

SHIRLEY NIÑO PACHECO



**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN: PROBLEMAS
EN SU APLICACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO**

**Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá D.C., 2013**

SHIRLEY NIÑO PACHECO

**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN: PROBLEMAS
EN SU APLICACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO**

**Trabajo de grado para optar al Título de
Magister en Derecho Administrativo**

**Director de Tesis:
WILSON RUIZ OREJUELA**

Semestre I, 2013

***A Dios, a mis padres y a mi hermana
quienes fueron mi fuerza y mi apoyo
para lograr esta meta.***

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer a todas las personas que de una u otra forma han contribuido a la realización de esta tesis:

A mis padres, quienes me motivaron a emprender este desafío y me enseñaron que con trabajo duro y disciplina se pueden lograr grandes metas.

A mi familia y mis amigos, que siempre han confiado en mí y me dieron la fortaleza necesaria llegar hasta el final de este camino.

A m Director de Tesis, Doctor Wilson Ruiz Orejuela, quien me brindó sus conocimientos, experiencia y orientación para desarrollar este proyecto.

A los Doctores María Luisa Araújo y Jimmy Antony Pérez quienes colaboraron, con sus comentarios y críticas a la elaboración de esta tesis.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
PRIMERA PARTE	15
CAPÍTULO I	15
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES ESTATALES	15
<i>SECCIÓN PRIMERA</i>	16
<i>RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO</i>	16
1. Origen de la responsabilidad del Estado	16
1.1. La personalidad jurídica del Estado.....	16
1.2. La función pública.....	17
2. Fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado	18
3. Evolución jurisprudencial de la Responsabilidad patrimonial del Estado.....	23
3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	24
3.1.1. Aplicación del Derecho Privado	24
3.1.2. Aplicación del Derecho Público	26
3.1.2.1. Falla del servicio	26
3.1.2.2. Régimen de culpa presunta.....	27
3.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado	28
4. Constitución Política de 1991	31
5. <i>Responsabilidad contractual del Estado</i>	38
<i>SECCIÓN SEGUNDA</i>	41

<i>RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y DEL CONTRATISTA</i>	<i>41</i>
1. Fundamento jurídico de la responsabilidad de los funcionarios del Estado.....	47
2. Desarrollo legal y jurisprudencial del concepto de responsabilidad patrimonial de los agentes estatales previo a la Constitución de 1991.	51
3. Artículo 90 CP: elevación a rango constitucional.....	57
4. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Ley 1437 de 2011.....	60
5. Concepto de servidor público	63
6. Responsabilidad del contratista.....	66
7. Privilegios de los agentes del Estado respecto de los particulares en el ámbito de la responsabilidad patrimonial	68
CAPÍTULO II	70
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO	70
SECCIÓN PRIMERA.....	71
LLAMAMIENTO EN GARANTIA Y VINCULACIÓN DE TERCEROS AL PROCESO.....	71
1. <i>Concepto de parte procesal</i>	71
2. Modificación de la conformación de las partes	73
2.1. Cambio de parte	73
2.2. Adhesión de parte.....	74
3. Los terceros en la controversia.....	74
3.1. Clases de terceros.....	75
3.1.1. De acuerdo con su interés en el proceso	75

3.1.2.	De acuerdo con su autonomía e independencia en la participación.....	76
3.1.3.	De acuerdo con la necesidad de su participación	77
3.1.4.	De acuerdo a su forma de vinculación al proceso	77
3.1.5.	De acuerdo al tipo de interés que manifiestan.....	77
4.	La intervención adhesiva	78
4.1.	Presupuestos de la intervención adhesiva	79
4.1.1.	Existencia de un proceso pendiente	79
4.1.2.	Que el interviniente no esté actuando ya en el proceso como parte o interviniente de otro tipo.	80
4.1.3.	Existencia de un interés jurídico	80
4.1.4.	La vinculación debe darse antes de que la sentencia haya quedado en firme. .	81
4.1.5.	Cumplir los presupuestos procesales	81
4.2.	Características de la intervención adhesiva	81
4.3.	Efectos de la intervención adhesiva	83
4.4.	Clases de intervención adhesiva en el Derecho Colombiano.....	84
4.4.1.	Denuncia del pleito	85
4.4.2.	Llamamiento en garantía	87
4.4.2.1.	Llamamiento en garantía en el Código de Procedimiento Civil	90
4.4.2.2.	Llamamiento en garantía en el Código General del Proceso	91
4.4.2.3.	Llamamiento en garantía en el Código Contencioso Administrativo.....	93
4.4.2.3	Llamamiento en garantía en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	95
SECCIÓN SEGUNDA		97

ACCIÓN DE REPETICIÓN.....	97
1. <i>Constitución de 1991</i>	98
2. <i>Periodo entre la Constitución de 1991 y la Ley 678 de 2001</i>	99
3. <i>Ley 678 de 2.001</i>	101
3.1. Requisitos de procedibilidad de la acción.....	103
3.2. Aspectos sustanciales de la acción de repetición.....	107
3.3. Aspectos procesales de la acción de repetición	112
3.4. Los Comités de Conciliación	115
SEGUNDA PARTE.....	119
CAPÍTULO III	119
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN	119
SECCIÓN PRIMERA.....	123
<i>DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO</i>	123
1. Finalidad del llamamiento en garantía con fines de repetición	123
2. Aspectos comunes a la acción de repetición.....	124
3. Requisitos de procedencia	125
4. Procedimiento.....	127
5. Conciliación	130
6. Sentencia.....	131
SECCIÓN SEGUNDA	131
DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.....	131
1. <i>Respecto del debido proceso</i>	133
2. Tipos de proceso en que se puede formular	135

3.	Oportunidad procesal para hacer la vinculación del funcionario.....	137
4.	Hipótesis en las cuales se puede dar el llamamiento en garantía con fines de repetición	139
5.	Defensa judicial mediante eximentes de responsabilidad	142
6.	Presunciones de dolo y culpa grave	144
7.	Concepto de prueba sumaria del dolo o de la culpa grave	148
8.	Prueba de la relación de garantía o derecho a formular el llamamiento	150
9.	Llamamiento en garantía contractual y legal simultáneamente	152
CAPÍTULO IV		156
APRECIACIONES FINALES Y PROPUESTA JURÍDICA		156
1.	Apreciaciones finales.....	156
2.	Análisis de la necesidad y viabilidad de continuar con las figuras de repetición ..	168
3.	Propuesta Jurídica.....	174
CONCLUSIONES.....		185
BIBLIOGRAFÍA		191

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 ha representado un hito histórico en diversas materias, no solamente en el sentido político sino también en el sentido jurídico, la creación, transformación o reforzamiento de diversos conceptos han hecho de la Carta Política el referente obligado para cualquier análisis en el ámbito normativo.

Uno de esos cambios propiciados por la Asamblea Nacional Constituyente fue la consagración tanto de la Responsabilidad Patrimonial del Estado como de sus funcionarios en el marco constitucional, cambios que se reflejaron principalmente en la adopción del *daño antijurídico* y la *obligación de repetir* contra el funcionario causante del mismo.

Los motivos que llevaron a tomar esa decisión fueron por un lado, el garantizar la apropiada reparación a las víctimas del actuar administrativo, ya fuera lícito o ilícito, y por el otro, el no dejar impune aquellas conductas dañosas e incorrectas de los funcionarios públicos que daban lugar a reconocimientos indemnizatorios a favor de los particulares.

Aunque ya existía un cierto desarrollo legal de las figuras de repetición en casos particulares, como por ejemplo en asuntos contractuales, se hacía necesario establecer un régimen uniforme, universal y más rígido que lograra al mismo tiempo una gestión pública más eficiente y ética y la disminución de las condenas patrimoniales al Estado.

En todo caso, cuando la fuente del daño antijurídico es la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público, el Estado no tiene porqué soportar las consecuencias patrimoniales de ese comportamiento, pues se entiende que dichos actos no pueden constituir función pública.

De estas circunstancias nace el derecho que tiene la Administración de *repetir* contra el funcionario que ha dado lugar a una condena del Estado dentro de un proceso indemnizatorio (acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de reparación directa o acción contractual), lo cual se ha venido adelantando basado en 3 figuras diferentes: *la acción de repetición, la constitución en parte civil dentro del proceso penal y el llamamiento en garantía con fines de repetición.*

Sin embargo, dicho mandato constitucional debía ser desarrollado para poder materializar esta serie de finalidades.

A raíz de ello el legislador finalmente en el año 2001 dictó la Ley 678 mediante la cual reguló la acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición, normativa que se ha visto complementada con los diversos pronunciamientos que al respecto han hecho la jurisprudencia constitucional y contenciosa, con las cuales se ha establecido el marco jurídico bajo el cual se van a juzgar dichas conductas.

Si bien siempre se ha dicho que el llamamiento en garantía con fines de repetición ha sido el mecanismo más eficaz en la materia, principalmente por su celeridad, en esta época de transición entre las disposiciones legales anteriores a la Constitución Política de 1991 y la Ley 678 de 2001 es preciso efectuar una valoración de lo logrado hasta el momento con dicha figura.

Esto anterior, especialmente referido a los cambios normativos señalados en precedencia, las cuales no han sido alentadores y en consecuencia, el efecto preventivo, moralizador y retributivo que se buscaba obtener con esta herramienta no se ha verificado.

De mantenerse el ritmo actual de condenas por responsabilidad contra el Estado, la corrupción y la falta de recuperación de dineros pagados por la mala conducta de los funcionarios públicos, la situación se va a volver insostenible tanto económica como jurídicamente¹.

De estas circunstancias surgió el interés por efectuar un estudio respecto de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado, especialmente enfocado en el llamamiento en garantía con fines de repetición, mediante el cual se pudiera visualizar con mayor amplitud y claridad los principales aspectos relacionados con ella y de esta forma determinar sus posibles falencias y plantear las sugerencias del caso.

Lo anterior, toda vez que esta problemática reviste particular importancia dentro del marco del Derecho Administrativo actual, dados los múltiples ámbitos que afecta (responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, relaciones con los administrados, hacienda pública, etc.)

Con esto en mente es más fácil comprender por qué es de capital importancia desarrollar un estudio respecto del llamamiento en garantía con fines de repetición, tanto en su contenido dogmático como práctico, con miras a determinar cuáles son los obstáculos que están impidiendo su óptimo funcionamiento.

Así las cosas, el propósito de este trabajo es establecer que las causas que han dado lugar a esta situación no son solo de origen externo, es decir, asociados a su escasa aplicación y a la indefinición del régimen de responsabilidad del Estado sino principalmente internos, derivados de las particularidades que le imprimió el Legislador a la figura, que han generado que su aplicación vaya en

¹MORALES MOGOLLÓN, Felipe. Demandas, una vena rota. En www.elespectador.com

contravía de los intereses del Estado y de las finalidades para las cuales fue creado.

Es prudente advertir que el marco temporal en el cual se desarrolla este estudio es el proporcionado por la Carta Política de 1991, sin embargo, es necesario hacer algunas referencias al régimen anterior a ésta, ya que constituye el paso previo dentro de ésta evolución y el referente necesario para evaluar la actual situación.

Para ilustrar mejor lo anterior, en primera medida se presenta una breve exposición de los fundamentos jurídicos de la existencia de éste tipo de responsabilidad patrimonial del Estado dentro de nuestro ordenamiento, como son: el enfoque del ejercicio de la función pública, el control de las actuaciones de la Administración y la garantía constitucional de los derechos de los particulares.

Posteriormente, se describe cómo, paralelo al desarrollo y evolución del concepto de responsabilidad patrimonial del Estado, se ha ido transformando la responsabilidad patrimonial de sus funcionarios, cómo se dio el paso de una irresponsabilidad total a un régimen de responsabilidad solidaria, personal y luego institucional limitada a ciertas materias, hasta llegar el estado actual de cosas.

Se describe brevemente cómo se ha conseguido llegar a una etapa en la que se cuenta con una normativa especial que cubija todas las actuaciones de la Administración y mediante la cual se desarrolla el mandato constitucional de repetir contra el servidor que con su comportamiento reprochable haya dado lugar a una condena patrimonial del Estado por daño antijurídico.

Igualmente, se realizará una breve reseña de las características de las figuras del llamamiento en garantía “*tradicional*” y de la acción de repetición, con el

fin de enmarcar los atributos que comparten estas figuras procesales con el mecanismo jurídico objeto de estudio.

Finalmente, profundizaremos en el tema del llamamiento en garantía en garantía con fines de repetición, desde el punto de vista normativo y de su desarrollo jurisprudencial, para dar paso luego a las apreciaciones finales sobre el estado de la materia y algunas conclusiones y sugerencias de transformación jurídica.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES ESTATALES

La fundamentación filosófica y jurídica de la responsabilidad patrimonial, tanto del Estado como de sus agentes, puede analizarse en la Carta Política desde varios enfoques diferentes como veremos más adelante, desde el punto de vista del correcto ejercicio de la función pública, como instrumento de control del poder y como garantía constitucional de los derechos de los administrados.

Sin embargo, todos estos enfoques confluyen hacia la necesidad de establecer unos límites normativos y consecuencias al actuar incorrecto de los funcionarios públicos y en general, al ejercicio del poder y a las prerrogativas del Estado.

Así las cosas, aunque vinculadas estrechamente, la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios en nuestro sistema jurídico tienen una razón de ser y finalidades diferentes.

De una parte, la responsabilidad del Estado se deriva del efecto de la acción administrativa y encuentra su sustento en el principio de garantía integral del patrimonio de los particulares, por lo cual para efectos de la indemnización o reparación es indiferente si el daño causado es producto o no de la actuación incorrecta de uno de sus agentes, únicamente se toma en consideración la posición jurídica de la víctima.

De otra parte, la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos frente al Estado tiene por finalidad garantizar el patrimonio económico estatal y el

respeto de los principios que rigen la función administrativa, lo que a su vez permite la concreción de los fines del Estado. Por lo anterior, para que el funcionario se vea compelido a responder es necesario hacer un juicio de valor respecto de la conducta desarrollada², es decir, verificar que su actuar estuvo ajustado a Derecho y la ausencia de dolo o culpa grave.

Dicho esto, haremos una aproximación a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, analizando su fundamento, alcance y evolución, con el objeto de establecer sus relaciones e influencia sobre la institución jurídica del llamamiento en garantía con fines de repetición, como mecanismo para exigir la responsabilidad de los servidores del Estado.

