplicabilidad o no de dicha norma. La muestra se enfoca en las sentencias del Consejo de Estado, pues este organismo es el máximo tribunal y última instancia que define precedentes jurisprudenciales en Colombia en materia Contencioso Administrativa.

Al examinar, la muestra inicial de 38 sentencias seleccionadas del Consejo de Estado en el período 2005-2010 que dieron lugar al trámite de Acciones de Repetición o Llamamiento en garantía, se encontró una distribución de acuerdo con su origen contencioso administrativo, que permitió su clasificación y ponderación arrojando las siguientes frecuencias respectivamente: 2,6% Acciones ordinarias laborales, 44,7% Acciones de Nulidad y restablecimiento del Derecho, 10,5% Acciones contractuales y 42,2 % Acciones de Reparación Directa. El análisis, sistematización y categorización final se enfocó en los fallos del Consejo de Estado por Acciones de Reparación Directa en el período mencionado, dada su representatividad en la muestra final, 16 sentencias de un total de 38, las cuales corresponden, como se indicó al 42,2 % de la muestra total.

Finalmente, y en consideración a la ponderación anterior se delimita la muestra, escogiendo sólo las sentencias originadas en Acciones de Reparación Directa, que en este caso fueron 16, las cuales dieron origen a condenas impuestas contra el Estado y que originaron la interposición por parte de éste del llamamiento en garantía y de las Acciones de Repetición, corresponde, entonces, a la muestra definitiva sobre la cual se elaboran las fichas técnicas: instrumentos de investigación que permiten la sistematización, análisis, interpretación y conclusiones generales del trabajo de investigación, la cual resulta representativa y suficiente en los propósitos de realizar el análisis para dar respuesta adecuada a la hipótesis y al problema de investigación.

La estrategia metodológica desarrollada, con el fin de determinar la forma en que el problema de investigación debe ser verificado y la hipótesis corroborada, contempla cuatro etapas a saber:

Etapas 1

- a. Revisión bibliográfica preliminar relativa a la Acción de Repetición en Colombia, la Responsabilidad Patrimonial Estatal y la Responsabilidad Patrimonial del servidor público, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1886.
- b. Formulación de la problemática general alrededor de la implementación de la Acción de Repetición en Colombia, la Responsabilidad del servidor público y consolidación de la pregunta de investigación.

Etapa 2

- a. Continuación de revisión bibliográfica, consolidación del Estado del arte y aproximación alrededor de la problemática escogida, antecedentes sobre la Acción de Repetición y la responsabilidad del servidor público en Colombia posterior a la Constitución de 1991 y en especial la ley 678 de 2001. Revisión de Sentencias del Consejo de Estado desde 1992.
- b. Formulación de hipótesis sobre los principales efectos de la aplicación de la ley 678 de 2001 en materia de repetición contra los funcionarios públicos que por sus acciones causan detrimento al patrimonio público en Colombia.

Etapa 3

- a. Sistematización de la información sobre los las principales causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia en el periodo 2005-2010, en materia de repetición contra los funcionarios públicos que por sus acciones causan detrimento al patrimonio público en Colombia. (Ver cuadros anexos). Elaboración preliminar de instrumento de investigación- ficha resumen de investigación. Formulación previa de los grupos o pre categorías de la ficha. Consolidación y definición final de grupos o categorías para la elaboración de la ficha resumen sobre muestras de sentencias del Consejo de Estado. (Anexo No. 1). Conceptualización. La consolidación de grupos son el resultado de sistematizar la información, es decir de la exploración de los fallos jurisprudenciales del Consejo de Estado en los últimos cinco años (período 2005-2010), sobre la Acción de Repetición en Colombia, que hagan posible su análisis e interpretación, para, finalmente, presentar los hallazgos y resultados, así como las conclusiones más relevantes.
- b. Elaboración de Tablas de revisión jurisprudencial de las Sentencias del Consejo de Estado de Colombia correspondientes a procesos que dieron origen a la Acción de Repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición desde 1992-2010, **48 sentencias**. (Tabla No. 1).
- c. Clasificación de sentencias del Consejo de Estado de acuerdo al tipo de figura que dio origen a la Acción de Repetición o llamamiento en garantía con fines de Repetición, (Periodo 2005-2010), **38 sentencias** (Tabla No. 2).
- d. Clasificación de las sentencias del Consejo de Estado correspondientes a la Acción de Reparación como acción judicial que dio origen a la Acción de Repetición o llamamiento en garantía con fines de Repetición, período 2005-2010, **16 sentencias** (Tabla No. 3).
- e. Resumen jurisprudencial que incluye la información recopilada en la ficha resumen de investigación para el análisis general de las diferentes sentencias de Acción de Reparación

Directa como acciones judiciales que dieron origen a la Acción de Repetición, período 2005-2010, **16 sentencias**, (Tabla No. 4).

Etapas 4

- a. Análisis, interpretación, hallazgos, conclusiones, resultados y la evaluación sobre las principales causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia contra los funcionarios públicos que por sus acciones causan detrimento al patrimonio público en Colombia. Igualmente se confrontaran los resultados con las diferentes hipótesis inicialmente planteadas, así como con el estado del arte y la bibliografía en esta materia.

Para el desarrollo de la tercera y cuarta etapa de investigación se recurrió a los archivos del Consejo de Estado, ubicando un conjunto de sentencias sobre la Acción de Repetición en Colombia, comprendidas en el período de los años 1992-2010, encontrándose que en ese lapso se produjeron un total de 48 sentencias, las cuales tuvieron origen en fallos judiciales relacionados con Reparación Directa, Acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho, Acciones Contractuales, entre otras. La revisión preliminar de sentencias se realizó a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, es decir desde el año 1992, dada la importancia histórica que representa, al ser consagrada constitucionalmente la Acción de Repetición en el artículo 90.

Dada la necesidad de limitar el período al cual se va a enfocar la investigación y precisar el número de sentencias, así como definir el tipo de fallo que da origen a la demanda de Acción de Repetición, en el presente trabajo se estudiaron y analizaron las sentencias del Consejo de Estado en el período 2005-2010, relativas al objeto de estudio del trabajo, y se establece la Acción de Reparación Directa como objeto de análisis, fallos judiciales que han dado lugar a las demandas por Acción de Repetición ante ese organismo, muestra final que logró consolidarse, como ya se indicó, con 16 sentencias del Consejo de Estado, sobre las cuales se hace el análisis, sistematización e interpretación final.

La información de las sentencias del Consejo de Estado se plasmaron en una ficha técnica, previamente diseñada, que corresponde al instrumento de investigación, la cual consignó la información organizada en diferentes grupos, lo que permitió su sistematización y evaluación, para posteriormente desarrollar su análisis, interpretarlo y presentar las conclusiones y hallazgos más significativos, en el objeto de dar respuesta al problema central de investigación, confrontando los resultados con la hipótesis planteada, el estado del arte y la bibliografía jurídica en la materia que corresponde. En este propósito se procedió, inicialmente, a formular una ficha resumen de

información; en ésta se consignan los diferentes ítems que permite recoger la información de mayor relevancia de cada una de las sentencias de Acción de Reparación Directa, originadas en diferentes tribunales administrativos, como acciones judiciales que dieron origen a la Acción de Repetición o al llamamiento en garantía con fines de repetición del período 2005-2010, y sobre los cuales se producen los fallos finales del Consejo de Estado; esta ficha resumen contempla los siguientes ítems: No. de sentencia, demandado, año de presentación de la demanda, fecha del fallo de segunda instancia, referencia, tipo de vinculación del agente estatal, órgano que produce el fallo de primera instancia, tipo de fallo primera instancia, fallo respecto al agente estatal, motivación del fallo de primera instancia, tipo de falta del servidor público, tipo de fallo de segunda instancia, motivación del fallo segunda instancia, fallo respecto al agente estatal en segunda instancia. Ver Anexo No 1. Ficha resumen. (Instrumento de investigación)

Con la ficha elaborada se procede a consignar la información que señalan cada una de las sentencias de la muestra seleccionada de los fallos emitidos por el Consejo de Estado, para posteriormente proceder a la construcción de los diferentes cuadros en los cuales se consignan la información más relevante de las diferentes sentencias y que se resumen en las cuatro (4) tablas indicadas anteriormente.

Este trabajo de investigación entrega los análisis, hallazgos y resultados, referidos a la evaluación de las principales causas de la inoperancia de la Acción de Repetición y de los efectos de su aplicación, en lo que tiene que ver con los resultados de fallos judiciales para preservar el patrimonio estatal y la Influencia de la Acción de Repetición en las actuaciones de los funcionarios públicos; se incluye igualmente la confrontación de los resultados con la hipótesis planteada.

Se debe precisar que para los análisis preliminares se recurre a evaluaciones cuantitativas que utilizando estadística permite clasificar el análisis de la información, lo cual se realiza de acuerdo al tipo de sentencia, sus características, procedencia, fecha de ocurrencia de los hechos y fecha del fallo tanto de primera como de segunda instancia, el tipo de fallo: absolutorio o condenatorio, causas que originan los fallos y sus frecuencias, entre otros. Estos análisis cuantitativos permiten posteriormente desarrollar la hermenéutica jurídica necesaria, confrontando con la bibliografía y los fundamentos doctrinales y diagnósticos, en relación a las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia, lo que nos permite plantear una serie de hallazgos, recomendaciones, nuevas perspectivas y conclusiones finales, en el propósito de dar respuesta a la problemática de investigación y confirmar o descartar la hipótesis propuesta.

Se establece como una de las más importantes conclusiones de este trabajo de investigación que en las sentencias analizadas, proferidas por el Consejo de Estado, en el período comprendido entre el 2005-2010, ningún fallo fue sustentado en la aplicación integral de la ley 678 de 2001, pues a pesar de que la posición jurisprudencial plantea que debe aplicarse en sus aspectos procesales, no se ha podido implementar en su totalidad por corresponder a hechos ocurridos antes del año 2001, los cuales dieron lugar a la Acción de Repetición o al llamamiento en garantía, consagrados en el Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes. Otro factor que evidencia la inaplicabilidad de la norma es el poco tiempo transcurrido desde la expedición de la ley 678 de 2001.

Dentro de la metodología y estrategias del trabajo de investigación, se encontró en las revisiones de la jurisprudencia para el período escogido, que se siguen aplicando normas anteriores, como consecuencia de decidir en la actualidad las demandas de hechos ocurridos hace 18 años y cuya duración en el trámite procesal se han tardado hasta 16 años, encontrándose que en promedio los procesos duraron 10 años para proferirse el fallo de segunda instancia en el Consejo de Estado, entre el momento de la presentación de la demanda y el año del fallo de segunda instancia. Lo anterior, como consecuencia del retraso de los fallos judiciales en esa corporación y la congestión judicial que es notoria en el Estado Colombiano.

Frente a la problemática planteada en la presente investigación, se debe señalar como uno de los hallazgos de mayor importancia que la aplicación y los resultados del conjunto de normas sobre repetición en Colombia, incluyendo las posteriores a la Constitución Política de 1991, resultan insuficientes y frustrantes en el propósito de resarcir el patrimonio público de los colombianos. Así se reconoce de manera general por los juristas en Colombia; una primera ratificación de lo anterior se plantea en el estudio publicado en 1997, por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho (hoy, Ministerio del Interior y de Justicia), en el cual se demuestra que la figura de la Acción de Repetición había tenido grandes falencias desde sus inicios y resulta en la mayoría de los casos ineficaz. Estas conclusiones confirman con gran aproximación la hipótesis planteada inicialmente en este trabajo de investigación.

PARTE I

MARCO TEÓRICO, FUNDAMENTACIÓN DOCTRINARIA, RECUENTO HISTÓRICO, REVISIÓN LEGISLATIVA Y CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO EN COLOMBIA

La evolución histórica de la Responsabilidad Estatal ha permitido exigir la responsabilidad de los servidores públicos cuando actúan de manera dolosa o culposa, lo que ha generado reiterados cuestionamientos, toda vez que para algunos el Estado no debería pagar los daños causados por responsabilidad de sus servidores públicos en ejercicio de sus funciones. Pero es a partir del reconocimiento del Estado, como sujeto responsable de sus actos y omisiones, que se consolida la responsabilidad de sus funcionarios públicos, partiendo, de manera preliminar, de la responsabilidad solidaria y atravesando los elementos jurídicos de la responsabilidad conjunta, para llegar a la consolidación del daño antijurídico, que no requiere la declaratoria de responsabilidad de los funcionarios públicos para consolidarse como elemento de declaratoria de responsabilidad del Estado.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS GENERALES DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y SU NOCIÓN JURÍDICA

Antes de hablar de Responsabilidad patrimonial del servidor público es necesario hacer un recuento histórico de lo que ha sido la Responsabilidad del Estado y su relación con los agentes estatales, toda vez que es una de las Instituciones más importante del Derecho Administrativo.

La idea de responsabilidad del Estado surge desde el cambio de concepción ideológica del término soberanía (Altamira, 1973), pues a dicho atributo se le endilgaba la absoluta inmunidad del Estado, excluyendo la “Responsabilidad del Estado”, concepto que ha sido modificado en el sentido de que la soberanía ha dejado de ser equivalente al de poder omnímodo y absoluto, por lo que la idea de un Estado irresponsable debió forzosamente desaparecer, así como desapareció el concepto de infalibilidad del monarca y el de origen divino del poder. Surgiendo el principio de la obligación del Estado de reparar todo daño indebidamente producido. (Acuña, 1957)

La evolución del concepto de Responsabilidad del Estado inicia, paradójicamente, desde la concepción de *“Irresponsabilidad del Estado”*, pues en la antigüedad no se concebía que el Estado pudiera ser responsable por el daño o perjuicio que la actividad de la administración o de sus agentes pudiera producir a los administrados, lo que se fundamentó en la idea de soberanía, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles (Rodríguez, L., 2011). Así en el Imperio Romano no existían derechos privados contra el Estado. Nunca se pensó que los daños producidos por la administración o por sus agentes a los particulares dieran lugar a una acción de indemnización. Resultaba inconciliable con la idea de un Estado omnipotente. (Altamira, 1973)

La idea de irresponsabilidad absoluta encontró en algunas épocas ciertas limitaciones, si bien el Estado no era responsable, se consideró que por los daños que causara su actividad eran responsables los agentes que directamente los causaban (Rodríguez, L., 2011). En ese mismo contexto lo indicó el tratadista Altamira Gigena (1973):

“El concepto de irresponsabilidad del Estado empezó a trascender cuando se comprendió que el rey no era un representante de origen divino sino que su poder emanaba del pueblo al que gobernaba, así se pasó de irresponsabilidad del Estado absoluta a responsabilidad amplia y completa, cuando ha mediado del funcionario o empleado mal desempeño en el

ejercicio de sus funciones o cuando, llenando su cometido, perjudica a la persona o bienes de sus subordinados. El Estado seguía siendo irresponsable pero quien resultaba perjudicado tenía acción contra el funcionario público para reclamar la indemnización.” (Altamira J. I., 1973)

Fue en ese sentido, como el tratadista argentino Altamira (1941) ratificó que el Estado como entidad para satisfacer fines de interés general no puede actuar por sí mismo, sino por medio de funcionarios o empleados, “es decir que la Responsabilidad es directa de los agentes y no se puede -según esta teoría- responsabilizar al Estado por sus culpas”

Continuó indicando Altamira (1973) que a mediados del siglo XIX apareció la Responsabilidad Parcial del Estado, se estableció como primera manifestación de Responsabilidad la expropiación, la cual fue consagrada en Colombia en el Acto legislativo 3 de 1910, el mismo que previó que la ley debía establecer una jurisdicción de lo contencioso administrativo (Rodríguez, 2011), lo que aconteció mediante la ley 130 de 1913; toda vez que si el Estado toma una propiedad para un fin público y reconoce al particular el derecho a ser indemnizado, existe un principio de *Responsabilidad*, ya que desaparece el dominio eminente del Estado. Así lo dijo el citado tratadista:

“A partir de allí se manifiesta la tesis de que el Estado es responsable por los actos de Gestión pero no lo es de los actos de Autoridad, pues según Laferriere, si los actos perjudiciales de los funcionarios o empleados del Estado son *actos de gestión*, queda comprometida la Responsabilidad pecuniaria de la Administración, porque el Estado los realiza con fines patrimoniales. Sin son *actos de autoridad*, el Estado es irresponsable, porque no saca la fuerza obligatoria de sus decisiones de un derecho de carácter patrimonial, sino de su soberanía y, por consiguiente, debe imponerse a los administrados sin dar lugar a reclamación, a pesar del daño que la medida ocasione.

Sin embargo, el Consejo de Estado Francés dejó dicha teoría y llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede entrañar la Responsabilidad del Estado, pero se subordina esta responsabilidad a una falta del servicio público, noción indispensable para establecer cuándo responde la administración por los hechos de sus agentes; en ese sentido hay falta de servicio cuando no se cumple, cuando se realiza en forma deficiente o tardíamente. Si el agente no es responsable porque ha puesto su empeño para que el servicio se cumpla en forma eficiente, entonces el Estado es directamente responsable.

Por lo anterior era indispensable establecer si la falta había sido de servicio o personal del funcionario, pues era necesario establecer si la responsabilidad era del Estado o del agente, para saber a quién correspondía demandar y qué jurisdicción era competente.

Pero generó muchos inconvenientes el hecho de que el funcionario fuera insolvente para indemnizar los perjuicios causados, por lo que el Consejo de Estado Francés admitió que cabía la coexistencia de un “*falta personal*” y de “*servicio*” y el criterio acumulativo de responsabilidades.

Así la víctima podía elegir entre demandar a la administración ante el Juez Administrativo o demandar al funcionario ante el juez judicial con la ventaja de poder elegir al responsable más solvente y reclamar a uno o a otro la indemnización por la totalidad del daño. (Altamira, 1973)

La última etapa de evolución del concepto de Responsabilidad del Estado se dio con la “*Responsabilidad directa del Estado*”, etapa inaugurada por el celebre fallo blanco de 1873, del tribunal de conflicto francés, pues se reconoce la responsabilidad de la administración por razón del simple funcionamiento del servicio público, independientemente de que su actividad fuera de poder o de gestión (Rodríguez, L., 2011), sin que el demandante tenga necesidad de probar la culpa de los agentes.” En el caso de Colombia la sentencia del 22 de octubre de 1986, la cual se ampliará posteriormente, consagró la responsabilidad estatal, la cual contrario a lo ocurrido en el Derecho francés con el fallo blanco, consagró dicha responsabilidad a las normas de derecho civil y sólo después la sometió a las normas y principios del derecho administrativo (Rodríguez, L., 2011)

A. Régimen legal y jurisprudencia aplicada durante la vigencia de la Constitución Colombiana de 1886 en la responsabilidad patrimonial del servidor público por los perjuicios a cargo del Estado

En Colombia la Responsabilidad del servidor público a partir de la Constitución de 1886 fue contemplada en el Artículo 16, el cual dispuso:

Artículo 16. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En el mismo sentido los artículos 20 y 21 indicaron:

Artículo 20. Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.

Artículo 21: En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden. (Constitución Política de Colombia, 1886)

Lo anterior en consonancia con los artículos 51 y 62 de dicha Carta en los cuales se contempló:

TITULO III De los derechos civiles y garantías sociales.

Artículo 51. Las leyes determinaran la Responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este titulo

Así mismo, el artículo constitucional 62, en su inciso 1º, defería a la ley la determinación de los casos de responsabilidad de los funcionarios públicos y el modo de hacerla efectiva, de conformidad con el siguiente texto:

Artículo 62. La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; **los** de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público... (Constitución Política de Colombia, 1886)

Lo que permite establecer que a partir de dicha época el agente estatal se consideraba responsable por el incumplimiento a las atribuciones constitucionales o legales, sin ser clara la responsabilidad que acarrearía dicho incumplimiento y dejando en manos de la ley la clasificación de las responsabilidades de los funcionarios públicos. Pues si bien el constituyente ordenó de manera expresa la consagración legal de la responsabilidad de los funcionarios públicos, la misma no fue contemplada a través de la legislación de la época, motivo por el cual fue necesario acudir al Código Civil colombiano para establecerla, el cual se encontraba vigente antes de la Constitución Política de Colombia de 1886, lo que implicó la necesidad de aplicar las normas civiles a funcionarios públicos en el ámbito de su responsabilidad. En ese orden de ideas, la responsabilidad patrimonial del servidor público fue regulada por los artículos 63, 2341 y 2356 del Código Civil, por no existir una norma expresa que permitiera la reclamación judicial por responsabilidad patrimonial de los agentes del estado en la jurisdicción administrativa, correspondiendo el juzgamiento de la Responsabilidad del Estado a la Corte Suprema de Justicia.

Dichos artículos indican:

Artículo 63. Culpa y dolo. 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 o 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.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Artículo 2341. Responsabilidad extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Artículo 2356. Responsabilidad por malicia o negligencia. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino. (Codigo Civil Colombiano, 1873)

Sobre estos aspectos la Corte Constitucional realiza un recuento de los fundamentos legales que se han esgrimido a través del tiempo para exigir la responsabilidad estatal, en la sentencia C-285 de 2002 al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 678 de 2001:

(...) En cuanto a lo primero hay que decir que, una vez superadas las épocas en las que se asumía que el Estado, en razón de su soberanía, no respondía patrimonialmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia emprendió un legítimo esfuerzo por encontrar los fundamentos legales de la responsabilidad patrimonial del Estado en los mismos fundamentos legales que para la responsabilidad civil se habían previsto en el derecho privado. De allí porque haya afirmado la responsabilidad indirecta del Estado con base en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, la responsabilidad directa con base en el artículo 2341 de ese mismo estatuto, haya admitido la concurrencia de esas dos modalidades de responsabilidad dependiendo de si en los agentes estatales concurría o no la calidad de depositarios de la voluntad estatal y haya incorporado la teoría de la culpa de la administración a la explicación de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado. Por su parte, el Consejo de Estado, en el esfuerzo por encontrar una teoría de derecho público que renunciara a los fundamentos extraídos del derecho privado, encontró que la responsabilidad patrimonial del Estado se derivaba del Código Contencioso Administrativo y de la Constitución Política de 1886, especialmente de su Título III, pues éste contenía los fundamentos del Estado de Derecho y de las autoridades como sus guardianes y ejecutores. Con esos criterios encontró que la responsabilidad extracontractual del Estado podía nacer del acto administrativo, de la falla del servicio, de la expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, de los trabajos públicos, del almacenaje, de las vías de hecho y del daño especial. (Sent. C-285, 2002)

Solo diez años después de la expedición de la Constitución Política de 1886, la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 22 de octubre, consagró la responsabilidad estatal por las actuaciones de sus funcionarios públicos en los siguientes términos:

Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes. (Corte Suprema de Justicia, 1896)

A partir de la jurisprudencia del año 1962, (Zarate, 1996), la Corte Suprema de Justicia tipificó la responsabilidad por falla del servicio en la que se estableció la responsabilidad solidaria del agente estatal causante del perjuicio:

e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella (Corte Suprema de Justicia, 1962)

En principio la Corte Suprema de Justicia encontró que la responsabilidad del Estado era indirecta, es decir, que se fundamentaba en la culpa ineligendo o invigilando por la selección de sus funcionarios, porque como persona jurídica, al igual que las civiles, no tenía capacidad para cometer culpa, ya que ésta sólo la cometían sus funcionarios. Ya en 1939 modificó esa posición y decidió que la responsabilidad de las personas jurídicas, incluido el Estado dentro de ellas, era una responsabilidad directa. Pero la responsabilidad directa de las personas jurídicas civiles se resolvía por la tesis organicista, es decir, que sólo comprometían directamente a la persona jurídica los funcionarios que tenían representación. Cuando se trataba de las entidades de derecho público ya no se mencionaba la tesis organicista sino que por el contrario se acudía a la tesis de la falla del servicio público. Es suficiente la falla funcional, la falla anónima, para responsabilizar a la administración. Esta jurisprudencia no se mantuvo permanente sino que en algunos casos regresaba a tesis anteriores y de pronto volvía a regir.

Respecto a la competencia para conocer de asuntos contencioso administrativos correspondientes a la responsabilidad estatal se encontró que inicialmente le correspondía a la jurisdicción ordinaria por mandato constitucional y posteriormente la ley le otorgo dicha facultad al Consejo de Estado, al respecto se indicó:

La competencia para conocer asuntos de Responsabilidad Estatal dejó de ser de la Corte Suprema de Justicia para pasar a ser del Consejo de Estado en virtud de la Ley 167 de 1941, sobre organización de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Según el artículo 151 de la Constitución de 1886 correspondía a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de “los negocios contenciosos en que tenga parte la nación”. De acuerdo con la Ley 167 de 1941, en su artículo 168 se fijó en el Consejo de Estado la competencia para conocer de la responsabilidad del Estado por los hechos y las operaciones administrativas. Pero dada la dificultad entre las altas cortes para fijar la competencia en relación con las actuaciones de la administración, se le dieron facultades extraordinarias al ejecutivo para que regulara dichas situaciones mediante la ley 27 de 1963, la cual permitió la expedición del Decreto 528 de 1964, en cuyos artículos 20, 28, 30 y 32 se le confirió competencia al Consejo de Estado y Tribunales Contencioso Administrativos para conocer de los procesos de Responsabilidad contra el Estado por actuaciones, omisiones, hechos, operaciones, vías de hecho, de la administración salvo cuando se ventilaran cuestiones de derecho privado. (Martínez, 1990)

Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la del Consejo de Estado empezaron a reconocer a partir de 1960 la responsabilidad del agente estatal, existiendo grandes diferencias jurídicas entre la aplicación de los principios y doctrinas del derecho administrativo y la aplicación de las normas del Código Civil, entre ellas la aplicación del artículo 2341 del Código Civil y los principios del derecho público que reconocían los actos de los funcionarios públicos como inescindibles a la entidad que pertenecían o como actos de representación de los entes estatales, lo cual permitió la aplicación de diversas tesis frente a la actuación del agente estatal como funcionario público; pero fueron ocasionales las sentencias que permitieron el cobro de perjuicios a los funcionarios públicos que causaron detrimento a los particulares, pues si bien existían serias contradicciones en la aplicación de la responsabilidad solidaria entre el agente y el Estado, fue el Consejo de Estado el que se inclinó por la responsabilidad conjunta, la cual permitía al administrado perjudicado demandar a la administración o a su agente.

Como procedía la posibilidad de demandar al agente estatal, se tramitó, en muchas ocasiones, simultáneamente la acción civil en el proceso penal, lo que permitió el cobro de los perjuicios al servidor público por parte del perjudicado, exonerando al Estado, pues no tenía que pagar los perjuicios causados al administrado a través de la acción de Reparación ya que el agente estatal los había subsanado en el proceso penal.

En ese sentido el Consejo de Estado instauró sus teorías en la prohibición del doble pago, pues si ante la justicia ordinaria se lograba la indemnización de los perjuicios al particular por parte del agente estatal, no era procedente la demanda ante el Estado a través de la justicia contencioso administrativa. Así lo dijo en providencia de la sección tercera:

5. En verdad, no debe haber doble indemnización. La coexistencia de responsabilidades entre la administración y el particular, autor de la infracción, no puede ir más allá de señalar que por el daño causado a la víctima es procedente la indemnización, en el monto o estimación del mismo. Por eso, si el lesionado persigue, por la vía ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca, necesariamente, en una situación concreta: el daño ha sido visto y definido; algo más, cuantificado, de acuerdo a los criterios y factores probatorios aportados al respectivo proceso. (Consejo de Estado exp.4323, 1984)

Es así como la responsabilidad en contra del agente estatal obedecía a la decisión del actor, pues si optaba por demandar al Agente como persona natural, excluyendo a la administración como demandada, se debía entender su renuncia por cobrar perjuicios a la administración, cuando aquellos ya han sido subsanados en un proceso ordinario, por lo cual el Estado no puede ser sometido a realizar otro pago, a pesar de existir falla en el servicio. Lo que dio lugar a una aplicación real de la legislación en torno al cobro de perjuicios, que evitaba el desgaste para la institución en las demandas de Reparación Directa y en el trámite de Acción de Repetición, que no en todos los casos procede, pues era necesaria la declaración de responsabilidad de la administración para legitimar la causa por activa a favor de la entidad estatal.

Sin embargo, la legislación colombiana omitió la posibilidad de que el agente estatal pueda repetir en contra de la entidad pública cuando paga los perjuicios en otra instancia judicial, pues si bien dentro del proceso penal podía hallarse responsable, es viable que dicha responsabilidad recaiga sobre la administración cuando se demuestra a través del proceso contencioso administrativo el daño antijurídico.

Pese a que se había consagrado la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado por los perjuicios causados a los administrados, de conformidad con los fallos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; se expidió el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil en consonancia con los artículos 51 y 62 de la constitución de 1886, que excluyó la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como precedente para exigir la responsabilidad del juez por los perjuicios que causaran a las partes dentro de un proceso, norma que terminó

desconociendo la declaratoria previa de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que sus agentes causaran en cumplimiento de sus funciones judiciales y que posibilitó la acción de responsabilidad patrimonial civil directa contra los jueces, atribuyéndoles unas causales específicas para responder por los perjuicios causados.

Así fue consagrado dicho artículo en el código de procedimiento civil:

Art. 40. Responsabilidad 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 del recurso que la parte dejó de interponer... (Código de Procedimiento Civil, 1970)

Respecto a dicho artículo la sentencia proferida por la Corte Constitucional el 30 de mayo de 1996, Indicó:

La jurisprudencia ha señalado que esa norma que regía desde el 1 de julio de 1971, fue subrogada por la ley estatutaria de administración de justicia, 270 de 1996, que reguló la materia en su integridad.

En efecto, la responsabilidad patrimonial del funcionario para con el Estado es distinta de la que regulaba el artículo 40 del C. de P. C., pues esta involucra a las partes del proceso frente al juez o magistrado, para que se les reparen los perjuicios derivados de una decisión errada; en tanto que la primera, prevista en el inciso 2, artículo 90 de la Constitución, está concebida para que se reparen los daños causados al Estado con el comportamiento doloso o gravemente culposo de su funcionario.

En el primer evento se invoca un daño por la lesión de los derechos subjetivos de que son titulares las partes en un proceso judicial; en el segundo, por la lesión al patrimonio público que se produce por el pago de una condena impuesta al Estado. En la primera hipótesis la responsabilidad del juez o magistrado se configura cuando *“proceda con dolo, fraude o abuso de autoridad; cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto; cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer”*, conforme lo normado en el precitado artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. En tanto que en la

segunda hipótesis, el daño se predica del proceder doloso o gravemente culposo del servidor público que, con sus acciones u omisiones, determina la declaratoria de responsabilidad del Estado y la indemnización de los consecuentes perjuicios. (Corte Constitucional sent.C-333, 1996)

A pesar de lo indicado por la Corte Constitucional, en ambos casos existe Responsabilidad Patrimonial del Estado, que requiere su declaratoria previa para iniciar la Acción de Repetición, situación que en el caso de los jueces quedó aislada por el artículo 40 del código de procedimiento civil, toda vez, que de acuerdo a lo expresado en la sentencia precedente se presenta una hipótesis en las que el Juez o Magistrado responde por determinadas actuaciones, que, en últimas, resultan siendo actuaciones dolosas o gravemente culposas. Lo que da a entender que la Responsabilidad patrimonial del funcionario no es distinta a la derivada de las decisiones judiciales, toda vez que en ambos casos se reparan los perjuicios por parte del Estado.

De otra parte, dentro de la evolución de la Responsabilidad del Estado y sus agentes se planteó la posibilidad de acudir a la responsabilidad conjunta, ante la cual el Consejo de Estado planteó en sus providencias (Zarate, 1996):

Responsabilidad conjunta, vale decir, responsabilidad de la administración y responsabilidad del agente de ésta. En tales circunstancias, el actor podía demandar a aquella o a su agente. Optó por demandar a la administración, la cual, se dice nuevamente, es responsable por una «falla del servicio» (Consejo de Estado, 1974), lo cual no quiere decir que ésta pueda repetir contra su agente por la cantidad a que fuere condenada pues la jurisprudencia desarrolló el concepto de repetición en contra del agente estatal, permitiendo la posibilidad de demandarlo cuando fuera él en ejercicio de sus funciones quien causará los perjuicios a los administrados.

Conforme a lo expuesto no existía normatividad o jurisprudencia que condujera a declarar la responsabilidad patrimonial del funcionario público en virtud de sus conductas dolosas o gravemente culposas, pues el mandato constitucional exigía la responsabilidad por infracción de la Constitución o de las leyes y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas, pero sin existir un procedimiento legal que permitiera el cobro de los perjuicios causados por los agentes estatales, configurándose por tanto un vacío jurídico que permitió la aplicación confusa de la responsabilidad solidaria y la responsabilidad conjunta vía jurisprudencial.

Como consecuencia, estaba descartado el procedimiento administrativo para cobrar a los agentes del Estado su responsabilidad patrimonial, de acuerdo a las normas de derecho público, lo que dio lugar a la necesidad de avanzar jurisprudencialmente por parte del Consejo de Estado en la aplicación de los principios del derecho público y en trascender las sentencias que habían sido proferidas hasta 1964 por la Corte Suprema de Justicia que mantuvo durante muchos años la posición iusprivativa para decidir estos asuntos. En este sentido, existía la necesidad de crear en el ordenamiento jurídico, una norma que permitiera configurar la responsabilidad del funcionario público, la cual fue plasmada en el Decreto 150 de 1976, en el cual se indicaba que el Estado y el contratista respondían solidariamente frente al tercero lesionado por la ejecución del contrato o por la celebración e inejecución del mismo, incluyendo la facultad del ministerio público o del juez para que de oficio ordenará la comparecencia de un funcionario o ex funcionarios que tuviesen comprometida su responsabilidad en el acto administrativo contractual (León, 2003)

Dicho Decreto contempló la Responsabilidad Patrimonial de los Servidores públicos en la actividad contractual de la administración pública, en el título XII como “Responsabilidad Civil”, artículo 194, reproducido por el artículo 290 del Decreto 222 de 1983:

Artículo 290: De la norma general sobre responsabilidad. Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, los empleados públicos y trabajadores oficiales responderán civilmente por los perjuicios que causen a las entidades a que se refiere este Decreto, a los contratistas o a terceros, cuando celebren contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades consignados en el presente estatuto.

Esta responsabilidad cobija también a las personas que hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos, siempre que ella se deduzca por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos. (Decreto 222,1983)

Fue así como desde el primer momento la responsabilidad por acción u omisión a título de culpa grave o dolo se configuró en el artículo 201 ibídem:

Artículo 201. De las faltas que dan lugar a la Responsabilidad. La responsabilidad a que se refieren los artículos anteriores, se deducirá exclusivamente en los casos de culpa grave o dolo. (Decreto 222, 1983)

El magistrado del Consejo de Estado Ricardo Hoyos Duque (2002) indicó respecto al Decreto ley 150 de 1976 lo siguiente:

Allí se definía esa responsabilidad como solidaria, lo cual significaba que el contratista o el tercero lesionado por la celebración, ejecución o inejecución de un contrato podían

demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o ex funcionario responsable, o a ambos. Esa responsabilidad personal del agente se comprometía en forma exclusiva en los casos de culpa grave o dolo, y cuando sólo se hubiera demandado a la entidad contratante y apareciera clara la responsabilidad de un funcionario o ex funcionario el juez, de oficio o a solicitud del ministerio público, podía ordenar su comparecencia. (Hoyos, 2002)

La figura de responsabilidad del agente estatal sólo se configuró en las mencionadas normas por la actividad contractual del Estado, excluyendo la responsabilidad patrimonial del funcionario público cuando se encontraba en ejercicio de otras funciones administrativas.

Posteriormente, el Consejo de Estado separó la Responsabilidad civil de los agentes del Estado de las normas civiles que se venían aplicando y señaló su fundamento en normas constitucionales y administrativas, ya no señaló la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la Responsabilidad administrativa por la “Falta o falla en el servicio”, la cual que excluyó la culpa de del funcionario, para garantizar el pago de perjuicios a los administrados sin necesidad de demostrar el dolo o la culpa grave del funcionario público, más aún cuando la Responsabilidad Patrimonial del Estado no proviene necesariamente de ese tipo de actuaciones por parte de los agentes estatales.

En ese sentido el Consejo de Estado en expediente 16411 de 2008 dijo respecto a la Responsabilidad Patrimonial del Servidor Público que:

(...) antes de la consagración a nivel constitucional de esta institución, el ordenamiento jurídico en el nivel legal había regulado la responsabilidad patrimonial del servidor público en relación con los perjudicados y las entidades por los daños causados a éstas. En efecto, el Decreto – ley 150 de 1976, da cuenta de la acción de responsabilidad patrimonial contra los agentes públicos, bajo el título de “responsabilidad civil”, en los artículos 194 y ss., pero circunscrita únicamente al desarrollo de la actividad contractual de la administración, esto es, por los perjuicios que se causaran a los contratistas o terceros por acciones u omisiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales a título de culpa grave o dolo a propósito de la celebración, ejecución o inejecución indebidas de los contratos. En ese entonces, el artículo 197 ibídem facultó al contratista o al tercero lesionado, para demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o al ex funcionario responsable o a los dos en forma solidaria, en cuyo caso la sentencia determinaría de manera precisa la responsabilidad de cada uno de los demandados.

