RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	**MABELITH CARREÑO BARBOSA**
FACULTAD	**EDUCACIÒN, ARTES Y HUMANIDADES**
PLAN DE ESTUDIOS	**DERECHO**
DIRECTOR	**FÉLIX ANDRÉS RUEDA MARTÍNEZ**
TÍTULO DE LA TESIS	**LEY 678 DE 2001 EN EL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO**

RESUMEN
(70 palabras aproximadamente)

LA LEY 678 DE 2001, ES CREADA POR EL LEGISLADOR COMO UNA FORMA DE REQUERIR LA RESPONSABILIDAD DE SUS FUNCIONARIOS QUE A TÍTULO DE DOLO O CULPA GRAVE INCURRAN EN CONDUCTAS QUE AFECTEN A LOS PARTICULARES. ESTA FIGURA JURÍDICA ESTÁ ORIENTADA A CUMPLIR CON LOS PRECEPTOS DE MORALIDAD Y EFICACIA ESTABLECIDOS POR EL LEGISLADOR, ENCAMINADA A EVITARLA INDISCRIMINADA REALIZACIÓN DE CONDUCTAS INDEBIDAS POR PARTE DE SERVIDORES PÚBLICOS PARA EVITAR EL DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO.

CARACTERÍSTICAS			
PÁGINAS:	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

LEY 678 DE 2001 EN EL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO

AUTOR:

MABELITH CARREÑO BARBOSA

Cód. 241332

Monografía de grado para obtener el título de abogado.

Director:

FÉLIX ANDRÉS RUEDA MARTÍNEZ

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÒN, ARTES Y HUMANIDADES

DERECHO

Ocaña, Colombia **Febrero, 2020**

Índice

Capítulo 1. Aspectos sustanciales de la ley 678 de 2001 1
1.1 Antecedentes normativos 1
1.2 Incorporación al ordenamiento jurídico. 6
1.2.1. Dolo 9
1.2.2 Culpa Grave 11
Capítulo 2. Aspectos procesales de la Acción de Repetición 13
2.1. Jurisdicción y Competencia 13
2.2. Caducidad de la repetición. 15
2.3. Medidas Cautelares 16
Capítulo 3. Llamamiento en garantía con fines de repetición 18
3.1 Elementos comunes. 18
3.2 Llamamiento en Garantía. 19
3.2.1 Circunstancias Eximentes de Responsabilidad 20
3.2.2 Culpa exclusiva de la víctima 21
3.2.3 Caso fortuito o fuerza mayor 21
3.2.4 Hecho de un Tercero 21
3.2.5 Terminación del Proceso 21
Capítulo 4. Sentencias 23
Conclusiones 34
Referencias 39

Agradecimientos

Quiero agradecer al director de este trabajo, doctor Félix Andrés Rueda Martínez quien con su dirección, tiempo y dedicación contribuyó a la consolidación de las ideas y culminación de este trabajo, mi más sincera gratitud.

Igualmente, expresar mi profunda admiración y agradecimiento al docente y amigo Marco Antonio Vega Vega por brindarme su constante dirección, su conocimiento y apoyo, los cuales sirvieron de base para culminar este trabajo, y como fundamento para afianzar la importancia del conocimiento y rectitud en el ejercicio de esta profesión.

Introducción

Durante décadas el Estado colombiano se caracterizó por ser un gobierno irresponsable, dejando que toda la carga de las fallas en la administración recayera sobre sus asociados, en consecuencia con la promulgación de la Constitución de 1991, resulta un nuevo panorama en materia de responsabilidad, reconociendo la categoría de ser un Estado Social de Derecho, por lo tanto, con la incorporación del articulo 90 adquiere la calidad de protector, garante y responsable de las funciones u omisiones de sus agentes, asegura el cumplimiento efectivo de sus fines y brinda garantías de seguridad jurídica entre las relaciones establecidas con los individuos, se reconoce que la responsabilidad por sus actuaciones indebidas será compartida y el administrado tendrá mayor protección de sus derechos y la facultad de reclamarlos frente al Estado.

El tema de responsabilidad empieza a tener mayor relevancia con la admisión de la acción de repetición establecida en el art. 90 de la constitución de 1991, exigiendo al agente que ejerce o cumplía funciones públicas, retribuir al Estado por los daños que le haya correspondido reparar a sus asociados, si se comprueba la ejecución de una conducta dolosa o gravemente culposa, es decir, las entidades estatales pueden requerir la responsabilidad patrimonial de sus agentes cuando en ejercicio de sus funciones causen daño a terceros, con el fin de recuperar el erario, evitando el detrimento patrimonial y el continuo actuar ilícito de sus funcionarios.

La ley 678 de 2001 es la herramienta que ofrece el legislador a las entidades Estatales para hacer efectiva la aplicación del medio de control denominado acción de repetición y a su vez regular la responsabilidad patrimonial de sus agentes; por lo tanto, en esta monografía se

pretende analizar las falencias en la aplicación de esta ley , esto por medio de estudios jurisprudenciales, donde la acción de repetición no ha obtenido los resultado esperados en las condenas proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa. De acuerdo a lo anterior, nuestra pregunta orientadora para el desarrollo de este documento es ¿Cuáles han sido las causas por las que en Colombia no ha operado satisfactoriamente la acción de repetición contra los funcionarios públicos?

Para desarrollar los temas que nos dirijan hacia la respuesta del problema jurídico, se acudió a la monografía de compilación, dividiéndola en cuatro capítulos conformados por los aspectos sustanciales y procesales de la acción de repetición, que permite el análisis minucioso de la ley 678 de 2001 y su aplicación en algunos casos debatidos por el Consejo de Estado, de manera que resulta igualmente necesario analizar algunos pronunciamientos jurisprudenciales con el fin de conocer la postura de los juristas referente al tema y el desarrollo procesal en la aplicación de la ley en referencia, extrayendo las conclusiones esenciales para esta investigación.

Capítulo 1. Aspectos sustanciales de la ley 678 de 2001

1.1 Antecedentes normativos

A lo largo de esta investigación se ahondará sobre la responsabilidad patrimonial de los funcionarios, enfocada hacia la acción de repetición como medio de control que reclama dicha responsabilidad y actualmente se encuentra regulada en Colombia por la ley 678 de 2001, pero para obtener el resultado legal en referencia, fue necesario pasar por un proceso histórico jurídico en el cual se reflejaron conceptos doctrinarios, jurisprudenciales y a partir de ello la ley fue abordado el tema teniendo en cuenta el contexto social en el cual se aplicaría.

Resulta inquietante conocer la historia jurídica sobre la concepción que se tenía respecto a la responsabilidad patrimonial que asumía el Estado en años anteriores a la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, trayendo a colación los conceptos y posturas dadas en otros países que abordaron el tema mediante algunos fallos determinantes para el ámbito jurídico y la influencia que generó en Colombia.

Durante una época los gobernantes no eran responsables de los daños que pudieran causar con sus actuaciones a terceros, las decisiones que tomaban en ejercicio de sus funciones no eran discutibles, toda vez que se sostenía que el administrado debía asumir las cargas por el indebido accionar de los funcionarios (Aljach et al; 2009).