SECCIÓN PRIMERA

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

1. Origen de la responsabilidad del Estado

Para efectos de comprender el porqué de la responsabilidad del Estado es necesario partir de dos premisas principales, de una parte, la personalidad jurídica y política del Estado, que es la característica que le permite actuar dentro del mundo del Derecho y ser un centro de imputación jurídica, y de otra parte, la función pública, o la forma en que actúa el Estado para dar cumplimiento a sus fines esenciales. Por lo anterior, a renglón seguido revisaremos cada una de ellas.

1.1. La personalidad jurídica del Estado

Es bien sabido que el Estado debe actuar, y para ello es necesario que lo haga por intermedio de sus funcionarios, sin embargo, las normas del Derecho

² Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

Administrativo prescriben que ese actuar debe estar siempre enmarcado dentro del cumplimiento de dos principios básicos, el de legalidad y el de responsabilidad, pilares fundamentales de la acción de la Administración que impiden la arbitrariedad y que actúan a su vez como correctivos de esa acción, lo cual se resume en *que actúe pero que obedezca la Ley y que actúe pero que pague el perjuicio*³

Así las cosas, el Estado debe ser responsable por las acciones y omisiones en que incurran quienes legalmente lo integran y representan, de ahí que la personalidad jurídica y política de sus órganos y agentes no solo le proporcionan capacidad jurídica para actuar y libertad de ejecución, sino que también configuran un centro de imputación jurídica que permite a los administrados formular en su contra pretensiones de responsabilidad, que constituyen una garantía constitucional frente a los daños de los cuales pueden ser víctimas.⁴

Precisamente, la concepción del Estado como una persona jurídica pública ha sido la base fundamental para que actualmente se puedan atribuir responsabilidad tanto a la Administración como a los agentes que la representan, que si bien externamente se manifiestan como un mismo sujeto, internamente permite imputar responsabilidad individual a cada uno de ellos cuando se verifica que han actuado por fuera del marco de lo permitido.⁵

1.2. La función pública

³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial La ley, 2006, pág. 357

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 619 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

⁵ La teoría jurídica de la Administración pública ha evolucionado considerablemente desde las teorías del mandato y de la representación, hasta la actual "Teoría del órgano" que permite explicar porque la organización permanece a pesar de los cambios en su conformación, cómo los agentes públicos se insertan en la Administración como un solo ser y cómo se pueden atribuir al Estado los hechos dañinos causados por estos, dado que las actuaciones efectuadas por los diferentes funcionarios y órganos tiene por finalidad desarrollar o cumplir los fines esenciales de la entidad que representan, debe ser considerada como efectuada por estas y responder de modo principal y directo por las consecuencias. Véase, IVANEGA, Miriam Mabel "Las responsabilidades de los funcionarios públicos" en www.juridicas.unam.mx.

En un sentido amplio, la función pública es el conjunto de actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas o particulares, en orden a realizar los diferentes fines que le son inherentes.

En un sentido restringido se refiere únicamente al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen un vínculo laboral subordinado con los distintos organismos o dependencias del Estado⁶.

Cualquiera sea el punto de vista desde el que se vea, el concepto de función pública está íntimamente relacionado con el de responsabilidad, tanto del Estado como la de sus agentes, toda vez que el cumplimiento de los fines del Estado (concepción ontológica) no constituye una cualidad accesoria de este, es parte de su esencia misma y por ello se debe propender por lograr su consecución.

Sin embargo, teniendo en cuenta que con la Constitución Política de 1991 se amplió considerablemente el ámbito de intervención del Estado y que se establecieron una serie de derechos y garantías nunca antes vistas, así también lo hicieron las actividades en las que participan los agentes estatales, no solo en cuanto a cantidad sino también en cuanto a complejidad, circunstancia que implica que la función pública se haya hecho más exigente, y la posibilidad de comprometer la responsabilidad del Estado haya aumentado.

2. *Fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado*

Si bien en la actualidad es indiscutible el deber del Estado de responder por los daños ocasionados a los particulares, ésta posición no siempre fue tan clara ni aceptada, toda vez que en un principio las teorías absolutistas y religiosas

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 563 de 1998 MP: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

impedían que se pudiera atribuir cualquier tipo de responsabilidad al Estado, ya fuera de forma directa o indirecta por el actuar de sus representantes.

Con la actual Carta Política se hace más claro este deber, pues su fundamento se encuentra diseminado en diversas disposiciones que permiten entender el trasfondo y la relevancia de esta figura, que principalmente se manifiesta en la garantía de la integridad del patrimonio de los administrados, en el control del poder y en el cumplimiento de la función pública por parte de los agentes estatales.

En primera medida, la simple lectura del artículo 2º de la Constitución Política, que prescribe que *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”* permite deducir que el Estado está llamado a garantizar la indemnidad de los particulares frente a su actuar.

Tal obligación se ve reiterada por el hecho de que dentro de nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad patrimonial tiene el carácter de *institucional*, es decir, la única persona a la que es imputable la causación del daño, incluso en caso de dolo o culpa grave del agente, y por tanto quien está llamado a responder es el Estado⁷.

Conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, al ser el sujeto de imputación de la responsabilidad directamente el Estado, responsabilidad de carácter institucional, *“no abarca solo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas las autoridades públicas sin importar la rama de poder público a que pertenezca, lo mismo que cuando se trate de otros órganos*

⁷PENAGOS VARGAS, Gustavo. El daño antijurídico, aplicación del principio iura novit curia. Bogotá D.C., Librería Doctrina y ley, 1997, pág. 38

*autónomos e independientes creados por la constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado*⁸

A la luz del Derecho Constitucional⁹, el hecho de que sea directamente el Estado quien responda por la indemnización del daño constituye una garantía para las víctimas, quienes tendrán asegurado el resarcimiento pleno de los perjuicios y no se verán afectados por la posible insolvencia de los funcionarios¹⁰.

La viabilidad o el ejercicio en sí de una acción de repetición por parte del Estado contra el funcionario responsable no afectan en nada el derecho de la víctima a obtener la reparación del daño recibido, pues en dicha relación es un tercero.

Al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos, bienes y libertades de los particulares frente a la propia actividad de la Administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta como un mecanismo de protección de los particulares ante al aumento de la actividad y ejercicio del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son el resultado normal y legítimo de su actividad¹¹.

En apoyo de esta posición jurídica podemos citar lo manifestado por el tratadista Maurice Hauriou respecto de la importancia de esta materia:

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C - 965 de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil

⁹ Para el Doctor BOTERO ARISTIZABAL, la evolución de la responsabilidad del Estado ha llevado a que ésta se pueda considerar una *garantía constitucional básica* (mecanismo de protección integral del patrimonio de los administrados mediante el deber del Estado de reparar el daño ocasionado por su actividad) y por tanto un pilar fundamental del Estado Social de Derecho. Véase, BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá: Editorial Legis, 2007, pág. 89

¹⁰ AREVALO REYES, Héctor Darío. *Responsabilidad del Estado y sus funcionarios*. Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 1999, pág. 58

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, MP: Alejandro Martínez Caballero.

*“No hay apenas materias de derecho público más importantes que estas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizado más o menos seguramente; hay también y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño pueda ser incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, **se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios**”¹²*(Negrilla fuera de texto)

Las razones por las cuales se ha llegado a un tipo de responsabilidad directa por parte del Estado, son la solvencia de este en comparación con la de sus agentes y la titularidad de la función.

Lo anterior significa que la consagración de esta responsabilidad no solo implica una mayor garantía a la órbita patrimonial de los administrados, sino también la protección y vigencia de valores jurídicos como la igualdad y la justicia, cuyo respeto se encuentra igualmente dentro de los fines del Estado Social de Derecho.

Diremos a este respecto que si bien, en principio, el Estado es el llamado a responder por los daños causados por quienes lo representan legítimamente, por serle imputables, también lo es que para que la conducta del agente sea atribuible

¹² HAURIUO, Maurice. *La jurisprudencia administrativa de 1892 a 1929, t1*. París, 1919. pág. 649. Citado en la obra *Responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios* de Yolanda M. GUERRA GARCIA. Bogotá: Universidad Libre, 2007, pág. 29.

a la Administración se exige que ésta sea *en ejercicio o con ocasión de sus funciones*¹³, es decir, se excluyen las conductas personales o privadas de los agentes o realizadas absolutamente al margen de las funciones del cargo, pues se entiende que en esos supuestos no ejerce su papel de representante del Estado y por tanto no compromete la responsabilidad de este.¹⁴

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado también ha aceptado que, le son igualmente imputables al Estado las conductas de sus agentes en los eventos en los cuales, a pesar de no actuar en ejercicio o con ocasión de sus funciones, la conducta causante del daño presenta un nexo temporal, espacial o instrumental con el cargo o con el servicio público prestado.¹⁵

Sin embargo, como señalamos inicialmente, la garantía del patrimonio de los administrados no es la única razón de ser de la institución de la responsabilidad del Estado. A raíz de la evolución de la concepción del Estado, principalmente del Estado liberal, a la fecha se ha tratado de imponer límites a la acción de este, límites que se manifiestan en los principios de legalidad y de responsabilidad. Por cuanto, si bien el Estado debe necesariamente actuar para efectos de cumplir los fines para los cuales fue instituido, también debe hacerse cargo de las consecuencias dañinas de su actuar.

La transformación del Estado colombiano de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho también trajo consigo la ampliación de los daños indemnizables, pues ya no solo es necesario que este responda por su actuar

¹³ Las nociones de falta cometida en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas han sido interpretadas de una forma bastante amplia por la jurisprudencia para atribuir responsabilidad al Estado por el hecho de sus agentes, toda vez que puede haber sido ejecutada con ocasión del servicio pero por fuera de las funciones que le son propias y aun así el Estado está llamado a resarcir los perjuicios. Al respecto ver QUINTERO NAVAS, Gustavo, *La responsabilidad civil de los funcionarios* en www.juridicas.unam.mx

¹⁴ BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. Responsabilidad de los jueces del Estado: La reparación de los daños antijurídicos causados por el funcionamiento de la Administración de justicia y el error judicial. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1998.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de 4 de mayo de 2011, CP: Enrique Gil Botero.

defectuoso sino incluso de su actuar legítimo, toda vez que con él se causan daño que los administrados no están en el deber legal de soportar.

Es de señalar que a través de los procesos adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por responsabilidad del Estado no solamente se pretende aforar daños sino también evaluar la corrección de la gestión de la Administración, pues como señalamos en precedencia, la obligación de reparar un daño no necesariamente conlleva la existencia de una falla o un reproche a la acción pública.

En todo caso, es relevante precisar que el hecho de que el Estado pueda ejercer acciones judiciales para repetir contra un funcionario suyo que dé lugar a una obligación de indemnizar el daño causado a los particulares no implica de ningún modo la irresponsabilidad de la Administración respecto de los hechos, dado que aquellos actúan en virtud de la designación que este hizo para representarlo, sino que es una manifestación de justicia y equidad, ya que cada cual debe responder por los daños que causa e indemnizarlos.¹⁶

3. *Evolución jurisprudencial de la Responsabilidad patrimonial del Estado.*

En una primera etapa, se consideró que el Estado era irresponsable por sus actos, basado principalmente en argumentos como la soberanía popular y la representación, como consecuencia de ello tampoco lo eran sus agentes ya que éstos obraban en su nombre¹⁷.

¹⁶ CUESTAS ALGARRA, Alcibíades. La ley de acción de repetición y el servidor público: comentarios e implicaciones de orden disciplinario. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, pág. 32

¹⁷ En el siglo XIX no se contaba con disposiciones legales o constitucionales que permitieran exigir la responsabilidad del Estado diferente a casos relativos a guerra o expropiación, así como tampoco eran claros los requisitos para que esta reclamación prosperara.

Aceptada la posibilidad de responsabilizar al Estado por los hechos de sus agentes, la competencia general recaía sobre la Corte Suprema de Justicia, ya que solo fue hasta 1964 que se creó la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el Consejo de Estado adquiere la competencia para conocer de las demandas que por reparación de daños entablaban los particulares contra el Estado.

3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Durante ese periodo se pueden distinguir tres etapas diferentes en el tratamiento y fundamento que la Corte Suprema de Justicia tuvo para el tema de la responsabilidad estatal: 1) Fase de responsabilidad indirecta, 2) Fase de responsabilidad directa y 3) Fase de falla del servicio. No obstante lo anterior, las etapas evolutivas de la responsabilidad del Estado también se pueden agrupar en las de aplicación del Derecho Privado y de aplicación del Derecho Público.

3.1.1. Aplicación del Derecho Privado

Hasta 1983 se consideró que la responsabilidad derivada del actuar administrativo era asimilable a la de los particulares¹⁸ y por tanto se dio aplicación

¹⁸ En esta fase, denominada *de aplicación del derecho privado*, el fundamento de la responsabilidad del Estado estaba en una interpretación extensiva de las normas del Código Civil y la competencia para conocer de éstos conflictos correspondía a la jurisdicción ordinaria (periodo previo a la entrega de la competencia sobre dichos asuntos al Consejo de Estado), pues se entendía que el tratamiento debía ser similar al de las personas jurídicas privadas. Con base en lo anterior se desarrollaron 2 teorías que se alternaron en el tiempo: en primera instancia la responsabilidad patrimonial del Estado era de carácter *indirecto*, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es decir, por elegir o vigilar mal a sus funcionarios y su sustento legal eran los artículos 2347 y 2349 del C.C, se presumía la culpa de la persona moral, pero ésta podía eximirse demostrando su diligencia y cuidado. Además, existía una responsabilidad personal del autor y la posibilidad de repetir contra él por lo pagado a la víctima (solidaridad); posteriormente, se avanzó hacia una responsabilidad *directa* del Estado, en la cual la culpa del agente se entendía como culpa del Estado por ser este su representante, la fuente legal de ésta interpretación era el artículo 2341 del CC, para el efecto, existía responsabilidad solidaria Estado-agente. Igualmente, cabía la posibilidad de ejercer una acción de repetición contra el causante del daño, pero a diferencia del régimen de responsabilidad indirecta, la única posibilidad de absolverse era probando la ocurrencia de una *causa extraña*. En cuanto a esta última concepción es necesario señalar que presentó también una variable denominada *organicista*, en la cual, para efectos de declarar la responsabilidad del Estado se distinguía entre agentes representativos y auxiliares, siendo posible imputarle responsabilidad únicamente en el primer caso. Al respecto ver PEREZ VILLA,

a las disposiciones del Código Civil que regulaban la responsabilidad extracontractual, etapa que comprendió dos periodos sucesivos.