Cuando el perjuicio se causaba a la entidad contratante se contaba con igual acción, que podía ser ejercida por su representante legal o el Ministerio Público (artículo 196 *ibidem*). Posteriormente, se expidió el Decreto – ley 222 de 1983, estatuto de contratación de la administración, en cuyos artículos 290 y ss., subrogó la anterior normativa, aunque reguló esta acción de responsabilidad patrimonial con similares alcances y también sólo en materia de actividad contractual del Estado.” (Consejo de Estado exp. 16411, 2008)

En ese sentido el Código Contencioso Administrativo de la Nación (1984) contempló el régimen general de responsabilidad de los servidores públicos, el cual no se limitó solamente al ámbito contractual, sino que dispuso en los artículos 77 y 78 la posibilidad de que una entidad pública acudiera a la vía judicial, cuando resultará condenada en proceso de Responsabilidad contractual o extracontractual, con el fin de cobrar al funcionario que por su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere causado el daño, generando la ruptura de la Responsabilidad solidaria que disponían las normas anteriores, pues la responsabilidad por el daño antijurídico es del Estado y no propiamente de sus agentes; lo que sucede es que la conducta de éste tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado. En dichos artículos se dispuso:

Artículo 77. Responsabilidad de los funcionarios. De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 78. Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere. (Código Contencioso Administrativo, 1984)

Al explicar los alcances del C.C.A., contenido en el Decreto-Ley 01 de 1984, el entonces Ministro de Justicia, doctor Rodrigo Lara Bonilla, refiriéndose a dichos artículos, señaló:

(...) tomando una idea, si no estoy mal, planteada durante las deliberaciones de la Comisión Redactora por el doctor Humberto Mora Osejo, Presidente actual del Consejo de Estado, establecieron las normas de los artículos 77 y 78, la responsabilidad de los funcionarios públicos de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus

funciones. Esa vieja práctica tan común en ciertos administradores de la cosa pública de manifestar 'a mí no me importa que esto viole la Constitución o la ley: que demanden', a sabiendas de que es con el erario común, con los bienes del común como tienen que resarcir después al ciudadano, cuyos derechos han sido desconocidos o violados. Yo creo que va a tener remedio con estas dos normas, los artículos 77 y 78, porque la entidad pública que sea obligada a indemnizar al ciudadano por los daños que le haya causado esa actitud irresponsable, ese acto o ese hecho, de ese funcionario público tendrá que repetir contra éste cuando el perjuicio se haya causado con dolo o culpa grave.”

En efecto, en el proyecto relativo a la responsabilidad personal de los empleados públicos, elaborado por el doctor Mora Osejo y enviado a la Comisión Asesora el 5 de diciembre de 1983, se incorporaron normas del siguiente tenor, que posteriormente, habrían de convertirse en los artículos 77 y 78 del C.C.A.

Artículo 1º. Los empleados públicos y los trabajadores oficiales son personalmente responsables de los perjuicios que causen por hechos u omisiones producidos por culpa grave o dolo.

Artículo 3º. Los interesados también pueden demandar, ante los órganos competentes de esta jurisdicción, según las reglas generales, a la persona de derecho público y al empleado o empleados oficiales que consideren causantes de los perjuicios. En este caso, si prospera la demanda y se considera que el empleado o empleados oficiales deben responder, en todo o en parte del valor de los perjuicios, la sentencia dispondrá que los satisfaga la persona de derecho público, con derecho a repetir contra cada empleado oficial por lo que le correspondiere.

Artículo 10. Las personas de derecho público pueden demandar a los empleados oficiales para que les indemnicen los perjuicios que les causen, en los casos a que se refieren los artículos anteriores, por culpa grave o dolo. (Lara, 1985)

Respecto a la responsabilidad contemplada en dicha normatividad: La responsabilidad ya no era solidaria, pues la víctima podía demandar a la Entidad, al funcionario o a ambos; en el evento en que el Estado tuviera que responder patrimonialmente, la sentencia así lo diría, sin perjuicio de su derecho a obtener el reintegro de lo que le correspondía proporcionalmente (Benavides, 2003).

Al respecto el Consejo de Estado indicó acerca de la solidaridad en la Responsabilidad del Estado y sus agentes, refiriéndose al artículo 78 del C.C.A que:

(...) no puede hablarse de solidaridad entre la persona pública y su servidor, porque, en el fondo, este último es la administración misma; en otros términos, porque la persona pública

y su funcionario son una sola persona, ya que aquélla actúa a través de éste y para que exista la solidaridad debe darse, por activa, o por pasiva la pluralidad de sujetos.

No obstante lo dicho la ante citada norma permite demandar al funcionario cuando éste con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones, cause perjuicios que deban resarcirse.

Es esa la razón que les permite a los perjudicados demandar, ante esta jurisdicción, a la entidad pública, al funcionario o ambos como pasa a explicarse:

“a) Si se demanda sólo a la entidad y no se hace llamamiento en garantía, la condena será contra ésta. Si dentro del proceso se infiere que la responsabilidad del ente se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, podrá la administración demandar en Acción de Repetición a dicho funcionario.

“b) Si se demanda sólo a la entidad, esta podrá llamar en garantía al funcionario que la comprometió con su conducta dolosa o gravemente culposa. Aquí la condena, frente al demandante se entiende, será sólo contra la entidad. Pero, si además se comprobó dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario, la sentencia deberá disponer que la entidad repita contra dicho funcionario por lo que le corresponde.

“c) Si se demanda a la entidad y al funcionario y se considera que éste debe responder, en todo o en parte, se impondrá la condena contra aquélla, debiendo ésta repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera, una vez efectuado el pago.

“Lo precedente permite afirmar que en tales eventos por voluntad de la ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, en donde de manera expresa la ley (art. 293 del Decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario.

“Se insiste que en los eventos de responsabilidad extracontractual o de Reparación Directa, la posibilidad de demandar al funcionario se da cuando a éste pueda imputársele dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (art. 77 del c.c.a.).

“Hechas las precisiones precedentes, se anota:

“Los artículos 77 y 78 del C.C.A., aunque anteriores al art. 90 de la nueva carta, continúan vigentes porque no solo no colinden con éste, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la Acción de Repetición, en defensa del patrimonio estatal, como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicios.

“Se estima, entonces, 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.

“Lo precedente tiene su apoyo, como se dijo, en el artículo 78 del C.C.A., armonizado con el 77 del mismo estatuto”. (Consejo de Estado exp.7818, 1993)

De acuerdo con lo referenciado, el Consejo de Estado Colombiano desarrolló su jurisprudencia en torno a la jurisprudencia francesa, la cual se enfocó en la protección a la víctima en los casos en que el agente estatal no se hiciera responsable de la indemnización de perjuicios, lo que permitió durante varios años la irresponsabilidad del agente estatal y por lo tanto, la necesidad de modificar la jurisprudencia, exigiendo la responsabilidad personal de los agentes del Estado, sin privar a las víctimas del resarcimiento de perjuicios.

Dicha situación obedecía a que la falta personal de los agentes públicos comprometía la responsabilidad del Estado, cuando se trataba de actos en ejecución de la prestación del servicio público, por lo cual se evidenció la coexistencia de una culpa personal y de una falta del servicio, lo que permitió la posibilidad de demandar a la entidad pública, al funcionario o a ambos en virtud del artículo 78 del Código Contencioso Administrativo.

Se evidencia, entonces, la configuración legislativa de la responsabilidad del agente estatal en la legislación colombiana a partir de las tesis del Consejo de Estado Francés, toda vez que el régimen de responsabilidad del Estado tiene como punto de partida el famoso Fallo Blanco (Rodríguez, 2011) y desde 1951 con los fallos Laruelle, Delville se estableció la posibilidad de que el perjudicado pudiera demandar a la entidad pública, al funcionario o a ambos, lo cual quedó también plasmado en nuestro Código Contencioso Administrativo a partir de 1984 en el artículo 78, con la salvedad de que dicha demanda, en el caso colombiano, se presenta ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues era la jurisdicción ordinaria la que decidía sobre la responsabilidad civil del funcionario público antes de consolidarse la legislación mencionada.

Debe mencionarse que la legislación colombiana dejó sin sustento jurídico, la posibilidad de que el agente estatal repita contra la administración cuando ha indemnizado a la víctima y la responsabilidad recae contra la entidad estatal en todo o parte de los perjuicios causados, situación que si fue contemplada por la jurisprudencia francesa. Así lo explicó en 1984 el Consejo de Estado Colombiano en expediente 2586, con ponencia del magistrado Roncón Rincón:

El fallo Delville confirma la protección dada a la víctima por la jurisprudencia anterior y dice: 'en el caso de que un perjuicio haya sido causado a un tercero por los efectos conjugados de la falta de un servicio público y de la falta personal de un agente de este servicio, la víctima, puede demandar la indemnización de la totalidad del perjuicio sea a la administración, ante las jurisdicciones administrativas, o al agente responsable, delante de los tribunales ordinarios'. Se agrega que "la cuota parte final de la administración y del agente, debe ser reglada por el juez administrativo teniendo en cuenta la existencia y la gravedad de las faltas respectivas constatadas en cada especie".

"Según el fallo Delville, el agente que ha indemnizado a la víctima de la totalidad del perjuicio, puede volverse contra la administración delante de los tribunales administrativos para recuperar todo o parte de la administración, pero de la misma manera la administración que ha indemnizado a la víctima de la totalidad del perjuicio debe poder volverse contra su agente. Para hacer posible esta acción era necesario un cambio total de la jurisprudencia, la cual se produjo en el segundo fallo del 28 de julio del 51, el fallo Laruelle:

Este fallo decidió que "si los funcionarios y agentes de las colectividades públicas no son pecuniariamente responsables frente a las mencionadas colectividades de las consecuencias perjudiciales de su falta de servicio, no será así cuando el perjuicio que han causado a ellas es imputable a faltas personales desvinculadas del ejercicio de sus funciones".

El fallo no tiene por efecto hacer general y automática el sistema de la subrogación, puesto que el Estado no actúa contra el Agente en lugar de la víctima: él no le pide al Agente la indemnización que éste debería haberle pagado, si la víctima lo hubiera perseguido por su falta personal, sino que pide la reparación del perjuicio que ha sufrido directamente del hecho de haber tenido que indemnizar a la víctima. Se trata entonces, según el Consejo de Estado, de un derecho de acción directa independiente de toda subrogación, pero pudiendo por otra parte coincidir con esta.

El estado actual de la jurisprudencia por regla general, en caso de acumulación de responsabilidades, (diferente de la acumulación de faltas en que demanda a la Administración o el agente, la repartición definitiva de las cuotas será hecha por el juez administrativo) ha establecido que el Agente debe soportar la carga total de la indemnización debida a la víctima. La falta del servicio puede ser invocada por la víctima con el fin de obtener reparación del Estado, pero no puede ser invocada por el Agente mismo ni cuando es el Estado que ejerce contra él una Acción de Repetición, ni cuando es él, quien persigue al Estado. ". (Consejo de Estado exp.2586, 1984)

En conclusión y para hacer un recuento general de los Antecedentes normativos de la legislación concerniente a la Acción de Repetición, se transcribe lo citado por parte del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que se realizó en esta parte del trabajo un análisis de la legislación vigente durante la Constitución Colombiana de 1886:

(...)Sin embargo, fue en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto - ley 01 de 1984) en los que se consagró como vía judicial la posibilidad de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena y además se dispuso que en el evento de la declaratoria de responsabilidad, la sentencia siempre dispondría que los perjuicios sean pagados por la entidad, rompiendo con el concepto de la responsabilidad solidaria de la normativa anterior. Persiguiendo los mismos fines de la norma constitucional (artículo 90), la jurisprudencia de Sala, con fundamento en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo y en desarrollo del principio de economía procesal, permitió que dentro del proceso de responsabilidad contra el Estado pudiera vincularse mediante la figura del llamamiento en garantía al funcionario que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, había comprometido la responsabilidad de la entidad pública. La Ley 80 de 1993, se ocupó igualmente en el artículo 54 de esta figura al facultar a la entidad, al Ministerio Público, a cualquier persona, o al juez en forma oficiosa, para que iniciaran la Acción de Repetición en contra del servidor público que hubiera dado lugar a una condena a cargo de una entidad pública por hechos u omisiones de aquél, imputables a título de dolo o culpa grave, siempre y cuando no hubiera sido llamado en garantía de conformidad con las normas procesales respectivas. (Consejo de Estado exp 16411, 2008)

B. Responsabilidad patrimonial del servidor público con posterioridad a la Constitución Política de 1991. Trascendencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

Los fundamentos constitucionales a partir de la expedición de la Carta de 1991 para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran esencialmente en los siguientes artículos de la Constitución Política y de manera fundamental en el artículo 90, inciso 2º, que constituye el pilar fundamental de la Acción de Repetición:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 20. Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.

Artículo 51. Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este Título.

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. (Constitución Política de Colombia, 1991)

A pesar de que la Acción de Repetición había sido consagrada a través de la legislación durante la vigencia de la Constitución Colombiana de 1886, no había sido implementada constitucionalmente como lo hizo expresamente el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el cual en el inciso segundo, señaló la Responsabilidad Patrimonial de los agentes del Estado cuando el daño provenga de su actuar doloso o gravemente culposo, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Igualmente confirmó la obligación de las Entidades públicas para que realicen las acciones tendientes a recuperar el patrimonio público.

El Constituyente de 1991, según Celemín y Roa (2004), inició el estudio del artículo 90 de la Carta, dando prioridad a la víctima, quedando de lado el autor de la conducta, es decir, tiene mayor relevancia la reparación del daño que el castigo al causante del mismo. La víctima no está obligada a soportar el daño, pues, se tiene en cuenta que, la responsabilidad administrativa no solo se manifiesta cuando hay presencia de conducta dolosa o culposa que debe ser sancionada, sino que se da también cuando, hay un quebranto patrimonial que hay que reparar. El fin que se busca es que la Administración repare con su patrimonio el daño sufrido por el particular. En ese sentido los citados autores indican que *Fue el proyecto presentado por Juan Carlos Esquerra Portocarrero el que tuvo mayor relevancia por ser el que identificaba el fundamento del deber reparatorio del Estado.* (Celemín & Roa, 2004)

La Asamblea Constituyente indicó frente a los dos tipos de Responsabilidades consagradas en el Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y en específico frente a la Acción de Repetición que consagra la responsabilidad patrimonial del servidor o ex servidor público cuando incurre en grave negligencia o imprudencia en la acción u omisión de las funciones públicas, lo siguiente:

Así el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece que la *responsabilidad de la administración no deviene de la culpa personal del agente que produce el daño, sino de la antijuridicidad del perjuicio sufrido, esto es, del “detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”*. Lo que significa que al juez administrativo le interesa precisar si hubo o no un daño antijurídico, con prescindencia de la conducta personal del agente, la cual sin duda con fundamento en el inciso 2º del artículo 90 de la Carta tiene relevancia jurídica al momento de definir la responsabilidad de éste. Antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

En relación con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el Consejo de Estado, a través de la consejera ponente Correa (2006), ilustró sobre la Acción de Repetición contemplada en el inciso segundo del mismo, clasificándolo en dos eventos, como se transcribe a continuación:

En el primer evento, la responsabilidad se edifica en la antijuridicidad del daño que le es imputable al Estado, y que deriva en una relación obligacional entre la víctima (acreedor) y el Estado (deudor), y en el segundo, la responsabilidad se estructura en la acción u omisión a título de dolo o culpa grave que le es imputable al agente público en nexos con el servicio, o sea en ejercicio o con ocasión de sus funciones, y de la cual se desprende una relación obligacional entre el Estado (acreedor) y su agente (deudor). En resumen, el primer inciso

de la norma constitucional (artículo 90), regula la responsabilidad patrimonial e institucional del Estado frente a la víctima; y en el inciso segundo, la responsabilidad patrimonial y personal del agente público frente al Estado. La Acción de Repetición, indiscutiblemente animada en el interés público, en el ámbito administrativo tiene una doble finalidad, de una parte, por su carácter resarcitorio o retributivo, busca la recuperación de los dineros pagados por el Estado a la víctima de un daño antijurídico ocasionado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente público, con lo cual se protege el patrimonio público, porque ese reconocimiento indemnizatorio constituye un menoscabo o detrimento económico que en los precisos términos de la Constitución Política está en el deber de reparar dicho agente a la entidad pública que canceló la condena. De otra parte, persigue prevenir conductas constitutivas de daño antijurídico, por las que a la postre deba responder el Estado, con lo cual se erige como una herramienta para conseguir la moralidad y la eficiencia de la función pública, como garantía de los asociados ante el eventual ejercicio desviado y abusivo de las personas que investidas de autoridad o función pública, utilicen indebidamente el poder en nombre de aquél.

(...)De acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan, para que una entidad pública pueda ejercer la Acción de Repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación; y c) Que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas. Los dos primeros corresponden a los elementos objetivos para impetrar la acción y el último al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente.

(...) Y en el inciso segundo del canon constitucional, se reguló la responsabilidad de los agentes del Estado que con su comportamiento doloso o con culpa grave ocasionen el daño por el cual aquél está en el deber de reparar, pero a la vez, en los términos de la disposición en cita, la obligación de repetir por las referidas circunstancias frente a éste. Es decir, el hecho de que el daño haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, compromete su responsabilidad patrimonial, la cual

se determina mediante la Acción de Repetición que la entidad debe instaurar en su contra en los términos del artículo 90 de la Constitución Política o a través del llamamiento en garantía formulado en su contra dentro del juicio que busca la responsabilidad del Estado. En otros términos, la Acción de Repetición, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, en la medida en que se constituye en un instrumento jurídico con que cuenta el Estado para disuadir e intimidar a los servidores públicos y demás agentes suyos, con el objetivo de que no obren de manera ostensiblemente negligente (culpa grave) o dolosamente y, por ende, no infieran daños a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos, en absoluto desconocimiento de la misión y funciones que les asignan la Constitución Política y la ley. (Consejo de Estado exp.18621, 2006)

De otro lado, posterior a la vigencia del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, la ley 446 de 1998 modificó el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que la acción para promover la Repetición es la Acción de Reparación Directa y de acuerdo con la sentencia C-832 de 2001 la forma de vinculación del servidor público, puede ser de manera directa, es decir, que el agente estatal puede ser demandado por la víctima a través de la Acción de Reparación, a pesar de que el constituyente ya había concretado que el agente estatal no debía participar en el mismo proceso judicial con la víctima, con el fin de garantizar la independencia e imparcialidad de sus actos y garantizar al perjudicado la reparación por parte del Estado. Se transcribe un aparte de la sentencia mencionada en el que se indicó la forma de vinculación del agente estatal a los procesos judiciales para establecer su responsabilidad:

(...)El servidor o ex servidor público puede ser vinculado a la acción de Reparación Directa (i) mediante la facultad que el particular afectado tiene para demandar a la entidad, al funcionario o a ambas partes, (ii) mediante el llamamiento en garantía al funcionario y (iii) mediante la Acción de Repetición ejercida por la entidad pública de manera independiente.

(...) El particular está legitimado para accionar frente al Estado con el ánimo de ser indemnizado por los daños antijurídicos que no está en obligación de soportar, la entidades de derecho público se legitiman frente al servidor, ex servidor o particular para iniciar la Acción de Repetición con ánimo de obtener el resarcimiento de lo pagado por los actos imputables a los agentes estatales que con su conductas gravemente culposas o dolosas, han causado y las cuales han sido asumidas bajo el principio de la responsabilidad por el Estado como una forma de garantizar los principios constitucionales que consagran los

derechos de los particulares frente a la actividad estatal. (Corte Constitucional sent. C-832, 2001)

De acuerdo a lo anterior y como respaldo a la posibilidad de que la víctima quede facultada a exigir la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, cuando actúan con dolo o culpa grave Cuestas y Ronderos (2003), citaron al tratadista Gustavo Penagos quien en su obra “El daño antijurídico” realiza el siguiente planteamiento:

Para Hauriou ‘No hay apenas materias de derecho público más importantes que estas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios’ (Cuestas & Ronderos, 2003)

Lo mencionado tanto por la Corte Constitucional como por los tratadistas citados, respecto a la vinculación del agente estatal en las acciones judiciales, genera controversia, toda vez que el Constituyente de 1991, aprobó en el texto del artículo 90, referente a la Acción de Repetición, que la Entidad Estatal es la facultada para interponerla y que el particular perjudicado debe interponer directamente la demanda contra el Estado y no contra el agente Estatal. En ese sentido, hay una interpretación distinta respecto al artículo 90, toda vez que indica que solo en el evento de que el estado sea condenado a la responsabilidad patrimonial del daño antijurídico puede repetir contra el servidor público, lo que se discute respecto al artículo 78 del C.C.A pues la demanda se puede promover contra la entidad y el funcionario, momento en el cual no existe condena contra el Estado, pero la Corte Constitucional interpretó tal evento en el sentido de que se atiende al principio de economía procesal en el entendido de que solo después de la condena contra el estado puede iniciarse la Acción de Repetición.

Al respecto los tratadistas Esteban Mora Caicedo y Alfonso Rivera Martínez (2008) han indicado sobre la inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 78 del Código Contencioso Administrativo lo siguiente:

Según el inciso segundo del art. 90 de la Constitución, sólo en el evento de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial del daño antijurídico, que haya sido determinado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, puede aquél repetir lo pagado contra éste. Ello significa, en consecuencia, que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño. Con ello se garantiza, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurada con el respaldo patrimonial del Estado, y, de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la Acción de Repetición.

Ahora, cabría preguntarse, si por el hecho de que el art. 78 autorice que la demanda pueda promoverse contra la entidad comprometida en el daño, o contra ésta y el funcionario, se desbordan los límites de la regulación constitucional?.

Desde luego que no, porque la referida 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. De manera que con la demanda simultánea de la entidad y del agente no se vulnera la mencionada norma constitucional, sino que se atiende a la economía procesal, porque en un mismo proceso se deduce la responsabilidad que a cada uno de ellos corresponde. (Mora & Rivera, 2008)

Igualmente se ha pronunciado el Consejo de Estado contravirtiendo la posibilidad de que la víctima demande directamente al agente estatal, ya que la Responsabilidad del Estado es anónima, institucional y directa, así lo indicó expresamente el Consejero Saavedra (2007):

La postura tradicional de la doctrina y la jurisprudencia nacional ha sido la de considerar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la actual Constitución Política, la responsabilidad del Estado es anónima, institucional y directa frente a los sujetos administrados, de manera tal que no se concibe procedente adelantar una acción de Reparación Directa contra el agente estatal o contra este y el Estado. Se ha considerado además que la responsabilidad personal del agente lo es para con el Estado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución de 1991, siempre que se demuestre que su conducta dolosa o gravemente culposa determinó la responsabilidad del Estado frente al particular.

Con fundamento en estas consideraciones se llegó a plantear la inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 78 del C.C.A., según el cual "*Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos.*" Sin embargo, la Corte Constitucional lo declaró

exequible en sentencia C-430 del 12 de abril de 2000, de cuyo texto se destaca lo siguiente:

“3.5. Según el inciso segundo del art. 90 de la Constitución, sólo en el evento de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial del daño antijurídico, que haya sido determinado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, puede aquél repetir lo pagado contra éste. Ello significa, en consecuencia, que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño. Con ello se garantiza, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurada con el respaldo patrimonial del Estado, y, de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la Acción de Repetición. (Subrayas no son del texto)

En aplicación de lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala Plena de esta Corporación, mediante providencia del 30 de marzo de 2004, explicó que *“el artículo 90 de la Constitución no solamente no derogó el principio de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, ni el derecho de las víctimas a demandarlos individualmente, según el artículo 78 del CCA, ni el derecho del Estado a repetir contra los funcionarios incurso en culpa grave o dolo, sino que extendió éste último a todos sus ‘agentes’, es decir, a quienquiera que actúe por cuenta suya y haya causado el daño con su culpa grave o dolo.”* (...)La Sala al respecto precisa, que los referidos artículos 77 y 78 del C.C.A. deben interpretarse con sometimiento a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, en consideración a que desarrollan el principio de economía procesal, porque consagran la posibilidad de demandar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a un particular y la de obtener, en el mismo proceso, un juicio sobre la responsabilidad personal del agente para con el Estado, en el evento de que éste último sea condenado.

Para que proceda la primera declaración, deben probarse los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado de que trata el artículo 90 de la Constitución y para que proceda la segunda, debe probarse que el daño que el Estado causó al particular fue determinado por la conducta gravemente culposa o dolosa de su agente.

Es esta la consideración que se desprende de la interpretación del citado artículo 78 del C.C.A., en el entendido de que la Constitución le impone al Estado la obligación de responder frente al demandante, sin perjuicio de que pueda repetir contra su agente: *“...Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.”*

Es de anotar, por otra parte, que en el examen de constitucionalidad del artículo 78 del C.C.A. que la Corte Constitucional realizó, se analizaron únicamente las hipótesis en que se demanda exclusivamente al Estado, o conjuntamente a éste y al funcionario, pero no el evento que surge cuando se demanda solamente al funcionario, supuesto que fue simplemente ignorado por la Corte, por lo que su exequibilidad se mantuvo sin estudio alguno. (Consejo de Estado exp.15128, 2007)

Retomando la trascendencia del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia es importante señalar lo que la jurisprudencia y los doctrinantes han señalado; en ese sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-285 de 2002, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, explicó la importancia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el cual, de acuerdo con ese Alto Tribunal, le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado:

(...) De allí que el constituyente, ateniéndose a la especificidad de la responsabilidad patrimonial del Estado y a las decantadas elaboraciones emprendidas de tiempo atrás por la jurisprudencia, le haya dado un nuevo fundamento a esa responsabilidad para apoyarla ahora en el daño antijurídico y no en la falla del servicio, produciendo el efecto de que tal responsabilidad se genere aún en aquellas hipótesis en que sin concurrir una falla en el servicio, se presente un daño antijurídico que el ciudadano no se encuentra en la obligación de soportar.

(...) 3. Pero el constituyente no solo consagró en el artículo 90 de la Carta el daño antijurídico imputable al Estado como el fundamento de su responsabilidad patrimonial, sino que además determinó el fundamento de la responsabilidad personal de sus agentes al ordenarle que repita contra éstos cuando su condena a la reparación patrimonial sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de tales agentes. (Corte Constitucional sent. C-285, 2002)

En dicho sentido la Responsabilidad de los funcionarios públicos es indiferente para definir la Responsabilidad Patrimonial del Estado, ya que la misma es directa, es decir, se le imputa al Estado no por el hecho de otro (culpa in eligiendo e in vigilando), sino por el hecho propio, en razón a que las acciones u omisiones de los agentes del Estado se consideran inescindiblemente vinculadas a la función pública que ellos desempeñan. De ahí, que los elementos constitutivos o axiológicos -para utilizar la expresión eufemística del Consejo de Estado- de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son el daño antijurídico -elemento técnico central-, la actuación imputable a los entes públicos y la relación de causalidad.

Por lo anterior, puede señalarse que al momento de expedirse la Constitución de 1991, nuestro derecho se encontraba a tono con las legislaciones más progresistas en el marco del derecho comparado, en lo atinente a la responsabilidad patrimonial del Estado. (Mora & Rivera, 2008)

Respecto a la Acción de Repetición consagrada Constitucionalmente partir de 1991, los doctrinantes Cuestas y Ronderos han interpretado dicha figura jurídica en los siguientes términos:

Es con fundamento en la redacción del artículo 90 de la Carta Política, que debe concluirse que el derecho a ser indemnizado surge para poner límite al ejercicio del poder por parte de las autoridades (inciso primero); y, de la misma manera, que si las personas tienen derecho a exigir responsabilidad de las entidades públicas para obtener la consecuente indemnización de sus daños, también al Estado asiste el derecho-deber de repetir contra aquellas personas que, en su calidad de servidores o agentes del mismo, dan origen al detrimento patrimonial, bajo el entendido que se pueda establecer que para la producción del daño medió el actuar doloso o gravemente culposo imputable al servidor público (inciso segundo).

En ese sentido, la materialización del principio constitucional de la responsabilidad, no sólo se traduce en un freno a la arbitrariedad del Estado sino que, además, se erige en exigencia para que los servidores públicos actúen en el cumplimiento sus deberes constitucionales y legales con la rectitud y transparencia que demanda la función pública.

Tal como se halla redactado el inciso segundo del artículo 90 superior, debe interpretarse que, en último término, lo que persiguió el Constituyente con su incorporación fue dotar al Estado de un instrumento jurídico eficaz para que, a través del ejercicio del derecho de acción en cabeza de sus entidades, tenga la posibilidad de recuperar los dineros pagados como producto de las sentencias dictadas en los procesos de Reparación Directa, nulidad y restablecimiento del derecho, en los derivados de las acciones contractuales y, aun de lo que acepta pagar en las conciliaciones y demás formas alternativas de solución de los conflictos, siempre y cuando que de los hechos constitutivos, el supuesto fáctico de la acción o conciliación, se deduzca que la responsabilidad del Estado que lo conminó a indemnizar tiene origen en la conducta desplegada por un agente suyo que actuó de manera dolosa o gravemente culposa. (Cuestas & Ronderos, 2003)

Teniendo en cuenta la inescindibilidad de los conceptos de Responsabilidad del Estado y responsabilidad del agente estatal cuando las conductas en ejercicio de sus funciones son dolosas y gravemente culposas, el tratadista Arévalo Reyes (1999) indicó:

En estas condiciones, es claro que hay lugar a responsabilidad patrimonial del Estado cuando ha producido un daño antijurídico que le resulta imputable pero también lo es que los agentes estatales están llamados a indemnizar al Estado cuando la condena a la reparación dispuesta por la justicia contencioso administrativa ha tenido origen en una conducta en la que concurre la especial calificación prevista por el constituyente: Dolosa o gravemente culposa. Ello evidencia 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.

A partir del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia el Estado asumió la responsabilidad por los daños antijurídicos, la cual corresponde al daño que nadie está obligado a soportar, desplazando la antijuricidad de la conducta del agente estatal al funcionamiento irregular del servicio público en consonancia con la antijuricidad del daño.

En ese sentido la responsabilidad institucional corresponde a los daños causados por cualquier agente estatal, en virtud de un daño antijurídico producido por la falla en el servicio imputable por acción u omisión de un agente estatal o la responsabilidad objetiva como el daño especial, el riesgo excepcional, la ocupación de inmuebles en caso de guerra o por trabajos públicos, responsabilidad que se da cuando la persona afectada, que sufre el perjuicio, queda con respecto a los demás miembros en inferioridad de condiciones. Hoy basta con que se produzca un daño antijurídico para que se indemnice. Antes de 1991, se preguntaba qué conducta ocasionó el daño. (Arevalo H. , 1999)

De igual manera al consultar algunas sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, en el año 1991, se encontraron proyectos relacionados con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, sobre la responsabilidad de los agentes estatales cuando los daños indemnizados por el Estado, provienen de las acciones u omisiones de estos. Consagrando la Acción de Repetición como una fórmula para exigir a los funcionarios públicos el pago al detrimento patrimonial causado por sus conductas dolosas o culposas, pues si bien no es importante el concepto de culpa del agente estatal para determinar el daño causado a los administrados, si lo es para lograr la repetición del pago de los perjuicios asumidos por el Estado.

Uno de los proyectos del artículo 90 discutido por la Asamblea Constituyente contemplaba la posibilidad de que la Acción de Repetición fuera instaurada por cualquier ciudadano, quien también podía solicitar la aplicación de las sanciones penales y disciplinarias a la autoridad competente, situación esta última que si bien no quedó consagrada expresamente en la norma

constitucional, sigue siendo viable, toda vez que cualquier ciudadano puede instaurar acción penal o disciplinaria. En ese sentido se transcribe la propuesta inicial del artículo 90 de la Constitución Política :

El proyecto presentado por el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero ante la Comisión Primera, y que corresponde al artículo 7°, en la ponencia expresaba textualmente:

‘La responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado. Las autoridades públicas serán responsables por la infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones.

Cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.’ (Gaceta Constitucional, 1991)

La Dra. Helena Herrán de Montoya presentó igualmente una propuesta (proyecto No. 111) del siguiente tenor:

El Estado es responsable de los daños causados en la ejecución de los servicios y las funciones a su cargo, y repetirá contra los funcionarios en la medida en que a estos sean imputables los daños. (1991, 26 de marzo)

Los Constituyentes Antonio Galán Sarmiento y Ernesto Rojas Morales, pusieron a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente el proyecto número 126A con el siguiente contenido:

Los daños causados por error, deficiencia u omisión de la administración, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado. La ley determinará la forma de repetir contra los funcionarios responsables. (1991, 5 de abril)

Los representantes del Ejército Popular de Liberación Jaime Álvaro Fajardo Landaeta y Darío Antonio Mejía Agudelo, aportaron con el proyecto No. 114, en específico respecto a la responsabilidad por la actividad judicial en los siguientes términos:

El Estado es responsable por el error judicial o por el anormal funcionamiento de la administración Judicial. (1991)

La Comisión Cuarta de la Asamblea Nacional Constituyente constituida por Jaime Álvaro Fajardo Landaeta y Álvaro Gómez Hurtado presentó un Informe-Ponencia (Arévalo, 1999) con el siguiente texto:

Principio de responsabilidad. El Estado es responsable por los perjuicios causados por error judicial o por la falta en la prestación del servicio público de la administración de justicia, sin perjuicio de que el Estado pueda repetir contra el funcionario, en los casos pertinentes.

Finalmente, el artículo 90 aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente fue el siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

Respecto a los antecedentes del artículo 90 de la Constitución Política y lo inicialmente proyectado para establecer la Acción de Repetición, cabe resaltar que se planteó la responsabilidad del agente estatal por el solo hecho de la causación del daño sin ninguna limitación, lo que consagró la naturaleza de la acción en patrimonial o resarcitoria; de igual forma se contempló en el proyecto de artículo 90 la responsabilidad solidaria, la cual permitía demandar a la entidad, al agente estatal o a ambas. Sin embargo, dicho proyecto fue modificado por la Asamblea Constituyente, toda vez que dificultaba el ejercicio de la función pública y en ese sentido, ningún agente estatal estaría dispuesto a tomar decisiones frente a situaciones que generaran una posible responsabilidad estatal, pues terminaría respondiendo con su propio patrimonio. Así lo indicó el doctor Martín Bermúdez Muñoz (2002):

Si se estudia la historia del artículo 90 en la Asamblea nacional Constituyente, en lo relativo a la responsabilidad de los agentes estatales; se compara el proyecto original, que se tuvo como base para elaborar esta disposición constitucional con el que finalmente fue aprobado; y se examinan las razones que determinaron su modificación, se observa lo siguiente:

a. En el proyecto original se consagraba la obligación de reembolso del agente estatal, sin ningún tipo de limitaciones, en lo relativo a la culpa del agente estatal, lo cual quiere decir

que el agente estaba obligado a responder con su patrimonio cuando hubiese causado el daño, con cualquier tipo de culpa, lo cual demuestra que la responsabilidad del agente prevista en dicho proyecto era de naturaleza estrictamente patrimonial o resarcitoria. Y la responsabilidad del agente podía ser comprometida directamente por el ciudadano a quien se le otorgaba la posibilidad de demandar a la entidad, al agente estatal, o a ambos, lo que quiere decir que el proyecto preveía una responsabilidad solidaria entre el Estado y el agente; b. Dicho proyecto fue modificado con el objeto de introducir limitaciones a la responsabilidad de los agentes estatales, con el específico propósito de proteger su autonomía y de permitir que pudieran ejercer de manera adecuada sus funciones, pues se consideró que el régimen de responsabilidad contemplado en el proyecto dificultaría gravemente el ejercicio de la función pública y la vinculación al servicio público de personas que quisieran ejercerlo con responsabilidad; c. Las limitaciones *sustanciales para* comprometer la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales consistieron en establecer que ella sólo podía comprometerse cuando el agente causante del daño hubiese obrado con *dolo o culpa grave*. Por esta razón se eliminó la posibilidad de comprometer la responsabilidad del agente por cualquier tipo de culpa; d. Las limitaciones procesales consistieron en permitir que la responsabilidad del agente estatal sólo pudiera declararse mediante la Acción de Repetición ejercida por la entidad estatal en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños.

(...)En este proyecto, de una parte, no se exige ni culpa grave ni dolo del agente estatal para comprometer su responsabilidad. Y de otra parte, se permite que la responsabilidad del agente sea comprometida, o bien mediante la Acción de Repetición por el Estado, o bien directamente por la víctima, la cual puede dirigirse contra cualquiera de los dos.

La posibilidad de que la responsabilidad del agente fuera declarada, ya por repetición de la entidad estatal, ya por demanda de la víctima, en la forma establecida en el proyecto, era indudablemente contradictoria. Ella implicaba; confundir la responsabilidad solidaria, en la cual la víctima tiene dos patrimonios contra quien dirigir su pretensión indemnizatoria, reclamando de cualquiera de ellos la totalidad del perjuicio, con la responsabilidad institucional, en la que el patrimonio que responde frente a la víctima es el del Estado, y es éste quien está legitimado para repetir contra su agente.

