

**EL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO: UN ESTUDIO SOBRE SU VALIDEZ Y SU EFICACIA**

Rodrigo Alberto Ocampo Villada

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho

Medellín

2019

**EL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO: UN ESTUDIO SOBRE SU VALIDEZ Y SU EFICACIA**

Rodrigo Alberto Ocampo Villada

**Tesis presentada como parte de los requisitos
Para optar al título de: Abogado**

Asesora:

Juliana Pérez Restrepo

Abogada

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho

Medellín

2019

EL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: UN ESTUDIO SOBRE SU VALIDEZ Y SU EFICACIA

Rodrigo Alberto Ocampo Villada*

RESUMEN

El presente artículo aborda el medio de control de repetición, el cual fue elevado a rango constitucional por el Constituyente de 1991, una figura jurídica cuya finalidad es contribuir a la protección del patrimonio público y a propender por la consolidación de la moralidad administrativa por parte de la administración pública. Así pues, en la primera parte de este trabajo se dará cuenta de los antecedentes de la responsabilidad del Estado, de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, de los elementos constitutivos del medio de control de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición. En la segunda parte, se hará un análisis sobre la validez jurídica del medio de control de repetición en el ordenamiento jurídico colombiano, y, finalmente, en la tercera parte, se abordará el tema de la eficacia del medio de control en Colombia desde su consagración en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Lo anterior, acompañado de algunas conclusiones sobre la figura jurídica que se aborda en este artículo.

Palabras clave:

Eficacia del medio de control de repetición en Colombia, Llamamiento en garantía con fines de repetición, Medio de control de repetición, Responsabilidad patrimonial del Estado, Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, Validez jurídica del medio de control de repetición.

INTRODUCCIÓN

* Egresado del pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Sede Sonsón. Correo electrónico: rodocampo12@gmail.com

El presente artículo se desarrolló en el marco de la modalidad de práctica “Clínica Jurídica”, semestre 2016-1, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Sede Sonsón, en la cual se tomó el medio de control de Acción de Repetición como tema central, con el fin de brindar un apoyo a la comunidad investigativa en aspectos a fortalecer, tales como, los mecanismos de lucha contra la corrupción y el despilfarro del erario, una problemática que se presenta a diario en nuestro país, afectando enormemente el normal funcionamiento de la administración pública. Por tal motivo, se hace necesario replantear algunos fundamentos teóricos como la validez y la eficacia de la Acción de Repetición y así poder determinar cuáles son las causas por las que no se obtiene el resultado esperado con la figura de la acción de repetición y si es un medio de control que contiene bases sólidas, y en caso de no tenerlas, permitir que este artículo sea en sí de ayuda para fortalecer este mecanismo, ya que debe ser una de las herramientas más fuertes para tener en cuenta a la hora de luchar contra las garras del oportunismo burocrático.

Colombia es un país que a lo largo de muchos años ha padecido el flagelo de la corrupción. Y la historia actual de este país así lo refleja. A lo largo de los últimos tres años, los medios de comunicación y las autoridades que ejercen vigilancia y control a la función administrativa del Estado, han venido develando y denunciando graves actos de corrupción, en todos los niveles y en todas las ramas del poder público del Estado.

Para ejemplificar algunos casos, se puede mencionar el escándalo de Reficar, una remodelación a la refinería de Cartagena, la cual terminó costando el triple de lo presupuestado inicialmente; mencionar el escándalo de los niños del Departamento de La Guajira, que se estaban muriendo de hambre, cuando desde el presupuesto nacional se destina una jugosa partida del mismo para ofrecer el servicio de restaurante escolar para los niños de los colegios públicos y de los estratos más bajos; mencionar el escándalo de Odebrecht, en donde los medios de comunicación han venido denunciando con pruebas suficientes el pago de sobornos exorbitantes a congresistas, directores de departamentos

administrativos y de agencias de Estado, ministros, entre otros, para obtener la adjudicación de los contratos más importantes en materia de infraestructura y demás; mencionar el grave escándalo de corrupción que empaña actualmente a la rama judicial del poder público de Colombia, en donde se viene develando la alianza perversa de funcionarios públicos, narcotraficantes y delincuentes de toda laya, con funcionarios judiciales, magistrados, jueces y demás funcionarios, en donde se pagaban o se exigían el pago de sobornos exorbitantes para que diferentes procesos judiciales no se tramitaran o se dilataran indefinidamente.

Resulta a todas luces un panorama desolador y frustrante el que se observa a nivel institucional actualmente en Colombia. Además, el saqueo y desmantelamiento que se está viviendo del patrimonio público socava los pilares del Estado Social de Derecho que consagró la Constitución Política de 1991, pues en un Estado Social de Derecho, el Estado debe hacerse cargo y proveer a sus ciudadanos, en particular a los más pobres y necesitados, de servicios básicos como salud, agua potable, energía, educación, recreación y cultura, y para poder ofrecer y satisfacer las necesidades básicas de la población el Estado debe contar con un buen presupuesto y debe cuidar de este celosamente. Así es que, en esta línea, resultan intolerables los actos de corrupción, los daños antijurídicos producidos dolosamente por los servidores públicos que socaban y despilfarran los valiosos, escasos e imprescindibles recursos del erario público.

Así es que, cualquier esfuerzo que se realice a nivel institucional, desde el mismo Estado, desde la academia, desde los gremios, los movimientos sociales y la ciudadanía en general, para perseguir y combatir la corrupción y a los corruptos, es bienvenido. Es en este contexto en donde adquiere relevancia jurídica y material el medio de control de repetición, dado que el fin primordial que se persigue con esta figura jurídica es la protección del patrimonio público y la consolidación de una moralidad administrativa responsable y eficiente.

Es por este motivo, que el presente trabajo da cuenta de esta importante figura jurídica, haciendo un recuento histórico de los antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado, de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, de los elementos constitutivos del medio de control de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición en la primera parte. Seguidamente, se analiza la validez jurídica del medio de control de repetición en el ordenamiento jurídico colombiano, iniciando por su consagración constitucional en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, y continuando con su desarrollo legislativo con la Ley 678 de 2001. En la tercera parte, se hace énfasis en la eficacia de la acción de repetición en Colombia, dado el panorama tan desalentador que se describió en párrafos anteriores, tomando como base algunas investigaciones que se han realizado en Colombia al respecto de esta materia.

La metodología utilizada para crear el presente artículo fue la revisión documental y jurisprudencial, esto es, una búsqueda exhaustiva en libros y artículos de profesionales, doctrinantes, sentencias judiciales, bases de datos bibliográficas y especializadas, noticias y medios de comunicación.

Por otra parte, se informa al lector que el presente escrito trata de la Acción de Repetición, limitando el tema sólo a una descripción académica sobre la validez y la eficacia de este medio de control, por lo tanto, si bien se busca fortalecer el mecanismo referenciado, no se pretende que sea una solución para los problemas o vacíos que se han evidenciado con el presente ejercicio investigativo.

1. EL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN

La figura jurídica del medio de control de repetición es una herramienta legal que tiene como propósito custodiar y velar por la preservación del patrimonio público. El patrimonio público se compone de todos los activos y pasivos que están a cargo de la Nación; los tributos que deben pagar todos los ciudadanos se convierten en uno de los activos más

valiosos e importantes del patrimonio público, además de otros bienes muebles o inmuebles, cuya administración le corresponde al Estado.

La forma de operar del medio de control de repetición consiste en la declaración de responsabilidad de algún servidor público, o de un tercero que cumpla funciones públicas, y a raíz de dicha declaración de responsabilidad, surge la obligación para ese funcionario, de reparar o indemnizar el daño irrogado al patrimonio público con su propio patrimonio. Es de aclarar, que la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, es una creación moderna del derecho público. A continuación, se hará un breve recuento histórico de los orígenes de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los servidores públicos en Colombia.

1.1. Antecedentes históricos de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los servidores públicos en Colombia

La tradición jurídica colombiana no ha sido ajena a la evolución que se ha evidenciado en el sistema jurídico occidental. En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado se refiere, en un principio se aplicaba la teoría de la irresponsabilidad del Estado y de sus servidores. No existía una jurisdicción particular en la cual se debatiera sobre la responsabilidad de la administración pública respecto de un daño o un perjuicio ocasionado a un particular. Lo anterior, lo relata el trabajo de Ida Maestre y María Garcés, en los siguientes términos:

En una época inmemorable los gobernantes del continente europeo gozaban de irresponsabilidad absoluta, dado que sus actos y omisiones no estaban sujetos a ser discutibles, en tanto estos tampoco generaban reparación indemnizatoria por los daños causados. Lo anterior se debía a que los gobernantes fundamentaban sus actuaciones en la religión y en el poder directo de Dios investido sobre ellos, de quien recibían los poderes para ejercer sus funciones en el gobierno.

Cuando se inicia la Revolución Francesa en el año 1789, los promotores de la defensa de los derechos del hombre pensaron en imponer a los gobernantes limitaciones, para que estos respondieran por sus actos frente a los administrados. Fue así como, el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano consagró: “La sociedad tiene el derecho de pedirle cuentas de su administración a todo agente público” (Maestre & Garcés, 2004, p. 14-15).