En Francia, en el año 1873, fue proferido por el Consejo de Estado el fallo blanco, mediante el cual se reconoce la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a la hija del señor Blanco, por un vehículo de propiedad de una fábrica estatal de tabaco. El fallo Blanco pone fin a una larga historia de irresponsabilidad, consagrando la figura jurídica de la responsabilidad Estatal. Además de la responsabilidad, en el fallo se reconoce el servicio público, como la materia de competencia del Tribunal Administrativo y se constituye un vínculo entre la competencia de la jurisdicción administrativa y el fondo del derecho aplicable. (Boletín oficial del estado, 2015).

En el año 1951, se profirió el fallo Laurelle, el cual contempla la facultad que le permite al Estado repetir en contra de sus funcionarios, quienes en el ejercicio de sus funciones incurrieran en faltas que afectaran a los particulares, aplicando de esta manera la tesis de la irresponsabilidad del funcionario frente a la administración (Moreno, 2015).

La evolución que se observa en la doctrina y en la vía jurisdiccional europea, respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado, permite al sistema normativo un avance considerable habilitando la posibilidad de exigir que se desarrollen con eficiencia las funciones administrativas y cumplir cabalmente con los fines que le concierne, pero más allá de ello, trasmite seguridad jurídica y confianza a sus administrados, influenciando en la existencia de un mejor entorno social, político y económico.

En el derecho colombiano, siguiendo con las disposiciones dadas por el Consejo de Estado Francés y con la expedición de la constitución de 1886, se empiezan a vislumbrar las primeras estipulaciones en materia de responsabilidad por parte del Estado y de los funcionarios a su cargo, es así como en su artículo 20, se estipula:

> "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas". (Const., 1886, art.20).

Desde la entrada en vigencia de la carta de 1886 se incorporaron al ordenamiento jurídico varias disposiciones reafirmando la responsabilidad que adquieren los funcionarios, buscando evitar que la responsabilidad de los agentes no recayera únicamente en cabeza del Estado.

Igualmente, con la expedición del código contencioso administrativo, se codifican las primeras estipulaciones acerca de la responsabilidad de los servidores públicos, como lo señala el artículo 77 que consagra referente a las actuaciones ejecutadas por los funcionarios la conducta dolosa o gravemente culposa por la cual deberán responder ante la entidad correspondiente.

Hasta ese momento la condena se imponía al Estado, sin perjuicio de que la entidad pudiera recuperar los dineros desembolsados por las actuaciones indebidas de sus funcionarios, pero con la entrada en vigencia de los decretos 1222 y 1333 de 1986, mediante los cuales se expidió el código de régimen departamental y municipal, en los artículos 235 y 297

respectivamente, se facultó a las entidades a repetir en contra de sus agentes, siempre que estos efectuaran elecciones, nombramientos o remociones ilegales en contra de funcionarios.

Sin embargo, la Constitución de 1886, los decretos y demás reglamentos creados hasta ese momento no abarcaron todo lo concerniente a la acción de repetición, entre otros medios y mecanismos que requería el Estado colombiano, por lo tanto, se evidenció a necesidad de la creación de otras disposiciones, dando como primer resultado la incorporación de la responsabilidad del Estado y sus agentes en la Carta Constitucional de 1991.

Cabe anotar que antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991 no existía en el ordenamiento jurídico reglamentación concerniente a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, pero a partir de la acogida del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, surgió la ley 678 de 2001 en la cual el legislador incluyo la obligación de repetir en contra de los agentes del Estado que ocasionaran un daño a la sociedad.

La acción de repetición toma fuerza mediante la promulgación de la nueva Constitución en su artículo 90 que reza lo siguiente:

> El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este. (Const., 1991, art.90).

Al elevar a rango constitucional la responsabilidad del Estado y de sus agentes, surgió la necesidad de la creación de una ley que determinara todas las estipulaciones concernientes en materia de responsabilidad patrimonial de los funcionarios, y las disposiciones para que el Estado repita en contra de sus agentes, de modo que fue el preámbulo para la incorporación al ordenamiento jurídico de la ley 678 de 2001, reglamentando la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del funcionario que ejecuta funciones públicas, la cual será materia de estudio en esta monografía.

De esta manera se consolidaron las leyes que ponen en marcha la implementación del medio de control de repetición en el ordenamiento jurídico colombiano, como una forma de requerir la responsabilidad del servidor público por el resultado de su conducta, y que el Estado no sufra un menoscabo en su patrimonio, debido a que esto afectaría la inversión del erario en los proyectos educativos, de salud, entre otros, los cuales requieren gran atención (Acero, 2010).

Así mismo, con la expedición del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, en su artículo 142 consagra que la pretensión de repetición deberá ejercitarse contra cualquier servidor, ex servidor público o del particular que en ejercicio de sus funciones con su conducta genere daño a un particular y que como consecuencia de ello el Estado deba resarcir el perjuicio, quedando facultado para repetir en contra del funcionario. Por lo tanto, esta disposición es compatible con la ley 678 y deberán interpretarse de manera armónica para garantizar su efectividad al momento de su aplicación.

Sobre lo expuesto se evidencia que la norma tuvo algunos aspectos relevantes para hacer efectiva la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, aun así, es menester un estudio profundizado sobre la aplicación de la acción de repetición teniendo en cuenta la jurisprudencia colombiana, puesto que sería incompleto determinar cómo opera y los resultados que se han obtenido, todo ello con el fin de evidenciar si efectivamente se está recuperando el patrimonio público o por el contrario, ha generado pérdidas para la población colombiana, que en ultimas resulta siendo la más afectada.

1.2 Incorporación al ordenamiento jurídico.

Mediante la creación de la ley 678 de 2001, se reglamenta la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, estipulando todas las garantías legales para cumplir con su principal objetivo de proteger y recuperar el patrimonio público, ya sea ejercitando la acción de repetición o, a través del llamamiento en garantía con fines de repetición.

La acción de repetición está tipificada como una acción de carácter económico y así, lo consagra el artículo segundo de la ley en estudio, sugiriendo que:

> 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. (Ley 678, 2001, art. 2).

La acción de repetición es un mecanismo en virtud del cual, la ley posibilita al Estado y a todas las personas jurídicas de derecho público la recuperación o el reintegro de las sumas de dinero cuya erogación fue causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes (Castro, Moreno y Pedraza, s,f), de manera que, la finalidad de la acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.

La inquietud frente a la incorporación de la ley 678 de 2001 surge a partir de los requerimientos consignados en ella, examinando si son útiles para producir los efectos deseados, es decir, para evitar el detrimento patrimonial del Estado. La ley exige ejercer la acción, por lo tanto, se considera de obligatorio cumplimiento, toda vez que las entidades públicas tienen el derecho y la obligación de ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición, en razón del daño causado por el funcionario y que su conducta haya sido dolosa o gravemente culposa, por lo que el incumplimiento de este deber instituye una falta disciplinaria (Acero, 2010).

De este modo se observa la desviación que puede surgir al aplicar una acción para evitar una sanción y no por la necesidad de recuperar el patrimonio económico del Estado, determinando el acatamiento de la norma desde un punto de vista subjetivo, sin mencionarse aún quienes están llamados a ejercer la acción de repetición o el llamamiento en garantía.