En la propia Asamblea Nacional Constituyente aparece la siguiente observación del constituyente Hernando Londoño sobre este aspecto, y es por esta razón que en últimas se opta simplemente por introducir en el artículo un sistema de responsabilidad institucional:

Pero serían dos cosas doctor, lo que yo entendía, la del doctor Velazco era la posibilidad de que el Estado repita, y lo otro es una especie de responsabilidad solidaria que es completamente distinta.

No solidaridad, es decir, no que ambos paguen, cierto, sino que la persona perjudicada pueda acudir al Estado, lo demande...(Bermudez, 2002)

Respecto a la posibilidad de demandar a la entidad o al agente estatal, la Asamblea Constituyente discutió tal posibilidad, eliminándola de los que fueron los proyectos del Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia que contemplaban la Acción de Repetición; así lo menciona también el Dr. Martín Bermúdez Muñoz:

La posibilidad de demandar al Estado o al funcionario fue eliminada del texto del artículo en la sesión plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del 30 de junio de 1991, en la cual aparece previamente la siguiente intervención de un constituyente, cuya identificación no está registrada en la grabación de la consulta textual y referencial de la Presidencia de la República que nos sirve de fuente:

Me refiero a la frase que dice que la demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado o el funcionario, o uno y otro; lo cierto es que el régimen, tal como está establecido, consagra la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputados (...) Contra el Estado, el funcionario, o uno y otro, porque al decirse que la demanda podrá dirigirse directamente contra el funcionario estamos estableciendo de manera directa una responsabilidad que en el régimen del servidor público es sólo subsidiaria; "entonces simplemente, señor Presidente, para que, con el propósito de evitar esa contradicción entre dos esquemas de responsabilidad, consagrados ambos en la Constitución, se proceda a quitar esa última frase del primer inciso del artículo 92. (Bermudez, 2002)

En relación a la discusión en la Asamblea Nacional Constituyente frente al tipo de responsabilidad sin limitaciones, inicialmente planteado en el proyecto de Art. 90 de la Constitución Política de Colombia, dicha Asamblea finalmente limitó los conceptos de dolo y culpa grave para determinar la responsabilidad del Agente Estatal; frente a dicha situación se presentaron diferentes tesis, las cuales indica el Dr. Martín Bermúdez:

Las consideraciones realizadas por los delegatarios de la Asamblea Nacional constituyente, que finalmente determinaron que el texto final del artículo en lo relativo a la responsabilidad de los agentes estatales contuviera una limitación sustancial respecto de la existencia de su responsabilidad, relativa a la exigencia del dolo o culpa grave, y una limitación procesal,

relativa a la actuación consistente en que la acción sólo podía promoverse como Acción de Repetición por el Estado, son del siguiente tenor:

Ahora, la obligación de hacer repetir lo pagado a mí me parece muy bien para responsabilizar al funcionario público. Lo que pasa es que creo que de aquí en adelante vamos a tener unos funcionarios públicos particularmente irresponsables, porque paradójicamente creo que con una norma como esa no habrá funcionario público que pueda aceptar, porque va a estar pendiente de que se lo lleven los diablos, cada vez que mueve un pie; entonces no van a poder aceptar ser funcionarios públicos sino los irresponsables, aquellos que no les interesa, porque no se saben la Constitución, y no saben que todo lo que hagan va ir contra su peculio de manera inmediata.

(...)Puedo completar su pensamiento. Yo comparto la misma preocupación de que no habrá muchos funcionarios, muchas personas que quieran aceptar cargos públicos con esta responsabilidad tan grande, y que aquí no hay seguros para cubrir esos riesgos; entonces no se si sería posible que redujéramos un poco la responsabilidad del funcionario comprometiéndolo sólo en caso de culpa grave o dolo.

Si simplemente dejáramos, como lo propone el doctor Echeverry, que el Estado repitiera contra el funcionario, en cualquier situación, pues tenemos que se puede llegar a que ninguna autoridad del Estado tome decisiones, y ahí si es peor, es decir, resultamos creando un mal mucho más grande que el que aspiramos a corregir; por ejemplo, se planteaba un proceso que es muy normal contra el Estado Colombiano, el llamado proceso de plena jurisdicción, por despido arbitrario de funcionarios de carrera: si esto aparece nadie se va a atrever a declarar insubsistente o va a botar a un funcionario público, porque sabe que viene una demanda y que de pronto le pueden repetir contra él: entonces estaríamos dejando prácticamente al Estado en la inercia total, paralizándolo, y entonces el mal, repito, que aspiramos corregir, terminaría; de ahí que surgió la fórmula de colocar que tenía que haber el dolo, tenía que haber la demostración de que el funcionario realmente es responsable, hay culpa grave, y que solamente eso lo podría determinar un juez; entonces cuál sería el procedimiento, el procedimiento sería: siempre que un particular reciba daño del Estado, pues entabla acciones contra el Estado, el Estado tiene que pagar una indemnización; entonces, el Estado a su vez, si considera que el funcionario le causó ese daño, pues debe proceder a través de un juicio contra ese funcionario, pero no puede ser que el particular se vaya a reclamarle al funcionario... (Bermudez, 2002)

Las anteriores transcripciones corresponden a las propuestas discutidas en la Asamblea Constituyente que permitieron consolidar la Acción de Repetición en la Constitución Política de

Colombia; en ese sentido el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos causados a los particulares, pero acude a la Acción de Repetición cuando el agente estatal ha causado el daño incurriendo en culpa grave o dolo.

A pesar de que se consagró la Acción de Repetición como mandato constitucional desde 1991, no se reglamentó la forma como iba a entablarse dicha acción, pues si bien el Código Contencioso Administrativo la consagró desde 1984 en los artículos 77 y 78, la falta de definición legal dio lugar a acudir a la figura de la Acción de Reparación Directa para hacerla efectiva y a la aplicación de normas civiles, a pesar de que ya se había definido por el Consejo de Estado que eran las normas contencioso administrativas las que regían dicho procedimiento; en ese contexto el artículo 86 de dicho código fue modificado por la ley 446 de 1998, la cual ratificó la postura jurisprudencial indicando que la acción para repetir contra el agente estatal, correspondía a la de Reparación Directa.

Respecto a la aplicación de las normas civiles fue necesario acudir a los conceptos de dolo y culpa grave que consagra el Código Civil, ya que antes de la ley 678 de 2001 no existía una consagración en las normas de Derecho Público, mediante la cuales se determinarían esas conductas; en ese sentido la sentencia del Consejo de Estado del 25 de julio de 1994 con ponencia del magistrado Betancur Jaramillo, indicó que debería acudirse a las definiciones que sobre la materia incluía el Código Civil, con la precisión de que la confrontación debería efectuarse con relación a un buen servidor público, como también apoyó su consideración en conceptos doctrinales de los hermanos Mazeaud, Luis Claro Solar y Jacques Ghestin. Allí se dijo que:

El cumplimiento negligente e irresponsable de las obligaciones que le correspondían al funcionario llamado en garantía configura su culpa grave como causa del perjuicio recibido por el demandante. Esta culpa, definida por el artículo 63 del Código Civil, que siguiendo al derecho Romano la asimila al dolo, es aquella 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'.

Respecto de este tipo de culpa señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. "Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender "*quod omnes intellgunt*" para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño. "De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha "obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves..." (Derecho Civil Parte II, Vol. II, página 110).

Claro Solar, acerca de ella señala que "esta culpa se opone a la buena fe y en materias civiles equivale al dolo, es decir que contiene en sí una presunción de fraude porque aquel que no hace lo que sabe que debe hacer se reputa que obra con intención dolosa "*Magna culpa dolus est*" (Lecciones de Derecho Civil Chileno T.I., página 150) (subrayas fuera de texto).

‘Se admite generalmente que la falta grave es aquella que procede de un comportamiento anormalmente deficiente. Es entonces la amplitud de la diferencia constatada entre la conducta del demandado y aquella que él debería haber asumido, lo que revela su existencia. Otro elemento que debe tomarse en consideración para la apreciación de la gravedad de la falta, tiene que ver con la posibilidad que tenía el demandado de conocer el riesgo que efectivamente se produjo y de medir su amplitud’. (Jacques Ghestin *Traité de Droit Civil T. IV* página 726).

(...)‘Pero como la aplicación de la teoría de la falla del servicio busca fundamentalmente el resarcir los perjuicios ocasionados a los particulares, debe aceptarse en esta medida que aunque haya existido culpa personal del funcionario sea en principio la administración la llamada a resarcir esos perjuicios, lo que difiere de afirmar que se halle la responsable. Por no serlo, debe facultársela para que pueda repetir contra el funcionario...’

Citando a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, expresa:

"La administración, que está obligada a indemnizar a la víctima si ésta se dirige contra ella, no lo está en cambio, a soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago en cuanto que éste procede de un hecho que tiene un autor personalmente responsable, contra el que la ley la faculta para actuar en vía de regreso y exigirle de forma unilateral y ejecutoria sin perjuicio de los recursos procedentes, el reembolso de la indemnización abonada...". (Consejo de Estado, 1994)

Según Galindo Vacha (2006), un sector de la doctrina afirmó que era la ley la única que debería determinar los conceptos de culpa grave y dolo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 124 de la Carta Política: La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Sin embargo, esta manifestación no se oponía a la consideración del máximo juez de lo contencioso-administrativo, en donde se consideró que la ley había definido tales conceptos.

Dicho autor plantea:

Debe tenerse en cuenta que lo que en este tipo de pretensiones se indaga es la responsabilidad subjetiva de los funcionarios o ex funcionarios públicos, no ya la anónima de la Administración, con el fin de determinar si su comportamiento estuvo enmarcado por conductas gravemente culposas o dolosas, términos que deberán ser examinados, como lo

hizo el Consejo de Estado, a la luz de los conceptos iusprivatistas, con las precisiones derivadas de la naturaleza del derecho público. En efecto, hay que acudir a los principios de la responsabilidad civil, del manejo de la culpa subjetiva, así como considerar tales conductas para compararlas con el buen funcionario público, de quien la sociedad y las disposiciones legales exigen un esmerado y diligente -en grado sumo- cumplimiento de sus deberes, justamente por los altos y caros intereses que están en juego. Dentro de los particulares aspectos que es necesario tener en cuenta en ese análisis, será menester considerar el ordenamiento legal y el perentorio mandato del artículo 6º de la Carta Política cuando expresó que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Por tal motivo, esos dos aspectos, la violación de la ley y la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, constituyen indispensables elementos para examinar la conducta del funcionario, para ver si se le puede calificar de gravemente culposa o dolosa, en esas hipótesis anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001.(Galindo, 2006)

Como se evidencia de lo expuesto, la legislación y la jurisprudencia evolucionaron en torno a los conceptos iusprivatistas de las figuras de dolo y culpa grave, sin consolidarse dichas figuras en las normas del derecho público, lo que dio lugar a que el Estado utilizara la Acción de Repetición consagrada en el Código Contencioso Administrativo, a través de la figura legal de la acción de Reparación Directa, pero con la aplicación de las normas del Código Civil en cuanto a los conceptos de dolo y culpa grave.

Por último, las diferencias entre el proyecto inicial del artículo 90 y su texto definitivo dan lugar a las siguientes precisiones, de acuerdo a lo indicado por el profesor universitario Martín Bermúdez Muñoz (2002):

La lectura del proyecto inicial presentado en la Comisión Primera de la asamblea Nacional Constituyente y su comparación con el texto final aprobado nos permiten concluir, en consecuencia, que en el primer proyecto se propuso un sistema de responsabilidad en el cual el Estado y el agente respondían solidariamente ante la víctima, el primero por el daño antijurídico y el segundo por haber causado el daño, sin que fuese necesario exigir ningún tipo especial de culpa o culpabilidad, o sea un sistema de responsabilidad simplemente patrimonial y se aprobó finalmente un sistema de responsabilidad totalmente distinto, en el que el Estado responde institucionalmente por los daños causados por sus agentes y tiene Acción de Repetición contra éstos solamente cuando los han causado con dolo o culpa

grave, bajo un sistema con coloración disciplinaria o sancionatoria, para utilizar la expresión de Cappelletti.

Las dos limitaciones fueron introducidas en el artículo 90, con el indudable propósito de proteger la libertad de acción de los agentes estatales, pues se pensó que éstos perderían dicha libertad ante el temor de ser demandados por cualquier tipo de irregularidad en la que incurrieran en el ejercicio de sus funciones. Ello determinó entonces que la obligación de reparar se colocara en cabeza del Estado; y que el deber de repetición del Estado contra el agente se limitara a los eventos en que el agente del daño hubiese obrado con dolo o con culpa grave. Así mismo, al suprimir la posibilidad de que la víctima demandara al agente o al Estado en el sistema de responsabilidad solidaria que se planteaba en el proyecto, y establecer que dicha acción se ejerciera en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, se eliminó también la posibilidad de que la víctima y el agente causante del daño participara en el mismo proceso judicial, lo que constituye una garantía para la independencia e imparcialidad de sus actos.

Por último es importante destacar las diferencias entre la Acción de Repetición y la Acción Fiscal, toda vez que la mismas tienen elementos similares como son la exigencia del reembolso al Estado a través del pago de una indemnización pecuniaria para compensar los perjuicios y detrimento patrimonial causado, en el primer caso como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal y en la Acción Fiscal por la conducta dolosa o culposa del servidor público en el ejercicio de la gestión fiscal.

Frente a las diferencias de dichas acciones cabe resaltar una de las sentencias promulgadas por el Consejo de Estado el pasado 7 de febrero de 2011 por la magistrada **OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ**, en la que indico frente a las diferencias entre la Acción de Repetición y la Acción Fiscal lo siguiente:

Al comparar los dos regímenes, La diferencia la encontramos en el elemento objetivo del daño, en el procedimiento de responsabilidad fiscal, debe existir un daño patrimonial al Estado, en la acción de repetición un daño antijurídico a un tercero. La Ley 610 de 2001 dispone que el daño patrimonial es la “lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna...”, por otro lado, se

entiende por daño antijurídico, la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar. (Sentencia del 7 de febrero de 2011, Exp. 26413, Consejo de Estado)

Conclusiones del Capítulo I Parte I

La investigación **“EVALUACIÓN DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA (PERIODO 2005-2010)”** se enfoca en la Acción de Repetición en Colombia, al tiempo que tiene características de tipo histórico, por remitirse a los aspectos de la responsabilidad del servidor público a partir de la carta constitucional de 1886. Se apoya en una metodología que permite interpretar, declarar, anunciar, esclarecer y, por último, traducir (Beltran, 2002). La estrategia metodológica del trabajo de investigación se centró en el método hermenéutico-cualitativo de investigación, correspondiendo a un tipo de investigación socio jurídica (Giraldo, 2005). La estrategia consta de cuatro etapas, que permiten la exploración y el análisis sobre los diversos fallos judiciales, los cuales se vuelven comprensibles a través de la hermenéutica jurídica desde su sistematización e interpretación.

Durante mucho tiempo se evidenciaron esfuerzos para lograr que la responsabilidad estatal obtuviera un espacio de regulación diferente a la indicada en el derecho civil, toda vez que era evidente la incompatibilidad de esta con las teorías de la responsabilidad privada. Desde el año 1896 con el fallo de la Corte Suprema de justicia del 22 de octubre, se evidencia la consagración de la responsabilidad estatal en Colombia, con normas distintas a las consagradas en el derecho civil; igualmente se estableció la responsabilidad del agente estatal cuando los daños resultan de un delito imputable y no es posible que este resarza con sus bienes.

En ese sentido, se encontró que además de la jurisprudencia, los mandatos constitucionales han permitido la expedición de leyes que contemplan la responsabilidad de los agentes estatales, entre las cuales se encuentran, ley 150 de 1976 modificada por el Decreto 222 de 1983, la ley 678 del 3 de agosto de 2001; artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de Administración de Justicia”; el artículo 54 de la Ley 80 de 1993, derogado expresamente por el artículo 30 de la Ley 678 de 2001; los artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998; entre otras. Así mismo su desarrollo ha sido dado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha permitido esclarecer las diferencias entre las responsabilidades patrimoniales consagradas para los servidores públicos, entre ellas la responsabilidad fiscal, contractual, penal, disciplinaria y la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad, de las cuales algunas llevan implícita la responsabilidad Civil patrimonial de los agentes estatales, de acuerdo a la clasificación de la culpa que el legislador les ha otorgado.

En el propósito de encontrar una respuesta al problema de investigación se recurrió a revisar una extensa bibliografía alrededor de la temática presentada, encontrando que, en general, ésta es limitada, entre otras razones, por el poco tiempo transcurrido desde la expedición de la ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta “la determinación de 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”. En este sentido, se pudo comprobar que los estudios y las investigaciones sobre los efectos de la Acción de Repetición elaboradas por el sector académico y las instituciones del Estado, son aún restringidas y se limitan a algunos trabajos de tesis de grado de programas de pre y postgrado de diferentes universidades, así como publicaciones realizadas por entidades públicas y organismos de control. Al revisar bibliografía de reconocidos tratadistas del Derecho Administrativo, se encontró que no tratan el tema de la Acción de Repetición o se limitan a mencionar los aspectos generales de la norma, sin realizar un análisis de fondo sobre la aplicabilidad de la misma y su estado actual en Colombia; otros autores centran su atención en la Responsabilidad patrimonial del Estado, dejando a un lado la Responsabilidad de los servidores públicos o mencionándola de manera muy limitada. Ejemplo muy reciente de la poca importancia que se le da a dicha acción es el análisis que realiza el tratadista Enrique José Arboleda Perdomo en su libro, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que al referirse al nuevo artículo sobre la Acción de Repetición, no varía esencialmente el contenido de la ley 678 de 2001.

Sobre las limitaciones en la bibliografía se pudo constatar que varios de los documentos en esta materia, en revistas y libros, corresponden a reflexiones conceptuales sobre las vivencias cotidianas de abogados y funcionarios de la justicia (Jueces y Magistrados), los cuales se atreven a reflexionar sobre este novedoso aspecto de la Acción de Repetición y la Ley 678 de 2001, y no reflejan propiamente estudios y/o investigaciones fundamentados en el método científico, que analicen de fondo los efectos de la norma y evalúen las sentencias promulgadas por los diferentes tribunales, en especial las del Consejo de Estado, circunstancia que debe permitir que en el futuro se propicien procesos sistémicos de investigación desde el sector académico, la rama judicial, y en general desde los organismos de control.

CAPITULO II

EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS, JURISPRUDENCIALES Y LEGALES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA Y UN ESTUDIO COMPARADO

Sobre los esfuerzos por consolidar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos en Colombia, el Consejero de Estado Dr. Ricardo Hoyos Duque, en el XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (2002), manifestó que “la preocupación por instaurar un mecanismo para consolidar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos viene desde el año de 1961, cuando el Consejo de Estado, en ejercicio de su iniciativa legislativa, lo incluyó en un proyecto de ley, el cual no fue aprobado”.

Teniendo en cuenta que es ineludible desarrollar cada una de las clasificaciones de responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en un amplio contexto y dada la necesidad de delimitar el presente trabajo a un solo tipo de Responsabilidad patrimonial, es indispensable puntualizar el tema en la Responsabilidad Civil patrimonial, necesaria para iniciar la Acción de Repetición, la cual constituye el mecanismo judicial para obtener de los funcionarios o ex funcionarios del Estado el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares, acción consagrada en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia que dispone: *...En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.*, artículo regulado por la Ley 678 de 2001.

A partir de la ley 678 de 2001 se consolidó legalmente la Acción de Repetición, la cual había sido consagrada como figura legal desde la ley 150 de 1976, lo que significa que pasaron 25 años en nuestra evolución legislativa para consolidarse lo que permitiera al Estado el cobro de los perjuicios causados por las conductas gravemente culposas y dolosas cometidas por los agentes estatales, pues a pesar de su desarrollo jurisprudencial no existía la obligación para que se iniciara la Acción de Repetición.

A. La Acción de Repetición en Colombia a partir de la Ley 678 de 2001

Por medio del proyecto de ley No. 131 Senado, y 307 Cámara, se creó la Ley 678 de 2001, el cual fue presentado por la Procuraduría General de la Nación a través del Senador Germán Vargas Lleras, quien lo propuso como un mecanismo para garantizar la transparencia en el manejo de los recursos públicos del Estado. Dicha figura legal se concretó a través de la legislación recogiendo la evolución jurisprudencial en torno al tema, pues desde 1961 el Consejo de Estado buscó una fórmula para implementar la Acción de Repetición, la cual no fue reconocida a través de la legislación y tuvo su desarrollo a partir de la jurisprudencia. La Ley 678 fue sancionada por el Presidente de la República el 3 de agosto de 2001 y publicada en el Diario Oficial número 44509 del día 4 del mismo mes y año, derogando la disposición del artículo 54 de la ley 80 de 1993. (Gacetas del Congreso, 2000)

En los antecedentes que dan cuenta de la discusión en el Congreso de la República del Proyecto de Ley 131 de 1999, que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, que reglamentó la Acción de Repetición, se señaló como finalidad de la regulación lo siguiente:

La creación de un texto normativo amplio y fuerte sobre la repetición es urgente y debe dirigirse a la consecución entre otras de las siguientes finalidades: 1. Intimidar a los servidores públicos con el objetivo de que no obren de manera negligente ni dolosa. 2. Reprimir moral y pecuniariamente y con severidad, mediante un proceso ágil con salvaguarda del derecho de defensa, las conductas gravemente culposas o dolosas de los agentes del Estado. 3. Promover los principios constitucionales de moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública. 4. Educar las actividades administrativas y las actuaciones de sus funcionarios en procura de una gestión pública que cumpla con eficiencia sus cometidos. 5. Recuperar parte de los dineros que el Estado ha pagado por las faltas de sus agentes. 6. Reducir el número de daños antijurídicos y por consiguiente procesos judiciales de responsabilidad estatal. (Gacetas del Congreso, 2000)

Es importante destacar que existen diversas formas para cobrar a los funcionarios públicos su responsabilidad patrimonial por las conductas dolosas o gravemente culposas que dan lugar a indemnización por parte del Estado, entre ellas la contemplada por el artículo 78 del C.C.A, el llamamiento en garantía y la Acción de Repetición consagrada en la ley 678 de 2001; dichas modalidades son ilustradas por el tratadista Galindo Vachá (2006):

De conformidad con las disposiciones legales a las cuales se ha hecho referencia, existen tres formas o modalidades de vinculación de los funcionarios públicos, con el fin de que respondan patrimonialmente por sus actos. En primer término, por virtud del artículo 78 de C.C.A., el damnificado podrá formular su pretensión indemnizatoria en contra de la entidad pública o del empleado oficial que causo el daño, o contra ambos; en segundo lugar, la institución pública una vez demandada podrá apelar al llamamiento en garantía para que el funcionario sea convocado al proceso, responda y, en caso de que aquella fuere condenada al pago de suma de dinero, se ordenare a aquel la repetición de lo pagado; los dos anteriores coinciden en que durante el proceso contencioso-administrativo se ventilará la responsabilidad de la entidad y del funcionario. Finalmente, por medio de la Acción de Repetición, se podrá intentar demanda en contra del servidor o ex servidor público cuando la entidad pública hubiere sido condenada y la actuación de aquel estuvo gobernada por el dolo o la culpa grave; aquí, es necesario iniciar un nuevo proceso, con pretensiones autónomas y diferentes del primero y antecedente litigioso. (Galindo, 2006)

Ahora bien, teniendo en cuenta que el presente trabajo se dirige a establecer las causas de la inoperancia y los efectos de la implementación de la ley 678 de 2001, se indicará inicialmente el concepto de Acción de Repetición que dicha ley estableció y su finalidades, así como los presupuestos para que sea incoada por la Entidad Pública, señalando en primer lugar que se reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de dicha acción en la mencionada ley, de la siguiente manera:

Artículo 2. La Acción de Repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. (Ley 678 de 2001)

Dicha ley fue consagrada con el fin de que la administración recupere los dineros públicos que han salido del patrimonio estatal, a causa de las actuaciones dolosas o gravemente culposas que han dado lugar a condenas contra el Estado; en ese sentido el tratadista Galindo Vachá (2006) expresó la importancia de la implementación de la ley en las siguientes palabras:

Gracias a la Ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamentó la determinación patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la Acción de Repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, se le brindaron herramientas a la Administración Pública para que pudiera utilizar esta vía para el reembolso de los dineros pagados con ocasión de las indebidas actuaciones de sus empleados, ocurridas dolosamente o con culpa grave, como también para proteger sus derechos. (Galindo, 2006)

Si bien el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 concedió la posibilidad de iniciar la Acción de Repetición por parte del Estado, no realizó un cambio sustancial respecto al manejo jurisprudencial que se le venía dando, pues aunque defirió a la ley su reglamentación, ya la legislación contencioso administrativa se venía aplicando en torno a dicha acción, por lo cual el Estado acudía a dicha jurisdicción en aras de iniciarla, a través de la figura jurídica de la acción de Reparación Directa. Tampoco existía el deber de parte del Estado para iniciar dicha acción y teniendo en cuenta que no se reglamentó de manera general, sino 10 años después con la ley 678 de 2001, el Estado omitió el cobro de los perjuicios pagados a los administrados, que eran consecuencia de los actos de agentes estatales, por no haber sido consagrada dicha obligación expresamente antes de 1984, es decir antes de la expedición del Código Contencioso Administrativo, y no existir el procedimiento legal que permitiera la retribución de las condenas pagadas a cargo del Estado y por las cuales debía responder.

Respecto a la definición de la Acción de Repetición el Consejo de Estado de Estado a través de la Magistrada Correa (2006) indicó:

(...) es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública. (Consejo de Estado exp. 17482, 2006)

La norma constitucional previó la defensa del patrimonio público a través del deber del Estado de repetir contra el servidor, ex servidor, o particular que haya desempeñado funciones públicas, pero no indicó las consecuencias legales cuando se omitía el deber de protegerlo, por lo cual fue necesario continuar aplicando el Código Contencioso Administrativo en dicho sentido, teniendo

como término de caducidad para iniciar dicha acción, dos años y dando aplicación a los conceptos que de culpa grave y dolo consagró el Código Civil colombiano.

La ley 678 de 2001, reglamentó la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas, permitiendo que el Estado a través del ejercicio de la Acción de Repetición recupere lo pagado en virtud de las condenas por perjuicios causados por los agentes estatales en ejercicio de sus acciones dolosas o gravemente culposas. Dicha norma dio respuesta a las políticas de prevención del daño antijurídico como estrategia de protección a los dineros públicos, pues si bien existen diversas fórmulas para exigir de los agentes estatales la protección al patrimonio público, la responsabilidad penal, fiscal o disciplinaria no permiten una fórmula de reclamación directa contra el funcionario que con su actuar doloso o gravemente culposo haya causado perjuicios. Por lo tanto, la implementación de la ley que exige la responsabilidad civil del agente estatal ha permitido la gestión de las entidades públicas y el deber legal de iniciar la Acción de Repetición como estrategia para exigir los dineros pagados en calidad de perjuicios por el actuar u omisión dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales.

Para que proceda la Acción de Repetición es necesario que se reúnan los siguientes requisitos, de conformidad con la ley 678 de 2001:

- a. Que exista una sentencia o conciliación proferida en un proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado, (artículo 7); b. Que la sentencia o la conciliación haya sido integralmente pagada por la entidad pública, puesto que la caducidad de la acción se cuenta a partir de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública (artículo 11); c. Que por acta del Comité de Conciliación de la entidad pública, se haya conceptualizado la procedencia de la acción expresando las razones por las cuales el Comité considera que existe dolo o culpa grave de algún funcionario, o del contratista o de un interventor o de un particular que ejerza funciones públicas (parágrafo primero, artículo 2).

A través de la jurisprudencia, la Corte Constitucional, con ponencia de los magistrados Córdoba y Escobar (2002), han ratificado sobre los requisitos de procedibilidad lo siguiente:

- 4.3. A partir del alcance que el propio Estatuto Superior le ha fijado a la Acción de Repetición, la jurisprudencia constitucional viene considerando que el ejercicio legítimo de este medio de impugnación a favor del Estado y en contra de sus agentes o ex funcionarios, se encuentra supeditado a la observancia previa de los siguientes requisitos de procedibilidad: (i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción

contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; (ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena. (Corte Constitucional sent. C-619, 2002)

El Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, en su obra Derecho Procesal Administrativo, define la finalidad de la Acción de Repetición en los siguientes términos:

(...) Se dirige a obtener el reembolso por parte de los servidores, ex servidores públicos que con su conducta dolosa, es decir, intencionada, o gravemente culposa, en el desempeño de sus funciones, dieron lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado por haber causado un daño, concretado en una condena judicial, una conciliación o por cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Igualmente permite recuperar los mismos valores de un particular, como un contratista, o de otra entidad pública, por cuya actuación se haya debido cancelar la indemnización..." (Palacio, 2002)

De conformidad con el artículo segundo de la ley 678 de 2001, la Acción de Repetición es una acción civil de carácter patrimonial, lo que evidencia los rezagos del manejo iusprivativo de dicha acción a través de la jurisprudencia colombiana, pues se estableció a partir del artículo 2341 del Código Civil colombiano. En ese sentido lo establece la doctrina colombiana, Cuestas y Ronderos (2003) al indicar:

En ese orden de ideas, dadas las instituciones que gobiernan la Acción de Repetición en la jurisdicción contenciosa y las connotaciones de orden procesal que la ley le imprimió, debe entenderse la expresión "*acción civil de carácter patrimonial*", contenida en el artículo 2º, referida a una acción autónoma, propia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para cuya finalidad es preciso atender a las fuentes de la responsabilidad civil.

En sentencia C-619 de 2002, la Corte Constitucional, reafirma el carácter civil de la Acción de Repetición, expresando, además, que en razón a su naturaleza, ésta persigue una finalidad de interés público que se concreta en la protección integral del patrimonio público en aras de asegurar el cumplimiento de los fines estatales. (Cuestas & Ronderos, 2003)

Respecto a la Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos consagrada en la ley 678 de 2001, el Consejero de Estado Ricardo Hoyos Duque (2002) indicó que dicha norma ha cobrado

importancia y trascendencia desde el año de 1991 cuando se estableció la obligación de que el Estado repita contra sus agentes, lo que significa que fue el mandato constitucional el que se desarrolló a través de la mencionada Ley, igualmente expone la inferencia jurisprudencial que tuvo su desarrollo legislativo en los siguientes términos:

Esta ley recoge en buena parte lo que había sido la experiencia jurisprudencial de las regulaciones anteriores en esa materia, en aspectos tales como la posibilidad de que el servidor público sea vinculado a través del llamamiento a instancias de la entidad perjudicada o del ministerio público; el carácter indesistible que tiene la Acción de Repetición y la posibilidad de que ésta proceda en los casos en que el proceso seguido contra la entidad pública termine por conciliación, para mencionar sólo algunos aspectos. (Hoyos, 2002)

A pesar de que la Acción de Repetición tiene finalidad de interés público, no es posible ejercitarla como acción popular y el único legitimado para presentarla es el Estado a través de sus entidades o el Ministerio público; algunos juristas han criticado la contradicción de la norma, pues a pesar de tratarse de una acción pública, el sujeto activo de la misma debe ser siempre la Entidad Estatal, de acuerdo a lo contemplado con la ley 678 de 2001, sin permitir la intervención de los particulares en la Acción de Repetición como fórmula de protección al patrimonio público, así lo indica el consejero Hoyos (2002):

En relación con la pretendida finalidad de garantizar el principio de moralidad de la función pública que establece el artículo 3° de la ley, cabe señalar que este es un derecho colectivo, y por lo tanto susceptible de ser protegida a través la acción popular (art. 88 C. N.). Curiosamente, sin embargo, el artículo 30 de la Ley 678 de 2001 deroga en forma expresa el artículo 54 de la Ley 80 de 1993 que facultaba a cualquier persona o al juez, en forma oficiosa, para que iniciara la Acción de Repetición en contra del servidor público que hubiera dado lugar a una condena a cargo de una entidad pública por hechos u omisiones de aquél, imputables a título de dolo o culpa grave.

A pesar de esto, el artículo 9° de la Ley 678 de 2001 señala que "ninguna de las entidades legitimadas para interponer la Acción de Repetición podrá desistir de ésta", lo cual significa que se trata de una acción que se interpone en interés público pero que no tiene carácter popular, esto es, no puede ser formulada por cualquier persona. (Hoyos, 2002)

Respecto a los aspectos regulados por la ley 678 de 2001, es importante destacar lo indicado por algunos doctrinantes, e incluso por la misma jurisprudencia, que ha dado lugar a controversias. Entre dichos aspectos se destacan la naturaleza jurídica de la Acción de Repetición, las

presunciones legales de dolo y culpa grave, la obligatoriedad de iniciar la Acción de Repetición, el llamamiento en garantía, la intervención del Ministerio Público, la jurisdicción y competencia.

De acuerdo con lo indicado la Acción de Repetición es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria, de conformidad a los postulados del derecho civil, así lo expuso el Consejero de Estado Hoyos (2002) en ponencia presentada en el XXIII congreso de derecho procesal:

En nuestra opinión, la Acción de Repetición es la vía judicial establecida por la ley con miras a que la Administración pueda obtener el reembolso de lo pagado a quien ha sido víctima de un daño como consecuencia de la acción u omisión de un agente público, imputable a culpa grave o dolo de éste. Desde este punto de vista, es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria, en la cual la administración se subroga en los derechos de la víctima frente al causante directo del daño, de la misma manera que en las obligaciones solidarias cuando el deudor paga la deuda o la extingue por alguno de los medios equivalentes al pago (art. 1579 C. C.).

(...)La circunstancia de que el agente público sea responsable patrimonialmente sólo en los eventos de culpa grave o dolo pone de presente que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo, tal como lo establece el principio general recogido en el artículo 2341 del Código Civil (delito o culpa), aclarando así que en el caso de la responsabilidad de los servidores públicos debe tratarse una culpa grave.

En este orden de ideas, se trata de una acción de Reparación Directa intentada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa.

(...)No resulta, por tanto, afortunada la calificación que la ley le da a esta acción civil, ya que se trata de una acción autónoma regida por unas reglas especiales, como lo son precisamente las establecidas en la Ley 678 de 2001. Este equívoco proviene de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) la cual en el artículo 72 establece: "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".

No se trata de una acción sancionatoria, como parecería desprenderse de la finalidad preventiva y retributiva que el artículo 3° de la ley le otorga, más propia de las sanciones disciplinarias o de las sanciones penales.

(...)La prosperidad de la Acción de Repetición, sin embargo, tenía consecuencias sancionatorias por cuanto daba lugar a la desvinculación del servidor o ex servidor público,

aún si se encontraba desempeñando otro cargo en la misma o en otra entidad estatal; a la declaratoria de caducidad de los contratos celebrados con cualquier entidad estatal y a la inhabilidad por el termino de cinco años para el desempeño de cargos públicos y para contratar, directa o indirectamente, con entidades estatales o en las cuales el Estado tuviera parte (art. 17 ley 678). (...)La Corte Constitucional, mediante sentencia C-233 del 4 de abril de 2002, declaró la inexecutable de los artículos 17 y 18 de la Ley 678 de 2001 que establecían tales consecuencias. (Hoyos, 2002)

En el mismo sentido el jurista Carlos Betancur Mejía, con ponencia en el Congreso Colombiano de Derecho Procesal (2002) indicó:

Su raigambre constitucional es indiscutible y se constituye en una acción de responsabilidad patrimonial (mal calificada como civil) nominada como de Reparación Directa por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que deberá ejercerse en contra de las personas que se dejaron indicadas, porque su conducta dolosa o gravemente culposa tuvo o pudo tener incidencia en la responsabilidad de la entidad pública causante del daño; responsabilidad estatal declarada en un proceso de nulidad y restablecimiento, Reparación Directa o contractual, o cuando la misma entidad hubiere 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. (Betancur, 2002)

De otro lado la Corte Constitucional, en desarrollo jurisprudencial, con ponencia de los magistrados Córdoba y Escobar (2002), ha indicado frente a la consolidación del texto legal que implementa la Acción de Repetición lo siguiente:

(...) Ahora bien, como ya se había indicado la responsabilidad que se puede deducir de los agentes estatales por haber dado lugar a una condena a cargo del Estado se realiza a través del ejercicio de una acción civil de carácter patrimonial que se promueve ante la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud a la Acción de Repetición consagrada en el artículo 2° de la Ley 678 de 2001. Respecto a dicha acción la Corte Constitucional explicó ampliamente su naturaleza jurídica y alcance:

4.2. Teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, ha destacado esta Corporación que la misma persigue una finalidad de interés público que, como se expresó en el acápite anterior, se concreta en la protección integral del patrimonio público, en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses generales. A juicio de la Corte, de no haberse “creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la

causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”, haciendo nugatorio el cumplimiento de los propósitos sociales que le han sido encomendados.