Por lo anterior, queda claro que el derecho administrativo, es decir, la rama del derecho que se encarga de conocer y juzgar la responsabilidad del Estado y de los servidores públicos, por los daños que puedan ocasionar en ejercicio de sus funciones, es una rama del derecho relativamente nueva. Respecto a los orígenes de una jurisdicción administrativa, las autoras referenciadas, recuerdan que:

[...] El Tribunal de Conflictos francés con su célebre Fallo Blanco de 1873 recogió la legislación de los países occidentales, consagrando la responsabilidad del Estado independientemente de que estuviera consagrada en el sistema normativo, y de que su actividad fuera de gestión o de poder. Este fallo marcó una tendencia hacia una mayor responsabilidad del Estado, creciendo también la posibilidad de una acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para garantizar que fuera reparado el daño causado al particular (Maestre & Garcés, 2004, p. 15-16).

De lo anterior, se extrae que, la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del servidor público fueron evolucionando a la par. El objetivo principal de la responsabilidad, tanto del Estado como del servidor público, es la de garantizar la reparación integral al administrado, ya que este ha sufrido una carga, que no le está dado soportar. Antes de la existencia de una jurisdicción administrativa, el particular que había sufrido un daño por una actuación del Estado, debía recurrir a la jurisdicción ordinaria, en ejercicio de una acción indemnizatoria, en procura de una indemnización de perjuicios y como en principio

regía la teoría de la irresponsabilidad del Estado, al administrado sólo le quedaba soportar la carga, tomar aliento y sacar de su propio patrimonio para reparar un daño que él no había causado.

Por su parte, el derecho Anglosajón, el cual reviste un carácter pragmático envidiable, respecto a la responsabilidad patrimonial del servidor público, exigía de este, una solvencia económica, para poder acceder al cargo. Así lo describen Ida Maestre y María Garcés, cuando relatan que:

En el sistema Anglosajón, el agente estatal que genera el daño debía responder con su patrimonio, es decir, que era muy importante, en el momento de obtener un cargo, la solvencia económica de quien quería aplicar para el mismo (Maestre & Garcés, 2004, p. 16).

De esta manera, queda en evidencia, las iniciativas de los diferentes sistemas jurídicos occidentales, por consagrar y delimitar con claridad la responsabilidad patrimonial del Estado y la responsabilidad compartida de los servidores públicos. Así pues, la constitución de una jurisdicción administrativa implica un cambio de paradigma con unas consecuencias enormes; puesto que es el reconocimiento del máximo órgano de la organización social, de que sus actuaciones se van a encaminar a procurar el bienestar de los asociados, y en el caso de desviarse de su fin, entonces, el administrado, que se ha visto perjudicado por alguna desviación de la administración pública, ya sea una extralimitación de sus funciones, una imposición de una decisión arbitraria, un hecho dañoso, entre otros, va a poder acudir a la justicia para que se repare su afrenta.

Ahora bien, haciendo énfasis en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en otros ordenamientos jurídicos occidentales, se puede identificar un momento de su historia en la cual se empezó a reconocer la responsabilidad patrimonial de Estado y de sus servidores. En la tesis de Maestre Ordoñez y Garcés Restrepo, se señala que:

Con la promulgación del artículo 20 de la Constitución de 1886 se abarcó el tema de la responsabilidad de los particulares, sin dejar atrás la responsabilidad de los funcionarios públicos al consagrar lo siguiente:

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.

Todas las personas, incluyendo los agentes del Estado, serían responsables por los actos u omisiones que fueran en contra de la norma de normas al igual que cuando transgredían las leyes. Esto no es nada nuevo hasta el momento, pero dicha consagración sí es un adelanto legal, ya que admite la responsabilidad de funcionarios del Estado cuando estos en ejercicio de sus funciones, se hayan extralimitado o hayan omitido la realización de sus deberes. Es así como se inicia el reconocimiento de mayor responsabilidad en las actuaciones de aquellas personas consideradas antiguamente como meros ejecutores de la soberanía popular (Maestre & Garcés, 2004, p. 17-18).

Se puede extraer de lo anterior, que el ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno a la necesidad de una reglamentación clara respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los servidores públicos. Primero se procuró por el reconocimiento de la responsabilidad estatal, pero a medida que se iba desarrollando la teoría de la responsabilidad pública, se vio la necesidad de abocar la responsabilidad del servidor público; en tanto que el agente estatal cuenta con un marco determinado de competencias, y en el caso de extralimitarse en ellas, y con dicha actuación causar un daño a un particular, surge la responsabilidad de reparar patrimonialmente al particular. En este momento se hace necesario hacer una claridad técnica. La relación que existe entre el Estado y el servidor público, no es una relación de una pluralidad de sujetos, por el contrario, son una sola persona. La administración pública actúa a través de sus funcionarios. Por esta razón, cuando el Estado se ve en la necesidad de indemnizar a un particular por un daño ocasionado en la negligencia de un servidor público, es en principio el Estado quien

responde patrimonialmente; y posteriormente, si hay lugar a ello, podrá el Estado repetir contra su propio agente.

Para el caso colombiano, fue con la expedición del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984¹, donde se estableció legalmente la responsabilidad de los servidores públicos. El trabajo de Maestre y Garcés lo da a entender así, al sostener que:

En el año de 1984, con la expedición del Código Contencioso Administrativo, se reguló en forma más amplia la responsabilidad de los servidores públicos, porque anteriormente existía cierta limitación alrededor de este tema. A diferencia de lo que había sucedido con los decretos leyes 150 de 1976 y el 222 de 1983, no se definió como solidaria la responsabilidad; la sentencia sólo imponía la condena en contra de la entidad pública, sin perjuicio, de su derecho a obtener el reembolso de lo que correspondiere al agente y a la posibilidad en cabeza de la víctima de demandar a la entidad, al funcionario o a ambos, en el evento de que aquél debiera responder en todo o en parte.

A pesar de este cambio impuesto por el Código, se presentaron muchos problemas con la aplicación de esta norma, como consecuencia de que no se indicó el procedimiento al que debía someterse la repetición. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado, para darle solución a este problema, argumentó que este tema debía tratarse como Acción de Reparación Directa, radicando la competencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con una caducidad de dos (2) años contados a partir del pago.

En este orden de ideas, se entiende como una acción de reparación directa ejercida por la administración en contra de quien causó el daño por su actuación dolosa y gravemente culposa, siempre y cuando este sea funcionario del Estado (Maestre & Garcés, 2004, p. 24-25).

¹ Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011.

Finalmente, en la Constitución Política de 1991, se consagra constitucionalmente la responsabilidad patrimonial del Estado y el derecho/deber del Estado de repetir patrimonialmente contra su propio agente, materializado en la entidad que se ve obligada a realizar el pago indemnizatorio del perjuicio. Retomando nuevamente las valiosas consideraciones de la tesis de Maestre Ordoñez y Garcés Restrepo, sostienen las autoras que:

En definitiva, por primera vez se elevó a rango constitucional el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos que hasta el momento había sido aceptada únicamente por la doctrina y la jurisprudencia.

Se consagra la repetición de la indemnización contra el funcionario público como un derecho-deber del Estado en la medida que, en principio, es un beneficio para sí. Pero, adicionalmente, se considera deber ya que se trata de dineros públicos, con los cuales se cuenta para el cumplimiento de los fines del Estado, siendo estos de interés general (Maestre & Garcés, 2004, p. 43-44).

Por su parte, la acción de repetición fue recogida en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

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.

De esta manera, finaliza este somero recuento histórico de lo que ha sido el origen y la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado y del servidor público en el ordenamiento jurídico colombiano hasta llegar a la Constitución Política de 1991. A continuación, se hará alusión al medio de control de repetición, a sus elementos constitutivos y al llamamiento en garantía con fines de repetición. Se hace importante resaltar la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición, porque ofrece una vía jurídica más expedita para que en caso de cumplirse todos los presupuestos procesales necesarios, la entidad pública condenada al pago de un daño antijurídico, originada en la conducta doloso o gravemente culposa de uno de sus agentes, pueda repetir contra este.

1.2. Elementos constitutivos del medio de control de repetición

La responsabilidad patrimonial del Estado se consagra en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual determina que:

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 (Constitución Política, 1991, artículo 90).

Tal como se desprende de la lectura literal del artículo constitucional, es deber de las entidades públicas repetir contra un agente suyo, cuando la entidad pública, haya sido condenada a la reparación de un daño, producto del actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus servidores.

El Consejo de Estado, respecto del artículo 90 de la Constitución realiza la siguiente interpretación:

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 (Consejo de Estado, Expediente 18621 de 2006).

En este orden de ideas, al producirse un daño por parte de algún agente del Estado, lo primero a lo que se debe proceder es a la reparación integral del afectado; seguidamente, si se cumplen determinados presupuestos fácticos, la entidad pública que ha realizado el pago, deberá ejercer el medio de control de repetición en contra del funcionario o de los funcionarios que tuvieron responsabilidad en el hecho antijurídico que desencadenó en el pago indemnizatorio al particular.

Lo estipulado en el artículo 90 de la Constitución Política fue reglamentado posteriormente por la Ley 678 de 2001² “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”. El artículo segundo de la norma en mención, establece que:

ARTÍCULO 2. Acción de repetición. 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, artículo 2).

De la definición proporcionada por la Ley 678 de 2001, no se desprende nada nuevo de lo que ya se había consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política. Pero es de resaltar los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, ya que estos establecen los criterios para determinar el dolo y la culpa grave, y era algo que no se había clarificado hasta el momento.

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

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

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

² Modificada por la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública; parte importante de su articulado ha sido derogada, y otros artículos han sido declarados inexecutable.