Al respecto, la ley 678 de 2001 (art. 4), menciona el deber de las entidades públicas de ejercer la acción de repetición a través de su representante legal o mediante el comité de conciliación que deben formar. En efecto se determina desde un punto de vista subjetivo la ineficacia en la aplicación de la acción de repetición, puesto que, quienes ejercen este medio de control son compañeros de trabajo del demandado, ya sea el subalterno o que pertenezcan al mismo rango laboral.

Sobre la procedencia de la acción de repetición, el Consejo de Estado ha reiterado la necesidad de acreditar cinco características, que en caso de no cumplirse será imposible ejercitar la acción de repetición. Tales características señalan el deber en demostrar la condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga la obligación a cargo de la entidad Estatal; el pago de la funcionario o ex funcionario del Estado; que la conducta realizada por el agente se haya ejecutado con culpa grave o dolo, y que la conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. No.: 2006-02240, 2016).

Es necesario aclarar lo manifestado por el Consejo de Estado en la sentencia referenciada en párrafo que antecede sobre 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, los cuales tornan improcedente la acción y relevan al juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad que se le imputa al demandado.

Respecto a tales requerimientos puede suceder que se cumplan con todas las características para accionar en contra de un funcionario o exfuncionario público, la dificultad se puede presentar cuando el agente demandado no cuenta con los recursos económicos para restituir todos los pagos realizados por la entidad pública. En ese caso el Estado lleva las cargas por el actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.

1.2.1. Dolo. En materia de responsabilidad administrativa, el dolo es una forma de culpabilidad que implica la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo. El dolo es la excepción y la culpa la manifestación habitual de culpabilidad (Hassemer, s,f).

Cabe precisar que no todas las actuaciones de los agentes del Estado podrán constituirse como generadoras de responsabilidad, siendo la acción de repetición una acción netamente resarcitoria, de contenido económico la cual se ejercitará en los casos en los que el Estado sea condenado, es de suma importancia que los elementos que generan la responsabilidad estén claramente relacionados.

Así las cosas, se mencionarán los elementos fundamentales que permiten que se tipifique la conducta dolosa o gravemente culposa del agente, conductas que, al ser ejecutadas por los funcionarios públicos, siempre que se causen daño a terceros, constituyen causal para indemnizar a los afectados por parte del Estado.

El artículo 5 de la ley 678 de 2001 establece que la conducta se tipifica dolosa cuando existe un vicio del acto administrativo, ya sea con desviación del poder, inexistencia del supuesto hecho de la decisión adoptada o desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos, cuando fue penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños o haber expedido una decisión contraria a derecho en un proceso judicial.

De acuerdo con las causales reseñadas el dolo se configura por el elemento volitivo y de la cognoscibilidad, puesto que la relación del agente doloso con la norma es irrenunciable, conoce y entiende sus deberes y hasta dónde puede ejercer sus funciones, como también conoce aquellas conductas que debe omitir, de ahí que, en materia de responsabilidad administrativa y en especial de los agentes del Estado, el funcionario al tener la noción sobre el peligro que afrenta el bien jurídico, tiene pleno conocimiento que la ejecución u omisión de una acción origina unos efectos dañinos y repercuten contra el bien jurídicamente tutelado.

Sobre el análisis de esta conducta, se observa desde un punto de vista objetivo que aparentemente es eficiente la ley 678 de 2001 que la consagra, al exigir el cumplimiento de las disposiciones consagradas en otras leyes y en la Carta Magna, protegiendo efectivamente el patrimonio público y el buen funcionamiento de la administración. Aunque no es eficaz, puesto que, en el suceso de que la entidad pública sí compruebe la conducta dolosa del servidor o ex servidor público, al ejercer la acción de repetición, en ocasiones no se alcanza a recuperar en su totalidad el pago realizado al administrado afectado, como se observará más adelante en el estudio de algunas jurisprudencias.

1.2.2 Culpa Grave. El código civil colombiano en su artículo 63 consagra tres grados de culpa o descuido. El primer grado de culpa, nominado como culpa grave, hace referencia a la negligencia excesiva, que ni las personas más descuidadas cometen, en cambio la denominada culpa leve o descuido ligero se refiere a la falta de diligencia que una persona emplea en el manejo de sus negocios y el ultimo grado de culpa, consagrado en el código como culpa levísima, equivale a la falta de atención de las personas en la administración de sus negocios.

En materia de responsabilidad de los servidores públicos, se entenderá que 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. El artículo 6 de la ley en estudio determina que la conducta es gravemente culposa cuando se materialice una violación de las normas de derecho, carencia o abuso de competencia para proferir una decisión y en la ausencia de validez de los actos administrativos.

Así las cosas, se puede determinar que en la culpa grave no existe un elemento intencional en la realización del daño, sin embargo, el agente se comporta como si lo hubiera querido, por lo tanto, viene a ser equiparable con el dolo. Aun así, lo que se pretende demostrar es que el agente actuó con negligencia o imprudencia, evidenciando del tal modo la falla en su conducta.

Al respecto, la sección tercera del consejo de Estado ha precisado que la sola culpa, entendida como descuido, impericia o negligencia del agente estatal, no es suficiente para que sea llamado a resarcir el menoscabo patrimonial del Estado, la corporación precisa que esta debe

ser tenida como culpa grave para que pueda comprometer la responsabilidad del agente. (Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección B., 2018).

Así mismo, para poder establecer la responsabilidad del servidor público se hace necesario que concurran los elementos que tipifiquen la culpa grave o el dolo, toda vez que la responsabilidad del agente se determine dolosa o gravemente culposa, junto con los demás requisitos para que proceda la repetición dado que la repetición no se dio para sancionar a servidores que garanticen debidamente la buena administración del servicio.

Capítulo 2. Aspectos procesales de la Acción de Repetición

2.1. Jurisdicción y Competencia

La competencia son las facultades y atribuciones reconocidas a un Juez para conocer de un asunto o un litigio. (Gómez Orbaneja). Por lo tanto, la ley 678 del 2001 (art 7) en materia de jurisdicción y competencia establece que las demandas de repetición son de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo, los jueces competentes para realizar el trámite de la acción de repetición son el juez o tribunal que haya tenido conocimiento previamente del proceso de responsabilidad patrimonial. Cuando la cuantía no exceda de 500 salarios mínimos mensuales será competente el Juez Administrativo en primera instancia, pero si excede la cuantía, será competente el Tribunal Administrativo en primera instancia (ley 678, 2001, art 7).

La jurisdicción de lo contencioso administrativo le compete el conocimiento de la acción de repetición, porque se busca la protección del patrimonio público, facultando a las entidades del Estado que han sido responsables patrimonialmente, el derecho de reclamar a sus agentes los valores que hayan tenido que reconocer como resultado de la conducta dolosa o gravemente culposa.

Según William Guillermo, existe una problemática en materia de competencia territorial que afecta las acciones de repetición, cuando se trata de fallos condenatorios al Estado de jurisdicciones diferente a la contenciosa administrativa, ya que según el artículo 7 de la ley 678 de 2001, consagra que para conocer del proceso de repetición es el Juez o tribunal ante el cual se

tramito el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado que dio lugar a la condena. (Pedroza soler Israel, 2012).