(...) 4.5. De ello se infiere que la Acción de Repetición tiene un marco operativo limitado en relación con el ámbito de responsabilidad patrimonial del Estado. No debe perderse de vista que, de acuerdo con la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 constitucional, tal responsabilidad procede por el obrar regular o irregular del ente estatal a condición de que él haya causado a la persona un daño antijurídico que no estaba en la obligación de soportar. Así, en muchos supuestos el Estado será condenado patrimonialmente pero no podrá repetir contra sus agentes por haber éstos obrado legítimamente.

4.6. Ahora bien. Es cierto que la Acción de Repetición es de naturaleza civil, patrimonial y subsidiaria por las razones que se han expuesto. Pero ello no descarta que su procedencia esté sujeta a la fuente de responsabilidad patrimonial fijada por el constituyente. De acuerdo con ello, el agente que obró legítimamente y el que procedió de manera irregular pero con grado de culpa leve o levísima, tienen la seguridad y la confianza de que en ningún caso serán convocados a reintegrar las sumas que el Estado fue condenado a pagar. Por el contrario, el agente estatal que procedió con dolo o culpa grave sabe que de generarse una condena en contra del Estado, será convocado a repetir lo que aquél tuvo que reconocer a las personas afectadas por el daño y beneficiadas con la sentencia.

4.7. Lo que arriba se ha expuesto permite inferir que, pese a la falta de autonomía de la Acción de Repetición, el criterio o fundamento de imputación de la responsabilidad patrimonial del agente frente al Estado ha sido claramente definido por el constituyente. Como ha quedado visto, él se circunscribe a los supuestos de dolo y culpa grave y, por tanto, no es posible que se genere responsabilidad patrimonial del agente estatal cuando su obrar con culpa leve o levísima ha generado responsabilidad estatal.”(Corte Constitucional, sent. C-619, 2002)

En cuanto a las presunciones legales de dolo y culpa grave la jurisprudencia y los doctrinantes han hecho importantes aportes frente a los conceptos que se venían aplicando, de conformidad con el artículo 63 del Código Civil y las presunciones legales que estableció la ley 678 de 2001 en sus artículos 5 y 6, sobre este tema el magistrado Mauricio Fajardo (2008) precisó:

Esa misma Ley 678 de 2001, en su artículo 5°, definió el concepto de dolo para los efectos propios de la Acción de Repetición que se promueva contra agentes o ex agentes del Estado, con el siguiente alcance:

“La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.”

Como puede advertirse, las normas legales transcritas tienen un contenido y unos elementos que resultan diferentes de las nociones recogidas en el mencionado artículo 63 del Código Civil, amén de que en este nuevo campo no se equiparan el dolo y la culpa grave, como sí ocurre en el terreno civil, a tal punto que totalmente distintas resultan, entre sí, las situaciones de hecho que la citada ley recoge para efectos de presumir, en unos casos el ‘*dolo*’ y en otros, completamente diferentes, la ‘*culpa grave*’.

Para efectos de delinear un concepto legal independiente, propio del Derecho Público y aplicable para el caso de las Acciones de Repetición que se deban promover contra los servidores o ex servidores públicos, la Ley 678, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de 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”, adoptó una definición legal diferente a la tradicionalmente utilizada, tal como lo recoge el artículo 6 de dicha Ley, en cuya virtud:

“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”. (Consejo de Estado exp.30696, 2008)

Ha sido tradicional en Colombia que sus normas solo comprometen la responsabilidad personal de los funcionarios en los casos de culpa grave o dolo, sobre este aspecto el Consejero de Estado Ricardo Hoyos Duque indica:

Esta situación supone, como lo señala Vedel, una derogación total del derecho privado, según el cual el empleado responde tanto frente a terceros como frente a su comitente, aun en los casos de faltas leves. El agente público que ha cometido una falta simple en el servicio (culpa leve o levísima) no puede ser declarado responsable ni frente a la víctima ni frente a la administración, aunque ésta sea la víctima directa del daño o aunque haya tenido que indemnizar al particular que resultó lesionado. En estos casos se considera que el agente, así haya sido merecedor de una sanción disciplinaria, es un mero engranaje de la administración y no tiene responsabilidad propia o personal.

La ausencia de una definición legal de los conceptos de culpa grave y dolo, a efecto de establecer la responsabilidad personal de los agentes públicos, condujo a que en algunos casos la jurisprudencia del Consejo de Estado tuviera que recurrir a la definición que al respecto trae el Código Civil (art. 63). (Hoyos, 2002)

Sin embargo, ha resultado controversial el tema de las presunciones de dolo y culpa grave implementadas por la ley 678 de 2001, toda vez que se ha criticado su inconstitucionalidad, en ese sentido cabe destacar las explicaciones que trae el magistrado del Consejo de Estado, Ricardo Hoyos (2002) al indicar:

Un interrogante que suscita este tipo de normas tiene que ver con su constitucionalidad: ¿puede el legislador establecer presunciones en esta materia? ¿No se vulnera acaso la garantía de presunción de inocencia (art. 29 C. N.)?

La Corte Constitucional, al revisar el proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia (art. 153 C. N.), declaró exequible el artículo 71 de la ley 270 de 1996 que establecía ese tipo de presunciones, sin advertir ningún tipo de reparo.

También ha declarado exequibles normas que en el Código Civil establecen presunciones de derecho en cuanto no admiten prueba en contrario o presunciones legales que sí la admiten.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que en estricto sentido allí no se consagran presunciones por parte de la ley. En efecto, sabido es que la consecuencia jurídica del establecimiento de una presunción consiste en que la parte favorecida con la misma se libera de la carga de probar el hecho presumido y, en su lugar, ésta se traslada a la otra parte que debe desvirtuar el hecho que se da por probado.

...En este caso la ley ha establecido un verdadero cambio de objeto de la prueba, por cuanto para que la administración pueda tener éxito en la Acción de Repetición debe acreditar la culpa grave o el dolo del agente estatal, a través de la prueba de otros hechos indicativos de éstos, pero sin que, en ningún caso, esté totalmente relevada de la carga de probar. (Hoyos, 2002)

Igualmente el ex Consejero de Estado, Carlos Betancurt Jaramillo (2002), manifestó su conformidad parcial con lo expuesto por el Magistrado Hoyos al señalar sobre las presunciones de dolo y culpa grave:

Antes de la Ley 678 los citados fenómenos, para efectos de repetición, los manejaba la jurisprudencia a su arbitrio, apelando para ello a las nociones desarrolladas en el Código Civil en su artículo 63, norma que fue un poderoso auxiliar, pero que no logró una definición

uniforme, ya que en el fondo el juez debía comparar la conducta del agente llamado con el modelo ideal del "buen servidor público".

Ahora la ley no sólo los define, sino que enuncia en sus artículos 5° y 6° unas mal llamadas "presunciones", más a título de ejemplo que de inferencia. Por eso mismo, vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá que concluir que lo que quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su artículo 5°, y otros como equivalentes a culpa grave en el siguiente.

En otras palabras, cuando la primera norma enuncia 5 hechos (obrar con desviación de poder; expedir el acto con fundamentos de hecho o de derecho, inexistentes o con falsa motivación u ocultamiento de los hechos que le sirven de sustento; haber sido condenado penal o disciplinariamente a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de base para la declaración de responsabilidad del Estado; haber expedido la resolución, auto o sentencia manifiestamente contrarios a derecho en un proceso judicial) no lo hace a título de antecedente para que de él se infiera o presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste.

En otras palabras, como lo sostiene el consejero Hoyos Duque en su conferencia sobre este mismo tema, los artículos 5° y 6° establecen "un verdadero cambio de objeto de la prueba", por cuanto, para que la administración pueda tener éxito en la Acción de Repetición, debe acreditar la culpa grave o dolo del agente estatal, a través de la prueba de otros hechos indicativos de éstos pero sin que, en ningún caso, esté legalmente relevada de la carga de probar

Comparto parcialmente esta opinión, pero preciso esta idea de cambio de objeto de la prueba: cuando la entidad demanda en repetición al agente público porque considera que actuó dolosamente le bastará demostrar cualquiera de los hechos enunciados en la norma para satisfacer su carga probatoria, porque la ley, más que una presunción, lo que hizo fue calificar esas conductas como dolosas; y al probarlas no se presume el dolo sino que éstas constituyen el dolo.

Corroboro la idea de que el artículo 5° no establece presunciones sino que enuncia casos de dolo la definición misma que sobre éste hace en su inciso 1o al señalar que el agente actúa con dolo cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

(...)En otras palabras, actuará con culpa grave el agente cuando viole en forma directa la normatividad jurídica o incurra en una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La ley, así como con el dolo, hace de la culpa grave un tipo legal, y las conductas que puedan subsumirse en dicho tipo son constitutivas de culpa grave o dolo y no meras inferencias que se deduzcan de hechos conocidos como los anunciados en los ante citados artículos. (Betancur, 2002)

La Corte Constitucional ante la controversia surgida respecto a la vulneración del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia por parte de los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001, examinó su exequibilidad frente a la demanda por ser violatorios del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad del servidor público, indicó en la sentencia C-374 de 2002:

Para la Corte las acusaciones no están llamadas a prosperar por las siguientes razones:

En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

La presunción resulta de lo que regular y ordinariamente sucede *-praesumptio simitur ex eo quod plerumque fit-*. Es decir, que en la presunción siempre hay una consecuencia que establece la ley, o en su caso, el juez, a partir de la observación de lo que comúnmente sucede y que permite prever unas mismas consecuencias de unos mismos hechos o actitudes semejantes de iguales situaciones. De ahí que se afirme *-con razón-* que la fuerza de la presunción dependa de la certeza del hecho conocido y de su relación con el desconocido.

(...)Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

(...)Para la Corte la existencia de presunciones es un asunto que concierne con el aspecto probatorio de determinado supuesto de hecho, pues "al probarse los antecedentes o circunstancias conocidos, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción. Así pues, a quien favorece una presunción sólo corresponde demostrar estos antecedentes o circunstancias y la ley infiere de ellos la existencia del hecho presumido y del derecho subsiguiente, correspondiéndole a la parte que se opone demostrar la inexistencia del hecho que se presume o de los antecedentes o circunstancias de donde se infirió, si la

presunción es simplemente legal, o solamente la inexistencia de estos últimos, si la presunción es de derecho". Sentencia C-238 de 1997

(...)Hechas estas observaciones resulta claro que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 no implican la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en Acción de Repetición que, de contera, acarree desconocimiento del principio superior de la igualdad, puesto que constituyen un mecanismo procesal que ha sido diseñado por el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional para configurar las instituciones procesales y definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (arts.124 y 150 Superiores), con el fin de realizar el mandato del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política que le ordena al Estado repetir contra sus agentes cuando éstos en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa han dado lugar a una condena de reparación patrimonial en su contra.

En efecto, con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la Acción de Repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtir en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.

Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que "el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la Acción de Repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró". Ponencia para primer debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso No. 14 del 10 de febrero de 2000. Página 16

Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión -*onus probandi incumbi actori*-, también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la Acción de Repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario.

Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública.

En consecuencia, carecen de todo fundamento las afirmaciones de la demandante sobre la supuesta violación al principio de igualdad pues, según se analizó, con el establecimiento de las presunciones de dolo y de culpa grave en las normas impugnadas no se instituye un tratamiento discriminatorio respecto de los agentes estatales contra quienes se ejerce la Acción de Repetición, sino que se establece un mecanismo procesal con el cual se pretende efectivizar el mandato consagrado en el artículo 90 del Ordenamiento Superior.

Coincide la Corte con el Procurador en que la responsabilidad entendida como el deber de asumir las consecuencias de un acto o hecho no tiene las mismas implicaciones en las distintas áreas del derecho, pues en materia penal es de carácter personal al paso que en materia civil es de naturaleza patrimonial. De ahí que la culpa en materia penal nunca se presume, al paso que en el campo del derecho civil puede presumirse como sucede en las hipótesis a que se refieren los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 bajo revisión. Estas observaciones resultan válidas para desvirtuar el reparo del actor por presunta violación a la presunción de inocencia, máxime si se tiene presente que el artículo 2° del mencionado ordenamiento legal define la Acción de Repetición como una acción civil de carácter patrimonial.

Y en cuanto hace a la violación del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta, para la Corte es evidente que el cargo es improcedente, pues la norma Superior no puede ser quebrantada por los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, ya que como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional la presunción de buena fe está orientada a proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él en todas sus *gestiones*, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe (Sentencias C-544 de 1994 y C-540 de 1995). Al efecto, valga recordar que según del artículo 83 Superior *"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 estas"*

(...) Finalmente, observa la Corte que, en términos generales, los hechos en los que se fundamentan las presunciones de dolo y de culpa grave consagradas en las normas que se impugnan, se refieren a probabilidades fundadas en la experiencia que por ser razonables o verosímiles permiten deducir la existencia del hecho presumido. Así mismo, aprecia que dichas presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas pues al facilitar el ejercicio de la Acción de Repetición en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)

Por las razones anteriores, la Corte declarará la exequibilidad de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, pero sólo en relación con los cargos analizados en el curso de la presente providencia. (Corte Constitucional sent. C-374, 2002)

Así mismo la Corte Constitucional ha planteado que es necesario resaltar que la Acción de Repetición es viable una vez se demuestre que hubo dolo o culpa grave del agente estatal, pues si bien el principio o razón jurídica es la protección del patrimonio económico del Estado, su finalidad es eminentemente reparatoria o resarcitoria y dicha responsabilidad está determinada por el criterio normativo de imputación subjetiva que se estructura con base en el dolo y la culpa por la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente. Así lo explicó la Corte Constitucional en sentencia del magistrado Escobar Gil (2001):

(...) Por último, es importante resaltar que la Acción de Repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política .

Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública". (Corte Constitucional sent. C-832, 2001)

Respecto a la obligatoriedad de iniciar la Acción de Repetición, impuesta en el artículo 4 de la ley 678 de 2001, ésta se complementa con la integración del Comité de Conciliación, el cual ya había sido reglamentado a través del Decreto 1214 de 2000 y es el que adopta la decisión de interponer la correspondiente acción cuando se evidencie la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal e incluso cuando existan dudas acerca de su proceder, pues de acuerdo a lo indicado por el jurista Galindo Vacha el escenario jurídico es el propicio para dilucidar las controversias acerca de las conductas de los agentes estatales en cumplimiento de sus funciones públicas:

En primer lugar, cuándo y cómo se decide la iniciación de un proceso resarcitorio en contra del servidor o ex servidor. La respuesta está dada por la Ley, la que previó las condiciones y circunstancias en que resulta procedente la pretensión, tal y como quedó visto. Con todo, para examinar en cada caso particular su procedencia, se estableció en el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 la existencia de los Comités de Conciliación en el seno de las entidades públicas de los diferentes órdenes, mientras que por el Decreto 1214 de 2000 se reglamentó su funcionamiento. En el numeral quinto del artículo 5^o del Decreto se previó como función de los Comités la evaluación de los procesos fallados en contra de la entidad para determinar la procedencia de la Acción de Repetición, y en el artículo 12 se hizo patente la decisión del Comité como mecanismo para dar inicio al proceso judicial. Entonces, será en el seno del referido Comité en donde se evaluará y decidirá motivadamente sobre la iniciación del proceso en contra del servidor público.

Sin embargo, es factible que existan dudas o variadas interpretaciones sobre si se encuentran acreditados los presupuestos de repetición en un caso concreto. Surgirá entonces la inquietud de determinar si se debe, iniciar o no el proceso. Dadas las particulares exigencias de la ley respecto del término para demandar, de la legitimidad para hacerlo en el término de seis meses luego del pago de la condena, de las presunciones de dolo y culpa graves, y de la espada de Damocles que pende sobre el representante legal de la entidad, lo más aconsejable es que en esas hipótesis la decisión fuere interponer la demanda y que el escenario judicial sea el propicio para el debate de la controversia; que allí se llegue a una decisión respecto de las inquietudes fácticas, probatorias o jurídicas del caso concreto.

Será el juez quien dilucidará el conflicto, luego del trámite de las etapas procesales de contradicción, prueba y alegaciones. (Galindo, 2006)

Es importante destacar el Decreto 1214 de 2000, que estableció las funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la ley 446 de 1998, motivado, entre otras, en el deber contemplado en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, de repetir cuando el Estado es condenado, como herramienta de protección y defensa de los intereses públicos; así mismo, dicho Decreto menciona la necesidad de diseñar y desarrollar políticas integrales de defensa de los intereses públicos en litigio y de prevención del daño antijurídico estatal. Se debe destacar como la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio de Justicia y del Derecho era la oficina encargada de recibir los reportes de las diferentes entidades públicas alrededor de las Acciones de Repetición y llamamiento en Garantía que se establecieron y las oficinas de Control Interno tenían como función verificar el cumplimiento de este Decreto.

En el tema de conciliación surge un cuestionamiento y es que si realizada la conciliación entre demandante y administración continúa el proceso contra el funcionario público o la entidad tiene el derecho a iniciar la Acción de Repetición, cuando no se ha dirimido si en realidad existió responsabilidad del Estado y menos aún se ha establecido la responsabilidad del funcionario, aunque la interpretación daría lugar a establecer dicha responsabilidad en la Acción de Repetición. Sin embargo el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia indica que se debe iniciar la Acción de Repetición solo en el evento de resultar condenado el Estado, para lo cual la ley 678 de 2001 trajo una adición al respecto, al indicar que se puede iniciar como consecuencia de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

En el caso concreto, en el cual respecto de algunos demandantes se produce la terminación del proceso, por conciliación total respecto de sus pretensiones, el acuerdo aprobado por el a-quo tiene el alcance de cosa juzgada, pero sólo en frente de la primera relación (demandante-demandado), puesto que la segunda (demandado-llamado en garantía), debe definirse en el fallo; razón por la cual nada impide que el proceso continúe entre la entidad demandada y el llamado, a fin de establecer si la conducta de este último estuvo afectada de dolo o culpa grave y la incidencia que tuvo tal comportamiento en la responsabilidad imputada a la administración" (Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, Providencia del 9 de diciembre de 1998). (Mora & Rivera, 2008)

Respecto a la legitimación en la causa por activa, son las entidades públicas las facultadas para iniciar la Acción de Repetición, el tratadista Galindo Vachá ilustra acerca de las personas jurídicas facultadas para presentarla y el tiempo contemplado por la ley 678 de 2001 para ejercerla, con la salvedad de que vencido el termino deberá hacerlo el Ministerio público o el Ministerio del Interior y de Justicia:

Las partes legitimadas para iniciar la Acción de Repetición serán aquellas que hubieren sido condenadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo a realizar, en favor de terceros, pagos de alguna suma de dinero, por virtud de la formulación de demandas fincadas en pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales o de Reparación Directa, o de acuerdos conciliatorios celebrados de conformidad con la ley.

Según el artículo octavo de la Ley 678 de 2001, la entidad estará habilitada para iniciar el trámite judicial en un plazo de seis meses contado desde el pago total o de la última cuota del valor fijado en la sentencia condenatoria o en el acuerdo conciliatorio. Si ello no acontece, quedarán entonces legitimado para hacerlo el Ministerio Público o la Nación-Ministerio del Interior y de justicia en la hipótesis en que la perjudicada hubiere sido una entidad pública del orden nacional. Si el representante legal de la entidad condenada no hubiere iniciado la Acción de Repetición en el término de seis meses, quedará incurso en la causal de destitución.

Con todo, cualquier persona podrá requerir a las entidades públicas legitimadas para que den inicio a la Acción de Repetición, según lo previó el parágrafo primero del artículo 8^o de la precitada ley. Si bien allí se estableció la posibilidad de intervención ciudadana para solicitar la iniciación del proceso de repetición ante las autoridades públicas, esa facultad no habilita a los administrados para iniciar dicho proceso. La legitimación para iniciar el proceso radica única y exclusivamente en las autoridades previamente mencionadas. (Galindo, 2006)

Debe ejercer la Acción de Repetición la Institución pública, a través de su representante legal, que asume la responsabilidad y es obligada a pagar como consecuencia de una sentencia de condena, una conciliación o cualquier otra forma de solución legal de un conflicto, la cual queda facultada para iniciar el proceso de Acción de Repetición en contra del agente Estatal dentro del plazo de seis meses. Debe indicarse que además de que se consagró la obligación a los representantes legales de las entidades públicas de iniciar la Acción de Repetición, igualmente definió el carácter de indesistible para garantizar los principios de transparencia, interés general y defensa del patrimonio público; se destaca que cualquier ciudadano en virtud del principio de participación

ciudadana puede requerir a las entidades públicas con el fin de que iniciaran la acción, generando la obligación que la entidad dé respuesta a dicha petición.

Respecto a la legitimación en la causa por activa consagrada en la ley 678 de 2001, el Consejo de Estado ha realizado diferentes pronunciamientos, que ilustran los mecanismos y las características que tiene dicha norma; sobre esta temática el Consejero Mauricio Fajardo Gómez (2008), planteo sobre los sujetos procesales lo siguiente:

En cuanto al extremo activo, el primer legitimado para interponer la Acción de Repetición es el ente jurídico de derecho público que pagó el valor de la condena o de la conciliación. En su defecto y siempre que la entidad pública afectada no hubiere ejercido la acción durante los seis (6) meses siguientes al pago total o de la última cuota de la respectiva condena, podrá hacerlo el Ministerio Público en cualquier caso y la Nación - Ministerio del Interior y de Justicia cuando el pago hubiere sido efectuado por una entidad del orden nacional.

Otra característica de la Acción de Repetición radica en su obligatoriedad, lo cual significa que cuando se presenten los respectivos supuestos, el representante legal de la entidad pública legitimada está en la obligación de instaurarla. La omisión de este deber constituye falta disciplinaria gravísima, sancionable con destitución.

Pese a no tratarse de una acción pública, en cuanto se encuentra de por medio el interés general, en principio y de conformidad con los términos categóricos del artículo 9° de la Ley 678, no es posible desistir de la Acción de Repetición, no obstante lo cual resulta claro que los artículos 12 y 21 de la misma Ley 678 autorizan y contemplan la posibilidad de que el proceso judicial termine anticipadamente por conciliación.

(...)La Corte Constitucional ha sostenido que, por tratarse de un tema que pertenece a la esfera de la libre configuración del legislador, no resulta contrario a la Carta que el término de caducidad esté determinado por la fecha de pago de la condena por parte de la entidad, sin embargo, la Corte declaró exequible la disposición del C. C. A., que establece el término de caducidad de la Acción de Repetición, pero de manera condicionada: *“bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo”*. (Consejo de Estado exp.25839, 2008)

Cabe analizar que respecto al servidor público es indefinido el término de caducidad para que inicien la Acción de Repetición en su contra, toda vez que se calcula a partir del pago de la entidad al demandante y no a partir del momento en queda la sentencia, que ordena la condena, en firme.

En ese sentido, la entidad al demorarse al realizar el pago al perjudicado incrementa el término de caducidad para el servidor público, lo que lo hace indefinido. Sin embargo dicha situación se ha controvertido por los doctrinantes en el sentido de que la caducidad protege el interés general.

Respecto a la caducidad indicada en el artículo 13 núm. 9 del C.C.A.:

La caducidad es una institución jurídica procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.

Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.

...En lo concerniente a la Acción de Repetición, la caducidad, aparte de las características y elementos antes anotados, tiene como propósito fundamental propender por la eficiencia de la administración, al señalarle un plazo perentorio para que pueda acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a demandar a sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro de los pagos que haya debido realizar como resultado de su conducta dolosa o gravemente culposa.

Análisis de constitucionalidad de la norma cuestionada. El actor argumenta que el artículo 136 numeral 9 del Código Contencioso Administrativo, vulnera los derechos a la igualdad y al debido proceso, porque la fijación de la fecha de pago como el momento a partir del cual se comienza a contar el término de caducidad, comporta cierto grado de indeterminación, sobre la base de que el funcionario, transcurridos varios años desde la ocurrencia de los hechos, puede verse abocado a responder patrimonialmente en virtud de la Acción de Repetición.

(...)Se tiene, pues, que uno de los requisitos de la Acción de Repetición es el pago de la condena que haya sufrido la Administración, y por consiguiente, resulta razonable que se haya fijado el momento en que se realiza ese acto jurídico como punto de partida para computar el término de caducidad. (Mora & Rivera, 2008)

En dicho sentido se demandó el artículo 136 numeral 9 del C.C.A.; otro argumento que indica el autor en mención es que la entidad no puede determinar el momento del pago pues el pago depende de estrictas normas presupuestales:

Por otra parte, contrariamente a lo que afirma el demandante, la entidad no puede, a su arbitrio, determinar el momento definitivo del pago, ya que el cumplimiento de esa obligación se encuentra sujeto a estrictas normas presupuestales.'

...De lo anterior se infiere, que como en razón del principio de legalidad del gasto público (artículos 345 y 346 de la Constitución), el Estado no puede, a diferencia de los particulares, disponer inmediatamente de sus recursos para el cumplimiento de las condenas a su cargo, la ley razonablemente le ha otorgado un plazo de dieciocho meses para realizar los trámites para el pago de las mismas, so pena de sanciones disciplinarias a los funcionarios que no procedan de acuerdo con el trámite anteriormente explicado.

Por lo tanto, el Estado cuenta con un término preciso para efectuar el respectivo trámite presupuestal para efectos de cancelar el monto de la condena judicial por los perjuicios causados a los particulares.

En síntesis es viable afirmar, que el plazo con que cuenta la entidad para realizar el pago de las sentencias de condena en su contra, no es indeterminado, y por lo tanto, el funcionario presuntamente responsable, objeto de la Acción de Repetición, no tendrá que esperar años para poder ejercer su derecho de defensa.

Si esta fecha no fuera determinada, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso, ya que esto implicaría una prerrogativa desproporcionada para la Administración, y las prerrogativas deben ser proporcionadas con la finalidad que persiguen.

...En el presente caso no es así, puesto que los sujetos en una y otra situación son diferentes mientras en la Acción de Repetición el legitimado en la causa por activa es la Administración, que su titular del poder de imperium del Estado y se le encomienda la gestión del interés público, en las demás acciones contenciosas por regla general y en virtud del privilegio de la decisión previa ejecutoria el demandante es un particular. La naturaleza de los sujetos procesales y los términos en que uno y otro deben someterse a la contingencia de una acción en su contra son diferentes, lo cual implica que las condiciones en que el Estado y los particulares enfrentan la carga procesal de la caducidad no sea susceptible de comparación.

Además de la diferencia de situaciones de los sujetos activos en las respectivas acciones, tampoco es posible equiparar los bienes jurídicos afectados con la fijación del término de caducidad en las diferentes acciones. En un caso se restringe el acceso de los particulares a la administración de justicia, mientras en la Acción de Repetición se está restringiendo el acceso de la Administración. Por supuesto, el interés que los particulares tienen para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa es de una naturaleza distinta al que tiene la Administración. Existe un interés público en la recuperación del patrimonio perdido como

consecuencia de la responsabilidad del estado por culpa de uno de sus servidores: recuperar el patrimonio público y preservar el principio de eficiencia en la función pública. Por el contrario, el interés que tienen los particulares en obtener el restablecimiento de sus derechos o la reparación patrimonial por un daño es eminentemente privado.

Estas diferencias en la situación jurídica en que los sujetos enfrentan la contingencia de una acción en su contra, y en cuanto a los bienes jurídicos en juego impiden comparar el término de caducidad entre la Acción de Repetición con el de las otras acciones contencioso administrativas". (Mora & Rivera, 2008)

1345 Frente al tema de la caducidad vale la pena destacar los aportes realizados por la doctora Corina Duque Ayala (2012) durante la sustentación del presente trabajo de investigación, toda vez que a pesar de que algunas entidades del sector estatal inician las acciones de Repetición en los términos contemplados en la ley, evitando que opere la caducidad; se presenta en la práctica y desde su experiencia como juez administrativa, situaciones en las que la entidad demandante no realiza los trámites suficientes para dar impulso procesal a la acción iniciada, omitiendo el pago para el trámite de la notificación personal al demandado, lo que genera demoras que dan lugar a que opere la prescripción por no realizarse la notificación personal dentro del año, una vez notificado el Auto admisorio de la demanda al accionante. Dicha situación consagrada en el artículo 90 del código de procedimiento civil ha permitido que en muchas de la Acciones de Repetición opere la caducidad por negligencia de la entidad estatal. Se transcribe lo indicado en la norma:

ARTÍCULO 90. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCION EN MORA. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado. (Código de Procedimiento Civil)

Lo anterior permite proponer un cambio sustancial en la normatividad que permita al juez ordenar de oficio adelantar el trámite procedimental de notificación al demandado para evitar la inoperancia de la Acción de Repetición, e igualmente sancionar tales conductas procesales dilatorias.

Por lo indicado queda en evidencia que las entidades estatales solamente presentan la Acción de Repetición para cumplir con lo ordenado en la ley y evitar las sanciones disciplinarias por el incumplimiento del mandato legal.

Respecto a la procedencia de que el particular ejerza directamente la reparación por el daño sufrido contra el funcionario público, ha habido diversas tesis de los altos tribunales que se contraponen frente a dicha posibilidad, en algunos casos se ha dicho que no es posible que se inicie dicha acción contra el funcionario público y en otros casos que si es procedente en virtud del artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, en ese sentido cabe mencionar la sentencia de la Corte Constitucional del Magistrado ponente Barrera Carbonell, que ha ilustrado al respecto:

Según la Constitución, sólo en el evento de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial del daño antijurídico, que haya sido determinado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, puede aquél repetir lo pagado contra éste. Ello significa, en consecuencia, que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño. Con ello se garantiza, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurada con el respaldo patrimonial del Estado, y, de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la Acción de Repetición.

(...)Sólo después de que se declare la responsabilidad y se condene a la entidad pública, es cuando ésta puede repetir contra el funcionario. De manera que con la demanda simultánea de la entidad y del agente no se vulnera la norma constitucional, sino que se atiende a la economía procesal, porque en un mismo proceso se deduce la responsabilidad que a cada uno de ellos corresponde. La norma debe interpretarse en el sentido de que únicamente puede perseguirse al funcionario por la vía de la Acción de Repetición, sólo después de que se haya resuelto mediante sentencia la condena del Estado por el daño antijurídico por el cual debe responder. La demanda que pueda incoar el perjudicado contra la entidad responsable o contra su agente, de manera conjunta o independientemente, no contraviene el artículo 90 de la Constitución, porque la norma acusada no autoriza que se pueda perseguir exclusivamente al funcionario, sin reclamar la indemnización del Estado.(Corte Constitucional sent. C-430, 2000)

Se debe indicar que además de la Acción de Repetición, el Estado cuenta con la facultad de llamar en garantía al agente estatal con el fin de que asuma la responsabilidad que por su culpa grave o

dolo causó, ocasionando perjuicios, lo cual también se consagró en la legislación a partir de la expedición del Código Contencioso Administrativo, en caso de que el demandante no hubiese interpuesto la acción en contra del funcionario público responsable. En ese sentido, también se facultó al Ministerio Público para llamar en garantía al agente estatal que causará los perjuicios objeto de reparación, correspondiéndoles, entonces, tanto a la administración o al Ministerio Público la carga de la prueba para endilgar la responsabilidad del funcionario que actuó con culpa grave o dolo.

Respecto al llamamiento en garantía consagrado en el artículo 19 de la ley 678 de 2001, el jurista Juan Carlos Galindo Vachá indicó:

(...)El llamamiento en garantía constituye una herramienta procesal dirigida a la vinculación de terceras personas al proceso, con la finalidad de lograr que en caso de condena del demandado, aquellas tengan la obligación de reembolsar los valores debidos por este. Fue consagrada de antaño en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, e incluida en el original artículo 217 del Decreto No. 01 de 1984 para los procesos relativos a contratos y Reparación Directa, modificado por el artículo 54 del Decreto 2304 de 1989. Procederá esta petición, a más tardar, hasta el último día de fijación en lista.

Es uno de los mecanismos que da realidad a aquel principio de la economía procesal, permitiendo que en una misma litis sean examinadas, contradichas y acreditadas varias relaciones jurídicas entre diversos sujetos, para que en un mismo pronunciamiento judicial se resuelva sobre todas ellas.

La Ley 678 de 2001 irrumpió también en este campo cuando incluyó normas relativas al llamamiento en garantía de funcionarios o ex funcionario públicos. Allí amplió la posibilidad del llamamiento en garantía a los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, y radicó en cabeza de la entidad perjudicada y del Ministerio Público la legitimidad para formalizar esa petición particularmente de servidores públicos- siempre y cuando exista al menos prueba sumaria de que hubieren actuado con dolo o culpa grave, con la salvedad de las hipótesis de haber argüido en la contestación de la demanda excepciones relativas a la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor, que de por sí eliminarían la posibilidad de responsabilidad del agente. (Galindo, 2006)

En el mismo sentido lo indicó el ex Consejero de Estado, Ricardo Hoyos (2002), explicando el alcance de los artículos 56 y 57 del código de Procedimiento Civil que indican el procedimiento para efectuar el llamamiento en garantía:

Esto significa que en los eventos en los cuales el daño es imputable a la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente público éste se convierte en un tercero y, por lo tanto, puede ser vinculado al proceso a través de figuras como el llamamiento en garantía.

Esta figura procesal de intervención de terceros está prevista por vía general en el Código Contencioso Administrativo para los procesos relativos a controversias contractuales y de Reparación Directa (art. 217), que, como dijimos antes, constituye el género frente a la Acción de Repetición.

(...) Esa posición fue precisada en decisiones posteriores para señalar que al efectuar el llamamiento en garantía el Estado tiene la carga de invocar en la demanda los hechos, situaciones o informaciones que indiquen un eventual comportamiento doloso o gravemente culposo del funcionario respectivo:

‘Si el Estado formulara sin razón ni medida tantos llamamientos como procesos se le entablaran, desestimularía el ejercicio eficiente de la actuación administrativa o judicial, a la vez que colocaría en situación de eventuales "demandados" a todos y cada uno de sus servidores. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 9 de julio de 1998, exp. 14.480)´

(...) ‘Cuando la administración o el Ministerio Público llama a un tercero, lo hace no porque tenga de antemano la prueba de esa conducta dolosa o gravemente culposa sino porque estima que pueden probarse tales supuestos dentro del proceso. Tan cierto es esto que la que formula el llamamiento tendrá la carga de probar los supuestos que configuran tal clase de conducta.

En otros términos, el hecho de aceptar un llamamiento no implica condena para nadie sólo se busca, por economía procesal, lograr la efectividad de la repetición ordenada en la Carta como sanción al funcionario que actuó con dolo o con culpa grave. (Consejo de Estado exp. 11.208, 2005)´

El ex Consejero de Estado, Ricardo Hoyos (2002), igualmente manifestó respecto a la intervención del Ministerio Público en las Acciones de Repetición lo siguiente:

A pesar de que esa norma señala que quien puede efectuar el llamamiento es la parte demandada, el Consejo de Estado le reconoció esa facultad al Ministerio Público, solución que hoy recoge el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, con fundamento en las siguientes razones:

(...) Por su parte, el artículo 277 de la misma Carta Constitucional atribuye al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre otras, las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes; defender los intereses de la sociedad; intervenir en los procesos ante las autoridades judiciales y administrativas,

cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Por ello, no resulta exótico que el delegado de la Procuraduría General de la Nación en determinado proceso, tomando en consideración las funciones que ésta debe cumplir, como quedó visto a voces del artículo 277 de la Carta Política, opte por abogar por la defensa de los intereses del ente público demandado, en condiciones y términos previstos por la última parte de la preceptiva contenida en el artículo 90 de la referida Carta Política, todo con miras a repetir del funcionario público que hubiere dado lugar a la condena por su proceder doloso o gravemente culposo. Se entiende que el Ministerio Público así procederá por razones de unidad y economía procesales, para defender intereses económicos del ente público respectivo como con esta interpretación integral o sistemática de las disposiciones legales o constitucionales atrás referidas, los señores agentes delegados de la Procuraduría que intervienen en los procesos contencioso administrativos, sí están legitimados para hacer llamamiento en garantía en condiciones y términos previsto por los artículos 217 del CCA, 57 y 58 del CPC (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp.8034,1993)´

De otro lado el doctrinante Galindo Vachá, indicó sobre la intervención del Ministerio Público en la Acción de Repetición lo siguiente:

El Ministerio Público, bajo las precisas instrucciones señaladas por el señor Procurador General de la Nación por medio de la Resolución No. 317 del 6 de octubre de 2005, ha señalado a los procuradores delegados y judiciales los parámetros de intervención obligatoria en los procesos de repetición. De igual manera, por medio de la Circular 027 de 13 de mayo de 2004, el señor Procurador señaló directrices a los agentes del Ministerio Público, para la promoción de llamamientos en garantía con fines de repetición, en los temas de traslados de servidores públicos que son padres cabeza de familia y de desvinculación del cargo de servidora en estado de embarazo. Además de lo anterior, los procuradores delegados ante el Consejo de Estado y los procuradores judiciales deberán atender los mandatos legales, y cuando evidencien las circunstancias previstas en los artículos segundos y siguientes de la Ley 678 de 2001, deben iniciar las acciones correspondientes.