3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

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

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

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

2. Carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable.

3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal (Ley 678 de 2001, artículo 5 y 6).

Esta claridad de los artículos 5 y 6 de la ley que desarrolla el artículo 90 de la Constitución Política es importante, en la medida en que suple un vacío jurídico que existía hasta el momento. Previo a la expedición de la Ley 678 de 2001, no existían criterios legales para determinar con claridad la culpa grave o el dolo en la conducta de un servidor público; el juez administrativo, debía acudir al Código Civil para obtener una definición de

dolo y de culpa grave, y mediante analogía, resolver el caso particular. En este sentido, el autor Carlos Betancur Jaramillo, expresa que:

Antes de la Ley 678 de 2001 los citados fenómenos (se refiere a los conceptos de culpa grave y dolo), 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 arts. 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 art. 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente.

En otras palabras, cuando la primera norma enuncia cinco hechos, o sea por 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; o haber sido condenado penal o disciplinariamente a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de base para la declaración de la responsabilidad del Estado; o 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 y probados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste (Betancur, 2013, p. 123). (Cursivas fuera del texto).

Ahora bien, respecto a los presupuestos necesarios para ejercer el medio de control de repetición, el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que los criterios necesarios para la prosperidad de este medio de control son los siguientes:

Para la prosperidad de la acción de repetición se requiere: i) que haya una condena contra el Estado, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, por daños imputables a la acción o a la omisión de alguna autoridad pública, ii) que la entidad obligada haya efectuado el pago a la víctima y iii) que se pruebe que el pago fue consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del servidor o ex servidor público demandado o de un particular mientras ejerció funciones públicas (artículos 90 de la C.P. y 77 del C.C.A). Los anteriores elementos deben estar debidamente acreditados por la entidad pública para que prospere la acción de repetición (Consejo de Estado, Expediente 39655 de 2016).

Sobre los anteriores presupuestos, es importante agregar que, en cuanto a la sentencia condenatoria en contra de la entidad pública, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, ésta hace referencia a la providencia que pone fin al proceso de reparación por un daño antijurídico y en la cual la entidad pública fue declarada responsable. Respecto al pago, la forma idónea para acreditar que la entidad pública lo ha realizado efectivamente, no es a través de un documento expedido por ella misma, al contrario, el documento que aporta certeza sobre la realización efectiva del pago es un documento suscrito por el acreedor, ya sea este un paz y salvo, o un recibo de pago; dado que lo que interesa demostrar es que el acreedor ha recibido el pago, es decir, que el daño o el perjuicio causado ha sido íntegramente reparado.

Según el numeral 5 del artículo 161 del CPACA, el Estado colombiano puede iniciar una demanda para recuperar el dinero pagado por cuenta de una condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de un conflicto y para ello se requiere que se haya dado efectivamente el pago. En el caso de los términos para la caducidad, el pago es clave para determinar el plazo que se tiene para presentar la misma; tiempo que se hace efectivo a partir de los 2 años del día siguiente de la fecha de pago, o a mas tardar cuando se dé el tiempo que tiene la administración para pagar una condena monetaria, lo

cual corresponde a 10 meses después de la ejecutoria de la sentencia, esto con fundamento en el inciso segundo del artículo 192 ibídem.

A su vez, un requisito indispensable para ejercer el medio de control de repetición, es la prueba sumaria del actuar doloso o gravemente culposo del servidor público. La conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público constituye una deficiencia en la prestación del servicio, las cuales son determinantes de su responsabilidad patrimonial. La prueba sumaria en mención se obtiene del proceso de responsabilidad por daño antijurídico que se ha surtido previamente. Pero existe un medio más expedito para vincular al servidor público al medio de control de repetición, y lo establece el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, el cual es el llamamiento en garantía con fines de repetición.

1.3. Llamamiento en garantía con fines de repetición

Es una forma rápida y temprana de vincular al servidor público que presuntamente ha actuado negligentemente, al proceso de responsabilidad patrimonial. El artículo 19 de la Ley 678 de 2001, establece que:

ARTÍCULO 19. Llamamiento en garantía. Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

PARÁGRAFO. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor (Ley 678 de 2001, artículo 19).

Dicho artículo fue objeto de un pronunciamiento por parte de la honorable Corte Constitucional. En la Sentencia C-484 de 2002, del Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte sostiene que:

[...] puede el Estado impetrar que se vincule al servidor público que hasta ese momento es un tercero ajeno al proceso, para que en adelante tenga la calidad de tercero interviniente y, en consecuencia, se haga parte forzosa desde entonces, llamándolo en garantía, para que en una misma sentencia se decida si el Estado es responsable patrimonialmente y si el servidor público obró o no con culpa grave o dolo para imponerle entonces la obligación de reembolsar lo pagado por el Estado al demandante inicial. Nótese que al Estado le asiste un derecho de carácter constitucional a ejercer en ese caso la acción de repetición y, por ello, nada de extraño tiene que la ley ponga a su disposición un instrumento de carácter procesal para el efecto.

Desde luego, que ese llamamiento en garantía es un medio para cumplir el deber del Estado de dirigir la acción de repetición contra el servidor público que al parecer obró con dolo o culpa grave y con su conducta dio origen a que aquel fuera demandado con una pretensión de responsabilidad patrimonial.

Que en la misma sentencia en que se decida si el Estado ha de ser condenado o no al pago por haber incurrido en una responsabilidad de orden patrimonial respecto a la víctima y que, en ella, también se decida sobre la existencia de dolo o culpa grave del servidor público para imponerle o no la obligación de reembolsar lo pagado por el primero, no son excluyentes entre sí; y si los hechos que se debaten tienen o pueden tener conexidad y han de servirse de algunas pruebas comunes, que en lugar de tramitar dos procesos se puedan deducir ambas pretensiones en uno sólo para el evento de que el Estado fuere condenado y si existiere dolo o culpa grave, no vulnera en nada la Constitución Política.

Ha de observarse adicionalmente, que la vinculación del servidor público como tercero interviniente y su citación que lo vincula a lo que en el

futuro se resuelva, lejos de lesionar su derecho de defensa lo garantiza a plenitud para que no sea sorprendido con la existencia de una sentencia condenatoria contra el Estado, si no para que, desde el principio pueda combatir esa pretensión, explicar su conducta oficial, solicitar las pruebas que considere pertinentes para demostrar la legitimidad y legalidad de su actuación como servidor público, controvertir las pruebas de cargo, alegar en forma oportuna, ejercer el derecho de impugnar las providencias desfavorables, todo lo cual no sólo redunda en su propio beneficio como servidor público que eventualmente podría ser demandado luego si se tratara de dos procesos diferentes, sino, como salta a la vista, también en beneficio del propio Estado (Sentencia C-484 de 2002).

Así las cosas, el llamamiento en garantía con fines de repetición sobresale como un medio expedito para vincular al funcionario público al proceso de responsabilidad patrimonial, y en definitiva, vincularlo a su vez, al proceso del medio de control de repetición, sin que dicha figura constituya, tal como lo sostiene la Corte Constitucional, una violación del derecho fundamental al debido proceso.

De esta manera se finaliza la primera parte de este trabajo, en el cual se hizo un recuento histórico y normativo de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los servidores públicos, de su consagración constitucional y de los presupuestos que establece la Ley 678 de 2001 para que pueda prosperar la acción de repetición o medio de control de repetición. Ahora, se dará paso a la segunda parte de este trabajo, la cual versa sobre la validez jurídica del medio de control de repetición.

2. VALIDEZ JURÍDICA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El concepto de la validez jurídica ha sido abordado por eminentes juristas, tanto internacionales como nacionales. Es por esta razón, que se retomarán algunas ideas

concretas respecto al concepto de la validez jurídica de una norma y de la validez jurídica de un sistema normativo. De esta manera, la teoría jurídica sobre la validez será el punto de partida y el instrumento del cual se hará uso para estudiar la validez de la Ley 678 de 2001.

2.1. Concepto de validez jurídica de una norma

El profesor Diego Martínez Marulanda, en su texto *Fundamentos para una introducción al derecho*, antes de definir y analizar el concepto de la validez jurídica, ofrece una definición de lo que es un sistema normativo, ya que este es el punto de partida o el fundamento para una definición racional del concepto de validez. En su texto, Martínez afirma:

Un sistema normativo es un conjunto de normas organizadas de tal forma que constituyen un todo armónico, una unidad. Para que las partes de ese todo puedan constituir una unidad, es necesario que exista un principio rector u ordenador, a partir del cual se determinen los criterios de pertenencia de las demás partes integrantes del sistema; este principio se llama Constitución, que es la norma superior a partir de la cual se funda o se origina un ordenamiento jurídico. Se entiende que es la norma superior porque fija o establece, directamente o por delegación, los distintos criterios de reconocimiento o pertenencia de las demás normas del sistema (Martínez, 2007, p. 149-150).

Es importante hacer mención de la anterior definición de sistema normativo, dado que el concepto de validez de una norma jurídica aislada, es completamente dependiente de la existencia de un sistema normativo. Las normas jurídicas aisladas pueden formar un conjunto de normas y derivar en un sistema normativo, siempre y cuando existan criterios comunes entre estas, y dichos criterios comunes son los que ofrece la Constitución o también denominada norma fundamental.