Así las cosas, en esa primera fase el Estado respondía por los hechos de sus dependientes por haber incurrido en culpa *in vigilando* o *in eligendo*, es decir, la responsabilidad era de tipo indirecto, derivada de la facultad del Estado de elegir a sus agentes y de su deber de supervisar la actividad que ejercen como sus subordinados o dependientes¹⁹, tesis que se mantuvo vigente hasta aproximadamente 1938 y que estuvo basado en los artículos 2347, 2349, 2341 y 2356 del Código Civil.

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia determinó que la responsabilidad que se indilgaba al Estado por el actuar defectuoso de sus agentes causantes de daños debía ser directa, dado el carácter representativo que tenían algunos de ellos y se basó fundamentalmente en la “*tesis organicista*”²⁰, que se funda en que el Estado y sus agentes actúan como un solo ente, conforme la estructura orgánica fijada, y como consecuencia de ello debía responder por sus defectos de conducta²¹.

Jorge, Responsabilidad Estatal y acción de repetición conforme con la Ley 678 de 2001, págs. 8 - 10 y RODRIGUEZ R, Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, págs. 374 y ss. la responsabilidad indirecta del Estado con base en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. La primera línea jurisprudencial puede advertirse, entre otras, en las Sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 12 de mayo de 1939, 26 de noviembre de 1941, 25 de febrero de 1942, 28 de octubre de 1942, 27 de agosto de 1943, 20 de abril de 1944, 5 de noviembre de 1952, 4 de julio de 1957 y 2 de febrero de 1959., y en cuanto a la responsabilidad directa son representativas las Sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 21 de agosto de 1939, 18 de noviembre de 1940, 10 de julio de 1942, 7 de abril de 1943, 26 de mayo de 1944, 28 de noviembre de 1944, 18 de abril de 1945, 11 de abril de 1946, 30 de septiembre de 1946 y 18 de octubre de 1950.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 19 de julio de 1916, tomada de la Gaceta Judicial, t XXV, 1294 y 1295, pág. 304.

²⁰ La tesis organicista diferenciaba entre agentes representativos y auxiliares, siendo solo los primeros quienes comprometían la responsabilidad del Estado, pues los segundos carecían de ese atributo de representatividad. HERNÁNDEZ, Alíer, Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Colombiano.

²¹ La teoría sostenida en esa época por la Corte Suprema de Justicia se basaba en un argumento que es igualmente válido en personas jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado, cual es que “*hay agentes representativos y depositarios de la voluntad de la persona moral, la culpa que se les atribuye por la comisión de un daño repercute directamente sobre la entidad moral, dado que el carácter representativo que ostentan*”. Véase, MOLINA BETANCURT, Carlos Mario *Antecedentes y fundamento constitucional y legislativo de la responsabilidad del Estado* en www.juridicas.unam.mx

3.1.2. Aplicación del Derecho Público

La aplicación de una responsabilidad del Estado basado en el Derecho Público implicó la asunción por parte de este del deber de reparar daños, no solo cuando su actuación era defectuosa sino también cuando era correcta.

3.1.2.1. Falla del servicio

Por efecto del desarrollo jurisprudencial, se pasó a una responsabilidad patrimonial basada en el derecho público,²² principalmente elaborada sobre la noción de *“falla del servicio”*, cuestión que reviste gran importancia, ya que dio paso a la aplicación del Derecho que le es propio a la Administración.

Esta nueva visión de la responsabilidad pública no se finca en el hecho de no haber vigilado o seleccionado correctamente a sus funcionarios sino al incumplimiento de un deber legal de la Administración, cual es brindar un adecuado proveimiento de los servicios públicos, definición que implicó que los eventos de reparación ya no se limitaran a los vagamente reseñados en la Constitución o la Ley.

Así las cosas, con la adopción de la teoría de la falla del servicio la visión del juez frente al autor del daño cambia radicalmente, toda vez que no se hace necesario su plena identificación por parte de la víctima sino únicamente

²² Esta etapa del desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios se caracterizó por la posibilidad de determinar la responsabilidad personal del agente y de repetir contra él cuando en ejercicio o con ocasión de sus funciones causara un daño. Su fundamento se encontraba en el artículo 16 constitucional y en el CCA. Es ilustrativa de este criterio la sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de fecha 31 de octubre de 1950, MP: Dr. Rodríguez Peña publicada en la Gaceta Judicial Tomo LXVIII, pág. 491 y ss. Al respecto ver SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004. y HOYOS DUQUE, Ricardo. La responsabilidad patrimonial de la administración Pública. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

demostrar que este debió a *“una falla funcional del servicio, de una falla en la organización del servicio o de una falla anónima”*.²³

Igualmente, esta concepción de la responsabilidad del Estado implica una nueva dimensión de la obligación de este de proporcionar los servicios públicos en buenas condiciones, y según algunos doctrinantes, incluso una presunción de responsabilidad sobre la Administración.²⁴

Si bien para efectos de determinar la obligatoriedad de indemnizar a la víctima no era necesario establecer quien había sido específicamente el agente generador del daño, la Corte no abandonó la posibilidad de atribuir la culpa del agente de forma personal, pues este podría ser llamado a reparar a la víctima de forma solidaria si se lograba identificar su culpa en el evento dañoso.

3.1.2.2. Régimen de culpa presunta

A pesar de haber adoptado un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado basado en el Derecho Público, no se consideró suficiente atribuirle responsabilidad solamente por los eventos de culpa probada, motivo por el cual la Corte Suprema de Justicia acudió nuevamente al Código Civil, en este caso al régimen de culpa presunta por actividades peligrosas del artículo 2356 *ibídem*, donde se invierte la carga de la prueba para efectos de facilitar la prueba a la víctima.²⁵

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de junio de 1962, CP: José J. Gómez.

²⁴ QUINTERO NAVAS, Op. Cit. pág. 448

²⁵El régimen de culpa presunta fue principalmente aplicado en temas de responsabilidad médica, por la dificultad que representaba para la víctima, sus familiares o causahabientes, en calidad de demandantes, acreditar la ocurrencia de un error de conducta por parte de los profesionales de la medicina, como causa del daño inferido. En consecuencia, solo bastaba la demostración del daño y del nexa causal, para que se configurara la responsabilidad de la Administración. Sin embargo, tiempo después, este lineamiento jurisprudencial fue superado y reemplazado por la teoría de la *“carga dinámica de la prueba”*, según el cual *“corresponde a la parte que se encuentra en mejor capacidad de demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, el aportar las pruebas que tenga en su poder (...) en algunos eventos, a pesar de la especialidad de las ciencias médicas, la parte actora, podría estar en capacidad o contar con los medios para demostrar que la prestación del servicio médico fue deficiente, y que como consecuencia de ello, se le ocasionó un daño*

Esta teoría sería más adelante decantada por el Consejo de Estado para argumentar los sistemas de responsabilidad sin culpa de la Administración, como veremos a continuación.

3.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado

Si bien el Consejo de Estado recogió los avances efectuados en su momento por la Corte Suprema de Justicia en cuanto al manejo de la responsabilidad del Estado, optó por fundamentarla exclusivamente en normas de Derecho Público, motivo por el cual escudriñando la Constitución Política vigente en ese entonces, consideró que las disposiciones contenidas en los artículos 16, 30, 31 y 36 eran una base autónoma y suficiente de esta responsabilidad.

A partir de 1964 el Consejo de Estado, fijó como pauta central de la responsabilidad del Estado la falla del servicio, apoyándose ya no en conceptos del Derecho Privado sino en los principios constitucionales de legalidad y cumplimiento de los deberes del Estado.²⁶

Así las cosas, en una primera etapa se adopta la teoría de la falla probada del servicio, en la cual el Estado respondía por los daños ocasionados a terceros por parte de sus agentes en desarrollo de sus actividades, manteniendo la salvedad de que para efectos de hallar responsable al Estado no era necesaria la plena identificación del causante del daño sino únicamente establecer que el servicio se prestó de forma tardía, incorrecta o no se prestó.

antijurídico susceptible de indemnización, lo que supone que no necesariamente, en todos los casos, opera la inversión de las cargas probatorias, pues existen eventos en los cuales la parte demandante posee medios para demostrar sus afirmaciones". Al respecto ver Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, CP: Ruth Stella Correa y el Concepto 11-216 del 18 de octubre de 2011 de la Procuraduría Quinta delegada ante el Consejo de Estado.

²⁶ Los artículos 6 y 16 de la Constitución Política de 1886 señalaban respectivamente: "*los poderes públicos se ejercerán en la forma en que la Constitución señala*" y "*las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*"

Para configurarse el deber de reparar del daño causado a los particulares debían demostrarse los siguientes elementos:

1. Daño por una conducta del Estado (acción u omisión).
2. Evidencia del perjuicio sufrido por la víctima.
3. Relación de causalidad entre el daño y la falla del servicio.

Sin embargo, dada la creciente actividad del Estado, los avances tecnológicos y la dificultad para el agraviado de demostrar ciertos daños, se optó por acoger, además de la falla probada del servicio, un régimen de falla presunta del servicio para actividades como responsabilidad médica, manejo de armas de dotación y de vehículos oficiales.

Esta situación que favorecía a la víctima quien se veía relevada de probar el elemento falla del servicio, pues este se presumía, siendo mucho más justo y equitativo el tratamiento de estos casos.²⁷

Pero el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado no se detuvo allí, pues como una tercera vía de reparación se estableció el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas²⁸ y la teoría del riesgo, casos en los cuales a pesar de haberse efectuado una conducta acorde a Derecho surgía la obligación del Estado de reparar un daño donde no hubo falta atribuible a él o a sus dependientes.

²⁷ Para poder controvertir la presunción de falla del servicio, al Estado le competía demostrar que actuó con la debida diligencia y cuidado al desarrollar la actividad o que había obrado en su favor un eximente de responsabilidad como sería el hecho de un tercero, el hecho de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito.
HENAÓ PÉREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado de Colombia en Memorias Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología. Bogotá 1996, pág. 759.

Esta noción de responsabilidad sin falta, es sin lugar a dudas el mayor aporte del Consejo de Estado en la materia, toda vez que fundamenta el deber de reparar los daños irrogados a los particulares basado en un principio netamente *iuspublicista*.

Así las cosas, antes de la Constitución de 1991 el Consejo de Estado aplicaba un sistema mixto de responsabilidad:

De una parte régimen de responsabilidad subjetiva²⁹, en el cual la conducta irregular del Estado o de sus agentes (antijuridicidad subjetiva, entendida como conducta contraria a Derecho³⁰) originaba su deber de indemnizar, del cual podía librarse demostrando la debida prudencia y diligencia.

Régimen que se divide a su vez en dos tipos de eventos diferentes, según el tipo de actividad que corresponda, la *falla probada* y la *falla presunta*³¹.

En contraposición a este, unos regímenes de responsabilidad objetiva en los cuales no tenía ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta, es decir, no se requiere que el actor pruebe la falla del servicio ni se acepta que el demandado pretenda exonerarse demostrando que su actuación fue diligente, para ello sólo es útil la prueba de una *causa extraña* que rompa el nexo de causalidad.³²

²⁹ Responsabilidad subjetiva por la no prestación del servicio o la prestación irregular o tardía, la cual daba lugar a un daño y a la consecuente indemnización del mismo.

³⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón. *Curso de modelo administrativo*. Madrid: 1986 tomo II pág. 357-358

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de fecha 11 de diciembre de 1992. CP: Julio Cesar Uribe Acosta.

³² Conforme han señalado la doctrina y la jurisprudencia, la exigencia de los demás elementos de la responsabilidad subsiste (conducta, daño y nexo) y deben ser acreditados por la parte demandante HOYOS DUQUE, Ricardo. *Responsabilidad del estado por el uso de las armas de fuego: su incidencia en el presupuesto del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional* en <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2006/prolegomenos-04.pdf> Pág. 5.

Dentro de esta categoría jurídica tenemos la responsabilidad, por riesgo excepcional y el daño especial³³. Ambos criterios se basan en el rompimiento de la *“igualdad frente a las cargas públicas”*.

4. Constitución Política de 1991

Aun cuando hemos señalado los significativos cambios que sufrió la concepción de responsabilidad del Estado de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, sin lugar a dudas el más significativo de ellos tuvo su origen en la Carta Política de 1991, paradigma sin discusión en esta evolución .

Si antes el Consejo de Estado y la Corte Suprema se habían visto en problemas para establecer cuál era el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado, la Constitución de 1991 les facilitó considerablemente esta tarea, toda vez que de forma clara y explícita en sus artículos 1, 2, 6, 13, 58, 59, 90 y 336³⁴ puso de presente los deberes y obligaciones del Estado en esta materia, permitiendo al mismo tiempo superar algunos obstáculos que se presentaban por los vacíos normativos existentes.

Pero la transformación de la responsabilidad del Estado no se circunscribió exclusivamente a la forma en que se atribuía responsabilidad a éste por los

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de fecha 13 de septiembre de 1991.CP: Daniel Suárez Hernández. Se entiende por riesgo excepcional aquellos eventos en los cuales el Estado actúa *“en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utilizó recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”* y por daño especial el cual se ocasiona cuando *“la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa el ocasionado a los demás”*³³.

³⁴ En el artículo 1º de la Constitución se señala que Colombia es un Estado Social de Derecho y las implicaciones que esto conlleva, en el 2º se indican los fines esenciales del Estado, en el 6º se consagra la responsabilidad de los agentes del Estado y de los particulares, en el 90 la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus funcionarios y en los artículos 58, 59 y 336 el deber del Estado de reparar ciertos daños en particular y la protección de la propiedad privada.

hechos de sus agentes, también varió considerablemente el fundamento o razón por la cual lo hacía.

Antes de la Constitución Política de 1991 la responsabilidad del Estado se fundaba en un principio autónomo, que era la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, al igual que se hace en el Derecho Privado, ahora, en cambio, se estructura en un sistema de naturaleza básicamente objetiva que *“gira en torno a la posición jurídica de la víctima que ve lesionado su interés jurídico como consecuencia de las actuaciones legítimas o no de la Administración”*³⁵

Ante todo, es evidente que el artículo 90 constitucional cambió radicalmente el panorama normativo de la responsabilidad del Estado, toda vez que se encargó de regular una materia que era mayormente producto de la hermenéutica de los jueces. Y, adicionalmente, ligó la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política del Estado, lo cual trajo como consecuencia la ampliación de su ámbito de responsabilidad, de un sustrato subjetivo fincado básicamente en la falla del servicio a uno fundado en un criterio objetivo como es el daño antijurídico.³⁶

Además de lo mencionado, diferenció o separó los presupuestos necesarios para establecer la responsabilidad del Estado de la de los funcionarios que lo representan, como fácilmente se deduce de su tenor literal:

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

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2006, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-825 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño.