Además, si la reparación patrimonial procede de una conciliación o de cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar que haya resuelto el conflicto. De esta manera, la jurisdicción contencioso administrativa es aplicable en primer lugar, para conocer todas las acciones de repetición; sin embargo, la competencia es inaplicable cuando la reparación patrimonial del Estado se funda en un fallo de otra Jurisdicción ya sea civil o laboral, pues no se prevé que la condena sea originada en una jurisdicción diferente a la Contenciosa Administrativa. Por lo que se esperaba, que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), surtiera ese vacío normativo, pero en materia de competencia territorial no se reglamentó nada con respecto a las acciones de repetición.

Según lo anterior, el Consejo de Estado ha dicho que deben aplicarse plenamente las reglas de competencia del Código Contencioso Administrativo y prevé que la acción de repetición se tramita de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa". (Consejo de Estado Radicado 2008-00422, 2009). De igual manera, cuando la condena sea de una jurisdicción diferente a la Contenciosa Administrativa será aplicable la Ley 1437 de 2011 (CPACA) en determinación de competencia Artículo 156, Numeral 6, donde la competencia territorial aplicable esta elección de la entidad, conforme al mandato legal que consagra el artículo 156 (CPACA).

2.2. Caducidad de la repetición.

La caducidad es la pérdida del derecho a obrar o accionar por el transcurso del tiempo concedido para su ejercicio. También conocida como decadencia de derechos y a diferencia de la prescripción extintiva, el plazo de caducidad sólo puede suspenderse, es decir, que, una vez paralizado su cómputo por cualquier actuación judicial o extrajudicial, sólo se contará el tiempo que reste y no desde el principio (Aljach et al; 2009).

Por otra parte, la caducidad es una institución jurídica procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico (Moncada, 2017).

La repetición según lo preceptúa el artículo 11 de la ley 678 de 2001, caducara en dos años contados a partir del día siguiente que se efectúe el pago por la entidad pública. Cuando el pago se realice en cuotas, el término de caducidad comenzara a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiera condenado a ellas.

La sección tercera del consejo de Estado, ha recalcado que se identifican dos momentos a partir de los cuales se empieza a contar el término de la caducidad, estos son: a partir del día siguiente a aquel en el cual se hubiere realizado el pago efectivo de la condena impuesta en una sentencia, o desde el día siguiente al vencimiento del plazo de 18 meses consagrado en la ley;

plazo estimado para que la entidad pública cumpla la obligación indemnizatoria que se le ha impuesto. (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección tercera, Rad. 2013-00802). Es decir, la Entidad Pública cuenta con 18 meses para hacer efectivo el pago por las condenas que le sean impuestas por el actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes, término que será contado a partir de ejecutoriada la sentencia o del auto que apruebe la conciliación u otra forma de terminación de conflicto. Una vez, vencido el plazo comenzará a contarse el término de 2 años en los cuales la entidad afectada podrá repetir contra sus agentes (Moncada, 2017).

El ordenamiento jurídico consagra la figura de la caducidad como una sanción con efectos extintivos cuando no se ha realizado dentro del término, los cuales el interesado tendrá la carga de ejercer su derecho de acción ante la jurisdicción contencioso a través del pliego de la demanda; mientras no opere la caducidad de la acción debido al tiempo dejado de transcurrir por la entidad Estatal.

2.3 Medidas Cautelares.

Según la ley 678 de 2001, en su artículo 23 consagra las medidas cautelares que proceden en los procesos de acción de repetición, como el embargo y secuestro de bienes denunciados como propiedad del demandado, de acuerdo con lo existente en el Código Civil Colombiano. En efecto, en providencia del 28 de enero de 2016, la Alta Corporación, señalo lo siguiente:

En el tema de medidas cautelares, se dará aplicación a la Ley 678 de 2001 y, no al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En tal sentido, el artículo 23 y 27 de la Ley 678 de 2001 señalan lo siguiente: ´´Artículo 23. Medidas Cautelares. En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se podrá decretar la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro’’.

Para decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. (28 de enero de 2016). Sentencia 11001-03-26-000-2014-00058-00(50743). [MP Hernán Andrade Rincón].

Las medidas cautelares que proceden las demandas de repetición son: la inscripción de la demanda cuando se trate de bienes sujetos a registro, el embargo y secuestro de bienes sujetos a registro y, el embargo y secuestro de bienes no sujetos a registro; medidas que se regirán por lo dispuesto en el Código General del Proceso. La ley en estudio indica los eventos en los cuales procede el levantamiento de medidas cautelares determinando como primera causal el proceso donde ha sido absuelto el agente estatal y como segunda causal cuando el funcionario demandado, para garantizar el pago de la condena, constituya garantía bancaria o de seguros por el monto que el juez señale.

Capítulo 3. Llamamiento en garantía con fines de repetición

3.1 Elementos comunes.

Sin embargo, no se puede desconocer que existen diferencias entre la repetición y el llamamiento en garantía, puesto que al hablar de repetición estamos frente al hecho cierto de que el Estado ya ha sido condenado a pagar una suma determinada de dinero por el incumpliendo de sus agentes, mientras que en los procesos de responsabilidad en los que se pretende llamar en garantía al agente se hace la respectiva vinculación al proceso y en caso tal, que se logre demostrar la responsabilidad del Estado se procede a dar inicio al proceso de responsabilidad del agente, y la indemnización se realizará mediante un procesos ejecutivo y no de repetición.

Así mismo, estas figuras regulan la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas. Por esta razón, para que exista responsabilidad en la acción de repetición como el llamamiento en garantía, se debe configurar los supuestos de la conducta del agente por dolo o culpa grave. (Riscanevo, Rodríguez y Colmenares, 2010).

De acuerdo a lo anterior, la Ley 678 de 2001, dispuso que dentro del proceso de responsabilidad en contra del Estado, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Publico, pueden solicitar el llamamiento en garantía, siempre y cuando aparezca prueba sumaria donde se demuestre la responsabilidad del agente, dado que este tipo de prueba le permite al juez establecer la existencia de una relación jurídica sustancial de responsabilidad que

fundamente la vinculación del tercero al proceso como salvaguardia del principio del debido proceso (C.P. art. 29). Aunque se está frente a dos procesos que evidentemente son distintos, se complementan en su finalidad, puesto que lo que se pretende en ambos casos es la recuperación de los dineros del Estado en aras de proteger el patrimonio de la nación.

3.2 Llamamiento en Garantía.

El llamamiento en garantía es una figura jurídica consagrada en el Código General del Proceso, que establece lo siguiente:

> Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. (Ley 1564, 2012, art 64).

Es un mecanismo que favorece la economía procesal y la descongestión de los despachos judiciales, evitando a la entidad demandante el ejercicio de la acción de repetición y además, le permite al Estado adelantar procesos de responsabilidad patrimonial antes de agotar la parte probatoria, ya que puede llamar en garantía al agente y vincularlo al proceso de responsabilidad con la finalidad que responda por los daños causados al patrimonio del Estado.

Cabe resaltar que los procesos en los que se podrá llamar al servidor público para que responda se encuentra fundamentado en la ley 678 de 2001 (art.19); la cual, establece que puede

ejercerse dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado, relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad afectada podrá requerir al servidor público.