Sobre el sistema jurídico, el jurista Robert Alexy (2004), citando a Hoerster (1987), establece que:

Hoerster menciona como característica del concepto de derecho el que un sistema de normas es sólo un sistema jurídico, es decir, sólo vale jurídicamente, si en un caso de conflicto abierto se impone frente a otros sistemas coactivos normativos en la sociedad. Este criterio puede ser llamado “criterio de dominación” [...] Un sistema de normas que no se impone frente a otros sistemas coactivos normativos no es, en general eficaz (Alexy, 2004, p. 91).

De esta manera, se resalta una característica fundamental de un sistema normativo desarrollado, la cual es, que este debe tener la capacidad de imponerse frente a otros sistemas normativos. En el caso colombiano, debido a la situación de conflicto interno que ha padecido este país, se lograron documentar casos en los cuales, eran los grupos armados al margen de la ley (FARC-E.P y AUC, principalmente) quienes administraban justicia en determinados territorios³.

Con lo anterior, se deduce que el concepto de validez jurídica está íntimamente ligado con el concepto de sistema normativo. Teniendo presente lo anterior, se retoma en este momento un comentario a pie de página del doctor Carlos Bernal Pulido, en su libro: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, en el cual se menciona sucintamente el tema de la validez, en los siguientes términos:

No es este el lugar adecuado para ahondar en la discusión acerca del concepto de norma jurídica y acerca del concepto de su validez, que, como señaló Kelsen, constituye el modo específico de existencia de las normas. Baste

³ Para conocer más sobre la situación de Colombia y la administración de justicia en ciertos territorios donde el Estado no hace una presencia tan fuerte, se recomienda la lectura del trabajo del doctor MAURICIO GARCIA VILLEGAS: JUECES SIN ESTADO. Un trabajo de investigación socio jurídica del caso colombiano.

mencionar que en la doctrina se han propuesto un sinnúmero de teorías de la validez normativa, cada una de las cuales enumera una exigencia o un conjunto de exigencias, cuyo cumplimiento resultaría imprescindible para que una norma pudiese ser considerada válida. R. Alexy ha sintetizado las diversas teorías de la validez en tres grandes grupos: aquellas que postulan un concepto “sociológico” de validez, aquellas que propugnan uno “jurídico” y aquellas que se decantan por un concepto “ético”. De acuerdo con el primero de estos conceptos, para que una norma sea válida, es pertinente que goce de una eficacia social mínima, o en otros términos, que sea obedecida socialmente y que, en caso de desobediencia, se aplique una sanción. Según el concepto jurídico, la validez de una norma depende de que haya sido dictada conforme a lo prescrito por el ordenamiento jurídico, es decir, por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y sin violar normas jerárquicamente superiores. Por último, según el concepto ético de validez, para que una norma sea válida, ella debe ser materialmente correcta (vid. R. ALEXY El concepto y la validez del derecho, op. Cit., pp. 87 y ss). Como Alexy señala, estos conceptos son complementarios entre sí y a veces pueden entrar en colisiones. Además, sus exigencias son acordes con los principios de Estado Constitucional (Bernal, 2007, p. 125-126).

Se puede evidenciar de esta manera, la importancia que tiene el concepto de validez de una norma para la teoría jurídica; además, es necesario reiterar que dicho concepto ha sido objeto de controversias entre los más eminentes juristas modernos, para mencionar algunos, Hans Kelsen y Robert Alexy. El mismo Robert Alexy señala que: “Pocas ideas de la teoría del derecho han provocado tanta polémica como idea de la norma fundamental. La polémica se concentra en cuatro puntos: la necesidad, la posibilidad, el contenido y el status de la norma fundamental” (Alexy, 2004, p. 98). Tanto Hans Kelsen como Robert Alexy sostienen que es la norma fundamental o la Constitución la que da origen y fundamento a un sistema normativo.

Retomando al profesor Diego Martínez, éste expresa que para Hans Kelsen “La primera Constitución es válida, dice Kelsen, porque ha sido creada conforme a lo establecido por lo ordenado en la norma fundamental. La norma fundamental no es una norma creada. Se supone su existencia y, también, su obligatoriedad” (Martínez, 2007, p. 229).

Consecuencia de ello es: “En últimas, cuando se supone la validez de la norma fundamental, lo que se está suponiendo es la obligatoriedad de la primera Constitución, a condición de que precede a un orden coercitivo y generalmente eficaz” (Martínez, 2007, p. 231).

Lo anterior, es plausible desde una concepción positivista del derecho, que es la que impera en los sistemas jurídicos de tradición romano germánica como el colombiano. Pero por su parte, Rober Alexy, expresa que:

Una norma fundamental es una norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico, fuera de ella misma. [...] Kelsen compara la orden de un asaltante para que se le entregue una determinada suma de dinero con la orden de un funcionario de hacienda para que realiza la misma prestación. ¿Por qué es la orden del funcionario de hacienda una norma individual jurídicamente válida, bajo la forma de un acto administrativo, a diferencia de la orden del asaltante? La respuesta reza que el funcionario de Hacienda puede invocar una autorización legal mientras que el asaltante no. Pero, ¿por qué valen las leyes en las que se apoya el funcionario de Hacienda? La respuesta es que la Constitución ha autorizado al legislador a dictar este tipo de leyes” (Alexy, 2004, p. 96).

¿Cuáles son entonces las propiedades de una norma fundamental? Acudiendo al criterio de Robert Alexy, plasmado en su libro: *el concepto y la validez de derecho*, el jurista alemán, retomando las ideas de Kant sobre la ley fundamental, expresa:

Con esto se han mencionado las propiedades esenciales de una norma fundamental. Se trata de una norma que precede a las leyes positivas y que, con ello, fundamenta la competencia del legislador para dictarlas y, así, su validez. La diferencia decisiva con respecto a Kelsen consiste en que la norma fundamental de Kant no es solamente un presupuesto epistemológico sino una “ley natural”. Según Kant, una ley natural es una ley cuya “obligatoriedad puede ser conocida a priori por la razón, también sin una legislación externa”. Por lo tanto, la norma fundamental de Kant es una norma del derecho racional o – como se dice siguiendo una terminología más antigua- del derecho natural. Se trata pues de una fundamentación iusracional o iusnatural de la validez del derecho positivo. Una fundamentación de este tipo conduce justamente a lo opuesto del carácter moralmente indiferente que tiene el derecho en Kelsen. Conduce al deber moral de la obediencia del derecho (Alexy, 2004, p. 116).

Es importante la claridad sobre la norma fundamental, dado que la validez jurídica de una norma que pertenece a un sistema jurídico, se deriva de la existencia de una norma fundamental. Es la norma fundamental o la Constitución la que establece un procedimiento válido para la expedición de normas jurídicas por parte del órgano competente, que por regla general es el legislador.

Para Robert Alexy, una norma jurídica es válida cuando: “[...] es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento” (Alexy, 2004, p. 89).

Y seguidamente, reitera el mismo autor: “[...] La validez jurídica de las normas de un sistema jurídico desarrollado se basa en una Constitución, escrita o no, que dice bajo cuáles condiciones una norma pertenece al sistema jurídico y porque vale jurídicamente” (Alexy, 2004, p. 90).

Además, Robert Alexy, hace la siguiente aclaración respecto a la validez de una norma que ha sido expedida conforme a un procedimiento previsto en la Constitución. En palabras del autor:

Una norma dictada conforme al ordenamiento de un sistema jurídico en general socialmente eficaz no pierde su validez jurídica porque no sea a menudo obedecida y su desobediencia sea sancionada sólo raras veces. Por ello, a diferencia de lo que sucede en el caso de los sistemas jurídicos, en el caso de las normas aisladas la eficacia social en general no es condición de la validez jurídica. Es fácil comprender la razón de esta diferencia. De toda norma aislada puede decirse que vale porque pertenece a un sistema jurídico socialmente válido en general (Alexy, 2004, p. 91-92).

El jurista Robert Alexy hace alusión a la validez de la norma como pertenencia. Es decir, la pertenencia de una norma jurídica a un sistema jurídico es lo que le otorga su validez. En este mismo sentido, se expresa el profesor Diego Martínez, quien sobre este tópico, agrega que:

La pregunta por la validez de todo el sistema impone utilizar criterios extrasistemáticos, mientras que averiguar por la validez de una norma en particular exige recurrir a criterios intrasistemáticos.

Pero, ¿qué puede significar que el derecho sea válido ora en el orden general ora en el particular? Existen varias direcciones hacia donde puede orientarse una respuesta.

1. Validez = pertenencia. Se refiera a la validez de las normas, en el sentido de que pertenecen a un sistema normativo jurídico. Validez se entenderá, entonces, como pertenencia de las partes de un todo a ese todo. Vale decir, de las normas particulares a un sistema normativo.

[...]

2. Validez = existencia. [...] En este sentido, habrá que identificar validez con existencia efectiva, bien de las normas en particular o de todo el ordenamiento jurídico en general.

3. Validez = obligatoriedad. Validez puede significar que el derecho o las normas jurídicas son obligatorias; vale decir, debe ser obedecido o deben ser obedecidas (Martínez, 2007, p. 147).

Y para concluir el tema de la validez, en su parte más general, el profesor Diego Martínez hace alusión a la validez definitiva o ratificada de una norma jurídica. Cuando la Corte Constitucional, que es el órgano competente para interpretar y aplicar la Constitución, emite un fallo de constitucionalidad de una norma particular, esta norma empieza a gozar de una validez ratificada o definitiva. El profesor Diego Martínez lo expresa así:

Se dice que una norma tiene validez definitiva cuando no es susceptible de ser anulada. Esta situación se presenta cuando su validez ha sido confirmada por un tribunal facultado para ejercer el control o, lo que es lo mismo, para aplicar la regla de anulabilidad.