En este punto, importa destacar que durante los años 2001 a 2004, los agentes del Ministerio Público han iniciado setenta y ocho (78) procesos de repetición en favor de diversas entidades públicas y tres (3) en contra de ex servidores de la Procuraduría General de la Nación. Estas últimas demandas han sido dirigidas contra un Procurador General de la

Nación y dos Procuradores Generales de la Nación encargados, lo cual pone de presente la utilización del mecanismo de la Acción de Repetición en contra de sus propios agentes o ex agentes, como lo manda la Constitución y la ley. Han sido casos en que la jurisdicción de lo contencioso ha determinado la ocurrencia de fenómenos de desviación de poder y condenado a la entidad al pago de sumas de dinero. En estas ocasiones, el Comité de Conciliación de la Procuraduría ha examinado cada caso, lo ha debatido y ha tomado las decisiones motivadas de formular las correspondientes pretensiones de repetición.

En materia de llamamientos en garantía, los agentes del Ministerio Público han presentado, entre los años 2000 a 2004, seiscientos cincuenta y tres (653) llamamientos en garantía de servidores o ex servidores públicos, y en el curso del año han sido formuladas ciento catorce (114) solicitudes. Principalmente en asuntos laborales administrativos de supresiones de cargos, violaciones a los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, y en temas relativos a contratos. (Galindo, 2006)

En relación a la intervención del agente estatal en el proceso judicial en el que se controvierte la responsabilidad patrimonial del Estado, algunos doctrinantes han indicado que lo contemplado respecto al llamamiento en garantía de la ley 678 de 2001, no fue lo consagrado por el artículo 90 de la Constitución Política, e incluso fue discutido por la Asamblea Constituyente superándose el tema de la intervención del agente estatal en el proceso de responsabilidad con el fin de garantizar la independencia e imparcialidad de sus actos, eliminándose la posibilidad de que el agente estatal y la víctima participen del mismo proceso judicial. Así lo indica el abogado y catedrático universitario Martín Bermúdez Muñoz:

Si se mira el problema desde la perspectiva del agente estatal, que fuera analizada por el Constituyente al regular su responsabilidad, y si se tiene en cuenta los valores de independencia y eficacia del servicio, resulta indudable que su situación es distinta, a la luz del artículo 90 de la C. P. y a la luz de lo dispuesto en la Ley 678.

De acuerdo con el texto constitucional, el agente sabe que la responsabilidad derivada de sus actuaciones sólo podrá ser comprometida como resultado de una demanda instaurada por el Estado luego de que éste sea condenado a pagar perjuicios a la víctima; luego de que dichos perjuicios hayan sido efectivamente cancelados; y siempre y cuando el Estado, en dicho momento, estime que el agente estatal fue el causante del daño y obró con dolo o culpa grave.

Por el contrario, de acuerdo con la Ley 678, el agente en el ejercicio de sus funciones sabrá -o temerá- que para la determinación de su responsabilidad derivada de dicho ejercicio el Estado va a llamarlo en garantía en un proceso instaurado por la víctima, la cual tendrá la

condición de parte en el mismo en todas las facultades inherentes a dicha condición y en el cual, aunque bajo concepción de la Ley 678 se exige la "prueba sumaria de su responsabilidad", podrán ser embargados sus bienes desde la formulación del llamamiento en garantía. (Bermudez, 2002)

Respecto a la Jurisdicción, competencia y ejecución de la Acción de Repetición el doctrinante Betancur (2002) indica:

La acción será del conocimiento de la jurisdicción administrativa; y será competente el juez o tribunal que tramitó el proceso de responsabilidad patrimonial, nulidad y restablecimiento, Reparación Directa o contractual) con sujeción a las reglas de competencia señaladas en el código administrativo para estas acciones. En este orden de ideas, el procedimiento a seguir será el ordinario propio de las mismas. La acción será también de la jurisdicción administrativa cuando la entidad pública haya pagado la condena, derivada de una conciliación u otra forma de terminación del conflicto, en similares asuntos, "por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo".

(...)Si la parte obligada no ha cumplido totalmente la obligación, el mismo juez del proceso de conocimiento será el competente para la ejecución, sin levantar las medidas cautelares que se hayan decretado. (Betancur, 2002)

Pero realmente fue a partir de la expedición de la ley 446 de 1998, la cual modificó algunos artículos del Código Contencioso Administrativo, que se configuró expresamente el trámite procedimental para la implementación de la Acción de Repetición como régimen general, toda vez que dicho código no había indicado la forma de iniciarla; fue así como dicha ley subrogó el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo y contempló que mediante la Acción de Reparación Directa se debía promover la reparación del daño cuando la entidad pública resultare condenada o hubiere conciliado por culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público. Artículo que posteriormente fue ratificado por la ley 678 de 2001, la cual ratificó que el trámite procedimental de la Acción de Repetición corresponde al previsto por el Código Contencioso Administrativo para la acción de Reparación Directa.

Dicho artículo del Código Contencioso Administrativo (1984) indica lo siguiente:

Artículo 86. Acción de Reparación Directa. <Subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998>: La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando

la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

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. (Código Contencioso Administrativo, 1984)

De la misma forma, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, estableció en el artículo 71 la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por los daños antijurídicos a cuya reparación sea condenado el Estado. Y el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, retomó la jurisprudencia de la Corporación en relación con el carácter de acción de Reparación Directa de aquella impetrada por la administración en contra del agente que ha causado el daño con su actuación dolosa o gravemente culposa (Auto de 8 de abril de 1994, Rad. AR-001), para determinar que las entidades públicas debían promover la acción de Reparación Directa cuando resultaban condenadas o hubieran 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 resultaban perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública (Consejo de Estado exp 16411, 2008)

B. Reflexiones sobre los resultados de la implementación de la Acción de Regreso en la legislación Española. Análisis comparativo de los resultados de implementación de la Acción de Repetición y la Acción de Regreso en la legislación española.

Antes de mencionar la aplicación de la Acción de Regreso en la legislación española, es necesario resaltar algunos aspectos de la influencia del derecho español en el derecho administrativo Colombiano; en ese sentido y según Celemín y Roa (2004, pp.24) la controversia sobre el origen del derecho administrativo y de la institución de la responsabilidad del Estado en Colombia, se encuentra vigente, ya que existen dos tendencias, una de las cuales plantea su origen en el derecho francés, mientras que otros, lo dejan en manos del derecho español.

Indicaron los autores mencionados que una de las hipótesis más importantes atribuyen el origen del derecho administrativo en América Latina y en Colombia, al derecho español, pues desde la colonia la primera institución que ejerció el control de la actividad administrativa en el continente americano, se denominó la Real Audiencia, institución que se remonta al siglo XVI consagrada en la Legislación de Indias. Sobre estos aspectos, citaron el tratadista Santofimio (2003), quien plantea:

El derecho indiano, el formado en las necesidades de América y la voluntad política del monarca español, es la base indiscutible a partir de la cual se forman los derechos nacionales hispanoamericanos. El derecho indiano desarrolló un interesante e importante sistema de carácter eminentemente judicialista que entregaba ese control básicamente a las llamadas reales audiencias. Anotamos que estos mecanismos de control, en nuestra opinión, son los verdaderos antecedentes del contencioso administrativo colombiano, inicialmente en su versión judicialista que dominó durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX. (Santofimio, 2003)

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, con ponencia del magistrado Martínez Caballero, expuso cuales fueron los antecedentes doctrinales, jurisprudenciales y constitucionales españoles, evidenciando la notoria influencia de la legislación española que sirvió para la regulación del artículo 90 C.P., sostuvo que:

Así, desde el punto de vista histórico, en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, se observa la intención de plasmar en la normatividad constitucional esta noción de daño antijurídico, que es tomado a su vez del artículo 106 de la Constitución

española que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:

“El sistema español consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que no representa un mecanismo sancionatorio: la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta.”
(Corte Constitucional sent. C-333, 1996)

Teniendo en cuenta la gran influencia del derecho administrativo español, en la formulación e interpretación de nuestro artículo 90 de la Constitución Política, se realizará a continuación un análisis en la legislación española, que ha desarrollado de tiempo atrás la Acción de Repetición, conocida como “Acción de Regreso”, que permitirá hacer comparaciones frente a los resultados en la implementación de dicha acción con este país.

La legislación española ha definido en su normas “la Acción de Regreso” la cual guarda semejanza en la legislación colombiana con la “Acción de Repetición”, consagrada en la ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado y el llamamiento en garantía de estos con fines de repetición. Son conocidos el impacto e influencia que ha tenido el Estado español en muchas de las realidades de Colombia, en aspectos políticos, culturales, sociales, económicos, entre otros y nuestra Carta Magna y la legislación no son excepción, ejemplo de ello ha sido la consagración de la responsabilidad patrimonial del Estado con la figura del daño antijurídico, plasmada en nuestra Constitución Política en el artículo 90, incluyéndose en el citado artículo los fundamentos de la responsabilidad personal de sus agentes, al ordenarle al Estado que repita contra estos cuando su condena a la reparación patrimonial sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de tales agentes.

Es necesario, de acuerdo a lo anterior, realizar una breve descripción de la norma, del desarrollo y estado actual de la “Acción de Regreso” española, consagrada en las leyes 30 de 1992 y su reformativa ley 4 de 1999 que enmarcan el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de dicho Estado, presentando además, el análisis comparativo de los resultados de la aplicación de esta figura legal en la legislación española con la correspondiente normatividad colombiana.

La Acción de Regreso está consagrada en el artículo 145 de la ley 30 de 1992, modificada por la Ley 4 de 1999 en la legislación española y contempla en su texto:

Artículo 145. Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso". (España, Ley 4 de 1999)

Respecto a los supuestos y requisitos de la Acción de Regreso el doctor Luis Martín Rebollo (2000), Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria plantea la siguiente reflexión:

La posibilidad de que la Administración que ha pagado repercuta contra el funcionario responsable ha existido siempre y así se contempla ahora en la nueva regulación de la Ley 30/1992: el ya citado art. 145.2. Se trata de un elemento compensador de un sistema muy generoso de responsabilidad pública, que protege a la víctima, pero que "de no prever la Acción de Regreso" dejaría impune al causante personal, perpetuando así las condiciones que dieron lugar al daño y al subsiguiente gasto público.

Ahora bien, es muy difícil poner en marcha el mecanismo de la Acción de Regreso. Apenas hay ejemplos y apenas cabe ejemplificar con datos extraídos de los repertorios jurisprudenciales. A pesar de ello, hay que explicar cómo funciona, más en la teoría que en la práctica, una previsión que la nueva normativa impone ya no como una posibilidad sino como una obligación. (Rebollo, 2000)

Sobre estos aspectos de la Acción de Regreso en la legislación española, en los requisitos y a la obligatoriedad o no de su aplicación el profesor Rebollo (2000) indica:

El precepto se refiere a cualquier empleado público, se halle ligado a la Administración por vínculos funcionariales, estatutarios o laborales. Y parece que obliga a la Administración a

exigir la responsabilidad personal de sus empleados si se dan las circunstancias o presupuestos de hecho de la norma. Esa es la gran novedad de la reforma de 1999: que convierte en obligado lo que antes era, únicamente, potestativo. En tal sentido se pronuncian todos los autores que han comentado la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999 y así también lo apunta el Consejo de Estado que, en su Dictamen de 22 de enero de 1998 a propósito de la reforma, habla justamente de la pretensión de “dar efectividad” a una previsión hasta entonces realmente inédita.

(...)En todo caso, el ejercicio de la acción presupone dos requisitos: a) que la víctima haya sido indemnizada ya por la Administración que ejerce la Acción de Regreso; y b) que el causante directo del daño haya actuado mediando “dolo, o culpa o negligencia graves”. El primer requisito parte de la base de que la víctima se ha dirigido a la Administración responsable del servicio y ha obtenido de ella una indemnización, bien de forma voluntaria tras el correspondiente expediente administrativo, bien tras una condena de la jurisdicción contenciosa a la que el dañado acude impugnando el acto, expreso o presunto, denegatorio. (...)El segundo requisito hace referencia al dolo, culpa o negligencia *graves* con que debe haber obrado el causante del daño. La norma, como ya sucedía antes, incorpora un “plus” de protección del empleado, que sólo responde en caso de dolo, culpa o negligencia, que además han de ser “graves”. La finalidad de esta limitación es obvia. Se trata de proteger al empleado por los errores o imprudencias que cometa, que son asumidos por la Administración que paga al dañado. Pero no hasta el punto de cubrir el daño intencionado o la impericia grave.

(...) Con todo, la Ley señala que se tendrán en cuenta criterios de ponderación a la hora de exigir la responsabilidad y cita, entre otros, “el resultado dañoso producido , la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso” (art. 145.2).La mera existencia de estos criterios de ponderación matiza también la pretendida obligatoriedad del ejercicio de la Acción de Regreso a que antes me refería. Y ello porque si el resultado dañoso no es singularmente grave, no ha habido intencionalidad o no se puede afirmar la responsabilidad profesional, el expediente puede acabar en la exoneración personal. Se comprenderá, entonces, el gran margen de apreciación que existe a la hora de determinar esos parámetros de referencia cuando no viene en la norma. Y, más aún, a la hora de apreciar la “gravedad” de la culpa o la negligencia profesional”

(...) El resultado último del ejercicio de la Acción de Regreso no implica necesariamente que la Administración deba exigir la cuantía exacta de lo que ella pagó previamente al dañado. Nada impide una repercusión parcial, esto es, nada impide considerar que parte

del daño es imputable personalmente a la actividad gravemente negligente del empleado. Pues bien, en tal caso, sólo respecto de esa parte se podrá exigir la Acción de Regreso, lo que en la práctica se traducirá en la cuantía.

(...) La Ley no establece el plazo que tiene la Administración para activar la Acción de Regreso. Ante esa ausencia se han manifestado varias posturas. Para unos, el plazo es de un año, "en aplicación de las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil", a partir del pago, que es el presupuesto de hecho necesario. Para otros, se puede estar al plazo de cinco años que establece la Ley General Presupuestaria para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública al considerar que no se trata de un supuesto de responsabilidad propiamente sino de un caso de derecho de crédito de la Administración. Por mi parte, entiendo que éste es un plazo excesivo, que no es coherente con las necesidades de una buena administración porque no se puede tener pendiente a un funcionario de la iniciación de una eventual Acción de Regreso tres o cuatro años después de que la Administración haya pagado. (...) De ahí que no resulte impertinente una previsión normativa expresa. (Rebollo, 2000)

De acuerdo con el artículo 145 de la ley 4 de 1999, reformatoria de la ley 30 de 1992, a partir de la entrada en vigor de esta norma dejó de tener vigencia la responsabilidad civil del funcionario, pues la exigencia de responsabilidad se dirige expresamente a la administración, y de acuerdo con Luis Martín Rebollo (2000) en la ponencia "La Acción de Regreso contra los Profesionales Sanitarios" solamente cabe la demanda en vía administrativa contra la entidad pública:

La responsabilidad de la Administración o de sus empleados ha de exigirse siempre a la primera. Y ha de hacer en vía administrativa y, en su caso, Contencioso administrativa. De modo que, en adelante, no cabrán ya demandas civiles contra la Administración, ni sola, ni en demandas conjuntas con un particular. No cabrán tampoco demandas civiles contra el funcionario solo. Y, lo que seguramente es más importante, tampoco procederán las demandas conjuntas contra la Administración y el funcionario. Se pretende la unificación sustantiva y procesal en vía administrativa y, en su caso, en sede contencioso-administrativa.

(...) Tampoco caben demandas Contencioso administrativas en las que se pretenda reclamar la responsabilidad de la Administración y del funcionario. Ya no es posible, en efecto, la opción del dañado de dirigirse civilmente contra el funcionario personalmente Causante del daño. Así se deduce, como se ha indicado, de la propia Ley 30/1992, en cuyo art. 145, bajo la rúbrica "exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al

servicio de las Administraciones Públicas", sólo se contempla la exigencia de dicha responsabilidad a la Administración.

La Ley 4/1999, de reforma de esta Ley, es explícita en su Exposición de Motivos al recordar que desaparece toda referencia a la responsabilidad civil del funcionario "clarificando el régimen instaurado por la Ley 30/1992 de exigencia directa de responsabilidad de la Administración". En concordancia con ello y para evitar cualquier equívoco, se deroga la vieja Ley de 5 de abril de 1904, relativa a la responsabilidad civil de los funcionarios, que, no obstante su teórica vigencia, había caído completamente en desuso. (Rebollo, 2000)

El mencionado académico concluye que la nueva regulación pretende:

Proteger inicialmente al funcionario causante personal del daño; obligar al dañado a reclamar en vía administrativa la responsabilidad del funcionario ante la Administración -y solo ante ella, recurriendo la eventual negativa ante la jurisdicción contenciosa; impedir que los tribunales civiles se pronuncien sobre la eventual responsabilidad del funcionario; impedir también que los tribunales civiles se pronuncien sobre la responsabilidad de la Administración (para lo cual ésta *nunca* podrá ser demandada en dicha vía, ni sola ni con terceros).(Rebollo,2000)

Respecto a la Responsabilidad del funcionario público cuando existe proceso penal y la consecuente sentencia penal el mencionado académico refiere que si cabe la condena civil en los siguientes términos:

Si hay delito, en efecto, la cuestión varía. Aquí sí cabe la condena civil subsiguiente a la penal. En efecto, cuando el daño se produzca mediando una actividad delictiva de una autoridad o funcionario que es procesado y condenado por ello, la Administración aparece como responsable, pero sólo de forma subsidiaria, en ausencia o insolvencia del causante el requisito previo es la condena penal del personal médico por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos. En tales casos la responsabilidad de las Administraciones Públicas (art. 121 del Código Penal) será subsidiaria y no directa. (...)En tales circunstancias no se evitan al productor del daño todo género de inconvenientes. Y, a mi juicio, se trata de una solución criticable por cuanto la naturaleza de esa responsabilidad es la misma que cuando la Administración cubre directamente en vía administrativa, y sin perjuicio de la Acción de Regreso, una actividad dañosa (aunque no delictiva) del funcionario. (Rebollo, 2000)

Respecto a la reforma traída por la ley 4 de 1999 (España), aparecen muchas interpretaciones sobre la expresión "podrá exigir" y la modificación "exigirá de oficio", lo que no representó para

algunos tratadistas españoles una innovación sustancial, pues consideraban que era una obligación para la administración ejercer la Acción de Regreso como una máxima de la ética; igualmente se cuestionan los mecanismos para hacer efectiva dicha obligatoriedad, así lo indicó el tratadista Rebollo:

Ahora bien, el hecho de que ahora se diga que la Administración “exigirá de oficio” la responsabilidad en vez de la expresión anterior (“podrá exigir”) no significa necesariamente un cambio radical. Primero, porque si la Administración está vinculada a la Ley la aparente discrecionalidad del término “podrá” podía interpretarse como una obligación si existía constancia de las circunstancias previstas en la norma. En tal sentido se pronuncia J. González Pérez. Sería algo equivalente al “podrá” del viejo art. 109 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo que la doctrina interpretó como “deberá”. De modo que se entendía que aquí también, como en la máxima ética, si la Administración puede, debe. El precepto no arbitraría una posibilidad, sino que atribuiría una potestad, que la Administración no tendría sin esa previsión.(Rebollo, 2000)

Pero, dejando esa interpretación de lado, el hecho cierto es que, como ya se ha dicho, toda la doctrina alude a la novedad que ha significado la Ley 4/1999 en este punto. Ahora bien, ¿realmente se trata de un cambio radical en la práctica aplicativa?, ¿hay mecanismos para imponerlo?. En definitiva, ¿cómo obligar a la Administración a poner en marcha la Acción de Regreso si no quiere?. Es difícil. Sería preciso admitir una legitimación para acceder a la jurisdicción contenciosa tras la desestimación de una solicitud en tal sentido. Pero, habida cuenta que no hay acción popular, sino que hace falta un interés legítimo privado que defender, la legitimación se convierte en un obstáculo procesal que impide o dificulta mucho el cumplimiento de la revisión legal.

En el mismo sentido el académico Doménech Pascual (2008) plantea que:

La legislación española contempla desde hace mucho tiempo la posibilidad de que la Administración exija a las personas que se encuentran a su servicio el reembolso de la indemnización que hubiese pagado a terceros por los daños causados dolosa o negligentemente por ellas. La realidad, sin embargo, es que tal Acción de Regreso prácticamente nunca se ha ejercido, lo que ha desatado las críticas de numerosos autores. (Domenech, 2008)

Respecto a la redacción que la Ley 4/1999 dio al artículo 145.2 de la Ley 30/1992 (España), reiteró el académico Domenech (2008) que las críticas doctrinales influyeron decisivamente en la

redacción de dicha norma. El legislador convierte en obligación lo que antes era una mera posibilidad. El profesor Español señala que:

La sustitución de la expresión “podrá exigir” por la de “exigirá de oficio” ha sido interpretada por la gran mayoría de los autores en el sentido de que ahora es obligado para la Administración ejercer la Acción de Regreso cuando concurren las circunstancias contempladas en el precepto. El legislador convierte en obligación lo que antes era una mera posibilidad. Y es que —se ha llegado a decir— el mantenimiento del carácter potestativo de la Acción de Regreso, una vez eliminada la posibilidad de que los terceros perjudicados demanden directamente a los servidores-públicos causantes del daño, hubiera sido “sencillamente escandaloso”.

Esta obligatoriedad resulta, sin embargo, un tanto matizada. Al margen de que no parece que existan en nuestro vigente Derecho procesal los mecanismos adecuados que permitan ejecutar forzosamente esta supuesta obligación en caso de que la Administración se resista a su cumplimiento, debe notarse que el tenor literal del párrafo segundo del referido precepto ya indica que, aun concurriendo los requisitos de la Acción de Regreso establecidos en el párrafo anterior, las autoridades competentes tienen un cierto espacio de maniobra para decidir ejercerla o no ejercerla en atención a los diversos criterios allí enunciados. Éstos deben ser ponderados para decidir si se exige o no se exige responsabilidad al funcionario, con independencia de que también deban serlo a la hora de precisar la concreta cuantía de la indemnización que en su caso se le reclame. (Domenech, 2008)

A pesar de los ajustes traídos por la ley 4 de 1999 en la legislación española, el autor plantea que:

Es un hecho sabido por todos que esta Acción de Regreso ha permanecido prácticamente inédita, a pesar de que durante los más de cincuenta años transcurridos desde su reconocimiento legislativo se han presentado múltiples ocasiones para emplearla. Tras consultar las bases de datos jurisprudenciales al uso, tan sólo he logrado encontrar una resolución en la que se contempla su ejercicio efectivo. (Domenech, 2008)

Señala igualmente el académico:

Numerosos autores han denunciado y criticado la recalcitrante resistencia de las Administraciones públicas a ejercer dicha acción. La irresponsabilidad patrimonial de los agentes públicos que resulta de esta constante práctica se considera “notoriamente insana”, principalmente por dos razones. La primera es que los contribuyentes no tienen por qué cargar con las consecuencias patrimoniales negativas de las conductas

gravemente irregulares de los agentes de la Administración. “Los administradores deben responder patrimonialmente como cualquier otro ciudadano, asumiendo personalmente la obligación de indemnizar”. La segunda razón esgrimida es que dejar inmune al funcionario causante de la lesión perpetúa las condiciones que dieron origen a la misma, “desincentiva todo comportamiento atento y diligente de parte de los servidores de la Administración pública. El hacerles responder, en cambio, contribuye a evitar la repetición de situaciones análogas, asegura el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa, constituye un incentivo para que los servidores públicos adopten medidas encaminadas a evitar daños similares. La responsabilidad de los agentes administrativos cumple una finalidad preventiva y de control: lo primero, porque un funcionario civilmente irresponsable tiene menos incentivos para tomar precauciones dirigidas a prevenir daños y accidentes; lo segundo, porque en el momento en el que se enjuicie su responsabilidad, se examinará cómo han actuado él y, en general, la unidad administrativa de la que forma parte, dando lugar a un saludable control del funcionamiento de los servicios públicos, que permite detectar irregularidades y corregirlas, contribuyendo así a mejorar dicho funcionamiento.” (Doménech, 2008)

Se plantea el doctor Doménech las razones para que la Administración no ejerza la Acción de Regreso contra el personal a su servicio y plantea las siguientes hipótesis, sustentadas en diferentes autores, las cuales resultan discutibles:

Leguina Villa (1993, p. 408), por ejemplo, considera que pueden haber influido “la inercia administrativa contraria a esta figura de responsabilidad indirecta de la autoridad o funcionario, las resistencias corporativas o sindicales y los altos costos políticos que, en algún caso, puede suponer la apertura de este procedimiento de repetición.”

Díez Sánchez (2007, p. 216), “mucho tiene que ver, si no todo, con la filosofía pública, con la responsabilidad compartida, con la ausencia de un interés o perjuicio propio, que impregna la esencia del quehacer público y que tan difícil por no decir imposible, resulta de superar.

(...) No se comprende, en primer lugar, por qué tales circunstancias han impedido absolutamente el ejercicio de la Acción de Regreso y, en cambio, no han evitado que las Administraciones públicas hayan actuado en no pocas ocasiones su potestad disciplinaria contra el personal a su servicio por la comisión dolosa o negligente de conductas lesivas para terceros y constitutivas de infracción.”

(...) Existe una limitación derivada de un importante condicionamiento práctico: los daños que puede causar un funcionario o agente público pueden ser —y, de hecho, son

normalmente— muy superiores a su sueldo; la posibilidad de reducir la indemnización constituiría una medida realista destinada a posibilitar el pago de la deuda (Mir Puigpelat, 2002, p. 1045).

“Debería distinguirse en función del carácter intencionado o culposo de la lesión. La Administración debería ejercer la Acción de Regreso cuando los daños hayan sido causados dolosamente, lo cual, por lo demás, muy rara vez ocurre. El problema es que en la práctica no siempre es fácil distinguir entre dolo y culpa, por lo que existe el riesgo de que los encargados de enjuiciar la conducta del funcionario —la Administración y, en última instancia, los Tribunales— consideren que éste ha actuado dolosamente y le exijan la reparación de los daños ocasionados cuando, en verdad, éste no los causó de manera intencionada, sino “tan sólo” negligentemente”.

Como consecuencia de la aplicación de la Acción de Regreso, “es posible que la demanda de empleo público acabara cayendo en picado. Sólo los más incompetentes, los más insensatos, los peor informados o los más deshonestos estarían dispuestos a ocupar determinados puestos de trabajo en el sector público. Es probable que muy pocas personas capaces, razonables, bien informadas y honradas se arriesgaran a tener que pagar enormes cantidades de dinero por la posible comisión de ciertas equivocaciones, a menos, claro está, que se elevaran proporcionalmente sus retribuciones en la cuantía suficiente como para que pudieran contratar un seguro que cubriese sus responsabilidades frente al ejercicio de una eventual Acción de Regreso, o a menos que la Administración les pagara directamente el seguro, tanto da.” (Doménech, 2008)

Finalmente se debe resaltar que existen elementos comunes entre las normas que consagran la Acción de Repetición en la legislación Colombiana y la Acción de Regreso en la legislación Española, entre los cuales conviene destacar: a) Es obligatorio para las entidades públicas y sus representantes legales, iniciar dichas acciones para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del agente estatal; b) Es requisito de procedibilidad de la “Acción de Regreso” y de la Acción de Repetición que la víctima haya sido indemnizada previamente por la administración pública; c) Que el causante directo del daño haya actuado mediante dolo o culpa o negligencia grave. Existe además, coincidencia entre las dos legislaciones, que permiten concluir que la aplicación y los resultados de las normas sobre la Acción de Repetición y la Acción de Regreso, resultan insuficientes, inoperantes y frustrantes en el propósito de resarcir el patrimonio público. Así se reconoce de manera general por los académicos y juristas en ambos países.

Conclusiones del Capítulo II Parte I

La Acción de Repetición en Colombia no ha tenido los efectos deseados para lograr el restablecimiento del patrimonio público, a pesar del carácter sancionatorio que tiene la omisión de su presentación, o, aunque se instaure dicha acción, se omiten los requisitos exigidos para la procedencia de la misma, lo que además de generar congestión judicial, permite la percepción de ineficacia del Estado frente al ejercicio de las acciones judiciales tendientes a repetir lo pagado por condenas a las que dan lugar los servidores públicos que con sus conductas dolosas o gravemente culposas causaron perjuicios.

A pesar de que la Acción de Repetición sólo se legitima en la medida en que el Estado es condenado a reparar los perjuicios, las normas en contrariedad con la Constitución Política de 1991, artículo 90, han indicado que el agente estatal puede ser vinculado mediante el llamamiento de garantía, cuando el perjudicado ha iniciado acciones contra el Estado, lo que va en contravía con el debido proceso del servidor público, toda vez que hasta ese momento procesal no se ha establecido la responsabilidad estatal y mucho menos se ha condenado al pago de perjuicios, Sin embargo nuestra Corte Constitucional se pronunció al respecto e interpretó dicha situación como una fórmula de garantía y economía procesal, lo que resulta contradictorio con lo establecido con el mandato Constitucional, a pesar de las críticas que destacados tratadistas del Derecho han realizado al respecto, posturas que resultan ser más contundentes que las de la Corte Constitucional y que para efectos académicos fueron expuestas en el presente trabajo de investigación.

Por medio del proyecto de ley No. 131 Senado, y 307 Cámara, se creó la Ley 678 de 2001, el cual fue presentado por la Procuraduría General de la Nación a través del Senador Germán Vargas Lleras, quien lo propuso como un mecanismo para garantizar la transparencia en el manejo de los recursos públicos del Estado. Dicha figura legal se concretó a través de la legislación recogiendo la evolución jurisprudencial en torno al tema, pues desde 1961 el Consejo de Estado buscó una fórmula para implementar la Acción de Repetición, la cual no fue reconocida a través de la legislación y tuvo su desarrollo a partir de la jurisprudencia. La Ley 678 fue sancionada por el Presidente de la República el 3 de agosto de 2001 y publicada en el Diario Oficial número 44509 del día 4 del mismo mes y año, derogando la disposición del artículo 54 de la ley 80 de 1993. (Gacetas del Congreso, 2000)

En los antecedentes que dan cuenta de la discusión en el Congreso de la República del Proyecto de Ley 131 de 1999, que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, que reglamentó la Acción de Repetición, se señaló como finalidad de la regulación lo siguiente:

La creación de un texto normativo amplio y fuerte sobre la repetición es urgente y debe dirigirse a la consecución entre otras de las siguientes finalidades: 1. Intimidar a los servidores públicos con el objetivo de que no obren de manera negligente ni dolosa. 2. Reprimir moral y pecuniariamente y con severidad, mediante un proceso ágil con salvaguarda del derecho de defensa, las conductas gravemente culposas o dolosas de los agentes del Estado. 3. Promover los principios constitucionales de moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública. 4. Educar las actividades administrativas y las actuaciones de sus funcionarios en procura de una gestión pública que cumpla con eficiencia sus cometidos. 5. Recuperar parte de los dineros que el Estado ha pagado por las faltas de sus agentes. 6. Reducir el número de daños antijurídicos y por consiguiente procesos judiciales de responsabilidad estatal. (Gacetas del Congreso, 2000)

PARTE II

ANÁLISIS, HALLAZGOS, PERSPECTIVAS E INTERPRETACIÓN DE LA REVISIÓN DE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO, EN EL PERÍODO 2005-2010, SOBRE LAS CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA FRENTE A LOS FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

Si bien los precedentes jurisprudenciales representan un criterio auxiliar en la elaboración de decisiones judiciales, configuran los elementos necesarios para aplicar la ley de manera confiable, respetando el principio de la confianza legítima que consagra el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia. En ese sentido nuestras altas cortes representan el papel unificador de jurisprudencia que en el contexto del presente trabajo materializa la razón de ser del análisis y revisión de las sentencias sobre Acción de Repetición proferidas por el Consejo de Estado.

Colombia ha adoptado el estilo francés (Romero, 2010) a través de la casación para lograr la unificación de jurisprudencia, sin embargo nuestra legislación no consagra dicho recurso en materia Contencioso Administrativa, pero incluyó el recurso extraordinario de súplica, a través del cual se cumplía con la tarea de consolidar la jurisprudencia para evitar su variación o contradicción, así como las decisiones que causan incertidumbre jurídica. Recurso considerado como un fracaso, pues se afirma que no más del uno por ciento de ellos había prosperado (Arboleda, 2011).

Teniendo en cuenta que no ha existido un auténtico recurso de casación en materia contencioso administrativa y que el Consejo de Estado como juez de segunda instancia, cumpliendo su papel de unificador de jurisprudencia, al decidir los procesos correspondientes a la Acción de Repetición ha generado precedentes en la materia, que a pesar de no haber sido analizados a través del recurso extraordinario de súplica, permiten un análisis en el presente trabajo de investigación de la interpretación que ese alto tribunal ha realizado al respecto.

Con todo, se destaca que la nueva legislación permite la unidad de decisiones judiciales a través del artículo 256 de la ley 1437 de 2011, la cual consagra el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, norma que incluso permite tener en cuenta como sentencias de unificación jurisprudencial, las que haya proferido el Consejo de Estado antes de entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y que de acuerdo a dicha norma tienen importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Postulado que permite ratificar la importancia del análisis de las sentencias del Consejo de Estado que fueron decididas por ese alto tribunal en segunda instancia.

Lo anterior permite establecer que los fallos proferidos por el Consejo de Estado frente a las Acciones de Repetición, constituyen decisiones que han permitido la unidad jurisprudencial para lograr los postulados de la seguridad jurídica, la igualdad y la buena fe procesal, a pesar de no haber sido tramitados mediante el recurso extraordinario de súplica.

CAPITULO I

ANALISIS CUALITATIVO Y REFLEXIONES JURÍDICAS DE LOS FALLOS DEL CONSEJO DE ESTADO ORIGINADOS EN PROCESOS DE REPARACIÓN DIRECTA QUE DIERON LUGAR A LAS DEMANDAS DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDORES PÚBLICOS EN COLOMBIA, PERÍODO 2005-2010

En esta parte del capítulo se presenta y describe la sistematización de la información consignada en las sentencias por el período de cinco años (2005-2010) escogido para la revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre los las principales causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia en materia de Repetición contra los funcionarios públicos que por sus acciones causan detrimento al patrimonio público en Colombia y las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia, con fundamentación de los grupos sobre los cuales se elaboraron las fichas para los resúmenes de la información, elaboración de cuadros y finalmente analizando e interpretando esta información con el fin de elaborar una serie de conclusiones y hallazgos, comparándolos con el estado del arte y la bibliografía en la materia.

Con esta intención se estableció en los documentos bibliográficos consultados, la génesis de la Acción de Repetición y su desarrollo histórico en la legislación colombiana, por lo cual se parte de la jurisprudencia en torno al tema, desarrollada por el Consejo de Estado, los cuales llegaron incluso, en épocas iniciales, a convertirse en legisladores acerca del tema. Con dicho fin serán revisados diferentes fallos en los cuales el servidor público responde mediante Acción de Repetición por los perjuicios causados, provenientes de fallos contra el Estado Colombiano en virtud de las Acciones de Reparación Directa en diferentes instituciones públicas. (Periodo 2005-2010).

Como investigación de carácter cualitativa, corresponde a los conceptos de investigación jurídica, planteados por la Universidad Santo Tomas, de acuerdo con la opinión presentada por Fix-Zamudio (1996) para quien la investigación es “la actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante”. Igualmente el método de la investigación utilizado para obtener y/o verificar conocimiento corresponde al análisis y síntesis de las fuentes de información para posteriormente realizar la interpretación. Por último la investigación es un estudio de caso que se enfoca en la Acción de Repetición en Colombia, al tiempo que tiene características de tipo

histórico, por remitirse a los aspectos de la Acción de Repetición y la responsabilidad del servidor público, a partir de la Carta Constitucional desde 1886.

A. Análisis preliminar e interpretación de las sentencias originadas en procesos de Reparación Directa que dieron lugar a las demandas de repetición contra servidores públicos en Colombia, período 2005-2010.

Realizado el análisis preliminar y la interpretación, se presentan los hallazgos sobre las principales causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia en materia de Repetición contra los funcionarios públicos que por sus acciones causan detrimento al patrimonio público en Colombia. Igualmente se confrontaran los resultados con las diferentes hipótesis inicialmente planteadas.

Inicialmente se presentan los análisis preliminares de los cuadros 3 y 4 que corresponden en primer lugar a la clasificación de sentencias del Consejo de Estado de demandas de Acciones de Reparación Directa, las cuales dieron origen a la Acción de Repetición o llamamiento en garantía con fines de Repetición (cuadro Nro. 3) y en segundo lugar, al resumen jurisprudencial que incluye la información recopilada en la ficha resumen de investigación, sobre las diferentes sentencias de Acción de Reparación Directa como acción Judicial que dio origen a la Acción de Repetición o al llamamiento en garantía con fines de repetición del período 2005-2010 (cuadro Nro. 4), respectivamente.