Cabe anotar, que la facultad que se le otorga a la administración de ejercitar el llamamiento en garantía, no se ejerce de forma indiscriminada puesto que es necesario probar que la actuación del agente se ejecutó con dolo o culpa grave, partiendo de este hecho, en su momento la entidad encargada de vincular al proceso de responsabilidad al funcionario, no lo hará entre tanto no se haya efectuado la condena en su contra, en primera medida, estamos hablando de dos procesos diferentes, que en llegado caso y se cumplan los requisitos para probar la responsabilidad del agente se le llamara a responder por sus actuación indebida. (Carlos Molina, 2015).

3.2.1 Circunstancias Eximentes de Responsabilidad. Como fundamento para que prospere el llamamiento en garantía, sin que esto implique que al agente se le realizara una declaración anticipada de responsabilidad, a quien en su momento solo se vinculara al proceso si el daño fue producto de su conducta dolosa o culposa. Téngase en cuenta, que la ley prohíbe solicitar el llamamiento en garantía al agente estatal cuando la entidad demandada ha propuesto como excepciones circunstancias de eximentes de responsabilidad estatal, como son: culpa exclusiva de la víctima, hecho o culpa de un tercero, o caso fortuito y fuerza mayor (Jaime Vidal, 2016).

3.2.2 Culpa exclusiva de la víctima. Se presenta cuando esta última haya actuado con culpa grave o dolo a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar. Por lo tanto, se constituye como una de las posibilidades que tiene el demandado para que el daño sufrido por la víctima no le sea imputable y, en consecuencia, no sea declarado responsable (Castro, Moreno y Pedraza, S.F.).

3.2.3 Caso fortuito o fuerza mayor. Se designa como caso fortuito, al evento imprevisible o irresistible en la que el agente no pudo evitar su acontecimiento ni superar sus consecuencias. Por otra parte, la fuerza mayor es un evento que, aunque pudiera preverse es inevitable y se debe a un hecho de la naturaleza, mientras que en el caso fortuito se trataría de un hecho humano (Patiño, 2008).

3.2.4 Hecho de un Tercero. Se constituye cuando el daño es causado por la intervención de un sujeto diferente al demandado. ‘’Siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél’’. (Patiño, 2008). Además, es necesario que concurran algunos elementos para que se configure la causal, por lo tanto, debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega y debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido.

3.2.5 Terminación del Proceso. El medio de terminación del proceso es a través de la sentencia, que puede ser dictada por un juez o tribunal para poner fin a un conflicto. Por otra

parte, se tienen los medios anormales, tales como la conciliación, la transacción y el desistimiento.

La conciliación es un medio alternativo de solución de conflictos, por el cual las partes resuelven o dan por terminado un conflicto. (Ley 640, 2001).

La transacción constituye un contrato mediante el cual las partes resuelven de manera voluntaria y por mutuo acuerdo una situación jurídica. (Ley 1564, 2012, art.312).

Por otro lado, encontramos la figura jurídica de Desistimiento utilizada para la terminación de un proceso; esta figura consiste en el abandono del llamamiento en garantía por parte de la entidad pública que figura como demandante en materia de responsabilidad de los agentes del Estado, de manera que no será procedente interponer en un nuevo proceso la acción de repetición en contra del funcionario o exfuncionario público. (Ramirez y Giraldo, 2016).

Capítulo 4. Sentencias

El detrimento patrimonial que conlleva al retraso en el desarrollo e inversión a favor de la salud, la educación y la atención de satisfacer las necesidades básicas que requieren las poblaciones más vulnerables del país, entre otras, es el resultado de las conductas dolosas o gravemente culposas desplegadas por funcionarios públicos, que han ocasionado un daño al patrimonio del Estado, lo cual nos conlleva a analizar algunos casos donde se evidencie tal detrimento, la defensa que ha ejercido el Estado para recuperar su patrimonio, los resultados y las causas que no permitieron que se cumpliera tal fin, a partir del ejercicio del medio de control de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición, mediante la aplicación de la ley 678 de 2001.

Se procedió a escoger dentro del acumulado número de sentencias que ha expedido el Consejo de Estado, aquellas que nos permita identificar las causas que no han permitido el buen desarrollo de la acción de repetición a favor del patrimonio público, y mediante la búsqueda de tal objetivo se determinó el análisis de las siguientes cinco sentencias con las cuales se pretende dar respuesta al problema jurídico, realizando una síntesis sobre cada caso estudiado por el Consejo de Estado, algunas de las consideraciones expuestas por esta corporación y en su defecto se evidenciará las falencias en la aplicación de la acción de repetición, ley 678 de 2001, que no permitieron que se cumpliera a cabalidad su finalidad de recuperar el patrimonio público mediante el ejercicio eficiente de este medio de control contra los funcionarios públicos.

Un primer aspecto a desarrollar hace parte del largo tiempo que transcurre entre el pago realizado por el Estado, en cumplimiento de una condena impuesta por el juez a causa de una conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario público, o la radicación de la demanda de repetición y la sentencia expedida por el órgano de cierre, sin tener como aspecto relevante la decisión, que en ultimas y a la vista de sus lectores puede parecer favorable para el patrimonio público.

En la sentencia de fecha 3 de abril de 2018, el Consejo de Estado resolvió declarar infundado el recurso de revisión interpuesto por el señor Carlos Ossa Escobar contra la sentencia del 9 de septiembre de 2016, que declaró patrimonialmente responsable al actor dentro del proceso de repetición, por la condena impuesta a la Contraloría General de la República en las providencias de fecha 22 de enero de 2009 y 23 de septiembre de 2010. En las últimas providencias ya mencionadas, se acreditó la nulidad del acto administrativo expedido por Carlos Escobar siendo Contralor General de la República, en el cual decretó insubsistente el nombramiento de la señora Clara Eugenia Domínguez en el cargo de Directora de la Oficina de Control Disciplinario de dicha entidad, actuando con desviación de poder, al haberlo expedido por motivos diferentes al de mejoramiento en el servicio. (Consejo de Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete (27) Especial de Decisión. Rad. No: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV), 2018)

Debido a las providencias que condenaron por la suma de $1.937.402.018.90 a la Contraloría General de la República a favor de la señora Clara Domínguez, la entidad interpuso

la demanda de repetición que resultó favorable al condenar patrimonialmente responsable al señor Carlos Escobar y en su defecto ordenó mediante sentencia de 9 de septiembre de 2016, el pago de $1.879.407.737 a favor de la Contraloría General de la República. (Consejo de Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete (27) Especial de Decisión. Rad. No: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV), 2018)

Desde la fecha en que se estableció a fondo la responsabilidad patrimonial de la Contraloría (23 de septiembre de 2010) hasta la fecha que el órgano de cierre resolvió la responsabilidad patrimonial del señor Carlos Escobar (3 de abril de 2018), pasaron aproximadamente 8 años para lograr recuperar el patrimonio público, desde el aspecto legal, aun así, analizando detalladamente el caso en estudio, el detrimento al erario se percibe por más de ochos años, debido al tiempo que transcurra mientras el funcionario cumpla con la obligación impuesta en la sentencia, permitiendo inferir que en el transcurso de ese tiempo y para la época, esos dineros debían ser invertidos en obras públicas, en la inversión del progreso de una ciudad o municipio, o en las necesidades y requerimientos de la sociedad, pero no se pudo efectuar debido al acatamiento de la orden impuesta por el juez a la entidad, a causa de los daños ocasionados por el funcionario público.