Esta confirmación consiste en una decisión definitiva, que opta por afirmar que la norma sometida a revisión no contradice la(s) norma(s) superior(es) que establecen las reglas de inclusión, requisitos exigidos para su pertenencia al sistema (Martínez, 2007, p. 206-207).

De esta manera, se da por concluida esta parte general y teórica sobre el concepto de la validez. La validez de una norma, como se ha podido evidenciar brevemente, es un tema de suma importancia para la filosofía del derecho. Ahora, se dará paso al estudio de la validez de la Ley 678 de 2001 a la luz de los criterios que mencionan los autores anteriormente referenciados.

2.2. Validez jurídica de la Ley 678 de 2001

Para corroborar la validez de la Ley 678 de 2001 dentro del ordenamiento jurídico colombiano es necesario determinar lo siguiente: que la Constitución Política de 1991 establezca quien es el órgano competente para expedir la leyes en Colombia, verificar que la Ley 678 de 2001 haya sido expedida por el órgano competente, y , verificar si la Ley 678 de 2001 ha sido objeto de un estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y de esta forma determinar si la Ley 678 de 2001 es válida y además ostenta una validez ratificada o definitiva.

El Capítulo 3 del título VI de la Constitución Política de 1991 establece en el artículo 150, lo siguiente: “ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones [...]” (Art. 150 de la C.P, 1991). Lo anterior implica que el órgano competente para expedir las leyes en Colombia es el Congreso de la República.

A su vez, el artículo 165 complementa lo anterior, así:

Artículo 165. Aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras, pasará al Gobierno para su sanción. Si éste no lo objetare, dispondrá que se promulgue como ley; si lo objetare, lo devolverá a la cámara en que tuvo origen (Constitución Política, 1991, artículo 165).

En un sentido formal, se cuentan con los elementos suficientes para afirmar que la Ley 678 de 2001 es una norma válida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, debido a que ha sido expedida por el órgano competente para expedir las leyes, que es el Congreso de la República, mediante el debido procedimiento, y que ha sido sancionada por el Presidente de la República y publicada en el Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.

Aunado a lo anterior, mediante la Sentencia C-484 de 2002 del Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de la Ley 678 de 2001; lo cual deriva en una validez ratificada de la norma en mención.

De esta manera, se da por concluida la segunda parte de este trabajo escrito, en la cual se hizo alusión al concepto de validez jurídica de una norma, las diferentes concepciones que se invocan sobre la validez en la teoría jurídica y el estudio de la validez de la Ley 678 de 2001 a la luz de los elementos constitutivos de la validez. A continuación, se hará alusión, en la tercera parte de este escrito, a la eficacia de una norma jurídica en general y la eficacia de la Ley 678 de 2001 en particular.

3. EFICACIA JURÍDICA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN

Por todo lo que se ha planteado anteriormente, es dable afirmar que el objetivo principal del medio de control de repetición es la protección del patrimonio público y la consolidación de la moralidad administrativa al interior del Estado colombiano. En este capítulo, se hará acopio de algunos conceptos referentes a la eficacia, para de esta forma determinar si a la luz de esos criterios, y a la luz de algunas investigaciones empíricas o reflexiones de algunos doctrinantes del derecho administrativo, el medio de control de repetición cumple con su objetivo principal o no.

3.1. Concepto de eficacia de una norma jurídica

Uno de los autores más importantes en la teoría del derecho positivo contemporáneo es Hans Kelsen, quien ha teorizado ampliamente sobre los sistemas jurídicos positivos en cuya cúspide se encuentra la Constitución; de la Constitución, considerada como la norma fundamental, se deriva la validez y el fundamento de todas las demás normas de un determinado ordenamiento jurídico. Hans Kelsen, cuya concepción del derecho ha influenciado ampliamente al ordenamiento jurídico colombiano, plantea los siguientes conceptos relacionados con la eficacia. Dice Kelsen (1934) citado por Martínez (2007):

El que los hombres se comporten o no, de manera de evitar la sanción con que amenaza la norma jurídica, y el que la sanción sea o no realmente ejecutada en caso de que se llenen las condiciones de ejecución, son cuestiones que atañen a la eficacia del derecho (p. 251).

Y a continuación, sostiene Martínez (2007) citando nuevamente a Kelsen (1934): “Aun cuando la eficacia del derecho consiste primordialmente en su aplicación por el órgano que corresponda, secundariamente significa que los particulares le prestan su obediencia” (p. 254).

Con lo anterior, queda claro que para Hans Kelsen, la eficacia de una norma jurídica radica en que esta sea acatada y obedecida por los ciudadanos, y en el caso de que dicha norma no sea obedecida, la eficacia radica en que exista un órgano competente que pueda imponer una sanción a quien desobedece el mandato normativo.

Según el profesor Diego Martínez Marulanda, la eficacia según Hans Kelsen, se caracteriza por lo siguiente:

Dos verbos guían el concepto kelseniano de eficacia: acatar y aplicar. Sobre esta base se puede decir que por eficacia se ha entendido la correspondencia entre la normatividad y los hechos sociales. Es decir, que lo prescrito por la normatividad, el deber ser, se pueda calificar por su correspondencia con la realidad social.

Cuando la calificación es baja, o sea que no hay correspondencia, es porque existe un abismo apreciable entre el deber ser de la norma y la realidad social que ella trata de conformar o de promover. En esas circunstancias, se dice que la norma no es eficaz (Martínez, 2007, p. 252).

Por otro lado, otro eminente jurista, el italiano Norberto Bobbio (1980), citado por Martínez (2007), con respecto al concepto de eficacia, reflexiona en los siguientes términos:

[...] valdría la pena reservar el término de “efectividad” para el atributo del poder y el de “eficacia” para el atributo de la norma. Poder efectivo es el poder que consigue obtener el resultado propuesto; norma eficaz es la norma observada o cumplida. La eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, así como la efectividad del poder depende del hecho de que las normas sean eficaces (Martínez, 2007, p. 260-261).

De esta manera, es clara la identificación que realiza Norberto Bobbio de la eficacia de la norma con la observación o cumplimiento de la misma por parte del destinatario de la norma. Surge entonces un interrogante: ¿De qué manera el órgano legislativo puede garantizar la eficacia de las normas que expide? La respuesta a esta pregunta según Alexis de Tocqueville radica en la legitimidad popular.

Sostiene Alexis de Tocqueville en su obra *La democracia en América*, que:

No siempre es fácil convocar al pueblo entero, bien directa o indirectamente, para elaborar la ley; más no se puede negar que cuando esto es factible la ley adquiere una gran autoridad. Ese origen popular, que a menudo perjudica la bondad y la sabiduría de la legislación, contribuye singularmente a su poder.

En la expresión de las voluntades de todo un pueblo hay una fuerza prodigiosa. Cuando esta fuerza sale a la luz, hasta la imaginación de aquellos que quisieran luchar contra ella parece anonadada (Tocqueville, 1984, p. 242).

Es relevante el aporte de este importante jurista francés, ya que sostiene que la manera de garantizar la eficacia de una norma jurídica o de una ley, dentro de un sistema

democrático, es mediante la legitimación popular. Es decir, que los ciudadanos sientan que son ellos los que hacen las leyes, ya sea directamente o por intermedio de los representantes que han sido elegidos mediante el voto popular, y de esta manera, sostiene Tocqueville, son los mismos ciudadanos, además de las autoridades, los primeros interesados en acatar las leyes que ellos mismos han redactado.

Además, Tocqueville afirma que:

Añádase a la primera razón esa otra, más directa y poderosa, que consiste en que en los Estados Unidos cada ciudadano encuentra una especie de interés personal en que todos obedezcan a la ley, pues el que hoy no forme parte de la mayoría quizá mañana se halle entre sus filas; y ese respeto que profesa ahora hacia la voluntad del legislador, pronto tendrá ocasión de exigirlo para la suya. Así pues, por enojosa que sea la ley, el habitante de los Estados Unidos se somete gustosamente a ella, no como obra de la mayoría, sino como la suya propia; viene a considerarla como un contrato del cual es él una de las partes (Tocqueville, 1984, p. 243).

Este mismo autor reitera con tino:

No se ve, pues, en los Estados Unidos una masa numerosa y siempre turbulenta que, mirando a la ley como a un enemigo natural, lance sobre ella únicamente miradas de temor y desconfianza. Al contrario, es imposible no percibir que todas las clases muestran una gran confianza en la legislación que rige al país y que experimentan por ella una especie de amor paternal.

Pero me equivoco al decir “todas las clases”. En América, donde existe una escala de poderes inversa a la europea, los ricos se encuentran en una posición análoga a la de los pobres en Europa; son ellos quienes suelen desconfiar de la ley. Como he dicho anteriormente, la verdadera ventaja del gobierno democrático no consiste en garantizar los intereses de todos, como a

veces se ha afirmado, sino solamente en proteger los de la mayoría. En los Estados Unidos, donde es el pobre el que gobierna, los ricos están expuestos a que se abuse del poder en su contra.