Los primeros análisis de la información, una vez se sistematizo, se resumen a continuación y corresponden a evaluaciones cuantitativas, apoyadas en estadística básica, a partir de la clasificación de la información de acuerdo al tipo de sentencia, sus características, procedencia, fecha de ocurrencia de los hechos y fecha del fallo tanto de primera como de segunda instancia, el tipo de fallo: absolutorio y o condenatorio, causas que originan los fallos y sus frecuencias, entre otros:

- a. Se observa que en las 16 sentencias analizadas, proferidas por el Consejo de Estado, en el período comprendido entre el 2005-2010, ningún fallo fue sustentado en la ley 678 de 2001, toda vez que la posición jurisprudencial actual plantea que debe aplicarse en sus aspectos procesales y no se puede aplicar en su totalidad por corresponder a hechos ocurridos antes del año 2001, en tanto no había sido promulgada dicha ley, los cuales dieron lugar a la Acción de Repetición o al llamamiento en garantía.
- b. En la muestra tomada en el período 2005-2010 de sentencias del Consejo de Estado, se encontraron un total de 38 sentencias correspondientes a acciones contenciosas que

dieron lugar al trámite del llamamiento en garantía dentro de los procesos o de la Acción de Repetición, las cuales se clasifican de la siguiente manera:

Acciones contractuales	10,5% (4 Demandas)
Acciones ordinarias	2,6 % (1 Demanda)
Acciones de Nulidad y Restablecimiento del derecho	44,7% (17 Demandas)
Acciones de Reparación Directa	42,2 (16 Demandas)
Total	100% (38 Demandas)

- c. Las sentencias proferidas por el Consejo de Estado tuvieron su origen en primera instancia en los tribunales administrativos del país entre los cuales se encuentran Cundinamarca 5 (31,25%), Nariño 3(18,75%), Cesar 2 (12,5%), Valle 1 (6,25%), Guajira 1 (6,25%), Tolima 1 (6,25%), Chocó 1 (6,25%), Cauca 1 (6,25%), Antioquia 1 (6,25%). La muestra corresponde a fallos de tribunales administrativos que incluyen nueve Departamentos, lo que demuestra la pluralidad y diversidad de la muestra.
- d. De las 16 Acciones de Reparación Directa tramitadas ante el Consejo de Estado que dieron origen a la Acción de Repetición o al trámite de llamamiento en garantía en el período 2005 – 2009, se presenta las siguientes frecuencias de sentencias distribuidas por año:

Año	Número de sentencias	porcentaje
2005	1	6,25 %
2006	4	25 %
2007	6	37,5 %
2008	4	25 %
2009	1	6,25 %
Total	16	100 %

- e. De las 16 sentencias emitidas por el Consejo de Estado en pronunciamiento de Acciones de Reparación Directa en la que se discutió la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, se encontró que en promedio los diferentes hechos que dieron origen a las demandas tuvieron ocurrencia hace cerca de 18 años. De igual manera se encontró que en

promedio los fallos del Consejo de Estado tuvieron una duración de 9.8 años, entre el año de la presentación de la demanda y el año del fallo de segunda instancia por parte del Consejo de Estado; se observa que hubo sentencias que tardaron hasta 16 años para proferirse, mientras que la que menos tardó fue de 6 años.

- f. De las 16 sentencias analizadas, originadas en Acciones de Reparación Directa, proferidas por el Consejo de Estado, se observa que 7 corresponden a demandas contra entidades estatales del orden nacional, equivalentes al 43,7%, en las que se discute la responsabilidad del agente estatal a través de la figura jurídica de llamamiento en garantía, contemplada en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo. De igual manera se observa que 8 demandas corresponden a Acciones de Repetición contra agentes estatales, originadas en fallos condenatorios en contra del Estado bajo la figura legal de Reparación Directa, las cuales corresponden al 50% de la muestra analizada; solamente se observó una demanda de Reparación Directa en la que la vinculación del agente estatal se realizó a través de la figura legal de responsabilidad solidaria, lo cual equivale al 6.3% de la muestra total.
- g. De las 16 sentencias analizadas, proferidas por el Consejo de Estado, se observa que 6 corresponden a fallos que contemplan el análisis de responsabilidad estatal por actividades peligrosas clasificadas como accidentes de tránsito, lo que equivale al 37.5%; por el uso indebido de armas se encontraron 4 fallos, los cuales equivalen al 25%; por falla en la administración de justicia se encontraron 3 sentencias que equivalen al 18.75%; respecto a responsabilidad médica se encontraron 2 sentencias, equivalentes al 12.5%, y la otra sentencia corresponde a un caso de desaparición forzada que equivale al 6.25%.
- h. De los 16 fallos proferidos en primera instancia se encontró que 8, es decir el 50%, fueron condenatorios respecto a la responsabilidad del agente estatal por conductas dolosas o gravemente culposas, en uno de ellos se ordenó que la entidad estatal iniciará la Acción de Repetición y en otro se declaró civilmente responsables a los agentes estatales bajo la figura legal de la responsabilidad solidaria. Respecto a la forma de vinculación de los agentes estatales de los 8 fallos condenatorios, cuatro fueron en virtud de las Acciones de Repetición dirigidas directamente contra ellos, tres por la figura de llamamiento en garantía y uno a través de la figura de responsabilidad solidaria.

- i. Se observa que en primera instancia, respecto a los 16 fallos proferidos por el Consejo de Estado, 8 fueron absolutorios, equivalentes al 50% del total de sentencias revisadas, los cuales exoneraron de responsabilidad al agente estatal frente a las Acciones de Repetición y llamamiento en garantía por las siguientes causas:

No fue debidamente vinculado el agente estatal por parte de la entidad demanda por no reunir las exigencias legales para el llamamiento en garantía; No se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado; No hubo pronunciamiento respecto a la responsabilidad de los llamados en garantía; No se encontró existencia de dolo o culpa grave contra los llamados en garantía; En las Acciones de Repetición el material probatorio recaudado no permitió establecer la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal; No se aportó al proceso la providencia que aprobó la conciliación por lo cual no se pudo analizar si la Nación concilió de forma apresurada y sin los elementos de juicio suficientes;

- j. Cabe resaltar que se encontraron 5 casos, es decir el 62.5% de la totalidad de los fallos absolutorios, que fueron sustentados en la falta de material probatorio para acreditar la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal o para demostrar el pago en cumplimiento de la condena realizado por la entidad.

- k. Respecto a las sentencias de segunda instancia proferidas por el Consejo de Estado se encontraron solamente 4 fallos de una muestra total de 16 sentencias, correspondientes al 25% del total de la muestra seleccionada, en los que se condenó al agente estatal a reembolsarle a la Nación la totalidad o un porcentaje de la condena que se ordenó pagar en virtud a un fallo condenatorio en acción de Reparación Directa; entre dichos fallos solamente uno de ellos ordenó el inicio de la Acción de Repetición una vez realizado el pago por parte de la entidad estatal, a pesar de haber declarado su responsabilidad solidaria en la condena proferida.

- l. Se encontró que en segunda instancia, se profirieron 12 fallos absolutorios, de las 16 sentencias revisadas, lo que corresponde al 75% de la muestra seleccionada, arrojando como resultados que las $\frac{3}{4}$ partes de las decisiones frente a la Acción de Repetición y el llamamiento en garantía que tienen origen en los procesos de Reparación Directa, no dan lugar a declarar la responsabilidad del agente estatal por las siguientes causas:

Por no existir responsabilidad del Estado y revocarse el fallo condenatorio; porque la petición del llamamiento en garantía no reúne las exigencias legales, en virtud a que el

agente estatal no tiene oportunidad de defenderse y controvertir las pretensiones de la demanda en el proceso; porque no se acreditó la existencia de dolo o culpa grave del agente estatal; en razón a que no se allegó al proceso la prueba que acredite la condena a reparar daños antijurídicos por parte de la entidad estatal como lo es la copia autentica de la sentencia; no se aportó la prueba de la calidad de servidor o ex servidor público del agente estatal; no se acreditó el pago del monto reconocido en la sentencia condenatoria que acredite el desembolso y el detrimento patrimonial de la entidad estatal por lo que no se demuestran la totalidad de los presupuestos de la Acción de Repetición; la entidad estatal alegó culpa exclusiva de la víctima durante el proceso de acción de Reparación Directa por lo cual no está demostrada la conducta gravemente culposa del agente estatal; porque los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 y no estaba consagrada la Acción de Repetición en ninguna norma del ordenamiento legal.

- m. De las 12 sentencias absolutorias analizadas en segunda instancia por parte del Consejo de Estado se encontró que 7 de ellas no presentaron material probatorio para acreditar la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal o para demostrar el pago realizado por la entidad, lo que equivale al 58,33% del total de fallos absolutorios.
- n. En su gran mayoría por las deficiencias probatorias en relación con el pago por parte de la entidad demandante ya que no se logra acreditar tal desembolso y demostrar el detrimento patrimonial de la entidad, pues los certificados de pago son allegados en copia simple y no se solicitan pruebas para acreditar la condena y el pago realizado, toda vez que las pruebas idóneas a partir de las cuales se pueda deducir que existió el pago, deben ser un recibo, consignación, paz y salvo o comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que la cancelación efectivamente se produjo.
- o. Al comparar los fallos absolutorios de primera y segunda instancia se encuentra como factores comunes en las decisiones que es alta la incidencia en los fallos la falta de material probatorio, toda vez que las entidades omiten la presentación de las pruebas suficientes que permitan demostrar la responsabilidad del agente estatal para condenarlo en Repetición. El promedio corresponde a 60.5 % del total de las sentencias proferidas con carácter absolutorio.

B. Reflexiones jurídicas sobre los análisis preliminares apoyados en los fundamentos doctrinarios, legales, constitucionales y en relación al Estado del Arte de las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia.

Sobre la duración promedio de los fallos del Consejo de Estado en los cuales se discute la responsabilidad del agente estatal, se encontró en el trabajo de investigación como una de las conclusiones, que estos tuvieron trámites en promedio durante 9.8 años, entre el año de la presentación de la demanda y el año del fallo de segunda instancia; se observa que hubo sentencias que tardaron hasta 16 años para proferirse, mientras que la que menos tardó fue de 6 años. Se observa igualmente que en promedio los diferentes hechos que dieron origen a las demandas ocurrieron, inclusive, 18 años antes del fallo final. Esta conclusión preliminar del trabajo de investigación coincide con lo señalado por Torres (2004), respecto al término de duración de dichos fallos en el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, quien indica que en promedio una Acción de Repetición dura entre 4 y 6 años en primera instancia. Sobre estos mismos aspectos, relativos a las tardanzas en los fallos de la justicia, Bermúdez (2005) ha señalado como posibles causas de las falencias en los procesos jurídicos:

(...) que las demandas inician mucho tiempo después de ocurridos los hechos, se practican las pruebas a los tres años del acaecimiento de los hechos, la primera instancia se toma cuatro años para fallar y llega al Consejo de Estado pasados ocho años, cuando nadie se acuerda qué fue lo que ocurrió, no recuerda en los alegatos qué era lo que iba a pedir, han cambiado algunos funcionarios, se han extraviado documentos y no existe entusiasmo para la defensa.

En el mismo sentido lo expresan reconocidos tratadistas del Derecho Administrativo:

Con relación a la congestión del sistema es evidente que mientras no se tomen decisiones administrativas adecuadas la situación actual no podrá ser modificada. Si los datos estadísticos demuestran claramente que la congestión de la jurisdicción contencioso administrativa es producto del alto número de procesos que allí deben resolverse y de las nuevas acciones constitucionales que le fueron atribuidas, y si dichos datos evidencian también que el rendimiento de esta jurisdicción ha aumentado significativamente en los últimos años es claro que las reformas relativas a establecer una estructura mucho más adecuada, que comporta la implementación de los jueces administrativos y el aumento del número de los magistrados, resultan inaplazables para resolver el problema.

...No obstante lo anterior, con relación a este último aspecto parece importante señalar que las causas que motivan las críticas antes enumeradas están relacionadas entre si y la

indefinición del sistema de responsabilidad es una causa que contribuye a la congestión. Si las autoridades públicas tuvieran claro en qué eventos el Estado debe responder por los daños que cause a los particulares y cuál es el alcance de su responsabilidad, podrían no sólo ajustar sus conductas y procedimientos para prevenir la causación de dichos daños, sino también podrían implementar procesos ágiles de conciliación, lo cual contribuiría a la descongestión del sistema. Así mismo, si los particulares tuviesen claro en qué eventos procede la responsabilidad del Estado y cuál es el alcance de la misma, seguramente se abstendrían de impetrar demandas que a veces se presentan porque no puede saberse cuál es el estado de la jurisprudencia en el momento del fallo o porque, en ocasiones, es la misma jurisprudencia la que envía señales equivocadas que generan este tipo de actitudes. (Rodríguez, Bermudez, Vidal, & Diaz, 2005)

Respecto a estas falencias en la administración de justicia, el Procurador Edgardo Maya propuso como fórmulas para agilizar los procesos y los fallos judiciales para la protección del patrimonio público, optimizar la capacidad de las entidades públicas para actuar en tales procesos judiciales, a través de una seria, planificada y rigurosa estrategia de defensa litigiosa e implementar sistemas de información que permitan el monitoreo de la actividad litigiosa y de la gestión jurídica de los abogados a cargo de la representación judicial. (Maya, 2005).

Una de las conclusiones más importantes del presente trabajo de investigación corresponde a que al analizar las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en el período comprendido entre el 2005-2010, ningún fallo fue sustentado integralmente en la ley 678 de 2001 o ley de Acción de Repetición. Lo anterior como consecuencia de que la posición jurisprudencial plantea que dicha ley debe aplicarse en sus aspectos procesales, ya que no se puede aplicar en su totalidad por corresponder a hechos ocurridos antes del año 2001, situaciones que dieron lugar a la Acción de Repetición o al llamamiento en garantía, con aplicación de la normatividad precedente a la ley 678 de 2001.

En ese sentido, la aplicación del régimen de presunciones de dolo y culpa grave incorporado en la ley 678 de 2001 no tuvo cabida porque los hechos fueron previos a la entrada en vigencia de dicha ley, fue por eso que se continuo dando aplicación a los regímenes iusprivatistas que venían rigiendo, con el fin de dar aplicación al principio de favorabilidad al que tiene derecho el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa generó detrimento patrimonial al Estado, causado por una condena judicial a favor de un tercero. Así mismo lo interpretó el tratadista Galindo Vachá (2006):

(...) Existe una discusión sobre la aplicación del régimen de presunciones de dolo y culpa grave respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la condena del Estado; es decir, si se trata de hechos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001 y, en caso dado, si dicho sistema presuntivo tiene cabida en ese escenario, o, por el contrario, si debería ser manejado dentro del régimen de falta probada establecido en el artículo 217 del C.C.A. Sobre el particular, pienso que los hechos anteriores a la entrada en vigencia de la ley deben ser manejados con los conceptos y criterios precedentes, que no opera el tema de las presunciones, dado que de aceptarse la solución afirmativa estaría haciendo más gravosa la situación del servidor público, cuando un sistema casi automático de configuración de dolo y culpa grave no estaba vigente. (Galindo, 2006)

Sobre el escaso número de sentencias que profieren los tribunales contencioso administrativos respecto a la Acción de Repetición en Colombia se observa, al analizar las investigaciones realizadas en los tribunales contenciosos administrativos del país, y en específico con la referencia traída por Soler y Jiménez (2008), que citan a Torres T.(2004, p. 86), que al revisar los datos del Tribunal Administrativo de Boyacá sólo un 2.37%, del total de procesos que se tramitaron, es decir, 95 procesos de los 4.000 que se adelantaron en dicha Jurisdicción en el período 1994-2000, fueron acciones contenciosas tendientes a lograr el pago del agente estatal de los perjuicios causados por sus conductas dolosas o gravemente culposas a través de la Acción de Repetición. Se observa que es bajo el porcentaje de Acciones de Repetición que se tramitan en ese Tribunal Administrativo y que en general existe ineffectividad de la figura jurídica para lograr el reembolso de lo pagado por el Estado, por perjuicios atribuibles a los agentes estatales causados por sus conductas dolosas o gravemente culposas. Las cifras presentadas por Torres (2004) para un período de 10 años indican que de 11 procesos tramitados solo 3 ordenaron Repetición, es decir el 27.3 %, cifra que confirma la ineffectividad de la Acción de Repetición, lo que es ratificado en el presente trabajo de investigación, que aunque se realizó en un periodo de cinco años, reveló que el Consejo de Estado en ese período solo produjo 16 sentencias sobre Acción de Repetición en Colombia, de las cuales 4 fueron condenatorias, es decir solo el 25%, datos que coinciden en similar porcentaje con las providencias revisadas en la presente investigación, en los años 2005-2010, proferidas en segunda instancia por el Consejo de Estado, las cuales también ordenan el pago por parte del agente estatal al Estado, en virtud de la Acción de Repetición, lo que complementa y confirma que es escaso el número de fallos que profieren los tribunales condenando a los agentes estatales para responder por el patrimonio público.

Coinciden las anteriores conclusiones con lo indicado por Torres (2008) en el sentido de que son muy pocas las Acciones de Repetición que se fallan en contra de los servidores públicos

demandados, y lo que es peor, en la casi totalidad de los casos, la condena se vuelve totalmente simbólica, por imposibilidad absoluta de pago del servidor público sancionado.

En el mismo sentido las sentencias denegadas en el Tribunal Contencioso de Boyacá, que absolvieron al agente estatal del pago mediante la Acción de Repetición representan el 63% en similar tendencia a las denegadas en el Consejo de Estado que fueron el 75%, de acuerdo a lo encontrado en el presente trabajo de investigación. Sobre esta situación Torres T. (2004) citado por Soler y Jiménez confirma que en el caso del Tribunal Contencioso en Boyacá, ninguna de las demandas rechazadas se hizo corregir. La situación ha llegado a ser tan crítica que en 2007, y de acuerdo con Soler y Jiménez (2009), en nota de prensa del periódico El Tiempo se indicó que la Sección Tercera del Consejo de Estado pidió la intervención de los órganos de control, porque las demandas en Acción de Repetición no tenían la suficiente contundencia y seriedad, sino que se presentaban por salir del paso, puesto que solamente en el año 2006 se rechazaron 26 demandas, debido a negligencia de los encargados de instaurar la querrela, por lo cual se dejaron de percibir 2.000 millones de pesos.

Se encontró en la muestra seleccionada en este trabajo de Investigación que en segunda instancia tramitada en el Consejo de Estado, el 75% de las sentencias absuelven al agente estatal por no existir responsabilidad del Estado, revocándose el fallo condenatorio; porque la petición del llamamiento en garantía no reúne las exigencias legales, en virtud a que el agente estatal no tiene oportunidad de defenderse y controvertir las pretensiones de la demanda en el proceso; porque no se acredita la existencia de dolo o culpa grave del agente estatal, en razón a que no se allega al proceso la prueba que acredita la condena a reparar daños antijurídicos por parte de la entidad estatal como lo es la copia auténtica de la sentencia; no se aporta la prueba de la calidad de servidor o ex servidor público del agente estatal; no se acredita el pago del monto reconocido en la sentencia condenatoria que acredite el desembolso y el detrimento patrimonial de la entidad estatal por lo que no se demuestran la totalidad de los presupuestos de la Acción de Repetición; en su gran mayoría por las deficiencias probatorias en relación con el pago por parte de la entidad demandante, pues los certificados de pago son allegados en copia simple y no se solicitan pruebas para acreditar la condena y el pago realizado. Como se observa todos estos eventos corresponden a falencias por negligencia probatoria en el proceso jurídico en el momento de allegar las pruebas requeridas para demostrar la responsabilidad del agente estatal.

Respecto a las copias simples acreditadas en los procesos Contencioso Administrativos de Acción de Repetición la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio, en decisión del pasado 28 de febrero de 2011 indicó:

Dado lo anterior, es menester señalar que dichas copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Sobre el valor probatorio de las copias, la Sala ha recalcado que, por expresa remisión que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, es aplicable el artículo 254 de este último (...) La exigencia de autenticación prevista en la norma procesal anterior, según señaló la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del numeral 2 de la misma, es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución Política, que establece la presunción de buena fe, como tampoco el artículo 228 relacionado con el acceso a la justicia (...) Por lo tanto, las copias aportadas por la entidad demandante carecen de valor probatorio, porque, en tratándose de copias de documento público, como lo es una sentencia judicial, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. (Sentencia del 28 de febrero de 2011, Exp. 34816, Consejo de Estado)

Respecto a estas falencias en la administración de justicia, el Procurador Edgardo Maya (2005) confirma estas equivocaciones señalando que:

(...) se presentan casos en los cuales existe falta de contestación de la demanda, la no presentación de alegatos de conclusión, la ausencia de intervención en la práctica de pruebas, el desconocimiento del precedente judicial y la insuficiencia numérica y formativa de los abogados defensores del Estado.

Propuso Maya (2005) como herramienta para la protección del patrimonio público y para el fortalecimiento de la Gerencia Jurídica pública entre otras las siguientes alternativas:

(...)Capacitar y especializar el recurso humano a cargo de la representación judicial, racionalizar la carga laboral para evitar que los abogados que tienen a su cargo la representación judicial tengan un excesivo número de procesos a su cargo y generar compromisos institucionales en los comités de conciliación para obtener una mayor eficacia

y descongestión real de los despachos judiciales, mediante el uso de la conciliación y de la transacción.

Lo anterior se ratifica en el Estado del Arte, en el artículo del profesor Torres, publicado en la Revista Temas Socio Jurídicos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (2008), quien indica que existen algunos diagnósticos de las causas que hacen imposible el recaudo de lo pagado por el Estado que son coincidentes con la conclusiones encontradas en el presente trabajo de investigación a saber:

(...) d) en muchos casos falla la defensa por parte del Estado; e) señala que las presunciones de dolo y culpa grave son violatorias del debido proceso y del Derecho de Defensa; f) inexistencia de perención que sancione la negligencia de las entidades públicas demandantes en el cumplimiento de sus cargas procesales, lo cual hace que se congestione la justicia administrativa.

En el mismo sentido señala cómo en la actualidad, en un número muy significativo de Acciones de Repetición, luego de presentar la demanda, la entidad pública demandante no asume ninguna de sus cargas procesales, no se pagan los gastos del proceso, los costos de notificación, y estas expensas a veces son considerables. (Torres, 2008)

Conclusiones capítulo I Parte II

Teniendo en cuenta el carácter cualitativo del trabajo de investigación, de acuerdo a los conceptos planteados por la Universidad Santo Tomas (Zamudio, 1996) se pretende descubrir las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez mas dinámica y cambiante. Igualmente el método de la investigación utilizado para obtener y/o verificar conocimiento permitió el análisis y síntesis de las fuentes de información para posteriormente realizar la interpretación.

El presente trabajo de investigación posibilita el análisis frente a las sentencias originadas en condenas contra el Estado por procesos de Reparación Directa, en los que se tramitaron llamamientos en garantía de agentes estatales y que dieron lugar al inicio de Acciones de Repetición, lo que permitió diferenciarlos a pesar de que la ley 678 de 2001 indica que la Acción de Repetición se tramita de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las Acciones de Reparación Directa.

Realizado el análisis preliminar y la interpretación, se presentan algunos hallazgos sobre los las principales causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia en materia de Repetición contra los funcionarios públicos que por sus acciones causan detrimento al patrimonio público en Colombia. Igualmente se confrontaran los resultados con las diferentes hipótesis inicialmente planteadas.

Los primeros análisis de la información, una vez se sistematizo, corresponden a evaluaciones cuantitativas, apoyadas en estadística básica, a partir de la clasificación de la información de acuerdo al tipo de sentencia, sus características, procedencia, fecha de ocurrencia de los hechos y fecha del fallo tanto de primera como de segunda instancia, el tipo de fallo: absolutorio y o condenatorio, causas que originan los fallos y sus frecuencias, entre otros.

Se observa que en las 16 sentencias analizadas, proferidas por el Consejo de Estado, en el período comprendido entre el 2005-2010, ningún fallo fue sustentado en la ley 678 de 2001, toda vez que la posición jurisprudencial actual plantea que debe aplicarse en sus aspectos procesales y no se puede aplicar en su totalidad por corresponder a hechos ocurridos antes del año 2001, en tanto no había sido promulgada dicha ley, los cuales dieron lugar a la Acción de Repetición o al llamamiento en garantía.

CAPITULO II

HALLAZGOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS EN RELACIÓN A LAS CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA.

A. Descripción de hallazgos e interpretación de la revisión jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la aplicación de la Acción de Repetición en Colombia, período 2005-2010

1. Carencia de una ética pública y responsabilidad social frente al patrimonio público por parte de los funcionarios de las entidades estatales en Colombia. Existen graves deficiencias en los trámites procesales por carencia probatoria para lograr la declaratoria de responsabilidad del agente estatal.

Entre las conclusiones preliminares más importantes del presente trabajo se encuentra, que al comparar los fallos absolutorios de primera y segunda instancia, el factor común es la alta incidencia que tiene la carencia de material probatorio, toda vez que las entidades omiten la presentación de las pruebas suficientes que permitan demostrar la responsabilidad del agente estatal para condenarlo en Repetición. Sobre estos aspectos se encuentra que en el Consejo de Estado, se profirieron 12 fallos absolutorios, de las 16 sentencias revisadas, lo que corresponde al 75% de la muestra seleccionada, arrojando como resultado que las $\frac{3}{4}$ partes de las decisiones frente a la Acción de Repetición y el llamamiento en garantía, no dan lugar a declarar la responsabilidad del agente estatal. De estas sentencias, 7 de los 12 fallos absolutorios, es decir el equivalente al 58.33%, presentan carencia de material probatorio para acreditar la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o para probar el pago realizado por la Entidad Estatal, el otro porcentaje corresponde a otras causas como fueron la falta de debida vinculación del agente estatal por parte de la entidad demanda, que no se configuró la responsabilidad patrimonial del Estado, no hubo pronunciamiento respecto a la responsabilidad de los llamados en garantía; no se encontró existencia de dolo o culpa grave contra los llamados en garantía; no se aportó al proceso la providencia que aprobó la conciliación por lo cual no se pudo analizar si la Nación concilió de forma apresurada y sin los elementos de juicio suficientes.

Las anteriores deficiencias encontradas en el desarrollo procesal de la Acción de Repetición en Colombia, están relacionadas en la mayoría de los casos, con las actuaciones negligentes de los abogados demandantes y de los funcionarios públicos a quienes les compete la interposición de

dicha demanda, quienes omiten sus deberes y obligaciones como servidores públicos al desconocer en sus actuaciones principios como la transparencia, la eficiencia y en general los conceptos de moralidad administrativa, sin tomar conciencia de su misión y de su deber para actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas; estas omisiones y actuaciones indebidas constituyen una carencia de “la ética en el manejo de lo público”, olvidando principios, valores y virtudes fundamentales; de igual manera, con dichas actuaciones, no se hace una defensa adecuada de los intereses colectivos y no existe responsabilidad social frente al patrimonio estatal. Lo anterior constituye uno de los principales hallazgos de la presente investigación, lo que debe permitir que se tome conciencia en el conjunto de las entidades públicas y sus funcionarios, por consolidar una verdadera Ética en el manejo de lo público en Colombia.

Respecto a la carencia de material probatorio en los diferentes procesos judiciales y en lo relacionado con las pruebas para demostrar el pago por parte de la entidad demandante porque los certificados de pago son allegados en copia simple y no se solicitan pruebas para acreditar la condena y el pago, el Consejo de Estado con ponencia de Fajardo Gómez (2008) indicó:

Sobre la importancia de acreditar el pago en el juicio de repetición y su prueba, la Sala estima oportuno reiterar las precisiones que en tal sentido se hicieron en sentencia del 5 de diciembre de (Correa, 2006):

(...)“El artículo 1625 del Código Civil establece una enumeración, no taxativa, de los modos de extinción de las obligaciones dado que toda obligación esta llamada a ser cumplida y por lo tanto a extinguirse a través de la ejecución de la prestación debida. Dentro de ese listado previsto en la norma está contemplado el pago, modo de extinción de la obligación entendido como la ejecución total de la prestación debida. Es decir, para que exista el pago es menester la preexistencia de una obligación entendida como el vínculo jurídico existente entre dos sujetos de derecho, en la cual se busca la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor a través de la materialización de una prestación de dar, hacer o no hacer.

“Y, respecto de ésta relación jurídica y de su extinción, el artículo 1757 del Código Civil señala que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”* O sea, que el acreedor deberá probar la existencia de la prestación con miras a hacerla valer ante su deudor y *contrario sensu*, el deudor debe probar la

extinción de la misma, es decir, su liberación como sujeto pasivo dentro de la relación obligacional.

“En otras palabras, el acreedor debe demostrar el surgimiento de la obligación con la prueba del hecho jurídico generador de la misma y el deudor debe demostrar la ocurrencia del hecho extintivo, lo que aplicado en el caso en concreto, para efectos del cumplimiento de los requisitos de la Acción de Repetición se materializa en el deber, por parte de una entidad pública de probar el pago efectivo de la indemnización contenida en una sentencia a la víctima.

“Por consiguiente, al analizar el artículo 1626 del Código Civil “...*el pago efectivo es la prestación de lo que se debe...*” con lo cual se extingue la obligación, en consonancia con el artículo 1757 *ibídem* en el que se señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta; se concluye que corresponde a la entidad demostrar el pago, y en virtud de esa carga aducir, dentro de las oportunidades legales, los elementos de convicción al proceso, que permitan al juez llegar a la veracidad de la ocurrencia de este acto por parte del Estado, en este caso por una conciliación aprobada judicialmente.

“En materia probatoria, a pesar de la consagración del principio de libertad probatoria y de apreciación conforme a las reglas de la sana crítica, la prueba por excelencia del pago es, de conformidad con nuestro Código Civil, la carta de pago, y en derecho comercial, el recibo, documentos que reflejan que la obligación fue satisfecha.”

Respecto a las deficiencias probatorias en los procesos en los que se busca la Responsabilidad patrimonial del agente estatal el Consejo de Estado indicó a través de la Consejera ponente Correa Palacio (2006):

Se satisface esta conducta procesal cuando la actora se limita a afirmar o incluso, en principio, cuando simplemente allega al expediente la sola sentencia de condena a cargo del Estado (Dicha sentencia condenatoria allegada en debida forma será prueba de uno de los elementos objetivos de la acción y así mismo una prueba que será evaluada con el conjunto de los demás medios de convicción que obren en el proceso, bajo las reglas de la sana crítica, con el fin de averiguar la veracidad de los hechos que se debaten y determinar la prosperidad de las pretensiones o de las oposiciones en el juicio de responsabilidad objeto de la Acción de Repetición o el llamamiento en garantía.), puesto que este juicio no

se trata de una pretensión ejecutiva en contra del servidor público, sino de un proceso contencioso y declarativo de su responsabilidad por culpa grave o dolo en su acción u omisión que habría ocasionado un daño que resarciría el Estado, y en el cual el interesado en obtener una sentencia favorable de la jurisdicción deberá desplegar una actividad probatoria prolífica, acorde y proporcional con dicho interés, siendo, por tanto, indispensable que sea celoso en atender la carga procesal probatoria que implica el acreditamiento de los elementos que han sido explicados, para el éxito y prosperidad de las pretensiones y el aseguramiento de los fines constitucionales y legales de la Acción de Repetición, lo cual no se evidenció en el presente caso.

Ha reiterado el Consejo de Estado a través de la consejera ponente Correa Palacio (2007) sobre las deficiencias probatorias lo siguiente:

Es del caso advertir a la entidad demandante que el derecho - deber de ejercer la Acción de Repetición contra los funcionarios y exfuncionarios o particulares que ejerzan funciones públicas, comporta el desarrollo efectivo de la carga de la prueba tanto al incoar la acción como durante las etapas previstas para ello dentro del proceso, con el fin de demostrar judicialmente los presupuestos objetivos (sentencia condenatoria y pago) y la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público, por la cual debe reparar al Estado las sumas que éste canceló a las víctimas dentro de un proceso indemnizatorio, lo que además se traduce en garantizar el derecho de defensa dentro del proceso al demandado servidor o ex servidor público o particular que ejerció función pública, de suerte que le permita presentar sus pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra para responsabilizarlo por los hechos que originaron una indemnización o el pago de una condena.

A juicio de la Sala, los documentos relacionados no resultan suficientes para demostrar su cumplimiento efectivo. En efecto, la entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago, de transacción o de consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.

En el mismo sentido y sobre la rigurosidad para ejercer la carga probatoria el Consejo de Estado con ponencia del magistrado Saavedra Becerra (2007) señala:

No basta que la entidad pública aporte documentos de sus propias dependencias, si en

ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación.

En este orden de ideas conviene precisar que la sola constancia de pago expedida por la entidad pública deudora no constituye prueba suficiente del pago, pues una certificación así no acredita que efectivamente la obligación hubiese sido extinguida por la entrega real de determinada suma de dinero al acreedor, resulta entonces necesario que el acreedor originario dé cuenta del pago.

Sobre la necesidad de garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas, de la responsabilidad tanto del Estado como del servidor público, de la Defensa del interés general y el complemento de los fines del Estado, y en especial sobre las actuaciones del agente público con una “ética de lo público” ha señalado el Consejo de Estado, con ponencia de la consejera Correa Palacio (2006), en ese sentido que:

En otros términos, la Acción de Repetición, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, en la medida en que se constituye en un instrumento jurídico con que cuenta el Estado para disuadir e intimidar a los servidores públicos y demás agentes suyos, con el objetivo de que no obren de manera ostensiblemente negligente (culpa grave) o dolosamente y, por ende, no infieran daños a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos, en absoluto desconocimiento de la misión y funciones que les asignan la Constitución Política y la ley.

En el mismo sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-233 de 2002 al realizar el análisis de demanda de inexecutable de los artículos 17 y 18 de la Ley 678 de 2001 manifestó respecto a la Responsabilidad Patrimonial del Estado y la responsabilidad del servidor público lo siguiente:

Uno de los elementos más importantes en el proceso de edificación del Estado Social de Derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad, mirado no solamente desde la órbita del Estado sino también de los particulares.

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como el entendimiento del papel de los agentes estatales y del cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la transformación del nivel

de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

(...)El mismo artículo (90) estableció la obligación para el Estado de repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del Constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas. El Constituyente también quiso en este sentido someter al servidor público a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

La noción de servidor público establecida en la Carta tiene en este sentido una connotación finalista y no puramente nominal. Al respecto, recuérdese que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras finalidades, “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y cómo al tenor del artículo 209 constitucional son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los “(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”.

Al respecto el Consejo de Estado con ponencia de la Magistrada Correa Palacio (2007) indicó frente a las funciones y actuaciones del servidor público lo siguiente:

Recuérdese que al servidor público como portador de unas funciones y de una misión establecida en las normas de derecho, le es exigible todo aquello que recae en el ámbito de su competencia de conformidad con lo previsto en la Constitución Política, la ley y en el respectivo manual de funciones. De él se esperan, en cumplimiento de sus funciones, determinadas conductas justas, en interés general y en bienestar de la comunidad, cuya defraudación compromete su responsabilidad en los distintos ámbitos exigibles en nuestro ordenamiento jurídico (penal, civil, administrativo, disciplinario, fiscal, político).

“Por ello, de conformidad con la Constitución Política los servidores públicos tienen la misión de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes,

creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2); y en tal virtud, son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6); además, están al servicio del Estado y de la comunidad, debiendo ejercer sus funciones en la forma prevista en la propia Constitución, la ley y el reglamento (artículo 123)...(Consejo de Estado, exp. 24.953, 2007)

El Consejo de Estado a través del magistrado Delio Gómez Leiva (2001) al resolver la Acción Popular AP-054 ha señalado importantes precedentes sobre los conceptos de moralidad administrativa que conviene resaltar como elementos determinantes del comportamiento de los funcionarios públicos, los cuales deben tener, entre otras características, transparencia, eficiencia, celeridad, economía y en general, la primacía del interés general sobre el particular; así lo indica la sentencia referida:

(...) la Sala, partiendo del fallo de la Corte Constitucional No T-503 de 1994, y acogiendo la definición de moral que en el mismo se hace, ha dado en definir la moralidad administrativa como el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social. En el campo de la moralidad administrativa existen conductas no solo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas, tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos. Así mismo, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 reconoce como acto de inmoralidad administrativa, por ejemplo, los sobrecostos en la contratación. Esa transparencia de la actividad del Estado implica, entre otros aspectos, el impecable manejo de los bienes y dineros públicos en beneficio de todos, y si todos somos los beneficiarios y por qué no, si constitucionalmente se tiene el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (artículo 95 ib), uno de los derechos correlativos es el de reclamar la debida transparencia en su manejo, puesto que es elemental que repugne a los asociados no sólo que se haya defraudado su confianza, sino que se hayan malversado sus fondos, porque suyos y para su beneficio son.

2. La ley 678 de 2001 o Acción de Repetición no ha sido analizada integralmente por parte del Consejo de Estado ya que aún se están fallando procesos referidos a hechos ocurridos con anterioridad a la promulgación de dicha ley.