Respecto a este análisis no solo se menciona el daño patrimonial por la suma de dinero que debió cancelar la entidad, la cual fue bastante cuantiosa ($1.937.402.018.90), sino también aquello que dejo de invertirse o ejecutarse con esos dineros durante ese tiempo, siendo recursos necesarios para los requerimientos de cada época. Desde este punto de vista se vislumbra la

urgencia de un reajuste en la aplicación de la acción de repetición, con el fin de que haya una pronta solución en la recuperación del patrimonio público y pueda ser usado para los fines que deben estar destinados.

Otra sentencia en la cual se logra recuperar el patrimonio público, data del 10 de noviembre de 2016, donde se resuelve declarar patrimonialmente responsable al señor Asdrubal Gil Fory, por el perjuicio ocasionado a la Policía Nacional a causa de la condena decretada en sentencia de 20 de enero de 2009 dentro del proceso de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 19001-23-31-000-2010-00314-01(57008), 2016).

Los hechos que dieron origen a las sentencias en mención se deben a la inmovilización de una motocicleta, que días antes había sido hurtada a su propietario Darío Soto Esguerra, y el agente de tránsito la dejo a disposición del Patrullero Asdrúbal Gil Fory encargado del grupo de automotores de la Sijín, quien no la registró e ingresó al parqueadero, desapareciendo del lugar donde el policial se la había entregado, por lo que al desaparecer el vehículo, su propietario interpuso acción de reparación directa contra la Policía Nacional por los perjuicios causados obteniendo decisión favorable en sentencia de 20 de enero de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 19001-23-31-000-2010-00314-01(57008), 2016).

De acuerdo a lo anterior, la Entidad radica la demanda de repetición el 1 de octubre de 2010 contra el Patrullero Asdrúbal Gil Fory, la cual prospera al probarse la existencia de los elementos para que se declare la repetición contra el funcionario, por cuanto se acreditó la calidad de patrullero de la Policía Nacional, la condena impuesta mediante sentencia, el pago realizado el 12 de junio de 2009 por la suma de $4.541.362,23 y la calificación de la conducta ejecutada por el patrullero como gravemente culposa a causa del descuido y negligencia respecto a la guarda y custodia de la motocicleta. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 19001-23-31-000-2010-00314-01(57008), 2016).

Sobre el tercer elemento se observa que desde el pago efectuado por la entidad hasta la fecha de la sentencia que condenó patrimonialmente responsable Asdrúbal Gil Fory (10 de noviembre de 2016) trascurren aproximadamente 8 años para recuperar el patrimonio público, adicionando el actuar de los funcionarios condenados patrimonialmente, tanto en el caso en referencia como para el primero que se citó, quienes ejecutaron conductas por fuera de la ética profesional y el cumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales.

Ahora bien, se analizarán otras sentencias donde los elementos que permiten la repetición no se probaron efectivamente y, por tanto, el pago efectuado por la entidad a favor del beneficiario no se repitió en el funcionario que actúo contrario al cumplimiento de sus deberes o en su defecto no se comprobó el actuar doloso o gravemente culposo del mismo, lo que origina un grave detrimento al patrimonio público.

En la sentencia de fecha 30 de enero de 2013, el Consejo de Estado confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de marzo de 2011, en el cual se declara probada la caducidad de la acción de repetición promovida contra el señor Carlos de Jesús Sotomonte Amaya, bajo el argumento de que, en cumplimiento de la sentencia condenatoria de fecha 23 de mayo de 2002, que condenó al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte al pago de la suma de $110.235.634.00, la cual se efectuó el 4 de junio de 2003, la caducidad de la acción debía contabilizarse a partir del 5 de junio de 2003 y dado que la demanda fue presentada el 13 de junio de 2005, había operado el fenómeno de caducidad de la acción de los dos años que señala la ley. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 2005-11423-01(41281), 2013).

La sentencia de fecha 23 de mayo de 2002, que condenó al Instituto al pago de la suma de dinero citada, se debe a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora Edna Belle Hawk, a quien se le había desvinculado del cargo que ocupaba en el Instituto, mediante oficio suscrito por el señor Carlos de Jesús Sotomonte. De acuerdo a ello el Consejo de Estado consideró que el oficio fue expedido bajo falsa motivación, lo que condujo a declarar patrimonialmente responsable al Instituto. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 2005-11423-01(41281), 2013).

En atención al anterior caso, es evidente la falta de una oportuna defensa jurídica a favor del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, que hubiera permitido la recuperación del dinero pagado a la señora Edna Belle Hawk en cumplimiento de la sentencia de fecha 23 de

mayo de 2002, dejando pasar los términos que la ley señala para promover esta clase de acciones y perdiendo la oportunidad de ejercer la defensa a favor del patrimonio público por la suma de $110.235.634.00.

Igualmente, en la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2018 se evidencia la falta de una efectiva defensa jurídica a favor del patrimonio público, por cuanto en esta ocasión el Consejo de Estado a pesar de haber revocado la sentencia proferida el 29 de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, respecto a la declaratoria de la caducidad, al considerar que no había operada tal fenómeno cuando se interpuso la acción de repetición por el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas en contra de Daniel Jáuregui Buenaventura y otros, si continuó negando las pretensiones de la demanda. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 25000-23-26-000-2005-00239-01(46348), 2018).

La anterior decisión que adoptó el Consejo de Estado se basó en no haberse acreditado el actuar doloso o gravemente culposo de los demandados, aunque se hayan probado los demás requisitos para que se declarara patrimonialmente responsable a los mismos. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 25000-23-26-000-2005-00239-01(46348), 2018).

Mediante la demanda de repetición se trataba de recuperar el dinero que se pagó al contratista de una obra, en cumplimiento del acta de conciliación, debido a las prórrogas realizadas en un contrato de obra por no haber negociado, legalizado y pagado las servidumbres

en un tiempo prudencial que evitara la mayor permanencia del contratista en la obra, pero señala el Consejo que tal asunto no fue la causante de que se prolongara en el tiempo la ejecución y terminación del contrato, debido a que, fue necesario suspender la ejecución del contrato por problemas de orden público en la zona, adicionalmente a ello, el abogado encargado para la negociación de las servidumbres no había hecho presencia para desempeñar su labor, atrasando con ello la obra, por lo tanto era él quien debía responder y aun así el Instituto no lo demandó. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 25000-23-26-000-2005-00239-01(46348), 2018).

Debido a que no se efectuó una eficiente defensa jurídica, el pago que realizó el Instituto a favor de la contratista de la obra, en cumplimiento del acta de conciliación extrajudicial por un valor de $2.184’204.696, no se pudo recuperar, ocasionando con ello un detrimento patrimonial por una cuantiosa suma de dinero que difícilmente se pueda recuperar con el transcurso del tiempo, por cuanto, las necesidades de una sociedad son constantes y en su mayoría no guardan espera, por lo que se desatiende estas necesidades por culpa del actuar de los agentes estatales o de aquellas personas que teniendo la oportunidad de proteger el patrimonio público no lo hicieron, por el contrario, cometieron errores en el ejercicio de sus funciones como ocurrió en el caso en estudio, ya que, los primeros meses la obra sufrió atrasos causados por la falta de información y la falta de permisos ambientales por los alimentadores y subestaciones eléctricas.