Esta disposición de ánimo de los ricos puede producir un sordo descontento, pero no perturba a la sociedad, pues la misma razón que impide al rico otorgar su confianza al legislador le impide desafiar sus órdenes. El rico no hace la ley porque es rico, y no osa violarla a causa de su riqueza. En las naciones civilizadas, por lo general sólo se rebelan aquellos que no tienen nada que perder. Por lo tanto, si las leyes de la democracia no siempre son respetables, casi siempre son respetadas [...] Por lo demás, el pueblo americano no sólo obedece a la ley por ser esta obra suya, sino también porque puede cambiarla si le perjudica; primero se somete a ella como a un mal que él mismo se ha impuesto, y después como a un mal pasajero (Tocqueville, 1984, p. 243-244).

Es de gran importancia esta reflexión de Alexis de Tocqueville, puesto que una de las características del ordenamiento jurídico colombiano es que los ciudadanos sienten que las leyes no están hechas por ellos pero que si están obligados a obedecerlas y en el caso de no hacerlo deben estar dispuestos a asumir el castigo por dicha actitud desobediente. Tal como lo han sostenido autores colombianos como Mauricio García Villegas en algunos de sus trabajos de investigación sobre la cultura del incumplimiento de normas en Colombia y en Latinoamérica, la cultura española heredada en el continente Americano se resiste fuertemente al principio de la igualdad ante la ley. Algunos sectores de la sociedad se resisten a acatar las normas, porque consideran que ellos son portadores de un fuero especial, que los autoriza para violar las leyes, mientras que los demás no lo pueden hacer. Pero, siguiendo lo planteado por Alexis de Tocqueville, la eficacia de un ordenamiento jurídico radica fuertemente en la legitimidad popular, más que en la capacidad del Estado para castigar a aquellos ciudadanos que no cumplen la ley, y en la voluntad popular del sometimiento al principio de igualdad ante la ley.

Así las cosas, y a la luz de la concepción de eficacia jurídica esbozada brevemente, se hará alusión a la eficacia jurídica del medio de control de repetición en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de contrastar si la Ley 678 de 2001 cumple con el objetivo o los objetivos que se proponen o no, es decir, si la norma jurídica, el deber ser, se corresponde con la realidad, con el ser, tal como lo ha planteado Hans Kelsen.

3.2. Eficacia jurídica del medio de control de repetición en Colombia

El medio de control de repetición en el ordenamiento jurídico colombiano tiene como objetivo proteger el patrimonio público, garantizar el principio de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, además de contribuir a la consolidación de la moralidad administrativa. Del cumplimiento de estos objetivos, atendiendo los criterios señalados por Hans Kelsen, Diego Martínez, Norberto Bobbio y Alexis de Tocqueville, depende la eficacia del medio de control de repetición, es decir, la eficacia de la Ley 678 de 2001.

La abogada Lina Clemencia Duque, especialista en derecho público, ha realizado una investigación sobre la Acción de Repetición en Colombia, donde se plantea como problema la siguiente cuestión: *¿Cuáles han sido las causas de la inoperancia 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 en los últimos cinco años?* Según revelan los avances de su investigación, la Ley 678 de 2001 no ha cumplido con el objetivo que se había planteado, porque, según ella:

la inoperancia de la Acción de Repetición en Colombia obedece 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 (Duque, 2012, p. 151).

Además,

[...] 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 de Procedimiento Administrativo y de lo 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 más 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 (Duque, 2012, p. 151-152).

Queda claro entonces, que según la investigación realizada por la doctora Lina Clemencia Duque, sobre la acción de repetición en Colombia durante el período 2005-2010, la Ley 678 de 2001 ha sido ineficaz; esto es, no ha cumplido con su finalidad, la cual es garantizar la protección del patrimonio público y exigir la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos.

Es importante que las autoridades competentes, las entidades públicas y los entes de control se apropien de esta figura jurídica, ya que tal como lo expone la doctora Lina Clemencia Duque, citando a Roldán (2009):

Uno de los aspectos que exige y justifica el estudio de los resultados en la aplicación de las normas como la Acción de Repetición, es el grave problema

de detrimento al patrimonio público en Colombia; en ese sentido la Contadora General de la Nación estimó que esta cifra para el año 2010, estaría cercana a los 700 billones de pesos, es decir, casi cinco veces el presupuesto general de la Nación en la vigencia (Duque, 2012, p. 138).

Es imprescindible que tanto las autoridades públicas como la ciudadanía en general se empoderen de esta figura jurídica que consagra la Ley 678 de 2001, y se implementen las acciones correspondientes, y estas puedan derivar en una protección efectiva del patrimonio público, en una aplicación real del principio de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos; y de esta manera, construir una ciudadanía participativa y guardiana de los recursos del erario público, que es mediante el cual el Estado Social del Derecho puede cumplir con sus obligaciones para con las personas que habitan su territorio.

3.3 Órdenes de los superiores y desactualización de manuales, como obstáculo para la eficacia del Mecanismo de Repetición

Para Carlos Mario Molina Betancur y Martha Cecilia Cañón Solano (2003), existe un desequilibrio en el actuar de la parte demandante y el demandado, pues no se toma inicialmente las figuras del dolo y la culpa grave como tal para demostrar el actuar desmedido del agente inculpativo; por lo tanto, las partes responsables del litigio no acuden a las definiciones encontradas en la Ley 678 de 2001; ni siquiera, después de la entrada en vigencia de la referida Ley. Además, en muchas ocasiones en el momento de calificar la falta que haya cometido el agente estatal, el actuar del mismo ha sido ceñido a las herramientas, a los procedimientos y la normatividad existente en el momento de presentarse la acción u omisión que dio lugar al daño antijurídico, ejemplo de esto es lo surtido en la Sentencia 02240 de 2016 del Consejo de Estado⁴, en donde no se logró probar

⁴ La Superintendencia de Sociedades retiró del servicio al señor Fernando Londoño García, quien laborara en dicha entidad en el cargo de asesor. El referido ex funcionario demandó judicialmente la nulidad del acto administrativo que lo desvinculó de la planta de personal de la Superintendencia de Sociedades y mediante sentencia de 26 de marzo de 2004, se accedió a las pretensiones de la demanda. La sentencia de primera instancia fue apelada y el Consejo de Estado, a través de sentencia de 02 de marzo de 2006, la confirmó. En cumplimiento de los referidos fallos, la entidad aquí demandante debió cancelarle al actor en ese proceso la

el dolo o la culpa grave con la que actuó una Ex Superintendente de Sociedades, sin embargo, se causó un daño desmedido al patrimonio del Estado. En este caso, se podría decir que la acción de repetición debió haber sido presentada en contra de la ex funcionaria y del superior (ex Viceministro del Interior) que autorizó esa decisión, y prueba de ello pudo haber sido, el concepto emitido por él para autorizar la declaratoria de insubsistencia que dio lugar al proceso de Repetición. Situación que da pie para demostrar que frente al ex Viceministro del Interior, la Ley 678 de 2001 no es eficaz, ya que como lo menciona un aparte de la sentencia referida, haciendo énfasis en la definición de dolo y culpa grave,

...frente a estos conceptos, el Consejo de Estado ha sostenido que para determinar la existencia de la culpa grave o el 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 6° 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 (Sentencia 02240 de 2016 del Consejo de Estado).

Pero, si se hace referencia a lo que dice la Constitución en su artículo 91, se encuentra lo siguiente, “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”, es decir entonces, que la Acción de Repetición, además de que se debe aplicar en contra del funcionario que acató la orden, por mandato Constitucional expreso en los artículos 90 y 91, que menciona el “daño” o la “infracción”, debe aplicarse también en contra del funcionario que emitió la orden, teniendo en cuenta que por exigencia constitucional ambos actuaron de forma desmedida.

suma de dinero por la cual se repitió. A juicio de la entidad demandante, el daño por ella padecido le resultaba atribuible a la demandada, quien en su condición de Superintendente de Sociedades en su momento actuó con “*desviación de poder*” al retirar del servicio al señor Fernando Londoño García.

Para reforzar los argumentos esbozados, se tiene que el artículo 6° expresa que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la Ley, y cómo se puede probar esto si no es teniendo presente que el éxito de la demanda de un particular en contra del Estado lleva consigo hechos con los cuales se busca proteger las actuaciones o decisiones desmedidas que atentan contra Derechos Constitucionales, como lo es el derecho al Trabajo, entonces, se puede concluir que al prosperar las pretensiones presentadas por el particular en la demanda en contra del Estado, se podría hablar de prueba contundente o “reina” para entrar a demostrar que las decisiones tomadas por los funcionarios fueron de forma desmedida, tanto para el agente que acató la decisión, como para el que la emitió.

Lo anteriormente dicho, también da pie para determinar que carece de eficacia la Acción de Repetición, si los funcionarios se protegen al tomar decisiones fundadas en órdenes de un superior, pese a que la eficacia es clara en exigir al agente público una obediencia y una correcta aplicación de la normatividad, pues con ello se busca reducir el despilfarro del erario, pero lo que realmente se encuentra, es que muchas veces la normatividad, los procedimientos, las órdenes o los reglamentos creados para el actuar del funcionario lo puede llevar a incurrir en error, limitando así la eficacia del Mecanismo de Repetición; situación que va de la mano con lo que menciona Molina y Cañón (2003), según la cual los manuales de funciones son muy generales, y van perdiendo vigencia, asimismo, las reestructuraciones de los últimos años hacen que cada vez más se concentre un mayor número de funciones en un solo funcionario.