En una de las conclusiones más importantes del trabajo de investigación se observa que en las 16 sentencias analizadas, proferidas por el Consejo de Estado, en el período comprendido entre el 2005-2010, ningún fallo fue sustentado integralmente en la ley 678 de 2001. Lo anterior como consecuencia de la posición jurisprudencial que plantea que debe aplicarse en sus aspectos procesales, y no puede aplicarse en su totalidad, porque los hechos que dieron lugar a la Acción de Repetición o al llamamiento en garantía, corresponden a hechos ocurridos antes del año 2001. Al revisar la sentencia del Consejo de Estado, Correa (2007) se confirma lo planteado en el hallazgo al señalar que:

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, se tiene suficientemente averiguado por la jurisprudencia y la doctrina que la regla general es que la norma nueva rige hacia el futuro, al porvenir, esto es, se aplica a los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; por excepción, puede ser retroactiva, esto es, cobijar hechos o situaciones ocurridas en el pasado y con anterioridad a su vigencia.

Este postulado según el cual, en principio, la ley rige hacia el futuro y no puede ser retroactiva, daría a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continuarían rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de dolo o culpa grave, de manera que en aras de garantizar el derecho al debido proceso, se impone lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Constitución Política, por cuya inteligencia:

“...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará con preferencia a la restrictiva o desfavorable”. (Subrayado de la Sala).

De acuerdo con la norma anterior, cabe efectuar las siguientes precisiones:

- a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave,

sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter “civil” que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

- b) Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado.

En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar conforme a las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

(...) Es claro, que en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*; la ley 678 de 2001 se aplica en lo procesal para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

(...) De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887

Sobre el tema indica el Consejo de Estado:

Las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos no iniciados mediante la respectiva acción judicial con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001; y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua.

Colígese de lo anterior que la Ley 678 de 2001, se aplica en lo sustancial, excepto en lo que resulte más favorable al enjuiciado, para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, el estudio de responsabilidad del agente público se deben analizar conforme a la normativa anterior; y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998. (Consejo de Estado, 2007)

3. En general las normas sobre Acción de Repetición aún no cumplen los fines y propósitos para los cuales fueron creadas, no logran el reintegro de los recursos patrimoniales del estado de manera ágil y eficaz. La ley 678 de 2001 no encuentra aplicación y desarrollo integral que permita establecer un precedente jurisprudencial por parte del Consejo de Estado.

La Acción de Repetición y llamamiento en garantía con fines de repetición en Colombia ha sido desarrollada por diferentes normas en los últimos años; conviene señalar inicialmente: el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984; el Artículo 75 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996; el artículo 50 del Régimen de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993. Después de la configuración constitucional del artículo 90 en la Carta de 1991, se logró consolidar la Ley 678 de 2001, como una acción civil de carácter patrimonial con pretensión resarcitoria o indemnizatoria, la cual desarrolló los aspectos sustantivos y procesales de la determinación de 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; indica sus finalidades, define la obligatoriedad de su ejercicio, los conceptos de las conductas dolosas y gravemente culposas, la jurisdicción y la competencia, los legitimados por activa y pasiva para ejercerla, el procedimiento que se debe seguir, la caducidad, la viabilidad de la conciliación judicial y extrajudicial; igualmente se ha promulgado recientemente el nuevo Código Contencioso Administrativo que definió la repetición contra los funcionarios públicos en el artículo 142 de la ley 1437 de 2011, cuya vigencia se estableció a partir de julio de 2012. Por último y también recientemente se creó la Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado por medio del Decreto 4085 de 2011, la cual procura unificar las políticas de

defensa e información del Estado, así como la recuperación de dineros públicos por la vía de la Acción de Repetición y el seguimiento al debido ejercicio de la misma.

Uno de los principales hallazgos de la presente investigación permite concluir que la aplicación y los resultados de estas normas, incluyendo las posteriores a la Constitución Política de 1991, resultan insuficientes, ineficaces y frustrantes en el propósito de resarcir el patrimonio público de los colombianos. Así se reconoce de manera general por los juristas en Colombia; una primera ratificación de lo anterior se plantea en el estudio publicado en 1997, por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho (hoy, Ministerio del Interior y de Justicia), en el cual se demuestra que la figura de la Acción de Repetición había tenido grandes falencias desde sus inicios, porque el Estado no ha cumplido con su deber de repetir contra sus agentes, razón por la cual fue el Ministerio Público quien se vio en la obligación de iniciar las Acciones de Repetición y efectuar los llamamientos en garantía en aquellos procesos donde existiera dolo o culpa grave del servidor. *"Lo anterior es muestra evidente de que la obligación contenida en el artículo 90, inciso 2". de la C.N., no se está cumpliendo. Perder un instrumento moralizador de la Administración Pública como lo es la Acción de Repetición no tiene explicación alguna"* (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, pp. 99-101).

Otro importante estudio realizado por el profesor Universitario y Magistrado Leonardo Torres Calderón, plantea algunos comentarios críticos sobre la ineffectividad de la norma, lo que ratifica la hipótesis de que la Acción de Repetición es ineficaz en Colombia y señala lo siguiente:

La Acción de Repetición es onerosa e ineficaz, puesto que un número significativo de demandas en Acción de Repetición, no se tramitan en realidad y no pueden llevarse a feliz término, por incumplimiento de las cargas procesales a cargo de la entidad pública demandante, y por no existir ninguna sanción efectiva contra la negligencia de los Jefes de las entidades públicas que no asignan recursos a sus apoderados para atender las demandas presentadas. Además, la gran mayoría de las Acciones de Repetición, se fallan denegando las pretensiones de la demanda por falta de actividad probatoria por parte de los apoderados de las entidades públicas demandantes. (Revista Civilizar, 2005)

Igualmente Torres (2008) al señalar que la condena contra la entidad estatal se debe en gran parte a la falta de una adecuada defensa dentro del proceso de responsabilidad, consolidándose una clara desidia de los agentes público y en consideración a la inexistencia de perención que

sancione la negligencia de las entidades públicas demandantes en el cumplimiento de sus cargas procesales. Señala:

(...) como en la actualidad, en un número muy significativo de Acciones de Repetición, luego de presentar la demanda, la entidad pública demandante no asume ninguna de sus cargas procesales, no se pagan los gastos del proceso, los costos de notificación, y estas expensas a veces son considerables, porque en número importante de casos, es necesario vincular al proceso al servidor público demandado, por intermedio de un Curador Ad-Litem que lo represente, Curador que tiene derecho a unos gastos y honorarios profesionales por su actuación.

En el mismo sentido lo señalan los tratadistas Molina y Cañón, (2008):

El fin principal para el cual fue creada la AR no se ha cumplido; no ha sido bien entendida la institución por falta de claridad en su concepción; el reintegro de dineros está lejos de producirse, a pesar de que han existido algunas condenas que en los últimos años han ido en leve aumento; el proceso principal, en ocasiones toma un término desmedido para emitir el fallo, al igual que el proceso propio de la AR, incrementando el saldo de dinero que debe pagar el agente; algunos de los artículos de la Ley 678 de 2001, son confusos en su redacción. (Citado por Soler y Jiménez, 2009)

El procurador Maya (2005) indicó respecto a la gestión realizada desde la Procuraduría General de la Nación en el propósito de fortalecer la Gerencia Jurídica pública como herramienta para la protección del patrimonio público y la necesidad de fortalecer y hacer eficientes las Acciones de Repetición indicó:

...los informes acerca de la situación encontrada en las visitas que se realizaron ese año a comités de conciliación de entidades nacionales y a entidades del nivel territorial (gubernaciones, alcaldías de departamento y entidades descentralizadas de estos mismos niveles), en una muestra representativa, de 14 visitas a entidades de orden nacional y 62 a las de orden territorial, arrojaron resultados significativos que permiten elaborar un diagnóstico de la realidad existente en materia de gestión pública judicial, que permiten registrar deficiencias en el cumplimiento de las funciones asignadas a tales entes, en tanto sus integrantes básicamente se están ocupando del estudio sobre el uso de la conciliación frente a casos concretos, descuidando la formulación y ejecución de políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa judicial, el análisis riguroso frente al uso de la Acción de Repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición, así como la definición de los criterios de selección de los abogados que tendrán a su cargo la defensa judicial de la

entidad, cuya insuficiencia numérica y formativa salta a la vista de la investigación de campo que se realizó; Entre las acciones para hacer más eficiente y eficaz la gestión pública judicial, se resaltan: a) Diseñar e implementar modelos de buenas prácticas de gestión en lo público, a través de los cuales se prevenga la causación de daños antijurídicos que generen responsabilidad patrimonial al Estado, tanto en materia administrativo-laboral como en asuntos contractuales y extracontractuales, por la acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes; b)(...)Optimizar la capacidad de las entidades públicas para actuar en tales procesos judiciales, a través de una seria, planificada y rigurosa estrategia de defensa litigiosa; c)(...) Emplear las Acciones de Repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición, como mecanismos útiles para la recuperación de los recursos que las entidades públicas han tenido que erogar patrimonialmente, debido al actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes; d)(...) Racionalizar la carga laboral para evitar que los abogados que tienen a su cargo la representación judicial tengan un excesivo número de procesos a su cargo; e) Capacitar y especializar el recurso humano a cargo de la representación judicial; f) Definir el contingente judicial e implementar mecanismos internos que eviten la mora en el pago de sentencias condenatorias y de conciliaciones extrajudiciales, dada la frecuente ausencia de apropiaciones presupuestales para el cumplimiento de tales obligaciones, que ocasiona el pago de un valor superior en 66.5% al inicialmente fallado o conciliado; Generar compromisos institucionales en los comités de conciliación para obtener una mayor eficacia y descongestión real de los despachos judiciales, mediante el uso de la conciliación y de la transacción.

Sobre los mismos aspectos y muy recientemente el Director de defensa jurídica del Estado, Fernando Arévalo Carrascal (2009), planteó sobre la necesidad de definir estrategias de seguimiento a los procesos que lesionan el patrimonio público y en el propósito de hacer más eficiente y rigurosas las Acciones de Repetición indicó:

(...) aún el obstáculo que se identifica al coordinar la defensa de este tipo de procesos, son la falta y demora en el reporte de información litigiosa de las entidades públicas a la Dirección de Defensa Jurídica y en ocasiones deficiente calidad de la información. En ese sentido el Ministerio del interior y de justicia reporta los avances alcanzados que indican que para el año 2009 ha participado en los comités de conciliación de las entidades públicas y se pudo identificar el universo de procesos con cuantía superior a los 2000 SMLMV que corresponden a (4017) procesos, por un valor aproximado de 4 billones de pesos, lo que propició su coordinación, de una manera sistemática, con unos

procedimientos y protocolos definidos a través de circulares internas. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del Ministerio del Interior y de justicia, aun no se definen estrategias para apoyar y definir desde esas dependencias mecanismos de seguimiento a los procesos que lesionan el patrimonio público y cuya cuantía es inferior a 2000 SMLMV.

Finalmente se debe señalar sobre la ineficacia de la norma, que desde la misma consagración Constitucional del Artículo 90, la Asamblea Constituyente advirtió que la Acción de Repetición estaba condenada a no tener resultados prácticos. Así lo señalaron los Constituyentes Pastrana y Emiliani:

Estoy en la misma ambivalencia que acaba de expresar el doctor Augusto Ramírez Ocampo. Porque por un lado comprendo que el funcionario lleva siempre al Estado a unas situaciones que repercuten sobre la colectividad toda con actos ligeros o dolosos, culposos, que desde luego después el Estado tiene que cubrirlas, **cada vez** con sumas más cuantiosas; sucede un poco como cuando observo a los médicos en Estados Unidos, que comprendo que hay médicos que en el ejercicio de su profesión tienen mucha providencia, pero a la vez hoy se ha encarecido el ejercicio médico en Estados Unidos, por todas esas repeticiones que contra ellos se cumplen en su ejercicio profesional, y ha llevado a unos seguros de una cuantía realmente excesiva *Aquí el funcionario no puede tener seguros, eso es absolutamente imposible; yo no sé si se podría prever la sanción de perder su empleo, y no poder seguir siendo un servidor público; una fórmula que en realidad sea realista, porque con esas indemnizaciones que hoy tiene que cubrir el Estado, que lleve unas sumas realmente fabulosas, esto virtualmente es una cosa empírica que no va a tener resultados prácticos, de manera que me parece que el espíritu es el mejor, el más sano, el más indicado; lo que veo en realidad frente a la estructura administrativa del país es que va a tener muchas complicaciones, porque además partimos, doctor Emiliani, de la buena fe del funcionario, de modo que sobre el funcionario hay que comenzar, para sus actos, a demostrarle su buena fe en cualquiera de esas decisiones.*

4. No existe pronunciamiento de fondo por parte del Consejo de Estado frente a los conceptos de dolo y culpa grave que implementó la ley 678 de 2001, ya que se analizaron dichos conceptos con la legislación vigente al momento de los hechos, la cual correspondía a la del Código Civil. La interpretación de estos conceptos sigue generando controversia frente a las presunciones establecidas por la ley 678 de 2001, a pesar de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional.

En las sentencias analizadas se encontró que no existe pronunciamiento de fondo frente a los conceptos de dolo y culpa grave que implementó la ley 678 de 2001, pues se tuvieron en cuenta dichos conceptos de acuerdo con la legislación vigente al momento de los hechos, la cual correspondía a las normas del Código Civil.

Al respecto el Consejo de Estado con ponencia de la magistrada Correa Palacio (2007) indicó frente a los conceptos de dolo y culpa grave lo siguiente:

(...) b) Cabe precisar brevemente los dos conceptos, dolo y culpa grave, que integran el requisito subjetivo de la Acción de Repetición.

“Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible.

“A propósito de la noción de culpa, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que:

“Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: “Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar.”

...“Respecto de la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. “Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender quod omnes intellunt para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño”. De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha “...obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves...” (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110) y agregan que “...reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente...” (Mazeaud y Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen II, pág 384.)

“Ahora bien en cuanto a la segunda modalidad subjetiva con la que se califica la conducta del agente, esto es, el dolo, debe entenderse por tal, aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción,

un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado.

...en palabras más elementales, para que una persona se le pueda imputar un hecho a título de dolo es necesario que sepa algo y quiera algo; que es lo que debe saber y que debe querer...”, de donde los dos aspectos resultan fundamentales, pues el volitivo es el querer la conducta dañina y el cognoscitivo le entrega al autor aquellos elementos necesarios para desarrollar la conducta de manera tal que logre u obtenga el fin dañino deseado.

“En suma, mientras la culpa es la falta de diligencia o de cuidado en la conducta por imprevisión, negligencia o imprudencia, el dolo como dice ENECCERUS “Es el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse un derecho o un deber”.

(...)La jurisprudencia de esta Corporación, con antelación a la expedición de la Ley 678 de 2001, para determinar si las conductas de los agentes públicos se subsumían en culpa grave o dolo, únicas modalidades que comprometen su responsabilidad personal y patrimonial frente al Estado en materia de repetición y llamamiento en garantía, utilizó las nociones previstas en la norma civil anterior y asimiló la conducta del agente al modelo del buen servidor público (Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo). Posteriormente, agregó, que estas previsiones debían ser armonizadas con lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política, que se refiere a la responsabilidad de los servidores públicos por infringir la Constitución y las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones; con el artículo 91 ibídem, según el cual no se exime de responsabilidad al agente que ejecuta un mandato superior, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona; y con la particular asignación de funciones señaladas en el reglamento o manual de funciones (Sentencia de 31 de julio de 1997, Exp. 9894. C.P. Ricardo Hoyos Duque).(Consejo de Estado, 2007)

Existen diversas definiciones e interpretaciones de los conceptos de dolo y culpa grave, entre estas las correspondientes a las traídas por la legislación civil; otra definición es la que plantea la ley 678 de 2001, la cual es novedosa; al respecto algunos doctrinante han generado controversia al indicar que el legislador desbordo sus atribuciones constitucionales y desconoció los principios de inocencia y el debido proceso por cuanto la Acción de Repetición corresponde al campo del derecho sancionatorio y en consecuencia, frente a ella también se aplican los principios constitucionales antes mencionados que rigen el derecho penal y el derecho disciplinario. Al respecto la Corte Constitucional ha proferido jurisprudencia que desvirtúa el anterior señalamiento, aclarando en todo caso que las presunciones de dolo y culpa grave contempladas en los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001 no contravienen los postulados constitucionales; en especial se debe

señalar la sentencia C-374 de 2002, con ponencia de la Magistrada Clara Ines Vargas, en la cual señaló:

Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión *-onus probandi incumbi actori-*, también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la Acción de Repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario.

Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública. (Corte Constitucional, 2002)

De igual manera el Consejo de Estado, a través del Consejero ponente Fajardo Gómez (2008), indicó:

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

Sin embargo, la responsabilidad personal, de carácter patrimonial, del agente frente al Estado, encuentra hoy fundamento en normas de Derecho Público, en tanto la misma Carta Política establece, en el marco del Estado Social de Derecho y en desarrollo del principio

de legalidad, que los servidores públicos, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad, responden por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Cabe resaltar que el Consejo de Estado, aún no ha realizado ningún pronunciamiento respecto a las presunciones de culpa grave y dolo que contempla la Ley 678 de 2001, pues hasta el momento sus fallos han sido proferidos por hechos ocurridos antes de 2001, lo que no ha permitido la aplicación de estos conceptos que trajo la nueva norma, limitándose su interpretación a los conceptos iusprivativos que se manejaron en el pasado en torno a la responsabilidad del agente estatal.

Aún en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, se continúa señalando que los criterios para determinar la responsabilidad del agente estatal frente a los conceptos de culpa grave y dolo, corresponden a los señalados en el Código Civil colombiano, con las consideraciones específicas del Derecho Público y los correspondientes mandatos constitucionales acerca de la responsabilidad del servidor público, así lo indica el Consejo de Estado en sentencia del nueve (9) de junio de 2010, con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, al señalar:

Para determinar la culpa grave o el dolo es necesario acudir a las normas vigentes para la época de los hechos contenidas en el Código Civil, las cuales, además de definir el dolo y la culpa grave, clasifica las especies de culpa que existen.

(...)Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 63 del Código Civil transcrito, la jurisprudencia del Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo al analizar los elementos de fondo de la Acción de Repetición y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77 y 78 del C.C.A. El Consejo de Estado señaló que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Agregó que es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia. (Consejo de Estado, 2010)

5. Existe inoperancia de las leyes de Acción de Repetición en Colombia y de la Acción de Regreso en España. Estas normas presentan elementos comunes y son, en la mayoría de los casos, ineficientes e inaplicables.

La legislación española ha definido en su normas “la Acción de Regreso” la cual guarda semejanza en la legislación colombiana con la “Acción de Repetición”, consagrada en la ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado y del llamamiento en garantía de estos con fines de repetición. Dicha Acción de Regreso esta contemplada en la legislación española en el artículo 145 de la ley 30 de 1992 y su reformatoria ley 4 de 1999 que enmarcan el régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas de dicho Estado. Como ya se ha explicado suficientemente es evidente la importante influencia de la legislación española en la colombiana y en especial en la regulación del artículo 90 Carta Política.

Se debe resaltar que existen elementos comunes entre las normas que consagran la Acción de Repetición en la legislación Colombiana y la Acción de Regreso en la legislación Española, entre los cuales conviene destacar: a) Es obligatorio para las entidades públicas y sus representantes legales, iniciar dichas acciones para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del agente estatal; b) Es requisito de procedibilidad de la “Acción de Regreso” y de la Acción de Repetición que la víctima haya sido indemnizada previamente por la administración pública; c) Que el causante directo del daño haya actuado mediante dolo o culpa o negligencia grave.

Entre las diferencias observadas se encontró que: a) En la legislación española no existen consecuencias para el representante legal de la entidad que no da inicio a la Acción de Regreso, caso contrario a lo que ocurre en la legislación colombiana, en la que la omisión para iniciar la Acción de Repetición constituye causal de mala conducta contra el representante legal de la entidad estatal; b) En la legislación Española no existe un termino de caducidad de la Acción de Regreso, para algunos el plazo es de un año y para otros de cinco años, mientras que en la legislación Colombiana dicho término está definido por la ley, que es dos años; c) en la legislación Española no está contemplada la figura del llamamiento en garantía ni demandas conjuntas contra la Administración y el funcionario para exigir la responsabilidad del agente público, en tanto que en la legislación Colombiana es permitido el llamamiento en garantía del agente estatal e incluso la demanda conjunta contra la Administración y el servidor público.

Uno de los principales hallazgos de la presente investigación permite concluir que la aplicación y los resultados de las normas sobre la Acción de Repetición, incluyendo las posteriores a la Constitución Política de 1991, resultan insuficientes y frustrantes en el propósito de resarcir el patrimonio público de los colombianos. Así se reconoce de manera general por los juristas en Colombia, como se concluye de lo señalado por Molina y Cañón, (2008):

El fin principal para el cual fue creada la AR no se ha cumplido; no ha sido bien entendida la institución por falta de claridad en su concepción; el reintegro de dineros está lejos de producirse, a pesar de que han existido algunas condenas que en los últimos años han ido en leve aumento; el proceso principal, en ocasiones toma un término desmedido para emitir el fallo, al igual que el proceso propio de la AR, incrementando el saldo de dinero que debe pagar el agente; algunos de los artículos de la Ley 678 de 2001, son confusos en su redacción. (Citado por Soler y Jiménez, 2009)

Similares observaciones a las que se han planteado sobre la Acción de Repetición y llamamiento en garantía con fines de Repetición en Colombia, han sido formuladas sobre la “Acción de Regreso” en el Derecho Español; sobre este asunto se ha dicho que es muy difícil poner en marcha el mecanismo de la Acción de Regreso, la cual ha permanecido prácticamente inédita, a pesar de su reconocimiento legislativo por más de cincuenta años; así lo han indicado los Académicos españoles consultados en la presente investigación Domenech, Rebollo, Leguina Villa, que inclusive plantean la resistencia de las administraciones públicas para ejercer dicha acción, lo que ha generado una práctica mal sana en la administración pública española. Al respecto cabe mencionar la siguiente cita:

La legislación española contempla desde hace mucho tiempo la posibilidad de que la Administración exija a las personas que se encuentran a su servicio el reembolso de la indemnización que hubiese pagado a terceros por los daños causados dolosa o negligentemente por ellas. La realidad, sin embargo, es que tal Acción de Regreso prácticamente nunca se ha ejercido, lo que ha desatado las críticas de numerosos autores. (Domenech, 2008)

Finalmente se destaca que han sido muchos los cuestionamientos de los académicos frente a la inoperancia de la Acción de Regreso en España, justificados en que no existe un mecanismo que obligue a la administración a instaurarla, pues no existen sanciones expresas para quien omita el trámite de dicha acción, a diferencia de lo contemplado con la Acción de Repetición en Colombia que si las impone al representante legal de la entidad estatal que no la inicie dentro del término de seis meses; lo anterior permite concluir que la falta de exigencia, no ha sido el elemento

determinante para la eficacia de la misma, pues en Colombia existen drásticas sanciones para quienes omitan dicho deber, pero aun así, incoar la Acción de Repetición ha resultado inútil frente a las intenciones del legislador, pues se omiten los procedimientos legales y los requisitos procesales establecidos para su procedencia, que dan lugar a fallos absolutorios para los agentes estatales.

Sobre los escasos resultados en la legislación española de la Acción de Regreso, el profesor Luis Martín Rebollo plantea la siguiente reflexión:

Ahora bien, es muy difícil poner en marcha el mecanismo de la Acción de Regreso. Apenas hay ejemplos y apenas cabe ejemplificar con datos extraídos de los repertorios jurisprudenciales. A pesar de ello, hay que explicar cómo funciona, más en la teoría que en la práctica, una previsión que la nueva normativa impone ya no como una posibilidad sino como una obligación. (Rebollo, 2000)

Para la reflexión final se transcriben las consideraciones del profesor Rebollo (2000) sobre la Acción de Regreso en España y que son válidas para aperturar el debate sobre la Acción de Repetición en Colombia y los retos que se imponen en el Derecho contemporáneo:

La Acción de Regreso “bien poco utilizada” nos ha llevado por diferentes derroteros. Unos derroteros que a algunos les puede parecer que nos sacan del Derecho práctico entendido como el simple juego de relaciones formales. Creo que no. El Derecho es mucho más que una mera cuestión de lógica formal. Y ese tipo de cuestiones y reflexiones de fondo como las apuntadas son, precisamente, las que nos sirven de guía y de referencia. Esto es, para introducirnos, llenos de dudas e inseguridades, en lo que de verdad el Derecho significa como instrumento social. La paradoja y, en ocasiones, la falta de respuesta no nos aleja del Derecho. Justamente, nos mete más de lleno en él (Rebollo, 2000)

B. Reflexiones finales sobre las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia y perspectivas con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, en su segunda parte sobre la “organización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones jurisdiccional y consultiva” consagró en el título III, como medio de control, la Acción de Repetición, sin mayores desarrollos. Dicha acción en el anterior código no se encontraba consagrada como acción autónoma, tal como fue consagrada en el nuevo código; sin embargo este cambio no trae modificaciones, toda vez que el trámite de la misma se continua realizando con el consagrado para la Acción de Reparación Directa de conformidad con el artículo 10 de la ley 678 de 2001. Así quedo consagrada en el artículo 142 del nuevo código.

Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño. (Ley 1437, 2011)

La nueva norma consagró elementos probatorios para acreditar el certificado de pago ante el proceso, toda vez que antes dicha prueba no era debidamente allegada, lo que dio lugar a que muchas Acciones de Repetición terminaran en la absolución del servidor público, por falta de elementos probatorios que acreditaran el pago de la entidad al perjudicado; igualmente se indicó que la pretensión de Repetición podrá realizarse mediante el llamamiento en garantía dentro del proceso de Responsabilidad contra la entidad pública, lo cual ya había sido contemplado en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo anterior, así como en la ley 678 de 2001, configurándose una ratificación de la norma que reglamenta la Acción de Repetición y superándose así la discusión de constitucionalidad que se había contemplado respecto al artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en cuanto que se puede llamar en garantía al

funcionario o ex funcionario público a pesar de que en ese momento procesal no se ha declarado la responsabilidad del Estado, lo que no vulnera los derechos fundamentales del agente estatal y fue interpretado por nuestra Corte Constitucional como una fórmula de economía procesal.

En igual sentido el artículo 142 del nuevo código, al igual que la ley 678 de 2001, incluyó como otras causales para iniciar la Acción de Repetición, el reconocimiento indemnizatorio que hace el Estado en virtud de la conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, lo cual no había sido consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y ya fue objeto de pronunciamiento jurisprudencial por la Corte Constitucional, en el sentido de que no se ejerce dicha acción solo en el evento de condena contra el Estado mediante proceso de Responsabilidad sino que también procede por las indemnizaciones concedidas mediante mecanismos de conciliación o terminación de conflictos, las que pueden dar lugar a iniciar la Acción de Repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa haya causado perjuicios al Estado.

Respecto a la figura jurídica administrativa de caducidad contemplada en el anterior Código Contencioso Administrativo, fue consagrada igualmente en la Ley 1437 de 2011, quedando incluida dentro de los requisitos de la demanda como un término para presentarla. En el caso específico de la Acción de Repetición quedó consignada en el nuevo código en el artículo 164, numeral 2, literal I, el cual también tuvo en cuenta los análisis jurisprudenciales que realizó la Corte Constitucional respecto al momento desde el cual se empieza a contar el término de caducidad, que en el anterior código, artículo 136, había sido objeto de pronunciamiento de exequibilidad condicionada por la sentencia C-832 de 2001, en la cual se indicó que es en el entendido de que el término máximo para que la entidad pague la condena es de 18 meses.

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

... 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

I) Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código.

De otro lado, las competencias para conocer de la Acción de Repetición tuvieron algunas modificaciones en el nuevo Código Contencioso Administrativo, en el caso de la competencia del

Consejo de Estado en única instancia, fueron incluidos servidores públicos contra los cuales se puede interponer dicha acción en esa instancia como son: el Registrador Nacional del Estado Civil, el Auditor General de la República y los representantes legales de los órganos y entidades del orden nacional; en el caso de la competencia de los Tribunales Administrativos y los juzgados administrativos en primera instancia, la nueva norma incluyó como sujetos procesales, expresamente a los agentes judiciales, contra los cuales se puede iniciar la Acción de Repetición en primera instancia por cuantías superiores a (500) salarios mínimos legales mensuales, en el caso de los tribunales e inferior a dicha cuantía ante los jueces administrativos.

Dichas reglas de competencia quedaron consagradas en los siguientes artículos:

Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

...13. De la repetición que el Estado ejerza contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del Despacho, Directores de Departamento Administrativo, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, Registrador Nacional del Estado Civil, Auditor General de la República, magistrados de los tribunales superiores de distrito judicial, de los tribunales administrativos y del Tribunal Superior Militar y, en general, de los representantes legales de los órganos y entidades del orden nacional.

Artículo 152. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

11. De la repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.

Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...8. De las Acciones de Repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.

Respecto de la Acción de Repetición procede el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, el cual fue consagrado en el artículo 256 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, el cual determina los fines que debe cumplir, que en buena parte son los mismos del recurso de casación, a saber: la unidad del derecho, comprendiendo tanto su interpretación como su aplicación, y la garantía de los derechos subjetivos de las personas que participaron en el proceso, para lo cual deberá reparar los agravios que les causó la sentencia impugnada. (Arboleda, 2011)

Sin embargo, para que proceda el Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia es necesario, tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, que la cuantía de la condena, o en su defecto de las pretensiones de la demanda sea igual o exceda los cuatrocientos cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Igualmente procede el recurso extraordinario de revisión respecto de la Acción de Repetición, contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los tribunales administrativos y por los jueces administrativos, recurso que busca anular una sentencia ejecutoriada por haberse basado en una prueba ilegal o en una situación falsa tan grave que amerita su revisión.

Por último, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo indica que cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago, lo que nuevamente abre la discusión frente al pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional, en los casos en los que se vincula al servidor público a través del llamamiento en garantía, toda vez que en dicha etapa procesal el Estado no ha hecho ningún pago y aún no existe pronunciamiento contra la entidad.

Conclusiones Capítulo II Parte II

A pesar de que la Acción de Repetición es una acción constitucional, toda vez que fue consagrada expresamente en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, no puede ser ejercida por cualquier ciudadano, sino directamente por la entidad, lo que tampoco permite un control social directo sobre las condenas que el Estado esta obligado a soportar; esa fue la consagración legal que implementó la ley 678 de 2001, la cual a pesar de haber indicado como obligatoria la instauración de dicha acción, cuando se observa que el servidor público actúo con dolo y culpa grave, no ha resultado efectiva, por los resultados de las demandas que se han interpuesto, toda vez que solo una cuarta parte de las mismas resultan condenatorias contra el agente estatal, por las reiteradas omisiones en los trámites procesales al allegar las pruebas en las respectivas demandas.

Dichas fallas procesales se pretenden modificar con la consagración expresa de una nueva formula probatoria adecuada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para que la entidad acredite el pago a terceros, con el fin de allegar adecuadamente el requisito exigido para la procedencia de la Acción de Repetición, con lo cual se intenta dar solución a una de las fallas procesales mas reiteradas durante el trámite Contencioso Administrativo. En el presente trabajo de investigación se logro demostrar con cifras que dicha omisión procesal era el problema más reiterativo por el cual las demandas por Repetición no prosperan a favor del Estado.

Dentro de los principales hallazgos de la investigación se encuentran:

Carencia de una ética pública y responsabilidad social frente al patrimonio público por parte de los funcionarios de las entidades estatales en Colombia. Existen graves deficiencias en los trámites procesales por carencia probatoria.

La ley 678 de 2001 o Acción de Repetición no ha sido analizada integralmente por parte del Consejo de Estado ya que aún se están fallando procesos referidos a hechos ocurridos con anterioridad a la promulgación de dicha ley.

En general las normas sobre Acción de Repetición aún no cumplen los fines y propósitos para los cuales fueron creadas, no logran el reintegro de los recursos patrimoniales del Estado de manera

ágil y eficaz. La ley 678 de 2001 no encuentra aplicación y desarrollo integral que permita establecer un precedente jurisprudencial por parte del Consejo de Estado.

1245 No existe pronunciamiento de fondo por parte del Consejo de Estado, en las decisiones correspondientes al período 2005-2010, frente a los conceptos de dolo y culpa grave que implementó la ley 678 de 2001, ya que se analizaron dichos conceptos con la legislación vigente al momento de los hechos, la cual correspondía a la del Código Civil. La interpretación de estos conceptos sigue generando controversia frente a las presunciones establecidas por la ley 678 de 2001, a pesar de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la sustentación del presente trabajo de investigación se realiza en el año 2012, en acatamiento a las observaciones realizadas por los jurados, es pertinente revisar las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en especial frente a los conceptos de dolo y culpa grave analizados a la luz de la ley 678 de 2001, durante los años 2011 y 2012, encontrándose que dicha Corporación a través de la magistrada **Ruth Stella Correa Palacio**, en sentencia del 28 de febrero de 2011, realizó un importante aporte en la interpretación de dichas figuras legales teniendo en cuenta las normas de Derecho Público, dejando a un lado las interpretaciones civiles realizadas anteriormente en virtud del artículo 63 del código civil. Por su gran importancia frente al aporte al Derecho Público en los conceptos de dolo y culpa grave, se transcriben los apartes más significativos de dicha sentencia:

Ya atrás se señaló que el inciso 2o. del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 678 de 2001, siguiendo la legislación precedente, señalan claramente que la responsabilidad personal y patrimonial del agente público sólo se compromete en los casos en que su conducta, que dio lugar al daño antijurídico a un tercero por el cual tuvo que pagar una indemnización el Estado, sea cometida a título de dolo o culpa grave, lo que excluye otras modalidades de culpa, como la leve y levísima, que no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal, como ocurre en el régimen civil de responsabilidad.

Así mismo se indicó que, ante la inexistencia de una definición legal de los conceptos de dolo o culpa grave, inicialmente el Consejo de Estado en su jurisprudencia recurrió a las definiciones que sobre los mismos trae el artículo 63 del Código Civil, comparando la conducta del agente demandado con la del modelo del buen servidor público con el fin de determinar su responsabilidad; y luego, con un sentido más amplio, acudió a los artículos 6 y 91 de la Constitución Política, que señalan que los servidores públicos son responsables no sólo por

infringir la Constitución y las leyes, sino también por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones, sin que les sea dable oponer el cumplimiento de un mandato superior para eximirse de responsabilidad, cuando, en infracción manifiesta de un precepto constitucional, causen daño o detrimento a una persona.

Es así como, ante la ausencia de las nociones legales de dolo y culpa grave para efectos de repetición, el legislador en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 consagró la definición de estas dos modalidades de conducta; en cuanto a la primera estableció que "[l]a conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado"; y respecto de la segunda señaló que "[l]a 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."

(...)Para el entendimiento de las anteriores disposiciones, conviene advertir que la presunción se funda en lo que regular y ordinariamente sucede: "praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit". El recto sentido de este figura, según enseña el profesor Rocha, es el que da su etimología: "prae y sumere, o el infinitivo del verbo praesumere, presentir, tomar de antemano, porque por la presunción se toma una cosa como verdadera (sumitur pro vero) antes de que conste de otro modo, (...) de lo que comúnmente sucede, dada la constancia de las leyes naturales, físicas, químicas, económicas, sociales, ex eo quod plerumque fit (de aquello que sucede generalmente) (...) unas mismas consecuencias de unos mismos hechos, proceder o actitudes semejantes de iguales situaciones."²² La presunción, entonces, es un juicio que la ley o el juez se forma sobre la verdad de algo, por la lógica relación que muestra con otro hecho diferente y conocido como cierto.²³

En este contexto, el artículo 66 del Código Civil, establece la siguiente noción:

"ARTICULO 66. <PRESUNCIONES>. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias."

Y, a su turno, el Código de Procedimiento Civil (Capítulo de Pruebas), preceptúa:

"ARTÍCULO 176. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice."

La doctrina que se extrae de las anteriores disposiciones, puede concretarse así:

(i).- La presunción es un juicio lógico del legislador, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de otro hecho debidamente probado. Cuando un hecho está amparado con una presunción, se entiende que está exento o no necesita de prueba, pues, precisamente, el objeto de la presunción es excluir ese hecho del tema probatorio para tenerlo como realizado y verídico dentro del proceso, dado que, como es la propia ley la que deduce esta consecuencia, se está seguro de la deducción.

(ii).- Las presunciones pueden ser de derecho ("iuris et de iure", de derecho y por derecho); y legales ("iuris tantum", sólo de derecho). Las presunciones legales admiten prueba en contrario, mientras que las presunciones de derecho dan certeza plena y absoluta del hecho y no admiten prueba en contra, pues se fundan en el orden público.

(iii).- La fuerza de la presunción depende de la certeza del hecho conocido y de su relación con un hecho desconocido que se establece como consecuencia de la demostración de aquél. Por lo tanto, para su aplicación siempre se tiene que probar un hecho, esto es, aquel del cual se deduce o se supone que es cierto otro hecho, siendo este último el que al final interesa al proceso. En otras palabras, los hechos en que se apoya una presunción legal se deben establecer o, mejor aún, probar y, en este caso la presunción opera a favor de quien la invoca, relevándola o eximiéndola de la prueba del hecho inferido o indicado en la disposición que la contempla, a menos que la otra parte infirme la conclusión legal probando lo contrario.