Por último, se analiza la sentencia de fecha 1 de agosto de 2016, en la cual el Consejo de Estado resuelve el recurso de revisión interpuesto por el señor Jorge Devia Arias contra la

sentencia proferida el 5 de septiembre de 2005 por el Tribunal Administrativo del Tolima. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 73001-23-31-000-2003-00942-02(34664), 2016).

La sentencia expedida por el Tribunal declaró patrimonialmente responsable al señor Jorge Devia Arias, dentro del proceso de repetición promovido por la Contraloría Municipal de Ibagué, debido al pago de $79´777.590 en cumplimiento de la sentencia proferida el 12 de agosto de 1999 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró la nulidad de la Resolución en la cual se señaló insubsistente el nombramiento del señor Álvaro Vera Ricaute y se ordenó el restablecimiento del derecho. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 73001-23-31-000-2003-00942-02(34664), 2016).

Respecto a la sentencia del 5 de septiembre de 2005, se consideró acreditado el actuar doloso del señor Jorge con la expedición de la resolución en mención, cuando desempañaba su cargo de Contralor Municipal de Ibagué. De acuerdo a ello interpuso el recurso de revisión, donde el Consejo de Estado precisó la falta de motivación en la sentencia al aplicar normas de carácter sustancial contenidas en la ley 678 de 2001 sobre hechos ocurridos en 1998, es decir, aplicó las presunciones de dolo y culpa grave contenidas en la citada ley, siendo procedente la aplicación de los artículos 6, 83, 90 y 91 de la Constitución Política de 1991, 77 y 78 del Decreto-ley 01 de 1984 y el artículo. 63 del C.C., incumpliendo de esta manera con las garantías procesales y sustanciales protegidas por la ley y la Constitución. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 73001-23-31-000-2003-00942-02(34664), 2016).

Así mismo, el Consejo de Estado consideró que, a pesar de haberse acreditado los demás elementos que permiten declarar patrimonialmente responsable al señor Jorge, faltó probarse el pago efectivo realizado por la Contraloría al señor Álvaro Ricaute, puesto que, la entidad no acreditó que el beneficiario recibió a satisfacción el monto total o parcial de la obligación, lo que conllevó a que se infirmara la sentencia recurrida y se dictara la que deba reemplazarla, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda de acción de repetición. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. 73001-23-31-000-2003-00942-02(34664), 2016).

Como se observa en el caso que nos ocupa, también se evidencia la falta de una eficiente defensa jurídica que permita la recuperación del patrimonio público, pero como lo he mencionado reiteradamente, hace falta compromiso y real consciencia sobre la gravedad del asunto, ya que son $79´777.590 que dejaran de invertirse en el desarrollo social, puesto que resulta imposible recuperar esa cantidad de dinero. A su vez, es necesario analizar el comportamiento de los agentes estatales, quienes actúan arbitrariamente o dejan de cumplir sus funciones y no cooperan para que haya una buena defensa a favor del Estado, ya que, la entidad debió colaborar con el soporte de los pagos donde conste que efectivamente el beneficiario recibió el dinero.

En atención a los tres últimos casos resueltos por el Consejo de Estado se evidencia la falta de una eficiente defensa jurídica a favor del Estado que permita la recuperación del erario, evitando está perdida incuantificable que ha tenido que soportar el patrimonio público a causa del actuar indebido por parte de sus funcionarios. Hace responsabilidad tanto por parte de

quienes tienen el deber de ejecutar esta acción de repetición como de los funcionarios que han cometido actos dolosos o gravemente culposos, en el cuidado y preservación del patrimonio del Estado, puesto que todos somos beneficiarios de la destinación que debe hacerse a esos dineros y no debería con ellos responder a los daños ocasionados por sus funcionarios, puesto que en la gran mayoría de los casos, estos dineros nunca se recuperan o solo una parte, que no cubre la totalidad del pago efectuado.

Por tanto, es necesario un reajuste de la ley 678 de 2001, que efectivamente garantice la recuperación del patrimonio público, y evitar que se siga desangrando el país, puesto que se ha incrementado la corrupción y si a esto se le añaden las pérdidas que se obtienen en las demandas contra el Estado, el país entraría en una crisis económica muy difícil de sobrellevar y de la cual se necesitarían un par de años para que se estabilice.

Conclusiones

La evolución normativa que ha buscado regular cada aspecto de la responsabilidad del Estado y de sus agentes, abarca un largo proceso mediante el cual, los administrados tuvieron que llevar las cargas de responsabilidad que no les correspondía, es decir, debían someterse a la idea de que los daños acaecidos por el actuar indebido y contrario a la ley por parte de los funcionarios o ex servidores públicos, no serían reparados por estos últimos o por la entidad a la cual prestaban sus servicios.

La figura jurídica de la responsabilidad de los agentes del Estado toma forma en Colombia con la promulgación de la Constitución Política de 1991, al brindarle protección jurídica a los derechos que les hayan sido vulnerados a las personas, mediante varios mecanismos o medios de control que fueron específicamente reglamentados. Como sucede con la denominada ley 678 de 2001, que regula la acción de repetición.

La incorporación de la ley que regula la acción de repetición permite sintetizar aspectos relevantes en cuanto al orden a seguir para recuperar el patrimonio del Estado. Pero ese orden no ha garantizado un buen desenvolvimiento en cuanto al fin que se persigue, puesto que existen sucesos donde se condena patrimonialmente al Estado, pero no se encuentra evidencia que fundamente la responsabilidad del agente por la cual le fue imputado.

Lo anterior se pudo evidenciar en la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2018, con radicado No. 25000-23-26-000-2005-00239-01(46348), donde el Consejo de Estado consideró que no se acreditó el actuar doloso o gravemente culposo de los demandados, luego de haber sido declarado patrimonialmente responsable la entidad y de haber efectuado el pago. Adicionalmente a ello, en la demanda no se repitió contra quien realmente debía declararse patrimonialmente responsable a causa del dinero pagado por la entidad, como consecuencia de su actuar doloso o gravemente culposo.

En cuanto al termino de caducidad de la acción de repetición se ha percibido la flexibilización otorgada a la entidad que fue condenada, puesto que, al tener pleno conocimiento de los hechos por los cuales se le responsabilizó, debería ser más ligero su actuar e interponer la acción de repetición, teniendo en cuenta que tiene mayor acceso a la información que le permite determinar la falla del actuar de unos de sus agentes.

En atención al termino de caducidad con relación a las sentencias que se analizaron en la presente monografía, podemos concluir que, en ocasiones no se ha visto una adecuada y eficiente defensa jurídica a favor del Estado, como así se vislumbra en la sentencia de fecha 30 de enero de 2013 con radicado No. 2005-11423-01(41281), donde dejaron que pasaron los términos y operara el fenómeno de la caducidad, dejando sin oportunidad al Estado de recuperar su erario.

Aunque el llamamiento en garantía con fines de repetición ofrece la oportunidad de hacer efectivo el pago que se reclama en contra de la entidad, es una herramienta que tampoco ofrece a

cabalidad la garantía de que el Estado recupere el patrimonio, puesto que significaría aceptar la responsabilidad por los daños causados al administrado y en estos casos puede suceder que el funcionario no cuente con los recursos económicos para asumir la responsabilidad.