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”

Con base en lo anterior, podemos decir entonces que, el artículo 90 constitucional descansa sobre dos pilares fundamentales: la reparación del daño antijurídico y la *obligación de repetir*³⁷ contra el servidor público, con el fin de defender el patrimonio público³⁸.

Se trata entonces de un importante cambio de arquetipo en cuanto al concepto de responsabilidad patrimonial del Estado en un sentido amplio (ya que involucra al Estado como parte activa y como parte pasiva del daño).

Por un lado, como causante de un daño, ya no se examina su comportamiento para verificar la existencia de fallas, si no que se ve la obligatoriedad de la víctima de soportar dicho daño (antijuridicidad), y por otro lado, como receptor indirecto del perjuicio, tiene el *derecho – deber constitucional* de repetir contra los funcionarios responsables del daño cuando sea procedente (antes solamente constituía una facultad emanada de la Ley).

En ese estado de las cosas, la Carta Política de 1991 revolucionó el principio de responsabilidad patrimonial, atendiendo básicamente las construcciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ampliando de manera considerable el ámbito dentro del cual puede declararse la obligación del Estado de reparar los daños causados, toda vez que

³⁷ El inciso 2 del artículo 90 constitucional no consagra en sí la *acción de repetición*, sino más bien el deber del Estado de *repetir* contra el funcionario causante del daño. Al respecto ver CAÑON SOLANO, Martha Cecilia. La acción de repetición. Bogotá D.C., 2005. Tesis (Magíster en Derecho Administrativo). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría Derecho Administrativo, pág. 79 - 80

³⁸ CUESTAS ALGARRA, Alcibíades. La ley de acción de repetición y el servidor público: comentarios e implicaciones de orden disciplinario. Bogotá D.C, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, pág. 30.

el punto de partida para ello ya no está dado por su actuación irregular sino por la ausencia de deber jurídico de soportarlo por parte de la víctima.³⁹

Aun cuando en un principio se interpretó que la adopción del concepto de daño antijurídico implicaba que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado se había convertido en uno completamente objetivo y por tanto desaparecía la necesidad de demostrar la falla del servicio o de acudir a otros títulos de imputación diferentes, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional se encargó de desmentirlo.

Así las cosas, prontamente se puso de presente que en algunos eventos la responsabilidad del Estado se podía derivar de la existencia de una falla en el servicio y no de un daño antijurídico, por lo cual la posibilidad de atribuir daños al Estado bajo los parámetros de la responsabilidad subjetiva persistía.

Ya hemos hecho referencia a cómo antes de la expedición de la Constitución de 1991 la jurisprudencia del Consejo de Estado había señalado diferentes títulos de imputación jurídica, que, según el caso, exigían o no la prueba del elemento subjetivo, es decir, la demostración del error de la Administración o *falla del servicio*. Por el contrario, en otros eventos simplemente era necesario acreditar la ocurrencia de un daño sin entrar a cuestionar la licitud de la conducta desarrollada por el Estado, como ocurre con el daño especial y el riesgo excepcional⁴⁰.

Retomando el tema, bajo el entendido de que al adoptar el concepto de *daño antijurídico* proveniente del Derecho Español los diferentes regímenes de

³⁹LOPEZ CABANA, Roberto. "Limitaciones a la integra reparación del daño". En *La Responsabilidad, Libro Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H Goldenberg*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995, pág. 275

⁴⁰BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. Op. Cit. pág. 61 y ss.

responsabilidad habían desaparecido del ordenamiento, se aceptaba que toda la responsabilidad del Estado era objetiva⁴¹.

Sin embargo, al poco tiempo de entrada en vigencia de esta disposición, el Consejo de Estado optó por morigerar ésta posición extrema y reinterpretar el artículo 90 C.P., basado en las nociones de imputabilidad y daño antijurídico. En razón a lo anterior, se señaló que el daño jurídico se entiende tanto subjetivo como objetivo bajo los títulos de imputación preexistentes:

“En síntesis, la nueva constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio”⁴²

Finalmente, el Consejo de Estado sostuvo (posición que aún se mantiene), que la apropiada interpretación del artículo 90 consiste en que, recogió todos los regímenes de responsabilidad reconocidos y desarrollados por la jurisprudencia antes de la nueva Constitución.

En este estado de las cosas, podemos afirmar que los títulos de imputación jurídica actuales⁴³ en cuanto a la responsabilidad extracontractual del Estado son:

- La falla del servicio
- La teoría del riesgo
- El rompimiento de las cargas públicas

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 333 de 1996, MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 05 de agosto de 1994, expediente 8485

⁴³ Según algunos doctrinantes como el Doctor Martín Bermúdez, la jurisprudencia a través de la noción de título jurídico de imputación, exige para determinados casos, además de la existencia de un daño antijurídico la existencia de falla en el servicio para atribuir responsabilidad al Estado y para otros casos no hace tal exigencia. De esta forma, se regresa al sistema de regímenes de responsabilidad dependiendo del tipo de evento que debe juzgarse, transgrediendo las disposiciones constitucionales que únicamente exigen la presencia de un daño y la imputabilidad de este al Estado.

En consecuencia, en el sistema de Derecho colombiano se tipifican 3 causas específicas de imputación de responsabilidad al Estado:

1. Los eventos en cuales se realiza de forma directa y legítima el daño por parte de la Administración, incidiendo sobre un patrimonio que no estaba obligado a soportarlo en sus consecuencias económicas, es decir, ocurrencia de un daño antijurídico.
2. Los casos en que se presente una actuación ilícita de la Administración (aunque fuese subjetivamente atribuible a un agente en particular), es el supuesto típico de falla del servicio.
3. Los casos de riesgo creado por la Administración que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de un riesgo al cual se ha sometido al particular, en beneficio de la comunidad⁴⁴

Al momento de estudiar si el Estado debe responder patrimonialmente, el operador jurídico debe primero descifrar la naturaleza del daño mismo, para establecer si este es antijurídico o no, y solo después, debe abrirse paso el análisis relacionado con la imputabilidad y con la conducta generadora que sirvió como causa eficiente.⁴⁵

Por parte de la doctrina, el doctor JUAN CARLOS HENAO⁴⁶, ha denominado esta concepción jurisprudencial como “*noción mixta del daño antijurídico*”, el cual consiste en que la víctima además de tener que demostrar la conducta de la Administración, el daño y el nexo entre estos dos, está en la

⁴⁴ GARCÍA FORERO, Fernando. Fundamentación ideológica de la responsabilidad en el Derecho Público Colombiano. Bogotá D.C., 2002. Tesis (Magíster en Derecho Administrativo). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría Derecho Administrativo.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ BERMUDEZ MUÑOZ, Martín Gonzalo, *Memorias del Segundo Seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública: relataría y conclusiones del Seminario* Pág. 17 en www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/PDF/SemInt_Conclusiones2v.pdf

obligación de señalar un título de imputación jurídica, como por ejemplo, la falla del servicio.

Lo anterior ha provocado una gran incertidumbre, dado que no es posible determinar cuáles son los criterios legales para declarar la responsabilidad del Estado, pues en algunos casos se pide que exista además del daño antijurídico la prueba de la falla del servicio,⁴⁷ en otros casos sólo el daño antijurídico, etc. lo cual atenta contra la seguridad jurídica⁴⁸ y conlleva importantes repercusiones en la responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado.

En el caso particular que nos atañe, que es la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, es particularmente importante que se establezca con claridad los parámetros bajo los cuales se va a juzgar la responsabilidad del Estado, puesto que de ello depende en cierta medida la calificación que hará el Comité de Conciliación o en su defecto el Jefe de la Entidad de la viabilidad jurídica del *llamamiento en garantía con fines de repetición* (dependiendo del grado de “*certeza*” que se pueda tener sobre el sentido de la decisión judicial se procederá a vincular o no al funcionario al proceso)⁴⁹

A pesar de lo paradigmático de su contenido, en el derecho colombiano y más precisamente en el derecho constitucional no existe una definición expresa del daño antijurídico, por lo cual se consideraba un concepto parcialmente indeterminado, el cual debía ser desarrollado por el legislador⁵⁰.

⁴⁷ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera de 01 de julio de 2004

⁴⁸ En claro ejemplo del efecto de esta situación es el siguiente: en un evento de error judicial, puede ocurrir que una persona sea privada de su libertad y posteriormente se demuestre su inocencia, pero, una vez analizado el expediente se constata que efectivamente habían algunos indicios que llevaban a la conclusión de que era culpable y por ello se decide que no hubo un error grave, a pesar de que ahí hay claramente un daño que el administrado no está en deber jurídico de soportar, el hecho de no demostrar la falla del servicio implica para la víctima la negación de su derecho a ser reparado. Al respecto ver BERMUDEZ MUÑOZ, Martín Gonzalo, Op. Cit. Pág. 17 a 19.

⁴⁹ Ibídem, pág. 22.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- 333 de 1996, MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Ante esta situación, la jurisprudencia se vio avocada a establecer su contenido y alcance en aras de dar claridad respecto de los nuevos criterios jurídicos para definir la responsabilidad del Estado,⁵¹ para lo cual se basó en las pautas señaladas por el derecho español, concluyendo que el daño antijurídico es *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar"*⁵².

Para efectos de este estudio es de gran importancia la definición precisa de este concepto, dado que de la claridad y certeza que haya respecto del sistema de responsabilidad del Estado depende en gran medida la operatividad de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición y así mismo la protección del erario público.

Lo anterior, debido a que si no existe obligación por parte del Estado de reparar el daño causado, tampoco habrá lugar a que, consecuentemente, demande el reembolso de lo pagado al agente.

5. Responsabilidad contractual del Estado

Si bien ya hemos definido los títulos jurídicos de imputación en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, también es necesario indicar cuales lo son en los eventos de responsabilidad contractual, pues en uno y otro caso son sustancialmente diferentes.

Para efectos de establecer la responsabilidad contractual, conforme lo ha decantado la doctrina, se debe acudir a ciertos títulos de imputación jurídica,

⁵¹ En auxilio de la jurisprudencia también han acudido algunos doctrinantes como el doctor MARTIN BERMUDEZ quien ha señalado en su obra 2 criterios para definir cuando el daño es debe ser considerado como antijurídico: a. Cuando no exista una causa que obligue a soportarlo y b. Cuando se excedan las cargas públicas. BERMUDEZ MUÑOZ, Martín Gonzalo, Op. Cit. Pág. 17 a 19.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de julio de 1993.

caracterizados como los usualmente competentes para establecer la obligación del Estado de resarcir el perjuicio, así:

- a. Buena fe⁵³
- b. Igualdad
- c. Equilibrio o reciprocidad de las prestaciones⁵⁴.

Como es sabido, las partes tienen el derecho reciproco de exigirse las prestaciones a las cuales se han obligado y el deber jurídico de cumplirlos de buena fe, por lo anterior, de darse el incumplimiento de estos por parte del Estado debe reparar el daño infringido.

Si en la responsabilidad extracontractual se evalúa la antijuridicidad del daño, en la contractual se verifica la antijuridicidad de la conducta. En consecuencia, si la entidad incumple con los deberes asumidos o desconoce los derechos del contratista estaría efectuando una actuación antijurídica que, de generar un daño al particular, podría comprometer la responsabilidad del Estado⁵⁵.

A este respecto el estatuto contractual señala que las relaciones jurídicas entre la Administración y el contratista deben ser presididas por una atmósfera de apoyo y confianza, toda vez que el contratista funge como colaborador del Estado

⁵³ En el ámbito contractual la buena fe se manifiesta en el principio de confianza mutua, toda vez que en la actividad contractual el Estado tiene una posición prevalente frente al contratista, toda vez que puede ejercer potestades excepcionales mediante la cuales ejerce derechos e impone obligaciones extrañas por su naturaleza a las que consentiría libremente y en plano de igualdad jurídica en particular en un contrato regido por las normas civiles o comerciales.

⁵⁴ La equivalencia de las prestaciones o equilibrio en el contenido de las obligaciones de cada parte, es un título jurídico de imputación en el sentido de que al suscribir el contrato cada una de las partes entiende y acepta que aquello que ha consentido como obligación del otro satisface plenamente su interés y lo coloca en plano de igualdad en la relación contractual.

⁵⁵ La Ley 80 de 1993, incorpora como deberes de las entidades y derechos de los contratistas gran parte de los fundamentos clásicos de la responsabilidad contractual del Estado, por lo cual en este campo una conducta antijurídica puede comprometer su responsabilidad, pues si la entidad incumple esas normas legales su conducta es contraria al derecho

en el logro de los fines esenciales que le son inherentes y en la consecución del interés general.

Por tanto, la responsabilidad del Estado sirve como mecanismo garante del equilibrio económico de las prestaciones de las partes y de los derechos de los contratistas.⁵⁶

Teniendo en cuenta que el rompimiento de la reciprocidad o equilibrio de las prestaciones es uno de los títulos de imputación jurídica de responsabilidad del Estado, los eventos en los cuales se ejercen poderes excepcionales como el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión, dan lugar a la reparación del daño.

Asimismo, el principio de buena fe es considerado un título de imputación jurídico en orden a que su relevancia como principio rector en los contratos administrativos es mayor a la que habitualmente permea los contratos privados. En este caso, la buena fe es entendida no solo como norma de conducta en la celebración, ejecución y extinción del vínculo obligatorio, sino en las múltiples manifestaciones presentes en el régimen jurídico de los contratos.

Así, la buena fe como criterio de imputación normativa básicamente se verifica en una actitud explícita y permanente de la Administración y del contratista de fidelidad al vínculo contractual y a la palabra dada, e incorpora el valor ético de la confianza mutua en la relación. Por tanto, la presencia de este principio exige un comportamiento diáfano de las partes que permita brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de las obligaciones adquiridas y la satisfacción de las prestaciones acordadas.