Con lo anteriormente mencionado, se quiere mostrar cómo en parte los elementos de voluntad y el interés existentes dentro del derecho subjetivo hacen que en la práctica la eficacia no sea tomada en cuenta por parte de los funcionarios públicos, pues un reglamento, manual de funciones, decreto o norma que no ha sido actualizado con frecuencia, da la misma libertad al funcionario para obrar, que cualquiera que si se encuentre actualizado; por lo tanto, la eficacia está siendo relegada al actuar, que incluso con yerros, se encuentra en la normatividad o en los reglamentos vigentes al momento de configurarse el acto doloso.

3.4 Límites para la eficacia de la Acción de Repetición por falta de material probatorio que demuestre el dolo o la culpa grave⁵

Existen referencias jurisprudenciales como la Sentencia C-832 de 2001 de la Corte Constitucional y algunas sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en las cuales se reafirman los requisitos que debe acreditar la entidad demandante en procesos de acción de repetición:

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena; ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado; iii) El pago efectivo realizado por el Estado; iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

Así las cosas, bajo el criterio jurisprudencial anteriormente expuesto, sería pertinente precisar que la no acreditación de los dos primeros requisitos, esto es, la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante y el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad, tornan improcedente la acción y relevan al Juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad que se le imputa a los demandados, profiriendo así una sentencia negativa a las suplicas de la demanda.

En efecto, los supuestos referidos constituyen el punto de partida para estudiar de fondo los hechos atribuibles a la conducta de quienes han sido demandados, pues el objeto de la repetición lo constituye la reclamación de una suma de dinero que hubiere sido cancelada por la entidad demandante, de manera que la falta de prueba de ese daño desvirtúa

⁵ En este acápite se hace un muy breve recuento jurisprudencial en torno a dichos límites.

totalmente el objeto de la acción, en relación con la cual se habría de concluir que carece de fundamento y, por tanto, en tales casos, se deberán negar las súplicas de la demanda.

En síntesis, es claro que la administración tiene siempre la carga de demostrar el hecho generador de la responsabilidad personal del servidor público e igualmente la conducta dolosa o gravemente culposa⁶ del agente que con su acción u omisión generó la condena por sentencia judicial o el pago de la indemnización por virtud de una conciliación judicial o prejudicial, carga que de no ser cumplida por la parte actora se tornará improcedente, o mejor, relevará al Juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad imputable al demandado.

Adicionalmente, podría decirse que, respecto al dolo y culpa grave como elementos de determinantes de la responsabilidad, es el Estado quien ha fallado, toda vez que ha sido incapaz de demostrar el actuar negligente o antijurídico de sus servidores, pues las pruebas aportadas para el proceso, en casos concretos, no son suficientes para entrar a determinar la existencia de los mismos, haciendo a un lado el ideal que se tenía desde la creación del mecanismo de repetición, el cual citándose la ponencia para el primer debate en el Senado de la República, según la Corte Constitucional en la Sentencia C-374 de 2002, era:

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 objetivo 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

⁶ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, Sentencia de 5 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 2 de mayo de 2007, expediente: 18621; 6 de marzo de 2008, expediente: 26227; 16 de julio de 2008, expediente: 29221.

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.

Para demostrar que efectivamente el Estado no ha cumplido con hacer eficaz la Ley 678 de 2001, tenemos que en la Sentencia N° 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482) del 31 de agosto de 2006, en la cual se dio la negativa frente a la solicitud de conceder las pretensiones expuestas por el Ministerio de la Defensa y el Ejército Nacional, en contra del señor Manuel de Jesús Guerrero Pasichana, el Consejo de Estado, después de mencionar la importancia del artículo 90 de la Constitución, predicó:

Siguiendo el citado precepto constitucional, se estima, así mismo, de medular importancia jurídica para la prosperidad de la repetición, el aporte de las pruebas que demuestren la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, y que precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó un daño por el cual la entidad pública debió reconocer una indemnización impuesta en una sentencia judicial condenatoria o en una conciliación, según el caso, dado que este aspecto subjetivo constituye, como se explicó, la columna vertebral de la acción de repetición.

Sin embargo, en el presente proceso no se cumplió con los anteriores requisitos y presupuestos, dado que existen serias deficiencias probatorias en relación con la acreditación de los mismos, según se desprende de las siguientes consideraciones:

i. No obra en el expediente prueba que acredite que la entidad pública demandante haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativo a reparar los daños antijurídicos causados a un particular.

De igual forma, del estudio en la sentencia precitada se encontró que tampoco se allegó prueba alguna con la cual se pretendía demostrar la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público. En conclusión, hubo una total negligencia por parte de la Nación para dar cumplimiento con el Mecanismo de la Acción de Repetición, ya que ni siquiera se

tomaron la molestia de presentar la prueba idónea para demostrar que el demandado era servidor o ex servidor público o particular con funciones administrativas. Además, de que el Ministerio de Defensa cometió el error de confundir el proceso de acción contenciosa y declarativo de responsabilidad por culpa grave o dolo por el actuar desmedido del agente público, con el de una acción ejecutiva, al allegar al expediente copia de la sentencia por medio de la cual se condenó al Estado.

Por otra parte, según la Acción de Repetición como tal se encuentra fundamentada inadecuadamente, en tanto se plantea que esta es una acción civil, a sabiendas de que es una herramienta de derecho de carácter administrativo, tal y como lo menciona Torres León (2005), en su ensayo ¿Se justifica la acción de repetición?; sus razones son entonces que:

...las acciones civiles son por naturaleza voluntaria, y de contenido patrimonial, pues ningún particular está obligado a demandar en defensa de sus intereses patrimoniales, y aún puede renunciar a estos derechos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de Código Civil. (Torres, 2005, p. 2).

Es decir, que las acciones civiles se deben ejercer por medio de la voluntad, sin que exista la obligación de ejercerla y que provenga desde un ente o tercero. Continúa Torres (2005), mencionando que por el contrario la Acción de Repetición es obligatoria tal y como lo dispone el artículo 4 de la Ley 678 del 2001, además, de obligarse al representante legal de la entidad pública a iniciarla con el fin de obtener una condena a favor de la entidad perjudicada, de igual forma, existen requisitos que deben acatarse, respecto del tiempo previsto para presentar el escrito de la Acción o la negativa de hacerlo, so pena de existir sanciones. Otra de las razones, es que las acciones civiles son desistibles y en este caso es claro que no hay forma de que el Estado desista de un Acción que ya de por sí posee un carácter obligatorio.

Por otro lado, el acta solicitada al Comité de Conciliación, es de igual forma limitante para que se pueda ejercer la Acción de Repetición, pues al ser un requisito de procedibilidad, restringe el carácter obligatorio que la misma ley ha dado a dicho mecanismo, ya que dicho organismo puede tomar la decisión de que no hay dolo o culpa grave por parte del agente público; comité que debe estar conformado por funcionarios del nivel directivo, tal y como lo menciona el artículo 17 del Decreto 1716 del 2009, integrantes que al final de cuentas dependen en parte de las órdenes del funcionario al que deben conceptuar, esto es, que no se estaría dando aplicación a los principios de imparcialidad, neutralidad e independencia para decidir al respecto. Por el contrario, como lo dice el mismo Torres (2005), el Comité tendría más tendencia a conceptuar la procedibilidad de la Acción contra ex funcionarios de la entidad o contra empleados de bajo rango; y como lo mencionan Molina y Cañón (2003), los comités están conformados por personal directivo de libre nombramiento y remoción, lo que no se garantiza una continuidad del aprendizaje del funcionario ni en la labor del comité, generando que, por su misma calidad, sean propensos a la parcialidad.

Por lo tanto, en este caso se presentaría una ineficacia de la Acción de Repetición para los altos rangos de las instituciones públicas, pues el cargo que poseen crea dependencia para los integrantes del Comité de Conciliación, evitando así la procedencia de este Mecanismo Constitucional.

De otra parte, atendiendo a las deficiencias del material probatorio, el legislador ha sido enfático en recalcar que la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal no debe verse afectado por valor de la prueba documental, toda vez que mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

Si se hiciese una breve excursión jurisprudencial, de acuerdo a las pocas repeticiones que se han presentado en Colombia, se encontraría, con respecto a los niveles de culpa

grave o dolo que se quedan sin actuación para repetir, algunas discusiones del Consejo de Estado que bien valdría la pena anotar. Por ejemplo, en la Sentencia con radicado nº 11001-03-26-000-2001-00051-01(21326) del 24 de Octubre de 2013, el consejero ponente, Enrique Gil Botero, sostiene que:

Para que proceda la acción de repetición, el Estado debe haber sido condenado a la reparación de un daño antijurídico, que éste haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente o antiguo ex agente público y que la entidad condenada efectivamente hubiere pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. Todo esto debe ser probado en el proceso por la entidad demandante, mediante el aporte de la sentencia ejecutoriada que impuso la condena, de los actos administrativos que reconozcan la indemnización y de los documentos que demuestran de manera idónea la efectiva cancelación de la condena. De no acreditarse en debida forma lo anterior, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y se imposibilita la declaratoria de responsabilidad del funcionario estatal y la condena a resarcir el daño causado al patrimonio público.

En tal sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia 11001-03-26-000-2016-00071-00(56901) del diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), ha sido enfática en reiterar que:

Las sentencias condenatorias que dan lugar a la demanda de repetición no constituyen plena prueba de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado, en la medida en que esas decisiones adoptadas -en sede de legalidad- no atan al juez de la repetición, toda vez que, en el marco del proceso de la referencia, pueden hacerse valoraciones y calificaciones distintas a la conducta reprochada, toda vez que la decisión ya no versa sobre la legalidad de actuaciones administrativas, sino sobre la conducta del agente (...).