Analizando los eximentes de responsabilidad donde la ley prohíbe el llamamiento en garantía cuando la entidad se fundamenta en una causa extraña, resulta contradictorio poder ejercitar la acción de repetición después de haber alegado la culpa exclusiva de la víctima, hecho o culpa de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor.

De acuerdo con las anteriores precisiones, es indispensable concluir de forma exacta los aspectos más relevantes que responden al problema jurídico que nos ocupa. En atención a ello se encuentra como primera falencia en la aplicación de la acción de repetición, ley 678 de 2001, la indebida interpretación de la citada ley en el aspecto sustancial cuando se trata de enmarcar el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, efectuado antes de la promulgación que regula la acción de repetición, como también, cuando se repite contra quien no debía hacer parte del proceso, en atención a sus funciones y deberes dentro de la entidad.

Así mismo, también se percibe una indebida defensa jurídica, en cuanto al término de caducidad, dejando que transcurrieran los términos para ejercer la acción de repetición, desgastando de esta forma el aparato judicial y negando la posibilidad de poder recuperar el patrimonio público. Igualmente se evidencia una inadecuada defensa jurídica cuando no se

aportan al proceso aquellos documentos que permiten probar todos los elementos para declarar patrimonialmente responsable al funcionario.

Por último es menester exponer el tiempo que trascurre mientras la entidad ha efectuado en su totalidad el pago, en cumplimiento de la sentencia condenatoria o el acta de conciliación y el fallo que resuelve la acción de repetición, hasta su última instancia, determinando un lapso de seis, siete u ocho años, si no es más, mientras se intenta recuperar el patrimonio público, sin tener certeza de que se puede lograr lo perseguido en la demanda, por cuanto existen casos en los cuales, en primera instancia se falla a favor de la entidad y en la última instancia se resuelve denegar las pretensiones de la demanda y absolver al funcionario.

Lo anterior se evidencia en la sentencia de fecha 1 de agosto de 2016, con radicado No. 73001-23-31-000-2003-00942-02(34664), donde se resuelve el recurso extraordinario de revisión y se decide negar las pretensiones de la demanda de repetición después de haberse declarado patrimonialmente responsable al funcionario público.

Sobre las falencias que se hallaron, cabe resaltar y contradecir lo que se mencionó en los primeros párrafos de esta conclusión, puesto que, indirectamente nos sigue correspondiendo llevar las cargas de responsabilidad, debido a que los dineros con los cuales se repara a una persona por el actuar doloso o gravemente culposo de un agente estatal, hace parte del patrimonio público que ha aportado la población colombiana para la inversión, progreso social y las necesidades que requieren las poblaciones más vulnerables del país, así como también en

salud y educación se presenta la mayor necesidad de inversión, pero al no poder recuperar el erario o recuperarlo de forma tardía y en ocasiones incompleta, acarrea una afectación para cada ciudadano beneficiario de la inversión que se realiza a través de esos dineros.

Se vislumbra la urgente necesidad de realizar algunos cambios o implementar algunas medidas para que resulte efectiva la aplicación de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición, donde se sancionen con severidad a aquellas personas, sin sentido de pertenencia por el patrimonio público, que adquiriendo el deber de ejercer la defensa jurídica a favor del Estado y teniendo la oportunidad de hacerlo sin contratiempos y limitaciones, no lo efectúa de manera eficiente, como también a aquellos funcionarios que teniendo la posibilidad de apoyar la acción de repetición, a través de la información y documentación que tienen en su poder, no hacen el deber de contribuir con ello y entregar las pruebas que deban hacerse valer en el proceso, no sólo en la demanda de repetición, sino también en las demandas de reparación directa o de nulidad y restablecimiento del derecho, evitando con ello, que el Estado deba reparar aquellos daños que no fueron producto del actuar doloso o gravemente culposo de un agente estatal.

Por ultimo cabe precisar que, se debe estudiar la posibilidad de minimizar los términos que señala la ley 678 de 2001, para evitar el desgaste del aparato judicial e igualmente para que haya celeridad procesal que garantice a los partes resultados prontos y así asumir las responsabilidades que ello conlleva.

Referencias

Acero, E. (2010). La acción de repetición dentro del contexto de la moralidad y eficiencia en la función pública en Colombia. Universidad militar nueva granada, Bogotá.

Boletín oficial del estado. (2015). Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86.

Castro, V; Moreno, A y Pedraza, F. (S.F.). Circunstancias en las que se desestima la acción de repetición como herramienta del ordenamiento jurídico colombiano.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (24 de febrero de 2016) Sentencia Rad. No.: 2006-02240. [CP Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosa Administrativa. (23 de Octubre de 2017). Sentencia 2013-00802. [MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (30 de enero de 2013). Sentencia 25000-23-26-000-2005-11423-01(41281) [MP Jaime Orlando Santofimio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (10 de noviembre de 2016). Sentencia 19001-23-31-000-2010-00314-01(57008). [MP Jaime Orlando Santofimio].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (1 de agosto de 2016). Sentencia 73001-23-31-000-2003-00942-02(34664). [MP Hernán Andrade Rincón].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (29 de noviembre de 2016). Sentencia25000-23-26-000-2005-00239-01(46348). [MP María Adriana Marín].

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (3 de abril de 2018). Sentencia Rad. No: 11001-03-15-000-2017-02091-00 (REV). [CP Rocío Araujo Oñate].

Constitución política de Colombia [Const.] (1886) Artículo 20 [Titulo III]. 3da ed. Legis.

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 90 [Titulo VII]. 2da ed. Legis.

Congreso de Colombia (18 de enero de 2011). Ley general de la educación [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

Congreso de Colombia (05 de enero de 2001). Ley general de la educación [Ley 640 de 2001].

González, O. C. (2009). Responsabilidad del estado en Colombia: responsabilidad por el hecho de las Leyes. Revista de humanidades, 37(1). Bogotá.

Moncada, M. (2017). Principales fallas en la aplicación de la acción de repetición en el derecho (trabajo de grado). Universidad católica de Colombia, Bogotá

Moreno, Y. (2015). La perspectiva doctrinal sobre los orígenes y viabilidad de la Acción de Repetición en Colombia. (Trabajo de grado). Universidad militar nueva granada, Bogotá.

Carlos Molina, B. (2015). Derecho Administrativo. Bogotá: 15 edición, Legis.

Moncada, M. N. (2017). Principales fallas en la aplicación de la acción de repetición en el Derecho. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Mendoza Arenas, Hugo Andrés. (2018). La acción de repetición. Colombia

Pedroza soler Israel, J. G. (2012). Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos. Dialogo de saberes.

Patiño, H. (2008). Las causales exonerativas. Bogotá: Externado.

Ramírez, N. (2010). Efectividad de la acción de repetición. Bogotá: universidad libre.

Semillero de investigación, I. E. (2019). Vista de Acción de repetición en Colombia: ¿Eficaz o Ineficaz? Revista Jurídica Piélagos, 2.

Hassemer Winfried. (2002). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt am Main. Alemania.

Israel, Soler. (2013). La acción de repetición, problemática y desafíos. Editorial Ibáñez. Pág. 168. Colombia.