⁵⁶ MESA NIEVES, Luis Eduardo. La actividad contractual y la responsabilidad en la Administración Pública. Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pág. 61

Aun cuando existen notables diferencias entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, en ambos se debe probar la existencia del daño, su cuantía y la relación de causalidad entre el servicio público y la actuación que lo ocasionó, estando la carga de la prueba en el contratista agraviado.

Hechas las anteriores acotaciones, es claro que el régimen de responsabilidad del Estado está íntimamente relacionado con el de responsabilidad patrimonial de sus funcionarios, y que por tanto parte de los problemas que se presentan para la aplicación de los mecanismos de repetición jurídica como el llamamiento en garantía con fines de repetición devienen de los presentados en dicho régimen, es decir, son externos a la figura jurídica en estudio.

Sin embargo, como más adelante verificaremos, el factor determinante en el fracaso del llamamiento en garantía con fines de repetición es de orden interno, derivado de una defectuosa reglamentación legal que conlleva a su desuso o en su defecto, a que su aplicación exitosa implique una necesaria aceptación por parte del Estado de responsabilidad en la causación del daño.

SECCIÓN SEGUNDA

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y DEL CONTRATISTA

En Colombia, se puede decir que sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX se vio la necesidad de crear una normativa que hiciera efectiva la responsabilidad patrimonial tanto del Estado como de sus servidores, pues en

principio, al igual que en la mayoría de países del mundo, se consagraba la irresponsabilidad de éstos por diversos motivos⁵⁷.

Sin embargo, ésta posición fue posteriormente redefinida hasta llegar a la consagración del régimen actual, que incluye a la totalidad de los servidores públicos y a todas las actividades desarrolladas por el Estado para el cumplimiento de sus fines, toda vez que el imperativo constitucional de responsabilidad no establece ni admite distinciones en su aplicación.

La noción de responsabilidad abarca pues, todos los ámbitos en las que los agentes públicos pueden manifestar su comportamiento o conducta en nombre y representación del Estado, incluyendo la expedición de actos administrativos, sentencias, contratos y actuaciones administrativas.

El principio general del Derecho “*neminem laedere*” (no causar daño) es el fundamento jurídico de la obligación de indemnizar los perjuicios causados en el Derecho Privado, y por lo tanto, es igualmente válido y aplicable a las relaciones del Estado con los particulares y con sus funcionarios.

De esta forma, los servidores públicos, como representantes del Estado y a su vez como agentes generadores de daños, deben responsabilizarse personalmente por sus errores y asumir la carga de repararlos.

Podemos afirmar que ésta obligación tiene una doble connotación, ya que no solamente se refiere a indemnizar a la víctima como receptor directo del daño (de lo cual se ocupa directamente la Nación), sino también el responder frente al Estado por el deficiente desempeño de función pública⁵⁸.

⁵⁷CALLE VERGARA, Beatriz Helena. *Elementos esenciales de la acción de repetición*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2007.

⁵⁸ BERTIN RAMIREZ, Luis Edison. *Contribución de la burocracia pública al fortalecimiento de la democracia: falla personal y responsabilidad del servidor público colombiano, acción de repetición*. Cali, Ediciones Univalle, 1999. pág. 48

En este orden de ideas, es deber del Estado el procurar hacer efectiva dicha responsabilidad -y no podría ser de otro modo-, ya que en virtud de la *responsabilidad institucional* que preconiza nuestro ordenamiento jurídico, el Estado debe responder por los daños causados por sus representantes a los particulares, y asegurarse de resarcir plenamente los perjuicios a ellos ocasionados⁵⁹.

La exigencia de responsabilidad patrimonial a los funcionarios públicos implica la consolidación del principio de responsabilidad estatal por el daño antijurídico causado por sus agentes, una co - responsabilidad con el Estado, y una verdadera transformación del nivel de responsabilidad exigida en relación con sus funciones y del compromiso con la labor desempeñada.

Lo anterior, en razón a que la posibilidad de que el agente pueda ver comprometido su propio patrimonio en determinadas circunstancias, cuando ha actuado con dolo o culpa grave, lleva a una dimensión diferente el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de lo puramente estatal y de lo puramente privado⁶⁰.

Adviértase pues que, para llegar al punto actual de evolución, es decir, a la consagración constitucional de este tipo de responsabilidad (artículo 90 inciso 2) se surtió previamente un no muy extenso desarrollo legal, el cual será descrito más adelante, y que desembocó en la expedición de la Ley 678 de 2001, *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”*, norma que regula íntegramente la materia.

⁵⁹PENAGOS VARGAS, Gustavo. *El daño antijurídico, aplicación del principio iura novit curia*. Bogotá D.C., Librería Doctrina y ley, 1997. pág. 38

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño.

Pese a lo anterior, es de anotar que aun más que la Ley, la jurisprudencia ha desempeñado un papel vital dentro de este proceso evolutivo, ya que se ha encargado de delimitar el escaso contenido normativo presente en nuestro ordenamiento, dotando de contenidos las disposiciones respectivas, llenando los vacíos legales y promoviendo los cambios en la perspectiva con la cual se analizaba la responsabilidad estatal y consecuentemente la de sus funcionarios.

Sin duda, no solamente el legislador y la jurisprudencia han considerado como un principio de “*justicia elemental*” que el funcionario infractor deba asumir la responsabilidad por sus actos, la doctrina también ha señalado que el hecho de contar con un amplio conjunto de potestades, facultades y competencias trae como contrapartida la asunción de responsabilidades:

“(...) el interés general impone necesariamente una solución combinada y equilibrada: no es conveniente que la responsabilidad personal del funcionario sea siempre descartada o encubierta, pues esa ausencia de sanción estimularía sus negligencias; pero sería igualmente inconveniente que una responsabilidad excesiva y automática pusiera en peligro de paralizar sus iniciativas o aun de impedir su disposición a participar en el servicio. En el mismo sentido, una consideración de justicia elemental indica que el funcionario debe soportar las consecuencias de los hechos que él habría podido normalmente evitar.”⁶¹

A este propósito es importante señalar que, las autoridades públicas están obligadas a velar por la preservación del patrimonio y de los recursos públicos, y por tanto el legislador debe adoptar las medidas y mecanismos tendientes a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, incluyendo a los

⁶¹ LAUBADERE. Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration, Melanges, Citado por la MESTRE, Ida María, Op. Cit.

particulares que ejercen funciones públicas, como es el caso de los contratistas, interventores, asesores, etc., con el fin de recuperar la totalidad de las sumas que se vieron comprometidas por el actuar erróneo de estos.⁶²

Habría que decir también que, el legislador a lo largo del tiempo ha diseñado diversos mecanismos jurídicos para materializar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, como son la acción de repetición, la acción civil, la constitución de parte civil dentro del proceso penal y el llamamiento en garantía, ahora calificado como “*con fines de repetición*”.

En su momento, el Código Contencioso Administrativo (Decreto – Ley 01 de 1984) fue el cuerpo normativo encargado de desarrollar la perspectiva procesal del mandato sustantivo contenido en el artículo 77 del CCA de responder por los daños causados a particulares, al consagrar en su artículo 78 la posibilidad de que se constituyeran como parte pasiva dentro del respectivo proceso no solo la entidad causante del año sino también el funcionario implicado⁶³.

Ésta última circunstancia, es decir, la posibilidad de demandar conjuntamente a la Entidad y al agente estatal o a cualquiera de ellos de forma independiente, no fue replicada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, lo cual daría la

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz.

⁶³ La Corte Constitucional en la Sentencia C-338 de 2006, MP: Clara Inés Vargas Hernández, señaló que el artículo 78 del C.C.A. debía ser interpretado en concordancia con el artículo 90 constitucional y por tanto aunque se mantenía el concepto de responsabilidad institucional del Estado, la vinculación del funcionario al proceso de responsabilidad se podía dar de 3 formas: 1) Demandar a la entidad o al funcionario de forma exclusiva o a ambos, en este último evento la responsabilidad del funcionario habría de establecerse dentro del mismo proceso; 2) A través del llamamiento en garantía y 3) Por medio de la acción de repetición. Sin embargo, teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 142 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo*”, publicado en el Diario Oficial No. 47946 de 18 de enero de 2011, las posibilidades de entablar mecanismos de repetición contra el agente estatal se circunscribirían únicamente al llamamiento en garantía con fines de repetición y a la acción de repetición. No obstante lo anterior, este hecho no implica necesariamente que el funcionario, ex funcionario o particular que haya ejercido funciones públicas no pueda ser vinculado al proceso de otra forma con el fin de exigir su responsabilidad, o que no pueda ser señalado dentro de la parte pasiva del proceso, circunstancia que será estudiada más adelante.

impresión de que se quiso eliminar por parte del legislador esta posibilidad. No obstante lo anterior, no se deben emitir juicios apresurados, motivo por el estudiaremos en detalle este cambio normativo y sus implicaciones en apartes posteriores.

Es preciso decir que, en estos momentos los parámetros para determinar la responsabilidad de los agentes del Estado están delimitados por lo expresado en la Carta Política, por lo cual la tarea del legislador a partir de 1991 era desarrollar esos postulados dentro de una normativa que permitiera exigir eficazmente esa responsabilidad y lograr las finalidades señaladas por el constituyente.

No obstante, en la medida que la Constitución no señala taxativamente cuales son los mecanismos procesales por medio de los cuales debe hacerse efectiva la obligación de repetir contra el funcionario, el legislador en ejercicio de su libertad de configuración política podía señalar cuáles serían, siempre y cuando no se vulneraran los parámetros constitucionalmente fijados.

Por lo anterior, el artículo 90 constitucional se manifiesta básicamente a través de dos modalidades de repetición:

1. El llamamiento en garantía con fines de repetición
2. La acción de repetición⁶⁴

Vale la pena señalar que, nuestro estudio se centrará únicamente en el primero de ellos, es decir, el llamamiento en garantía con fines de repetición y en las transformaciones que ha sufrido a raíz de las particularidades que le han imprimido la Ley y la Jurisprudencia con el fin de adecuarlo a la finalidad específica atribuida y cómo esta decisión ha causado un efecto opuesto al pretendido.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 965 de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil.

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta sección se hará un breve recorrido histórico por los principales hitos normativos en la materia, partiendo de lo logrado antes de 1991 tanto a nivel legal como jurisprudencial para después hacer referencia al cambio surgido a partir de la nueva Carta Política y la normativa que desarrolló sus principios.

Igualmente, mencionaremos el fundamento jurídico de este tipo de responsabilidad, la transformación que ha presentado el concepto de servidor público y como éste ha incidido en el campo de aplicación de la responsabilidad patrimonial.

1. Fundamento jurídico de la responsabilidad de los funcionarios del Estado

Dentro del articulado de la Constitución Política de 1991 se ha señalado el marco jurídico dentro del cual se debe desarrollar la función pública⁶⁵ (artículo 209) y el actuar de los servidores que la ejecutan (artículos 6 y 124), razón por la cual, además del deber general de cumplir con los mandatos de la Constitución y la ley, es su obligación desempeñar las funciones de su cargo con base en los principios consagrados para el efecto en el artículo 209 ibídem⁶⁶.

El quebrantamiento por parte del funcionario público de dichos preceptos puede dar origen a diferentes tipos de acciones en su contra: penal, disciplinaria,

⁶⁵ La Corte Constitucional ha definido la “función pública” como el “conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad” Sentencia C-631 de 21 de noviembre de 1996, MP: Antonio Barrera Carbonell.

⁶⁶ A pesar de existir una consagración constitucional de los principios “básicos” de la función pública podemos afirmar que la ley se ha encargado de especializarse en esta materia y señalar en materias concretas principios adicionales como es el caso del estatuto de contratación administrativa: Ley 80 de 1993

fiscal, patrimonial o política⁶⁷, pues cada una de ellas tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos diferentes.

Conviene advertir que, teniendo en cuenta lo anterior, la Carta Política permite un cúmulo limitado de responsabilidades, es decir, que es admisible iniciar diferentes procesos y ejercer diferentes acciones en contra del agente estatal por los mismos hechos, siempre y cuando sean compatibles con su objeto y no constituyan violación al principio de *non bis in ídem*.

Dentro de la variedad de acciones jurídicas posibles estudiaremos únicamente lo relativo a la responsabilidad *patrimonial*,⁶⁸ específicamente la derivada del daño antijurídico,⁶⁹ por lo cual no ahondaremos en los demás tipos de responsabilidad salvo para hacer algún tipo de precisión o comparación con la responsabilidad patrimonial.

Siendo así, es necesario definir las razones por las cuales en nuestro ordenamiento jurídico tenemos establecida la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado y la posibilidad de efectuar el recobro de las sumas pagadas por su obrar doloso o gravemente culposo.

De modo que, se ha establecido que los motivos por los cuales se configuró este tipo de responsabilidad son la existencia de un interés público en la recuperación de esos dineros del patrimonio estatal, y el promover la eficiencia en el ejercicio de la función pública. El sancionar al agente no hace parte de esas

⁶⁷ SAYAGUEZ LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo I*. 8 edición de 2002, reimpressa en 2004. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo – Uruguay.

⁶⁸ La responsabilidad patrimonial de los funcionarios o agentes del Estado no se limita únicamente a la descrita en el artículo 90, puesto que la *responsabilidad fiscal* también hace parte de ésta clasificación, aunque difieren en su origen.

⁶⁹ En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la responsabilidad patrimonial descrita en el artículo 90 constitucional surge cuando el agente estatal con su conducta dolosa o gravemente culposa da lugar a que el Estado haga un reconocimiento indemnizatorio con el fin de reparar patrimonialmente a un tercero, por el daño antijurídico a él infringido. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No. 1716. CP: Flavio Augusto Rodríguez Arce, Concepto de 06 de abril de 2006.

razones, pues esa finalidad se obtiene por medio de otras acciones, como la disciplinaria, y lo que se pretende en este caso es el mero resarcimiento o reembolso de lo pagado⁷⁰.

En suma, el presupuesto fáctico para el establecimiento de responsabilidad patrimonial del agente no es otro que la compensación del daño causado, ya sea de forma dolosa o gravemente culposa, pues esta circunstancia indica de forma inequívoca que no está desempeñando las funciones a su cargo con la prudencia necesaria y que carece de compromiso con la filosofía y fines que la Constitución y las leyes le imponen.

Lo anterior evidencia claramente lo vinculadas que se encuentran estas finalidades y el efecto contundente que se tendría en la gestión si se avanzara en el logro de alguna de ellas.