Lo anterior, como acaba de verse, encuentra justificación en el carácter autónomo e independiente que la ley le imprimió al medio de control de repetición, pues la condena a una entidad estatal a través de un juicio previo y totalmente diferente al de la referencia no implica automáticamente la responsabilidad del agente o ex agente estatal que eventualmente hubiere dado lugar a la misma o que hubiere participado en los hechos correspondientes, toda vez que la conducta que se le endilga a este debe quedar establecida de manera plena e individualizada en el respectivo proceso de repetición.

Así las cosas, se podría afirmar, que la acción de repetición es un mecanismo judicial que la Constitución y la ley otorgan al Estado y que tiene como propósito el reintegro de los dineros de los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular investido de una función pública. De tal suerte que la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso correspondiente. De no hacerse, el medio de control de repetición será ineficaz.

Finalmente, conviene señalar, según lo ha sostenido el Consejo de Estado, que:

La motivación de la sentencia judicial que imponga una condena patrimonial a cargo de una entidad pública y el pago de la misma no son pruebas idóneas para establecer per se la responsabilidad del demandado en acción de repetición. En efecto, en aquellos casos en los cuales la acción de repetición se fundamenta únicamente en las consideraciones que dieron lugar a la imposición de una condena, la Sala ha sostenido que estas no son suficientes para comprometer al demandado ni para concluir que su actuación hubiere sido dolosa o gravemente culposa, dado que la conducta imputada debe ser demostrada en el proceso de repetición en aras de garantizar a favor del demandado el debido proceso, puesto que la acción de repetición es autónoma e independiente respecto del proceso que dio origen a la misma (Sentencia del 22 de julio de 2009, expediente No. 27.779, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.).

Aún, en contraste con fallos en los que se ha condenado al servidor, como en el caso de las sentencias del Consejo de Estado con radicado N° 020-25000-23-26-000-1998-15937-01(29888) del 29 de Agosto de 2014; 11001-03-26-000-2001-00051-01(21326) del 24 de Octubre de 2013 y 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360) del 30 de Abril de 2014, fallos en los cuales se obliga a los servidores a resarcir el daño patrimonial causado a una entidad del Estado, no se hace posible dar certeza todavía de la eficacia de la acción de repetición en el ordenamiento jurídico colombiano. Antes bien, pone en entredicho el nivel de dolo o culpa grave en la arbitrariedad de la conducta que comprometió a la administración, al tiempo que vulneró derechos fundamentales de los administrados.

En último término, lo que busca el juez administrativo es aplicar medidas y abstenerse de conductas que menoscaben la protección constitucional y legalmente establecidas para contrarrestar el actuar doloso o gravemente culposo de cualquier servidor público. No obstante lo anterior, la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley, en este caso el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es la más importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso de cualquier servidor público o agente estatal.

CONCLUSIONES

1- Cualquier esfuerzo que se realice a nivel institucional, desde el mismo Estado, desde la academia, desde los gremios, los movimientos sociales y la ciudadanía en general, para perseguir y combatir la corrupción y a los corruptos, es bienvenido. Es en este contexto en donde adquiere relevancia jurídica y material el medio de control de repetición, en tanto que el fin primordial que se persigue con esta figura jurídica es la protección del patrimonio público y la consolidación de una moralidad administrativa responsable y eficiente.

2- La relación que existe entre el Estado y el servidor público, no es una relación de una pluralidad de sujetos, por el contrario, son una sola persona. La administración pública

actúa a través de sus funcionarios. Por esta razón, cuando el Estado se ve en la necesidad de indemnizar a un particular un daño antijurídico, originado en la negligencia de un servidor público, es en principio el Estado quien responde patrimonialmente; y posteriormente, si hay lugar a ello, podrá el Estado repetir contra su propio funcionario.

3- En la Constitución Política de 1991, se consagra la responsabilidad patrimonial del Estado y el derecho/deber del Estado de repetir patrimonialmente contra su propio agente, materializado en la entidad que se ve obligada a realizar el pago indemnizatorio del perjuicio. Se consagra la repetición de la indemnización contra el funcionario público como un derecho-deber del Estado en la medida que, en principio, es un beneficio para sí. Pero, adicionalmente, se considera deber ya que se trata de dineros públicos, con los cuales se cuenta para el cumplimiento de los fines del Estado, siendo estos de interés general.

4- El llamamiento en garantía con fines de repetición sobresaale como un medio expedito para vincular al funcionario público o al particular que cumple funciones públicas, al proceso de responsabilidad patrimonial, y en definitiva, vincularlo a su vez, al proceso del medio de control de repetición, sin que dicha figura constituya, tal como lo sostiene la Corte Constitucional, una violación del derecho fundamental al debido proceso que se le debe garantizar en todo momento al servidor público inmerso en el daño antijurídico.

5- En un sentido formal, es posible afirmar que 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”*, es una norma válida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, debido a que ha sido expedida por el órgano competente para expedir las leyes, que es el Congreso de la República, a través del debido procedimiento, y que esta ha sido sancionada por el Presidente de la República. Además, mediante la Sentencia C-484 de 2002, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de la Ley 678 de 2001, lo que implica la validez ratificada de la norma.

6- ¿De qué manera el órgano legislativo puede garantizar la eficacia de las normas que expide? La respuesta a esta pregunta según Alexis de Tocqueville radica en la legitimidad popular, dado que en los Estados Unidos cada ciudadano encuentra una especie de interés personal en que todos obedezcan a la ley, pues el que hoy no forme parte de la mayoría quizá mañana se halle entre sus filas; y ese respeto que profesa ahora hacia la voluntad del legislador, pronto tendrá ocasión de exigirlo para la suya. Así pues, por enojosa que sea la ley, el habitante de los Estados Unidos se somete gustosamente a ella, no como obra de la mayoría, sino como la suya propia; viene a considerarla como un contrato del cual es él una de las partes.

7- 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, puesto 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.

8- Es imprescindible que tanto las autoridades públicas como la ciudadanía en general se empoderen de esta figura jurídica que consagra la Ley 678 de 2001, y se lleven a cabo las acciones administrativas y jurídicas necesarias que deriven en una protección efectiva del patrimonio público, en una aplicación real del principio de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y en la construcción de una ciudadanía participativa y guardiana de los recursos del erario público, que es mediante el cual el Estado Social de Derecho puede cumplir con sus obligaciones para con todos los habitantes de su territorio.

9- Si bien es cierto que la eficacia del derecho consiste primordialmente en su aplicación por el órgano correspondiente y, luego, en la obediencia que los particulares a ésta le presten, es posible aducir que, para el caso concreto de la Acción de Repetición, la eficacia vendría siendo tan sólo un concepto en construcción, dado que aún no ha logrado

perfeccionarse como medio de control dentro del derecho administrativo, permitiendo así detrimentos significativos en el patrimonio de la Nación.

10- La Acción de Repetición, según lo expuesto a lo largo de este trabajo, ha sido tan sólo un canto a la bandera dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ya que aun existiendo prueba que acredite una afectación al patrimonio público por parte de un servidor, será una carga procesal adicional probar que su actuación de éste ha sido por culpa grave o dolo.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona. Editorial GEDISA.
- Bernal P., C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Betancur, C. (2013). *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Señal editora.
- Congreso de la República. Ley 1437 del 18 de enero de 2011.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482) de 2006. C P Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 27001-23-31-000-1998-00078-01(18621) de 2007. C P Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 25000232600019980114801 (16335) de 2008. C P Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 25000-23-26-000-2000-00919-01(26227) de 2008. C P Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia expediente No. 27.779 de 2009. C P Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 11001-03-26-000-2001-00051-01(21326) de 2013. C P Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 19001-23-31-000-2008-00125-01(46162) de 2013. C P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia 11001-03-26-000-2003-00036-01(25360) de 2014. C P Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia 020-25000-23-26-000-1998-15937-01(29888) de 2014. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia 27001-23-31-000-2006-00180-01(40755) de 2014. C P Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia 85001-23-31-000-2010-00033-01(41125) de 2014. C P Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 25000-23-26-000-2010-00441-01(47350) de 2014. C P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 11001-33-31-034-2008-00297-01(49902) de 2014. C P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia 25000-23-26-000-2006-02240-01(38800) de 2016. C P Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 66001-23-31-000-2008-00221-01(43809) de 2018. C P María Adriana Marín.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 11001-03-26-000-2016-00071-00(56901) de 2018. C P Marta Nubia Velásquez Rico.

Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-374 del 14 de mayo 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-484 del 25 de junio 2002.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1716 del 29 de junio 2009.

Duque S, L. (2012). Acción de repetición en Colombia. Una tarea pendiente en la administración pública (I avance). Manizales. Revista Jurídicas, 9(1), 153, pp. 136-153.

Maestre O, I. & Garcés R, M. (2004). Tesis de pregrado: *La acción de repetición y el llamamiento en garantía Ley 678 de 2001*. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana.

Martínez M., D. (2000). *Fundamentos para una introducción al derecho*. Medellín. Editorial Universidad de Antioquia.

Molina, C. M. & Cañón, M. (2003). *La acción de repetición*. Tesis concluida Maestría. Bogotá: Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

Tocqueville, A. (1984). *La democracia en América*. Madrid. Editorial: SARPE.

Torres Calderón, L. A. (2005). *¿Se justifica la acción de repetición? Comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y Propuestas de Reforma*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.