(iv).- Sin embargo, la dispensa de la prueba mediante la aplicación de una presunción es sólo en parte, porque siempre el que la invoca está obligado a demostrar el hecho en que la misma se funda o del cual la ley deduce la consecuencia. De ahí que el profesor Rocha afirme que "[l]a dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es, pues, apenas parcial y respecto del hecho deducido, que es, el que indudablemente interesa demostrar. Pero no resulta favorecido sino probando otros hechos, aquellos que siendo ciertos, hacen creíble el segundo hecho."²⁵

(v).- La presunción legal se funda en la más alta probabilidad de certeza pero no excluye la posibilidad de error en el razonamiento del hecho cierto del cual se parte para obtener una deducción y tampoco sobre la base conocida cuando la misma termina resultando falsa o inexacta. Por eso, siempre se permitirá

destruirla, esto es, se otorga a la parte contra quien se hace valer, la posibilidad de probar la inexistencia del hecho que legalmente se presume, aun cuando fueren ciertos los antecedentes o circunstancias con fundamento en los cuales lo infiere la ley, como también cuando éstos terminen siendo falsos. Es decir, la conjetura, suposición o deducción de ley se puede desvirtuar por la parte a quien no le conviene, pues admite prueba en contrario, circunstancia que libera de la carga de probar el hecho presumido a la parte favorecida con la misma y la traslada a la otra parte quien debe desvirtuarlo.

(vi).- En definitiva, al que desee beneficiarse de una presunción le corresponde probar el hecho conocido y demostrado, ope legis, se aprovecha del otro hecho que resulta indirectamente probado, pero siempre con la posibilidad de que la parte contraria contra quien se aduce pueda desvirtuar el hecho presumido con el objeto de evitar la operancia de la deducción contenida en la ley.

Así las cosas, la Ley 678 de 2001, al desarrollar el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, en especial, para efectos de determinar si los servidores, exservidores o particulares que desempeñen funciones administrativas actuaron con dolo o culpa grave, estableció un listado de hechos en los que se dice presumir, según las reglas de la experiencia, que han obrado bajo esas modalidades de conducta. Con ello, el legislador buscó que en el caso de que se demostraran las conductas descritas en los artículos 5 y 6 de la citada ley, el juez tuviera por cierto que el comportamiento del agente público fue con dolo o culpa grave.

De todos modos, estima la Sala necesario precisar que las denominadas presunciones son sólo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público, pues pueden presentarse muchos más casos que, pese a que no se encuentran consagrados en las citadas causales de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, originan que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar.

No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones "se presume", "se reputa", "se considera", "se colige", "se entenderá" u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo.²⁶

Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un

análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.

Obsérvese, por ejemplo, que si el agente actuó con desviación de poder no es que se presuma el dolo, sino que esa conducta fue dolosa, máxime cuando la definición que sobre éste hace el inciso primero del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 se refiere a que el agente actúa con dolo cuando quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado, la cual coincide en líneas generales con la noción de desviación de poder que consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto o ajeno del que la ley quería al otorgarla; por tanto, en este evento, probados los supuestos de la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública) resultará probado el dolo en forma directa y no por simple deducción o inferencia, claro está que admite prueba en contrario (carga del agente público demandado), en aras de garantizar su derecho a la defensa.

(...)En suma, la ley hace una enunciación de las conductas que constituyen culpa grave o dolo y probados esos supuestos se tiene por cierto, salvo que se demuestre lo contrario, que el agente público actuó bajo unas de esas dos formas de culpabilidad.

(...) En consecuencia, la Sala aclara que el hecho de que exista una sentencia condenatoria al Estado no puede tenerse como una responsabilidad patrimonial sin previo juicio del servidor público, sino que su aducción en el proceso de repetición permite que en la actividad probatoria del servidor demandado, aun cuando señale que hubo, verbigracia una desviación de poder, se pueda demostrar y determinar, en ejercicio del derecho constitucional al debido proceso y su corolario de defensa (art. 29 C.P.), contrario a lo pretendido en la respectiva demanda de repetición, que dicha conducta no lo fue a título de dolo o culpa grave y por ende, es posible y viable acreditar la falta de responsabilidad de carácter patrimonial.

De otro lado, existe inoperancia de las leyes de Acción de Repetición en Colombia y de la Acción de Regreso en España. Estas normas presentan elementos comunes y son, en la mayoría de los casos, ineficientes e inaplicables.

Por último es necesario indicar que el artículo 3 de la ley 1437 de 2011, núm. 7, consagra el principio de la Responsabilidad de las autoridades y agentes estatales por las consecuencias de

sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones de acuerdo con la Constitución, las leyes y reglamentos, principio que de conformidad con la comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fue necesario definirlo con el fin de hacerlo operativo en el mundo del derecho (Arboleda, 2011), por lo cual en caso de que la Acción de Repetición tenga vacíos o sea insuficiente para su aplicación, se podrá acudir a dicho principio que fue adoptado por la nueva norma.

CONCLUSIONES FINALES

- Los servidores públicos cuando actúan ejerciendo sus funciones deben adquirir mayor conciencia frente a los actos que de alguna manera causan responsabilidad patrimonial al Estado; sin embargo las decisiones judiciales que se han proferido frente a la Acción de Repetición no han logrado causar el impacto necesario para la prevención de actuaciones dolosas o gravemente culposas. Dicha situación se ha presentado entre otras razones, por la demora y congestión judicial que sufre la jurisdicción contencioso administrativa, en la cual se presentan decisiones tardías que además causan detrimento económico por efectos de la indexación y de los intereses, cuyo pago no es asumido por el servidor público al momento de la condena, toda vez que es factible que se insolvente o que los bienes sobre los cuales se pudo decretar alguna medida previa al iniciarse la Acción de Repetición, ya no tengan ningún valor o hayan sido abandonados. Es evidente que el Estado se ha visto afectado en su patrimonio público por las condenas excesivas que se causan por daños a particulares, en cuyas actuaciones intervienen sus servidores públicos, pero no ha sido posible en la práctica que el Estado recupere dichos recursos, lo que ha permitido que se tenga una concepción de ineficiencia frente al cobro a sus funcionarios. En ese sentido la estructura de administración de justicia en Colombia no permite una intervención oportuna y eficaz frente a los perjuicios de carácter patrimonial que causa un servidor público.
- Sobre los anteriores aspectos conviene resaltar algunos de los hallazgos más importantes en el presente trabajo de investigación, que se encuentran relacionados con la carencia de una ética pública y responsabilidad social frente al patrimonio público por parte de los funcionarios de las entidades estatales en Colombia. Existen graves deficiencias en los trámites procesales por carencia probatoria para lograr la declaratoria de responsabilidad del agente estatal. Igualmente uno de los hallazgos relevantes establece que la ley 678 de 2001 sobre Acción de Repetición, aún no cumple los fines y propósitos para los cuales fue creada y no logra consolidar el reintegro de los recursos patrimoniales del estado de manera ágil y eficaz, así como no encuentra aplicación y desarrollo integral que permita establecer un precedente jurisprudencial por parte del Consejo de Estado. Coinciden estos hallazgos con algunas de las conclusiones más importantes del presente trabajo, que han definido como factor común de la inaplicabilidad de la ley de Acción de Repetición, la alta incidencia que tiene la carencia de material probatorio, toda vez que las entidades omiten la presentación de las pruebas suficientes que permitan demostrar la responsabilidad del

agente estatal para condenarlo en Repetición. En ese sentido la configuración que realiza la ley 1437 de 2011, al consagrar la Acción de Repetición como una nueva figura legal autónoma, diferenciándola de la acción de Reparación Directa, no trae cambios significativos que permita la eficiencia para que el Estado garantice el cobro de los perjuicios que sus funcionarios públicos causan a través de sus conductas dolosas.

- Sin embargo es relevante en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, el concepto que introdujo el legislador al consagrar expresamente el medio probatorio para acreditar el pago que tiene que hacer el Estado a terceros, esa es una de las causales mas recurrentes por las que no se pudo condenar al servidor público mediante la Acción de Repetición. Sobre estos aspectos resulta novedosa y esperanzadora la consagración y precisión que se hace en el nuevo código, de los elementos probatorios para acreditar el pago de la entidad estatal a la víctima, toda vez que antes dicha prueba no era debidamente allegada, lo que dio lugar, a que muchas Acciones de Repetición terminaran en la absolución del servidor público por falta de la prueba del pago de perjuicios realizado por la entidad estatal, como ha quedado demostrado en el presente trabajo de investigación.

- Igualmente, en dicho código se indicó que la pretensión de Repetición podrá realizarse mediante el llamamiento en garantía dentro del proceso de Responsabilidad contra la entidad pública, lo cual ya había sido contemplado en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo anterior, así como en la ley 678 de 2001 y fue interpretado por nuestra Corte Constitucional como una fórmula de economía procesal, ratificando que no se vulneran los derechos fundamentales del agente estatal; en tal sentido se encontró que dicha tesis ha sido controvertida, al tener otra interpretación al tenor literal del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, dado que para algunos doctrinantes carece de interpretación lo indicado por la Corte Constitucional y su aplicación, proviene de afirmaciones inmotivadas del organismo encargado de vigilar en última instancia y con fuerza de cosa juzgada la constitucionalidad de las leyes (Bermúdez, 2002), conclusión que tal vez sea en el futuro objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado a través del Recurso de Unificación de Jurisprudencia, lo que provocaría un choque de trenes frente a la intervención del agente estatal en los procesos de responsabilidad contra el Estado, más aún cuando el nuevo Código Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, exige como requisito de procedencia de la Acción de Repetición que el Estado haya pagado la condena en perjuicios, actuación que no se presenta al momento del llamamiento en garantía.

- Con los nuevos elementos que allega el nuevo código, podemos concluir que las demandas por Acción de Repetición en Colombia enfrentan unos nuevos escenarios que podrían incrementar la eficacia y la eficiencia para que puedan ser recuperados importantes recursos que han afectado el patrimonio nacional. Estas nuevas normas, conjuntamente con la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado permitirán que la gestión de las Acciones de Repetición alcancen mayores posibilidades de éxito en la Defensa de los Recursos de la Nación.

- Respecto al artículo 90 de la Constitución Política de Colombia se debe indicar que este no delega en el legislador la definición de la conducta dolosa o gravemente culpable del agente estatal, sin embargo la ley 678 de 2001 fijó algunas actuaciones como constitutivas de dichas formas de culpabilidad, elementos que le corresponden al juez analizar y determinar, lo que antes se realizaba a través de los conceptos de la legislación civil; dicha responsabilidad no puede deducirse solo del incumplimiento de las obligaciones consagradas en la ley como lo pretende plantear el legislador, sino que debe concluirse de la intención de producir un daño y de la negligencia del servidor público. Al respecto el Consejo de Estado para precisar la noción de culpa grave ha acudido a la definición contenida en el artículo 63 del Código Civil agregando los deberes legales del agente estatal, dichas decisiones, desconocen el artículo 90 de la Constitución Política, el cual no ha exigido simplemente la culpa objetiva o el defecto de conducta del agente para deducir su responsabilidad, toda vez que la clasificación tripartita de culpas que trae el Código Civil es una noción aplicable a la culpa contractual (Bermúdez. 2002).

- Los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001 no agregan ninguna circunstancia relativa a la conducta del agente de donde pueda hacerse la inferencia de la existencia de dolo o culpa grave. En las presunciones establecidas en dichos artículos no se establecen hechos conocidos y probados para presumir otros hechos. En estas presunciones partiendo de un concepto (desviación de poder, falsa motivación, etc.) que no ha sido declarado por nadie y por lo tanto no es demostrable, se deduce la existencia de otro concepto, que es precisamente la existencia de dolo o culpa grave en el agente estatal. (Bermúdez, 2002). Sobre los conceptos de dolo y culpa grave el nuevo código contencioso no se hacen aportes complementarios para ilustrar a luz del derecho público tales figuras jurídicas, por lo que se debe acudir a las normas del derecho civil y a lo consagrado en la ley 678 de 2001.

- La naturaleza de la Acción de Repetición fue definida por el contenido del artículo 2 de la ley 678 de 2001, el cual indica que es una acción civil de carácter patrimonial, sin embargo dicha ley dispone posteriormente que está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública y al referirse a la cuantificación de la condena contra el agente estatal dispone que se atenderá el grado de su participación en la producción del daño, culpa grave o dolo, a sus condiciones personales y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición, lo que permite concluir que es una acción de contenido sancionatorio. (Bermúdez, 2002). Esta es una de las controversias jurídicas frente a la Acción de Repetición. Lo anterior implica que el análisis que hace el juez sobre la condena que le impone al agente estatal para indemnizar el daño causado con su actuación no se realiza con carácter exclusivamente civil o patrimonial, toda vez que debe atender la gravedad de la falta y puede implicar una decisión en su contra que no necesariamente lo obligue a restituir el 100% de lo pagado por la entidad estatal a la víctima. En ese sentido las valoraciones que hace el juez son propias de una sanción y no de una reparación a pesar de proferir una condena resarcitoria, lo que termina valorándose como una forma de culpabilidad necesaria para sancionar y no como la culpa civil necesaria para reparar, motivo por el cual las condenas proferidas contra el agente estatal por los mismos hechos en procesos disciplinarios, penales o fiscales configuran causales para la prohibición constitucional de una doble condena, lo que impediría el inicio de un proceso de responsabilidad patrimonial contra el agente público a través de la Acción de Repetición, por violación a la prohibición de doble juzgamiento. Incluso el Consejo de Estado ha llegado a pronunciarse sobre el tema, al considerar que una vez iniciada la acción civil en el proceso penal contra el servidor público se entiende que los perjuicios reconocidos e indemnizados a la víctima configuran el reconocimiento patrimonial por parte del agente estatal y evitaría el inicio de la acción de Reparación Directa contra el Estado.

- A partir de dicha consagración legal de los fines de la Acción de Repetición y la controversia que se suscita, se distorsiona la verdadera razón de ser de dicha figura legal, ya que la misma debe permitir y tener como finalidad el restablecimiento del patrimonio público cuando el Estado es condenado a pagar a un tercero un perjuicio proveniente del actuar doloso y gravemente culposo de un agente estatal, lo que previamente debería ser analizado por un juez penal como prerrequisito para la prosperidad de la Acción de Repetición y no someter dicho juzgamiento de la determinación de la culpabilidad al juez

contencioso administrativo, toda vez que el mismo debe buscar la reparación del daño, mas no la condena.

- Lo mismo se podría concluir respecto a las acciones disciplinarias y fiscales, pues tienen un carácter eminentemente condenatorio que pretenden garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, lo que terminaría violando el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que al analizarse su culpabilidad determinando si actuó con dolo o culpa grave, ya se esta realizando un juicio sobre sus actuaciones y someterlo nuevamente a otro proceso en el cual se determina dicha responsabilidad a través de la Acción de Repetición, viola la prohibición de que nadie puede ser juzgado por los mismos hechos dos veces. Ahora bien, la misma Corte Constitucional (C-309, 2002) reconoce la naturaleza sancionatoria de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales considerándola como una modalidad del ius puniendi del Estado, pero desconociendo la violación del non bis in ídem en los eventos en que el agente estatal es sancionado disciplinariamente por los mismos hechos (Bermúdez, 2002)
- El hecho de que no haya existido en la jurisdicción contencioso administrativa, una fórmula que establezca el precedente jurisprudencial en materia de responsabilidad de los funcionarios públicos, como lo es el recurso de casación aplicable a otras jurisdicciones, ha retrasado la consolidación de figuras legales como la Acción de Repetición, pues aunque el Consejo de Estado ha realizado pronunciamientos como juez de segunda instancia, los mismos no han tenido el impacto que si han logrado las demás altas cortes en materia de Casación. Un intento fallido se realizó a través del recurso extraordinario de súplica, el cual causó gran congestión judicial y terminó derogado por la ley 954 de 2005.
- En ese sentido, apenas se empieza a construir el camino, con la consagración del Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia, en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual permitirá la consolidación de precedentes para el análisis e interpretación de la Acción de Repetición, aunque tendrá que transcurrir mucho tiempo para que el Consejo de Estado decida sobre hechos ocurridos después de la promulgación de la ley 678 de 2001, toda vez que aún esta decidiendo como juez de segunda instancia, los hechos que tuvieron lugar antes de la expedición de dicha norma por lo cual apenas se están aplicando las normas consagradas en el anterior Código Contencioso Administrativo, en materia sustancial de la Acción de Repetición, aunque se

ha acudido a las normas procedimentales de la ley 678 de 2001 y ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- Por tal motivo, aún queda en precaria construcción la figura de la Acción de Repetición, ya que a pesar de su evolución normativa y su consagración en la Constitución Política de Colombia, la ley 678 de 2001, apenas podrá analizarse a la luz del alto tribunal en materia contenciosa administrativa en un período de por lo menos cinco años y a pesar de que ya existen pronunciamientos constitucionales a través de los análisis de exequibilidad, le corresponde al Consejo de Estado, por medio de sus pronunciamientos, determinar si dicha figura legal es el mecanismo adecuado para que el Estado logre el recobro del dinero que ha tenido que pagar por condenas que son atribuibles a sus servidores públicos. Si dicho propósito no se logra, como ha sucedido hasta ahora con las normas implementadas por el legislador, terminaremos fracasando en las finalidades de la ley por falta de eficiencia judicial proveniente de la congestión del sistema. Lo que terminaría en nuevas críticas a la norma y propuestas de nuevas reformas que no dan solución eficaz, al detrimento patrimonial que viene sufriendo el Estado por condenas provenientes de las actuaciones de sus servidores públicos.

- Otro de los cuestionamientos que surgen es si procede la Acción de Repetición cuando existen conductas omisivas en los procesos judiciales por parte de los abogados que tienen a cargo las demandas de defensa de la entidad Estatal, en tal sentido se encuentra que en estos casos si existen conductas dolosas o gravemente culposas por parte del apoderado que den lugar a la condena contra el Estado, se podría iniciar la Acción de Repetición en su contra; sin embargo en el caso del proceso administrativo de la Acción de Repetición, si existe un descuido del profesional del derecho, este no da lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, en tal sentido no hay acto ilegal, sino negligencia en el ejercicio de sus funciones, lo que no da lugar a ejercer la Acción de Repetición contra el abogado por improcedente y por falta de legitimación en la causa por pasiva, sino a iniciar la acción disciplinaria ante el Consejo Superior de la Judicatura, en la que la decisión puede dar lugar a exigir la responsabilidad patrimonial posteriormente, pero no mediante la Acción de Repetición. En tal sentido resulta importante el papel que pueda cumplir en el futuro la Agencia Nacional para la Defensa del Patrimonio Público, frente al compromiso de acompañamiento litigioso permanente y la sistematización de la información para garantizar mayor eficacia en la recuperación del patrimonio público mediante las Acciones de Repetición.

- Finalmente, con el presente trabajo de investigación se determinó que las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición obedecen a la omisión de las entidades estatales para realizar una adecuada defensa del patrimonio público, sumado a que no existen profesionales del derecho que actúen dentro del proceso durante el trámite procesal de manera ininterrumpida, ya que los procesos Contencioso Administrativos en materia de Repetición pueden durar entre 6 y 18 años, lo que conlleva a que los abogados abandonen el trámite procesal o alleguen fuera de términos los requisitos exigidos para la continuidad de dicha acción. Incoar la Acción de Repetición ha resultado inútil frente a las intenciones del legislador, pues se omiten los procedimientos legales y los requisitos procesales establecidos para su procedencia, que dan lugar a fallos absolutorios para los agentes estatales. Sin embargo se espera que con las modificaciones que ofrece el nuevo Código Contencioso Administrativo, en el cual se indica la fórmula para allegar de manera adecuada la prueba del pago de la entidad estatal en la Acción de Repetición y la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se subsanen los problemas mas recurrentes en el trámite procesal de dicha acción y se logre la eficacia del Estado para lograr el reembolso de los dineros que paga a causa del actuar doloso o gravemente culposo de los agentes estatales. La tarea sigue pendiente pero la justicia Colombiana debe trabajar incansable y permanentemente en su construcción y como lo ha señalado el profesor Rebollo (2000) “La paradoja y, en ocasiones, la falta de respuesta no nos aleja del Derecho. Justamente, nos mete mas de lleno en él”. Este es un punto de partida y la Acción de Repetición es solo el medio en el propósito de reivindicar el patrimonio público y procurar la consolidación de la responsabilidad y la ética pública del funcionario.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina: Autores, libros, artículos de revistas, periódicos.

- Acuña, A. (1957). La Responsabilidad extracontractual del poder público. Argentina: Platense.
- Altamira , J. I. (1973). Responsabilidad del Estado. Buenos Aires: Astea.
- Altamira, J. (1973). Responsabilidad del Estado. Argentina: Astrea.
- Arboleda, E. (2011). Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Editorial Legis.
- Arevalo, F. (2009). Foro: "Por una Colombia bien Gobernada, 2008-2011:cómo tapar la vena rota". Director de Defensa Jurídica del Estado. Bogotá: Revista Semana-Ministerio del Interior y de Justicia.
- Arevalo, H. (1999). Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Beltran, L. E. (2002). Métodos y técnicas de investigación en la Universidad: Elementos para una discusión. Bogota, Colombia: Fondo de publicaciones de la Corporación Universitaria Republicana, Derecho Colombiano LTDA.
- Bermudez, M. (2002). La Acción de Repetición contra el agente estatal en la Ley 678 de 2001, desde la perspectiva del Derecho Procesal garantista, XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bermudez, M. (2005). Responsabilidad del Estado y de sus agentes. El daño antijurídico. La gerencia jurídica y el impacto del control judicial. Recuperado el 12 de diciembre de 2010, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=20763>
- Betancur, C. (2002). Acción de Repetición (Ley 678 de 2001) XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Botero, L. (2009) Responsabilidad Patrimonial del legislador. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Bustamante, A. (2003) Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer
- Celemín, L., & Roa. (2004). Responsabilidad Extracontractual del Estado por privación de la libertad. (Universidad Pontificia Javeriana, Ed.) Bogotá, Colombia: Tesis de pregrado.

- Cuestas, A., & Ronderos, A. (2003). La ley de Acción de Repetición y el servidor público. Bogotá, Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
- Cuello, G. (2006). El daño especial. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación.
- Doménech, G. (abril de 2008). "Por qué la administración nunca ejerce la Acción de Regreso contra el personal a su servicio", Revista para el desarrollo del Derecho, Universidad CEU Cardenal Herrera. Recuperado el noviembre de 2010, de www.indret.com, Barcelona, España.
- Esguerra, J. C. (19 de marzo de 1991). Gaceta Constitucional. (23), 48-49.
- Esguerra, J. C. (2008). La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia como garantía Constitucional. La ciencia del derecho procesal constitucional. Recuperado el 3 de enero de 2011, de <http://www.juridicas.unam.mx/>: <http://www.bibliojurídica.org/libros/6/2553/2.pdf>.
- Estado de Indefensión. (26 de septiembre de 2009). www.semana.com/noticiasnacion/estado-indefension/129255.aspx. Recuperado el 23 de octubre de 2010
- Galindo, J. (2004). Lecciones de Derecho Procesal Administrativo (Vol. I). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Galindo, J. (2006). La Responsabilidad del Agente Estatal, la Acción de Repetición y el Llamamiento en garantía. Bogotá: Boletín de Derecho Público, Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- García, E. (2004) Curso de Derecho Administrativo (Vol. II) (9 ed.). España: editorial Civitas.
- Giraldo, J. (2005). Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica (3 ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- González, M. (2002). Derecho Procesal Administrativo. Bogotá, Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
- Guechá, C. (2008). Derecho Procesal Administrativo. Bogota, Colombia: Editorial Ibañez.
- Herran, H. (26 de marzo de 1991). Bogotá. Gaceta Constitucional(27), 3.
- Hoyos, R. (2002). Algunas Reflexiones sobre la Acción de Repetición. XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (pág. 382). Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Lara, R. (1985). Antecedentes del Código Contencioso Administrativo (Vol. I). Bogotá, Colombia: Banco de la República.
- León, E. A. (2003). Acción de Repetición: Ley 678 de 2001. Bogotá, Colombia: Editorial El Profesional.
- Martinez, G. (1990). Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá, Colombia: Editorial Biblioteca Jurídica Dike.

- Maya, E. (2005). Acciones preventivas para la consolidación de buenas prácticas en materia de defensa judicial de los entes públicos. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación, Boletín informativo Procurando No. 34.
- Maya, E. (12 de diciembre de 2005). El fortalecimiento de la Gerencia Jurídica Pública como herramienta para la protección del patrimonio público. Recuperado el 23 de octubre de 2010, www.procuraduria.gov.co/descargas/eventos/discurso12122005gestionjuridicapublica
- Mejía, J. C. (julio-diciembre de 2007). Situación perspectivas y estrategias frente a la defensa del Estado. *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*, X(20), 27-55.
- Mestre, I., & Garces, M. (2004). La Acción de Repetición y el llamamiento en garantía Ley 678 de 2001. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Facultad Ciencias Jurídicas.
- Molina, C., & Cañon, M. (2008). La Acción de Repetición. Medellín: Universidad de Medellín 1era Edición.
- Montoya, L. (2002). "La presunción de Dolo y de Culpa grave en la Acción de Repetición contra el servidor público: un desborde del legislador". *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia(15), 261-277.
- Mora, E., & Rivera, A. (2008). Derecho Procesal Administrativo. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Parra, R. (1999). Responsabilidad Patrimonial Estatal, Daño antijurídico, Responsabilidad Objetiva. Doctrina-Jurisprudencia. Bogotá, Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez
- Palacio, J. (2002). Derecho Procesal Administrativo (4 ed.). Medellín: Librería Jurídica Sanchez.
- Perez, J. (2003) Responsabilidad Estatal y Acción de Repetición. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.
- Periódico Ámbito Jurídico. (2005). Demandas: la gran amenaza contra las finanzas públicas. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Periódico Ámbito Jurídico. (2010, noviembre). Gobierno Santos renueva la estructura del Estado. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Presidencia de la República de Colombia. (1 de noviembre de 2011). <http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Noviembre/Paginas/2011110101.asp> recuperado el 4 de noviembre de 2011, de www.presidencia.gov.co.
- Quintero, E. (1999). Metodología de la Investigación: Buscar y encontrar (3 ed.). Manizales, Colombia: Ediciones Orbita.
- Rebollo, M. (17 de noviembre de 2000). "La Acción de Regreso contra los Profesionales Sanitarios: Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos, Universidad de Cantabria. Recuperado el 11 de noviembre de 2010, dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3177691:
- Revista Civilizar. (2005). Universidad Sergio Arboleda. Bogotá(8).

- Revista Civilizar. (2009). Universidad Sergio Arboleda. Bogotá(19).
- Revista Pensamiento Jurídico. (2002). Universidad Nacional de Colombia. Bogotá(15).
- Revista Semana. (2009, 28 de septiembre). Foro: "Por una Colombia bien gobernada, 2008-2011, demandas contra el estado: cómo tapar la vena rota", Bogotá. (2009, 28 de septiembre).
Semana-Ministerio del Interior y de Justicia.
- Revista Semana. (2012, 30 de enero). "1.000 billones de pesos", Bogotá.
- Revista Temas Sociojurídicos. (2008). Universidad Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga.
- Rodríguez, A. (2011) "El Consejo de Estado Colombiano y el Consejo de Estado Frances, Aproximaciones y Diferencias". Instituciones Judiciales y Democracia: "Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la independencia y del Centenario del Acto legislativo 3 de 1990". Bogotá, Colombia: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil-Instituto Fránces de Estudios Andinos.
- Rodríguez, G. A., Bermudez, M., Vidal, J., & Diaz, V. (2005). Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo: El título jurídico de imputación en la Responsabilidad Estatal. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, L. (2008) Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogota, Colombia: Editorial temis.
- Rodríguez, L. (2011) Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogota, Colombia: Editorial temis.
- Romero, H (2008) Seminario Franco Colombiano sobre la Reforma a la jurisdicción Contencioso Administrativa: El Consejo de Estado como unificador de jurisprudencia. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional
- Santofimio, J. (2003). Tratado de Derecho Administrativo (3 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarmiento, A. G., & Morales, E. (1991). Gaceta Constitucional. Bogotá(37), 23.
- Soler, I., & Jiménez, W. G. (enero-junio de 2009). "La Acción de Repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras". Revista Civilizar No. 19, 9(19), 73-89.
- Torres , L. A. (junio de 2005). Se justifica la Acción de Repetición: comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y propuestas de reforma. Revista Civilizar, Universidad Sergio Arboleda(8).
- Torres, L. A. (marzo de 2008). "Se justifica la Acción de Repetición: Comentarios críticos a la ley 678 de 2001 y propuestas de reforma". Revista Temas Socio Jurídicos, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 84-101.
- Universidad Santo Tomas. (Marzo de 2008). Metodología de la investigación jurídica. Bogotá: Universidad Santo Tomas.

- Vargas, B. (2004). Analisis de la eficacia de la Acción de Repetición en Colombia. (Universidad Nacional de Colombia, Ed.) Bogotá, Colombia: Facultad de Derecho, Tesis de especialización en Derecho Administrativo.
- Vega, M. (1999). Manual de Procedimiento Contencioso Administrativo. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer
- Zarate, J. D. (1996). Acción de Repetición en la Constitución de 1991. (Universidad Externado de Colombia, Ed.) Bogotá, Colombia: Tesis de Maestría no publicada.

2. Normatividad Consultada:

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 56 de abril 22 de 1991, pág. 14.
- Colombia, Gacetas del Congreso No. 14 (2000, 10 de febrero), pág. 9, y No. 198 (2000, 9 de junio), pág. 13, Ponencias para primer y segundo debate Senado de la República, Bogotá.
- Código Civil Colombiano. (1873). Congreso de la Republica. Bogotá, Colombia: Legis.
- Código Contencioso Administrativo. (1984). Congreso de la República. Bogotá, Colombia: Legis.
- Código de Procedimiento Civil. (1970). Congreso de la República. Bogotá, Colombia: Legis.
- Constitución Política de Colombia (1886).
- Colombia (1886), Constitución Política , Bogotá, Legis.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Constitución Española (España 1978).
- Decreto 222, "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 36189 (Presidencia de la República de Colombia, 2 de febrero de 1983).
- Decreto 1214, "Por el cual se establecen funciones para los comites de conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No 44.069 (Presidencia de la República de Colombia, 5 de julio de 2000).
- Decreto 4085, por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Bogotá. (Presidencia de la Republica de Colombia, 1 de noviembre de 2011).
- Ley 4 de 1999, por la cual se modifica la Ley 30 de 1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (España, (BOE núm. 12, de 14 de enero) 13 de enero de 1999).

Ley 678 de 2001, "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de 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, Diario Oficial No. 44.069 de 5 de julio (Congreso de la República de Colombia, 3 de agosto de 2001).

Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 18 de enero de 2011)

Ley 1444 de 2011, Por medio de la cual se escinden unos ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la administración y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan o (Congreso de la República de Colombia, noviembre de 2011).

3. Jurisprudencia Consultada

Corte Suprema de Justicia

Colombia, (1896), Corte Suprema de Justicia sentencia del 22 de octubre, Gaceta Judicial, Tomo XIV, N° 685, pág.56.

Consejo de Estado

Colombia, Consejo de Estado (1974, 22 de marzo). "Expediente 1335" M.P. Dr. Portocarrero Mutis, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (1984, 12 de abril). "Expediente 2586" M.P. Roncón Rincón, E., sección tercera, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (1984, 12 de abril), Sección Tercera, radicación No. 4323

Colombia, Consejo de Estado (1993, 9 de diciembre). "Expediente 7818" M.P. Daniel Suarez Hernández, sección tercera, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (1994, 25 de julio). "Expediente 8483" M.P. Betancur Jaramillo, C., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2001, 9 de febrero), Sección Cuarta "Expediente AP-054" M.P. Dr. Gómez Leiva, D, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2006, 31 de agosto) Sección Tercera, "Expediente 17482" M.P. Dra. Correa Palacio, R.S, Bogotá

Colombia, Consejo de Estado (2006, 5 de diciembre), Sección Tercera, "Expediente 28238" M.P. Dra. Correa Palacio, R.S., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2007, 8 de marzo), Sección Tercera, "Expediente 24953" M.P. Dra. Correa Palacio, R.S., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2007, 2 de mayo), Sección Tercera, "Expediente 18621" M.P. Dra. Correa Palacio, R.S., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2007, 5 de diciembre) Sección Tercera, "Expediente 15128" M.P. Dr. Saavedra Becerra, R., Bogotá

Colombia, Consejo de Estado, (2007, 8 de marzo) "Expediente 25749", sección tercera, M.P. Saavedra Becerra, R., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2008, 6 de marzo), Sección Tercera, "Expediente 16411" M.P. Dra. Correa Palacio, R.S, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, (2008, 6 de marzo) "Expediente 30696", sección tercera, M.P. Fajardo Gómez, M., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, (2008, 18 de junio) "Expediente 25839", sección tercera, M.P. Fajardo Gómez, M., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, (2008, 6 de marzo) "Expediente 30696", sección tercera, M.P. Fajardo Gómez, M., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, (2010, 9 de junio) "Expediente 37722", sección tercera, M.P. Fajardo Gómez, M., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, (2011, 7 de febrero) "Expediente 26413", sección tercera, subsección C, M.P. Valle De La Hoz, O., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2011, 28 de febrero), Sección Tercera, subsección B, "Expediente 34816" M.P. Dra. Correa Palacio, R.S, Bogotá.

Corte Constitucional

Colombia, Corte Constitucional (1996, 1 de agosto). "Sentencia C-333" M.P. Dr. Martínez Caballero, A, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1996, 30 de mayo). "Sentencia C-244" M.P. Dr. Gaviria Díaz, C, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, 12 de abril). "Sentencia C-430" M.P. Dr. Barrera Carbonell, A, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2001, 8 de agosto). "Sentencia C-832" M.P. Dr. Escobar Gil, R, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002, 23 de abril). "Sentencia C-285" M.P. Dr. Cordoba Triviño, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002, abril). "Sentencia C-285" M.P. Dr. Córdoba Triviño, J, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, sala plena (2002). "Sentencia 619" M.P. Dr. Escobar Gil, R. y Córdoba Triviño J. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002, mayo). "Sentencia C-374" M.P. Dra. Vargas Hernández, C, Bogotá.

TABLA DE CONTENIDO

SUMARIO.....	2
INTRODUCCION.....	4
1. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS	
A. OBJETIVOS GENERALES.....	4
B. OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	4
2. PROBLEMATICA O PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	6
4. HIPÓTESIS.....	6
5. ESTADO DEL ARTE.....	8
6. JUSTIFICACIÓN.....	24
7. DISEÑO METODOLÓGICO.....	25

PARTE I

MARCO TEORICO, FUNDAMENTACION DOCTRINARIA, RECUENTO HISTÓRICO, REVISIÓN LEGISLATIVA Y CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO EN COLOMBIA.....	32
---	-----------

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS GENERALES DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y SU NOCIÓN JURÍDICA.....	32
---	-----------

A. Régimen legal y jurisprudencia aplicada durante la vigencia de la Constitución Colombiana de 1886 en la responsabilidad patrimonial del servidor público por los perjuicios a cargo del Estado.....	34
B. Responsabilidad patrimonial del servidor público con posterioridad a la Constitución Política de 1991. Trascendencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y Ley de 678 de 2001.....	50

Conclusiones del capítulo I..... 70

CAPITULO II

EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS, JURISPRUDENCIALES Y LEGALES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA Y UN ESTUDIO COMPARADO.....71

A. La Acción de Repetición en Colombia a partir de la ley 678 de 2001.....71
B. Reflexiones sobre los resultados de la implementación de la acción de regreso en la legislación española. análisis comparativo de los resultados de implementación de la Acción de Repetición y la acción de regreso en la legislación española..... 100

PARTE II

ANALISIS, HALLAZGOS, PERSPECTIVAS E INTERPRETACIÓN DE LA REVISIÓN DE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO, EN EL PERIODO 2005-2010, SOBRE LAS CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA FRENTE A LOS FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES.....110

CAPITULO I

ANALISIS CUALITATIVO Y REFLEXIONES JURÍDICAS DE LOS FALLOS DEL CONSEJO DE ESTADO ORIGINADOS EN PROCESOS DE REPARACIÓN DIRECTA QUE DIERON LUGAR A LAS DEMANDAS DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDORES PUBLICOS EN COLOMBIA, PERIODO 2005-2010..... 110

A. Análisis preliminar de sentencias originadas en procesos de Reparación Directa que dieron lugar a demandas de repetición contra servidores públicos en Colombia, período 2005-2010.....111
B. Reflexiones jurídicas sobre los análisis preliminares apoyados en los fundamentos doctrinarios, legales y constitucionales en relación a las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia.....116

CAPITULO II

HALLAZGOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS EN RELACIÓN A LAS CAUSAS DE LA INOPERANCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN COLOMBIA.....121

A. Descripción de hallazgos e interpretación de la revisión jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la aplicación de la Acción de Repetición en Colombia en el período 2005-2010.....121

B. Reflexiones finales sobre las causas de la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia y perspectivas con la modificación del Código Contencioso Administrativo Colombiano.....142

CONCLUSIONES.....

BIBLIOGRAFIA.....146

NORMATIVIDAD CONSULTADA.....149

ANEXOS.....151