Ahora bien, es necesario señalar en primer lugar que, no se puede hablar de “*actos de la Administración*” o “*actos del Estado*” sin referirnos a los funcionarios que las realizan, puesto que aquellos al no actuar por sí mismos requieren de éstos para manifestarse en el mundo del Derecho y por lo tanto, en principio, están llamados a responder cuando sus representantes actúan inapropiadamente⁷¹.

⁷⁰ Según algunos doctrinantes, como el Doctor Gabriel Domenech Pascual, no son necesarias ni útiles las acciones que pretender exigir la responsabilidad patrimonial a los funcionarios del Estado, toda vez que mediante la potestad disciplinaria la Administración está en posibilidad de prevenir la realización de conductas dañinas por parte del personal a su servicio, toda vez que es una acción represiva de carácter doméstico dirigida exclusivamente a preservar el buen funcionamiento de los servicios públicos y los principios de la función administrativa y previniendo estas se evita el detrimento económico del Estado, toda vez que la inexistencia de acciones de reembolso no sirven para eliminar totalmente el incentivo de actuar como es debido. Al respecto ver DOMENECH PASCUAL, Gabriel. Porque la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio En www.indret.org

⁷¹ Para el Dr. Libardo Rodríguez es necesario entrar a distinguir, para efectos de determinar quién es el encargado de responder ante terceros, aquellos casos en los que el funcionario actúa en ejercicio de la función pública de aquellos en los casos no vgr. Daños causados con dolo, puesto que en el segundo caso no habría lugar a imputarlo al Estado. *Derecho administrativo General y Colombiano*. Decimocuarta edición. Editorial Temis, 2005, pág. 394.

Así las cosas, es pertinente mencionar que la persona física titular de la función se encuentra en una doble relación con la Administración: *hacia adentro*, como sujeto de derechos y obligaciones propias, diferentes a las de la organización, lo que da lugar a un vínculo de “servicio”, y *hacia afuera*, como representante de la Entidad correspondiente, perdiendo su individualidad, pues al relacionarse con personas físicas o jurídicas ajenas a la Administración en nombre de esta se crea una relación de tipo orgánico, en la cual existe una identidad entre el agente y el Estado.⁷² Éste último tipo de relación es el que da lugar a la responsabilidad.⁷³

No obstante lo anterior, es necesario indicar que el haber asumido el ejercicio de funciones públicas implica para los servidores del Estado el deber de actuar dentro de los estrictos límites del ordenamiento legal, buscando el logro del bien común y de los fines del Estado. Teniendo esto en mente, lo más lógico es que los agentes públicos respondan ante el Estado y ante la sociedad por los daños que ocasionen, cuando estos sean producto de su actuar doloso o gravemente culposos.⁷⁴

Podemos ver como de los preceptos establecidos en los artículos 2, 6, 90, 124, 209, 210, 267 numeral 7 y 277 numeral 6 de la Constitución Política vigente se deriva la obligación de los servidores públicos de responder económicamente frente al Estado por sus actuaciones inadecuadas.

De igual forma, se evidencia el deseo y la necesidad de señalar unos límites y unas consecuencias al comportamiento de éstos agentes, con la doble finalidad de orientar la gestión de lo público hacia un régimen más eficiente, responsable y ético y el evitar que sean el Estado, el tesoro público y la víctima

⁷² IVANEGA, Miriam Mabel. “La responsabilidad de los funcionarios públicos”. En *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

quienes tengan que soportar los efectos de las conductas reprochables de los funcionarios públicos.

Igualmente, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que era indispensable que el legislador diseñara las herramientas jurídicas que permitieran al Estado reclamar de sus agentes las sumas que se vio obligado a pagar por su actuar negligente o malicioso, así: *“Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”*⁷⁵

Lo manifestado por la Corte es una prueba incontrovertible del trasfondo que tiene el tema de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, pues trasciende al simple ejercicio de la función pública e involucra la sostenibilidad de la hacienda pública, las garantías constitucionales de los administrados y el cumplimiento de los fines del Estado.

2. Desarrollo legal y jurisprudencial del concepto de responsabilidad patrimonial de los agentes estatales previo a la Constitución de 1991.

Así las cosas, la posibilidad de que la Administración que ha pagado repercuta contra el funcionario responsable, ha existido en nuestra legislación de tiempo atrás, y es considerado un medio para compensar un sistema muy generoso de responsabilidad pública, que protege a la víctima de una gran variedad de daños, sin límite de cuantía. De no promover la acción de regreso, se

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño

dejaría impune al causante personal del hecho, perpetuando así las condiciones que dieron lugar al daño y el subsiguiente gasto público.⁷⁶

Como ya se ha hecho mención, en una primera etapa histórica el Estado no estaba obligado a reparar los daños causados a los particulares, y por tanto no era viable exigirle el reconocimiento de la indemnización correspondiente por sus actuaciones, ya fueran correctas o incorrectas, y en consecuencia, era imposible que este reclamara a sus agentes por esos hechos.

Poco a poco se superaron las tesis que avalaban la irresponsabilidad del Estado y se estableció su obligación de responder ante los administrados por la ocurrencia de daños y perjuicios, basado inicialmente en los criterios del Código Civil de responsabilidad directa e indirecta.

Una vez fue reconocida la obligación del Estado de reparar los daños ocasionados en desarrollo de sus funciones, se consideró que éste era el único llamado a responder por el mismo, es decir, predominaba la idea de la irresponsabilidad del funcionario⁷⁷.

Poco a poco, por medio de diferentes leyes se consagraron los eventos específicos en los cuales era posible exigir responsabilidad patrimonial a los servidores públicos por sus conductas dolosas o gravemente culposas, ya fuera a través de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, aunque su ámbito de aplicación estaba restringido a determinadas materias.

⁷⁶ MARTIN REBOLLO, Luis. La acción de regreso contra los profesionales sanitarios: Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos. En www.ajs.es

⁷⁷ CALLE VERGARA, Beatriz Helena. Op. Cit. pág. 388

La primera de dichas normas fue el Decreto – Ley 150 de 1976⁷⁸, que en el ámbito contractual prescribía la existencia de responsabilidad solidaria del Estado con el contratista (funcionario o ex funcionario) por daños a terceros. En cuanto al llamamiento en garantía éste podía ser efectuado de oficio o a petición del Ministerio Público y para su viabilidad se exigía como elemento subjetivo la culpa grave o el dolo. De otra parte, la víctima podía optar por dirigir la demanda contra la Entidad o el contratista, individual o conjuntamente.

En la práctica, los particulares optaban por demandar de forma solidaria a la Administración y al funcionario responsable. No obstante lo anterior, el Estado respondía por el pago total de la condena y podía repetir contra el funcionario culpable, aunque en sus relaciones internas (Administración - funcionario) se consideraba que el daño era consecuencia de la falta en que había incurrido el agente estatal⁷⁹. En este periodo la repetición contra el funcionario era una práctica poco empleada, pues no se repetía sistemáticamente contra ellos.

Más adelante y siguiendo la misma línea normativa, en el siguiente estatuto contractual, el Decreto 222 de 1983⁸⁰, se mantuvieron los criterios delineados por el Decreto – Ley 150 de 1976, precisando que, en caso de demandarse únicamente a la entidad, el procurador o el juez de oficio podían llamar en garantía al funcionario presuntamente responsable y que, en caso de haber pluralidad de responsables la condena se haría proporcionalmente al grado de culpa o dolo de cada uno de ellos.

⁷⁸ Decreto – Ley 150 de 27 de enero de 1976, “*Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas*”. Publicado en el Diario Oficial No. 34.570 de 11 de junio de 1976 y en el No. 34.492 de 18 de febrero de 1976.

⁷⁹ QUINTERO NAVAS, Gustavo. Op. Cit. Pág. 447.

⁸⁰ Decreto 222 de 02 de febrero de 1983 “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*”. Publicada en el Diario Oficial No. 36.189 de febrero 06 de 1983

Adicionalmente, los perjuicios que estaban cubiertos por esta normativa incluían los irrogados a las entidades, contratistas o terceros, por la celebración de contratos sin el lleno de los requisitos y formalidades legales.

Posteriormente, en el Decreto 01 de 1984⁸¹(Código Contencioso Administrativo) se ratificó la solidaridad existente entre el Estado y el servidor público, la posibilidad de demandar al Estado, al funcionario o a ambos y el derecho que tiene el Estado de repetir contra el agente responsable (en todo caso el encargado de responder ante la víctima por la indemnización era siempre el Estado).

Esta norma representó un gran avance en la materia, ya que amplió el campo de aplicación de este tipo de responsabilidad a todos los funcionarios públicos y a todas las actuaciones⁸².

Asimismo, con el Decreto 01 de 1984 se señalaron por primera vez las características que debía revestir la falla para comprometer la responsabilidad del servidor público, por lo cual solo las conductas dolosas o gravemente culposas podrían dar origen a su obligación de reembolsar el Estado las sumas a las que fue condenado por su actuar defectuoso, en proporción a su grado de responsabilidad dentro de la conducta.

Por otro lado, en lo que toca al procedimiento que debía adelantar el Estado para repetir contra sus funcionarios existía un vacío normativo, el cual debió ser llenado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien estableció que el

⁸¹ Decreto 01 de 02 de enero de 1984. “*Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*”. Publicada en el Diario oficial No. 36.439 de 10 de enero de 1984

⁸² La evolución legislativa precedente está basada en la descrita en la tesis de grado *La acción de repetición y el llamamiento en garantía Ley 678 de 2001* de la doctora Ida María Mestre Ordóñez

procedimiento a seguir era el de la acción de reparación directa, por considerarse que la acción de repetición era una secuela de ésta.⁸³

En este estado de la discusión, es importante mencionar que desde el punto de vista de la jurisprudencia se podrían señalar tres periodos diferentes en cuanto a la imputación del daño y a la exigencia de la prueba del elemento subjetivo:

1. En una primera etapa, para que se pudiera imputar responsabilidad al Estado era necesario demostrar el daño e identificar al agente causante del mismo.
2. A partir de la adopción de la tesis de la *falla del servicio* basado en la “*faute de service*”⁸⁴ francesa, el eje de la responsabilidad pasó de la culpa individual del servidor a la del “*servicio*”⁸⁵, razón por la cual ya no era necesario identificarlo, pues la falla podía ser funcional, orgánica e incluso anónima.

En ésta tesis, para que se hallara responsable al Estado por los perjuicios ocasionados, el agente debía haber realizado la conducta en servicio, es decir, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de él, pues de ser lo contrario sólo comprometía la suya propia.

En estas hipótesis, evidentemente la Administración obró de manera inapropiada, de lo cual no necesariamente se colige que alguien esté llamado a responder ante el Estado por el reembolso de lo pagado, ya que

⁸³ Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente No. AR-001.CP: Daniel Suárez Hernández. Abril de 1994

⁸⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de junio de 1941, MP. José Gómez. G.J. T XCIX, Pág. 87.

⁸⁵ Si bien es cierto, con la adopción de la teoría de la “Falla del servicio” se adoptó un sistema de responsabilidad más acorde con el Derecho Público, también lo es que esta circunstancia no “modificó sustancialmente las soluciones resultantes de la aplicación del derecho privado en cuanto a las relaciones de la administración y sus agentes, pues los principios civilistas siguieron influenciando en gran medida la jurisprudencia. Quintero Navas

para ello debe entrar a investigarse, en primera medida, la identidad del presunto responsable y segundo, determinar si hubo algún tipo de negligencia, descuido o intención en su conducta que pueda calificarse de dolosa o gravemente culposa.

Dado que en los casos de falla del servicio el Estado seguía respondiendo de forma directa ante la víctima, podemos afirmar que las relaciones de la Administración con sus agentes no variaron.

Adicionalmente, la posibilidad de que el Estado repitiera contra el funcionario responsable del daño estaba todavía vigente, no obstante lo anterior, la excepcionalidad del ejercicio de estas acciones hizo pensar a muchos autores que en el orden jurídico colombiano eso no era posible.⁸⁶

3. Finalmente, se reconoció que existen eventos en los cuales ni siquiera es importante buscar responsables o errores en la conducta del Estado y de los agentes para imputarles responsabilidad, pues basados en el *riesgo creado* y en la *solidaridad* (riesgo excepcional, daño especial, etc.) se puede dar origen a la obligación indemnizatoria.

Inclusive en algunos casos el actuar completamente lícito de la Administración puede dar lugar a la obligación de reparar⁸⁷. Sin embargo, en estos casos también es preciso juzgar la conducta del servidor para efectos de determinar si es viable exigirle que responda por el daño infringido por haber procedido con culpa grave o dolo.

⁸⁶ QUINTERO NAVAS, Gustavo. Op. Cit. pág. 449.

⁸⁷ La evolución histórica del derecho colombiano que se describe a continuación está basada en el recuento efectuado por el Dr. Ramiro Saavedra Becerra en su obra "La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública". Pág. 95 a 138 y el del Dr. Ricardo Hoyos Duque en su libro La responsabilidad patrimonial de la administración Pública"

Como último antecedente normativo de esta etapa de la responsabilidad de los agentes estatales tenemos lo consagrado en el Decreto 1333 de 1986⁸⁸ en el cual se consagra la obligación de los municipios de repetir contra los funcionarios responsables de elecciones, nombramientos o remociones ilegales, por el valor de la indemnización reconocida, siempre y cuando la actuación causante de ésta fuera constitutiva de una violación de la ley manifiesta u ostensible.

Podemos concluir que este desarrollo legislativo y jurisprudencial ha sido producto del reconocimiento de la necesidad de disciplinar la conducta de los servidores públicos y de evitar el injusto desmedro del erario público, a pesar de lo cual, debemos reconocer que esos ingentes esfuerzos por hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos, hasta ese momento, fue muy débil y escasa⁸⁹ obteniendo resultados muy pobres que llevaron a proponer cambios sustanciales en su concepción.

No es extraño pues, que con miras a cumplir las finalidades de la responsabilidad patrimonial la Constituyente considerara conveniente elevar a rango constitucional los conceptos de: Responsabilidad Patrimonial del Estado y de sus funcionarios.

3. *Artículo 90 CP: elevación a rango constitucional*

Como se acaba de mencionar, y se puede establecer de los actos preparatorios de la Asamblea Nacional Constituyente, el objetivo que se pretendía cumplir con la consagración de la obligación de repetir contra el agente público responsable de la causación de daños era establecer un régimen de

⁸⁸ Decreto 1333 de 25 de abril de 1986, "Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal". Publicado en el Diario Oficial 37466 de 14 de mayo de 1986. Artículo 297: "Los municipios repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa. Las violaciones de la ley, para estos efectos deben haber sido manifiestas u ostensibles conforme a la respectiva decisión de la autoridad judicial"

⁸⁹BUITRAGO VALENCIA, Susana. *Acción de repetición*. Cúcuta: Ediciones Lyto impresos S.A., 2002, pág.15.

responsabilidad que permitiera al Estado atacar real y eficazmente la corrupción, proteger el erario público contra el actuar incorrecto de sus funcionarios y garantizar a los administrados una adecuada reparación de los daños ocasionados por el ejercicio de los servicios y funciones públicas, principalmente por el error judicial y la administración de justicia.⁹⁰

Aunque inicialmente se propuso por parte de los constituyentes instaurar un régimen de responsabilidad patrimonial objetiva,⁹¹ para los casos en los que servidores públicos causaran con su actuar perjuicios a los administrados (sólo era necesario el requisito de imputabilidad del daño al agente, temporal, espacial o instrumentalmente), este criterio no fue acogido.

En razón a lo anterior, se decidió fijar como requisito subjetivo para la procedencia de la acción de repetición la existencia de *dolo o culpa grave* en el actuar del agente presuntamente responsable, idea que fue aceptada y por tanto quedó plasmada en la Constitución y posteriormente fue desarrollada por la Ley 678 de 2.001,⁹² siendo descartadas otras opciones igualmente radicales⁹³.

Producto de las deliberaciones de la Asamblea, y como hecho significativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se consagró por primera vez y de forma expresa en la Constitución Política de 1.991 el principio de “*responsabilidad del Estado*”, en el cual se establece que responderá patrimonialmente por el daño

⁹⁰ Gaceta Constitucional No. 27, martes 26 de marzo de 1991, pág. 3

⁹¹ Dicha opción no fue acogida debido a que se advirtieron los eventuales efectos nocivos que tendría este hecho sobre la hacienda pública y la función pública, causados principalmente por el sinnúmero de demandas que se entablarían contra el Estado y por la parálisis que provocaría el hecho de que los funcionarios tuvieran el temor constante de ser investigados y condenados por cualquier hecho dañoso.

⁹² CALLE VERGARA, Beatriz Helena. Elementos esenciales de la acción de repetición, pág. 25-26

⁹³ Un ejemplo de ello fue la propuesta presentada por el Doctor Miguel Santamaría Dávila quien abogaba por una responsabilidad imprescriptible y directa del funcionario, propuesta que no fue considerada dado el evidente vicio de constitucionalidad que constituía el hecho de no establecer límites temporales para la iniciación de la acción de repetición y adicionalmente porque no representaba una garantía de reparación para la víctima. Ibídem pág. 25

antijurídico que cause a los administrados, tanto por acción como por omisión de sus agentes (responsabilidad institucional)⁹⁴.

Mas no se trató sólo de eso, pues para efectos de nuestro estudio es importante resaltar que, en el inciso dos del artículo 90 de la nueva Carta Política se estableció el *imperativo* para las entidades públicas de entablar las acciones correspondientes para obtener el reembolso de los dineros que tuvo que pagar el Estado por motivo del daño (ahora cualificado como *antijurídico*) causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes, para lo cual introdujo una serie de requisitos de procedencia, los cuales son:

- Existencia de sentencia en firme o conciliación en la cual se condene por responsabilidad patrimonial del Estado y
- El pago íntegro de la condena (inicia caducidad de dos años)

Adicionalmente, en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos también se precisó que⁹⁵:

⁹⁴ Artículo 90: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u 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"

⁹⁵BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. Responsabilidad patrimonial del legislador. pág. 76. En cuanto a la responsabilidad del Estado se puede señalar como avances efecto del Artículo 90 CP los siguientes: a) Se establecieron como requisitos para la declaración de responsabilidad del Estado: existencia de un daño antijurídico, de un título jurídico de imputación y de un nexo causal. B) La adopción del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad del Estado. C) Se definió dicho artículo como "*cláusula general de responsabilidad del Estado*" (precontractual, contractual y extracontractual). Dichos criterios se han reproducido en normas legales posteriores como Artículo 54 Ley 80 de 28 de octubre de 1993, "*por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*", publicada en el Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993; Artículo 72 Ley 270 de 07 de marzo de 1996, *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia* publicada en el Diario Oficial No. 42.745 de 15 de marzo de 1996; Ley 288 de 05 de julio de 1996 "*Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos*", publicada en el Diario oficial No. 42.826 del 09 de julio de 1996; Artículo 86 Ley 446 de 07 de julio 1998, "*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*", Diario Oficial No. 43.335 de 08 de julio de 1998 y ley 489 de 29 de diciembre de 1998, "*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la*

- La cobertura del concepto de responsabilidad del Estado es absoluta, es decir, se extiende a todos sus agentes (incluyendo Rama Judicial y Fuerzas Armadas).
- Esta norma constituye el fundamento directo de la obligación de repetir (superándose así la etapa de legislación dispersa)⁹⁶.
- No existe responsabilidad solidaria entre la Entidad y el funcionario, pues este último no puede ser considerado como una persona diferente de la primera, es simplemente su representante.
- El origen del daño puede provenir tanto de acciones como de omisiones.

Según algunos doctrinantes, la existencia de normas específicas que regulen la relación de la Administración con sus agentes, y que prescriban la obligación de éste de repetir contra aquel, no han influido en la efectividad de estas acciones o en el aumento en su ejercicio⁹⁷

4. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: Ley 1437 de 2011.*

Recientemente el panorama normativo de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado cambió, producto de la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dentro de las innovaciones presentadas en esta norma, se encuentra el hecho de que se señalan dentro de las acciones que sirven como medio de control de la Administración, las relativas a la “repetición” (artículo 142) o mecanismos

Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, publicada en el Diario Oficial No. 43.464 de 30 de diciembre de 1998.

⁹⁶ "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en Gaceta Constitucional No 112, 3 de julio de 1991, págs. 7 y 8.

⁹⁷ QUINTERO NAVAS, Gustavo. Op. Cit. pág. 450

jurídicos para exigir responsabilidad patrimonial de los servidores, ex servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas.

La norma en mención, indica específicamente que la repetición se puede adelantar únicamente mediante la acción autónoma de repetición o mediante el llamamiento en garantía.

Sin embargo, es de aclarar que al hacer mención al *“llamamiento en garantía”*, en realidad se refiere al *“llamamiento en garantía con fines de repetición”* consagrado en el Ley 678 de 2.001, dado que expresamente en el artículo 225 de ese Código se señala que para efectos de repetición de lo pagado por concepto de condenas patrimoniales contra el Estado, se debe acudir a la regulación específica de la materia descrita en la Ley 678 de 2.001.

Así las cosas, esta norma permite confirmar el hecho de que dentro del sistema jurídico colombiano se reconoce que el llamamiento en garantía con fines de repetición constituye un régimen especial de vinculación de terceros calificados al proceso, diferente al llamamiento en garantía tradicional consagrado en el ahora Código General del Proceso (Ley 1564 de 2.012) o en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, circunstancia que será explicada en detalle más adelante.

De otra parte, si bien en el artículo 140 de esta disposición no se incluyó, como si lo hacía el artículo 78 del Decreto 01 de 1.984, la posibilidad de que el demandante en las acciones de reparación directa pudiera demandar de forma conjunta o autónoma al Estado y al presunto agente responsable, según su elección, el texto del artículo no prohíbe expresamente dicha opción, lo cual daría a entender que la posibilidad de que el demandante lo haga no está vetada.

En favor de esta interpretación, se encuentra el hecho de que desde el punto de vista jurídico el acto de demanda es un acto dispositivo, emanado del demandante, quien es la persona que decide a quienes desea vincular como partes al proceso para que respondan por el daño irrogado, decisión que no afecta en absoluto el hecho de que será el Estado quien responda directamente por la indemnización en caso de ser hallado responsable su agente, en virtud de la responsabilidad institucional vigente en el Derecho Colombiano.

Aun cuando existiría la posibilidad de que el actor escogiera demandar directa y exclusivamente al funcionario público, realmente ese evento no es frecuente (salvo que la conducta sea constitutiva de un delito), como lo ha demostrado el uso de esa opción en vigencia de la normativa anterior, toda vez que es bien conocido que la capacidad de pago del Estado frente a la de cualquiera de sus agentes es exponencialmente superior y por tanto los particulares optan por demandar al Estado de forma principal y preferente.

Por lo anterior, desde la perspectiva práctica, la elección en la generalidad de los casos es demandar a la entidad pública y solo eventualmente al agente público, conjunta o solidariamente con el Estado, probablemente con el fin de facilitar la prueba del nexo causal entre el daño y la conducta estatal.

Igualmente, a pesar de que se demande únicamente al funcionario y no a la entidad pública ante la jurisdicción ordinaria, lo más probable es que el juez de la causa, al revisar los hechos de la demanda concluya que es indispensable vincular a la entidad pública al proceso y de esta forma subsanar las deficiencias de la demanda, remitiéndola a la jurisdicción contenciosa, que es la competente para conocer del tema en virtud del fuero de atracción descrito en la ley (artículo 165).

De otra parte, de ser encontrados responsables del daño tanto un particular como el Estado, el juez deberá señalar en la sentencia la proporción en la cual cada uno de ellos deberá responder, según su participación en la conducta causante del daño (artículo 140).

Finalmente, otra situación que se vio modificada con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es el hecho de que la vinculación del servidor, ex servidor o particular que ejerce funciones públicas puede ser hecha de oficio por parte del juez de conocimiento cuando considere que éste tiene un interés directo en el resultado del proceso (artículo 171 numeral 3), situación que no estaba contemplada en la Ley 678 de 2.001.

5. Concepto de servidor público

Como se manifestó al principio de esta sección, la responsabilidad de los agentes estatales también se ha visto afectada a lo largo de los años por la transformación del concepto de servidor público, el cual en una época abarcaba únicamente a los empleados públicos y a los trabajadores estatales y actualmente cobija incluso a los particulares que ejercen función pública.

Consecuencia de lo anterior, los posibles ámbitos de responsabilidad del Estado se extienden a espacios que antes era impensables, aumentando de esta forma significativamente las posibilidades de ser llamado a responder por los daños causados a los particulares.

Por efecto de la promulgación de la Constitución Política de 1.991, dicho espectro se amplió a:

1. Miembros de corporaciones públicas de elección popular.

2. Empleados y trabajadores del Estado y de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
3. Particulares que ejerzan función pública.

Sin embargo, la evolución del concepto no se detuvo allí, el Código Penal de 2.000 adicionó a este grupo a los siguientes sujetos:

1. Quienes administren recursos fiscales o parafiscales.
2. Miembros de la fuerza pública.
3. Funcionarios y trabajadores del Banco de la República.
4. Funcionarios y trabajadores de la Comisión Nacional Ciudadana de lucha contra la corrupción.

Finalmente, para cerrar el grupo de individuos que conforme la ley son servidores públicos, la Ley 80 de 1.993 en artículo 56 señaló que, hacían parte de ese listado los contratistas, interventores, consultores y asesores.

Sin embargo, en el caso de los particulares que ejercen función pública ésta calificación no es absoluta ni automática, sino que debe ser evaluada en cada caso en particular, conforme los criterios establecidos por la Corte Constitucional.

Al respecto, dicha Corporación ha manifestado lo siguiente:

“La noción de servidor público establecida en la Carta tiene en este sentido una connotación finalista y no puramente nominal. (...)

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

(...) *Esto “significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos”.*

En el mismo sentido la Corte ha señalado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que pueden enunciarse:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

(...)Se busca de esta manera, por razones de eficiencia administrativa, el traslado de las competencias y funciones estatales hacia los beneficiarios del servicio y el acceso a su ejecución de personas que posean medios técnicos o especiales conocimientos en la gestión empresarial. (...)

b) La previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga”. (...)

c) Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de los órganos y entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades (...)

Ahora bien, como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos; sin embargo, es apenas evidente que el ejercicio de dichas funciones públicas implica un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad.”⁹⁸

Lo anterior permite concluir que para efectos de establecer quién es servidor público se debe acudir a un criterio material y no nominal, y en el caso de los particulares estos, para efectos de ser considerados dentro de esta categoría deber estar desarrollando una función que sea esencial de la Entidad correspondiente, ya sea dentro del marco de una ley o como función delegada⁹⁹.

6. Responsabilidad del contratista

Como se ha venido señalando, el estatuto contractual ha incluido a los contratistas, asesores, interventores y consultores como parte del grupo de servidores públicos y como tales pueden dar origen a la obligación del Estado de reparar los daños ocasionados a los particulares.

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 233 de 4 de abril de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la Administración Pública, Bogotá D.C., Editorial Universidad del Rosario, 2008.

Sin embargo, este tipo de responsabilidad no es igual al del resto de los agentes del Estado, toda vez que tiene una connotación particular que se manifiesta en la existencia de solidaridad en los supuestos de hecho de delegación, entre delegante y delegado¹⁰⁰ y de sobrecostos o irregularidades en la contratación entre el contratista, entre el representante legal de la Entidad y demás sujetos que intervengan en el detrimento patrimonial¹⁰¹

Este régimen especial de responsabilidad patrimonial está plenamente avalado por la Corte Constitucional quien consideró que esta determinación se encuentra enmarcada dentro de los límites de la libertad de configuración legislativa establecida en el artículo 150 de la Constitución Política¹⁰².

Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha regulación respeta los principios de proporcionalidad y razonabilidad y el núcleo esencial de las garantías y principios constitucionales, asegurando a la vez la realización efectiva de los postulados de responsabilidad fijados por la Constitución Política.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que la responsabilidad de los contratistas no implica el desconociendo de su condición de particulares, sino que constituye el reconocimiento de la responsabilidad adquirida como colaboradores del Estado en el cumplimiento de los fines esenciales de este.¹⁰³

¹⁰⁰ El párrafo 4 del artículo 2 de la ley 678 de 2001 y el párrafo del artículo 12 de la ley 489 de 1998, disponen: “en materia contractual el acto de delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto al delegatario”

¹⁰¹ Los artículos 40 y 55 parcial de la Ley 472 de 1998 disponen: “para todos los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderán patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz.

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1998, MP: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

7. *Privilegios de los agentes del Estado respecto de los particulares en el ámbito de la responsabilidad patrimonial*

Si bien es cierto en el ámbito privado los dependientes o trabajadores de una persona jurídica pueden verse obligados a responder patrimonialmente por los daños que ocasionen en ejercicio o con ocasión de sus funciones, también lo es que materialmente existen diferencias significativas en el tratamiento de la responsabilidad en estos dos casos.

Esto anterior, toda vez que en el terreno público los funcionarios gozan de dos importantes privilegios, que se manifiestan en lo siguiente:

1. Solo responden por daños causados con culpa grave o dolo, por lo cual el agente que actuó de manera irregular pero con un grado de culpa leve o levísima tiene la completa seguridad que no va a ser llamado a reintegrar las sumas que el Estado se vio condenado a pagar.
2. Responden de forma subsidiaria y según su grado de participación en los hechos, por lo cual tienen la garantía de no ser obligados a pagar de forma directa las sumas señaladas por el juez administrativo ni pueden ser perseguidos directamente por la víctima, sino solamente por parte del Estado y una vez se haya solucionado el pago total de la condena.

Aun cuando los servidores públicos gozan de estas prerrogativas, no están eximidos de la obligación de responder por sus conductas creadoras de eventos dañosos, dado que se ha verificado que si sobre el funcionario no pesa la amenaza de responder con su patrimonio por los daños causados imprudentemente, éste carecerá de incentivos adecuados para actuar con el nivel óptimo de cuidado en el desarrollo de sus funciones.

Por lo anterior, podemos afirmar que con los mecanismos de repetición se busca garantizar a la vez la indemnización del daño a las víctimas, toda vez que es la Administración quien responde ante ellos de forma directa, y proteger al funcionario y a su patrimonio de la acción de los particulares, porque solo responde en caso de que se compruebe que su conducta fue dolosa o gravemente culposa.

Es de aclarar que, con base en el actual sistema de responsabilidad patrimonial el agente estatal responde patrimonialmente en tres casos:

1. Cuando el daño se derive de una relación estrictamente privada y ajena por completo al servicio. En esos eventos se trata de una actividad absolutamente desconectada y ajena a la Administración, por lo cual no es viable su imputación al Estado, toda vez que la actividad del funcionario está absolutamente desvinculada del ejercicio de su cargo (no hay vínculo de ningún tipo, ni instrumental, ni temporal ni espacial).
2. Cuando el daño se haya producido mediando la comisión de un delito y exista una conducta penal que conlleve la condena civil. Al producirse el daño por la actividad delictiva de una autoridad o funcionario, este debe ser procesado y condenado a la reparación mediante la acción civil dentro del proceso penal.
3. Cuando la Administración haya pagado al dañado y ejerza contra el agente la acción de regreso o le cobre lo señalado en la providencia que declaró la responsabilidad de la Administración y del llamado en garantía. Es la exigencia de responsabilidad personal al funcionario causante del daño por parte del Estado cuando ha pagado a la víctima en vía judicial.

Esta última opción es la que entraremos a definir en los siguientes capítulos, principalmente dirigido a establecer que la indefinición del régimen de responsabilidad del Estado y la inercia administrativa, pero principalmente la nueva configuración legal (estructura) y jurisprudencial de estos mecanismos de repetición ha contribuido a obstaculizar la consecución de los fines demarcados por el Constituyente.

CAPÍTULO II

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Teniendo en cuenta que el llamamiento en garantía con fines de repetición, objeto central de nuestro estudio, es una modalidad de vinculación de terceros al proceso, en este caso, de terceros calificados como lo son los servidores o ex servidores públicos y particulares que ejercen función pública, y cuya aplicación se limita a los eventos de responsabilidad patrimonial, es necesario hacer mención del llamamiento en garantía consagrado en el Código de Procedimiento Civil, y ahora en el Código General del Proceso, como figura procesal que le ha servido de precedente, con el fin de establecer cuál es el sentido original de estas disposiciones y su alcance.

Lo anterior, en atención a que si bien el llamamiento en garantía y el llamamiento en garantía con fines de repetición, son figuras procesales emparentadas, el legislador optó por darle a esta última unas características y regulación especiales que la diferenciaron de la figura originaria, con el fin de favorecer la consecución de la finalidad específica para el cual fue diseñada, que es el obtener el reembolso de lo pagado por concepto de los daños causados por los agentes públicos, con culpa grave o dolo.

A este propósito debemos distinguir en primera medida, los conceptos de parte procesal y tercero, toda vez que las características y efectos que presenta cada posición son diametralmente opuestos y traen consecuencias jurídicas particulares.

Igualmente, estudiaremos cómo la conformación primigenia de las partes puede verse afectada, principalmente por la intervención forzada o voluntaria de terceros en el litigio y los efectos jurídicos de esta participación.

Posteriormente, veremos cuáles son las normas tanto del procedimiento civil como del administrativo colombiano que permitieron dar aplicación a la figura del llamamiento en garantía como instrumento para ejercer la responsabilidad patrimonial contra los agentes del Estado previo a la expedición de la Ley 678 de 2.001.

De otra parte, también haremos un breve recuento de las características de la acción de repetición como el mecanismo jurídico que se encuentra aparejado con el llamamiento en garantía con fines de para exigir la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado.

SECCIÓN PRIMERA

LLAMAMIENTO EN GARANTIA Y VINCULACIÓN DE TERCEROS AL PROCESO

1. Concepto de parte procesal

En primera medida, conforme lo tiene establecido la doctrina, el concepto formal de *parte* se refiere tanto a quién pretende protección jurídica por parte de

los tribunales como contra quién se pretende protección jurídica, dicha posición es determinada o fijada por el acto de demanda¹⁰⁴.

Así las cosas, por regla general el proceso se desenvuelve entre dos sujetos que se encuentran en contienda, lo cual está definido como “*sistema de dos partes*”, aun cuando cada parte puede estar compuesta por una pluralidad de personas, es decir, se refiere a un concepto jurídico y no físico.

En la actualidad, está perfectamente superada la tesis que vinculaba la posición jurídica de parte con la existencia o titularidad de un derecho subjetivo que se quisiera hacer valer contra otra persona.

Sin embargo, si bien esa circunstancia es indiferente para establecer quiénes serán las partes en contienda, sí es relevante para juzgar la admisibilidad o fundabilidad de la demanda impetrada.

Igualmente, si al actor realmente le corresponde o no el derecho y si justamente existe contra el demandado la reclamación no es importante para efectos de determinar su posición dentro del proceso, porque ese será precisamente el objeto del proceso.

En otra época se había señalado que el concepto material de parte correspondía a quienes eran sujetos de la relación jurídico - conflictiva, pero este concepto no es del todo cierto, dado que ello implicaría que, por ejemplo, el demandante no pudiera ceder su posición procesal o su pretensión y que alguien diferente a él continuara con el proceso, lo cual está plenamente permitido y avalado por las normas de Derecho Procesal moderno.

¹⁰⁴ LEIBLE, Stefan. Proceso civil alemán. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1998, pág. 81.

Si bien como hemos señalado, el actor en el escrito de demanda debe formular claramente quienes son las partes en contienda, una designación inexacta o incompleta de estas puede ser subsanada en cualquier estado del proceso, en tanto sea conservada la identidad de parte, con el fin de no dictar decisiones inhibitorias o susceptibles de nulidad.

2. *Modificación de la conformación de las partes*

Dentro del curso del proceso se pueden presentar dos fenómenos que transformen la conformación de partes inicialmente establecida: el cambio y la adhesión de parte.

La primera de esas modificaciones tiene lugar cuando una persona ocupa la posición del primitivo demandante o demandado. La segunda ocurre cuando se agrega al proceso, del lado del demandante o del demandado, nuevas personas como litisconsortes.

2.1. *Cambio de parte*

Así las cosas, el cambio de parte puede producirse durante el proceso con base en la ley o en el acuerdo de voluntades.

El cambio legal de parte usualmente sucede en caso de muerte de una de las partes originales o de sucesión jurídica universal. El sucesor legal ingresa al proceso de forma automática y lo toma en el estado en que se encuentre.

De otra parte, cuando hay cambio de parte por acuerdo de voluntades, como por ejemplo, venta de derechos litigiosos, también se recibe el proceso en el estado en el que esté, pero debe haber una expresa asunción del proceso por el sucesor.

Otra hipótesis que se puede dar consiste en un cambio voluntario de parte cuando se detecta que no se demandó a la parte legitimada o se demandó de forma errónea, hecho que da lugar a la declaratoria de nulidad de lo actuado o si se efectúa en una etapa temprana del proceso se puede suspender el trámite y vincularlo en debida forma para que ejerza su derecho de defensa y se regularice la situación.

2.2. Adhesión de parte

En los eventos de adhesión de parte, como su nombre lo indica, se modifica la conformación de ésta al ingresar otro demandante o demandado en el proceso, con lo cual se constituye un litisconsorcio, situación que cambia la relación jurídico - procesal existente hasta ese momento.

Es de señalar que en todo caso, para que se dé ese ingreso el litisconsorte debe contar con capacidad procesal para actuar, es decir, capacidad para conducir un proceso por sí o por un representante designado por él y realizar actos procesales, toda vez que este es un presupuesto procesal.

3. Los terceros en la controversia

En oposición a lo señalado respecto de las partes, en cada momento del proceso se consideran como terceros a quienes no tengan la calidad de parte (en sentido jurídico y no físico), sin embargo, como veremos a continuación, ésta posición puede variar por efecto de las diferentes modalidades de intervención de terceros.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, en el sistema de dos partes que rige el proceso civil, solamente adquieren esa calidad el demandante y el

demandado, singular o plural¹⁰⁵, los demás individuos son considerados como terceros.

Sin embargo, ese principio no es absoluto y tiene algunas excepciones que se fundamentan en el hecho de que terceros tengan un interés jurídico legítimo en las resueltas del proceso, con lo que se agregan a la controversia de forma voluntaria o forzosa.

3.1. Clases de terceros

Impera precisar que hay diferentes tipos de terceros según la situación jurídica en que se encuentren respecto de la relación procesal debatida¹⁰⁶ por lo cual podemos afirmar que desde el punto de vista procesal, la clasificación de terceros es la siguiente:

- Terceros con interés en el proceso o totalmente ajenos a él.
- Terceros principales o accesorios y secundarios.
- Terceros cuya intervención es necesaria y no necesaria.
- Terceros cuya intervención es voluntaria o forzada.
- Terceros con interés personal, familiar o social en el proceso¹⁰⁷.

3.1.1. De acuerdo con su interés en el proceso

Teniendo en cuenta la primera clasificación, de una parte, hay terceros tanto desde el punto de vista procesal como material, a quienes no les incumbe en absoluto el objeto de la litis (sin interés jurídico), y de otra, tenemos a quienes por el contrario son sujetos en la relación jurídica o del interés objeto del proceso,

¹⁰⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 331 y ss.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 332

como pretendientes o afectados con la pretensión y siendo partes en sentido material o sustancial, no lo son del proceso¹⁰⁸ (terceros con interés jurídico).

3.1.2. De acuerdo con su autonomía e independencia en la participación

En cuanto a la segunda clasificación se refiere, son consideradas como intervenciones principales la litisconsorcial y la tercerista o ad excludendum y secundaria la adhesiva o coadyuvante.

La intervención ad excludendum o tercerista es principal, autónoma y opuesta respecto de los intereses de las partes, por lo cual sus actuaciones procesales son independientes a las de las partes primigenias y controvierten tanto el derecho de la parte demandante como el de la demandada.

De otra parte, en la intervención litisconsorcial el tercero pretende un derecho propio vinculado al proceso o simplemente interviene para que respecto de él se emita una decisión en la sentencia.

Dado que su derecho está vinculado con el de una de las partes en el proceso, por conexidad jurídica, aunque su situación jurídica es autónoma e independiente, su posición no es de oposición sino de concordancia con los intereses de la parte a la que se une.

En cuanto a los terceros intervinientes secundarios o coadyuvantes (adhesivos) tenemos que son terceros que no reclaman en pos de un derecho propio sino que tienen un interés en la suerte del proceso respecto de una de las partes, por lo cual su concurrencia está dada exclusivamente para ayudar en el

¹⁰⁸ También habría que señalar puede haber sujetos que siendo partes procesales son terceros respecto del derecho sustancial que se discute, como serían los sujetos que adquieren derechos litigiosos.

debate procesal a la parte respectiva, y son secundarios dado que su situación procesal depende del de la parte coadyuvada.

3.1.3. De acuerdo con la necesidad de su participación

La necesidad de la intervención de los terceros, se refiere a los eventos en los cuales la participación dentro del proceso del tercero es indispensable para que se pueda emitir una decisión de fondo o no. En los casos en que se convoca al tercero para que participe y no lo hace y esta no es necesaria para proferir la decisión, igualmente se le hacen extensivos los efectos de la sentencia.

3.1.4. De acuerdo a su forma de vinculación al proceso

La cuarta clasificación de terceros, desde el punto de vista procesal, se divide en intervención voluntaria o forzosa. La intervención voluntaria se da cuando se agregan a una parte como coadyuvantes en la controversia otras personas, sin haber sido convocadas por alguna de las partes originarias.

Pero también puede ocurrir, que un tercero sea exhortado o convocado por una parte del proceso a agregarse a este, caso en el cual será una intervención adhesiva forzosa, uno de esos eventos es precisamente, el llamamiento en garantía, que tiene por objeto provocar el efecto de la intervención adhesiva de terceros en el procedimiento.

3.1.5. De acuerdo al tipo de interés que manifiestan

En el último grupo de terceros tenemos los que tienen un interés personal, familiar o social, dado que esta clasificación no requiere de explicación alguna, pues se define por sí misma, es pertinente precisar que en el ordenamiento jurídico nacional ese interés social o público lo ejerce por regla general el

Ministerio Público, quien dentro de los procesos en que participa lo hace como parte principal autónoma en pos de los intereses de la sociedad, sin embargo, no es extraño que su posición jurídica coincida con la de alguna de las partes sin que ello implique que pierda su neutralidad.

Teniendo en cuenta que para efectos de este estudio nos interesa únicamente profundizar en los aspectos procesales relacionados con el llamamiento en garantía, efectuaremos una revisión un poco más exhaustiva de lo pertinente a la intervención adhesiva o coadyuvante, sus características, clasificación y efectos.

4. *La intervención adhesiva*

La intervención adhesiva posibilita a un tercero a participar de una litis pendiente entre otras partes y apoyar a aquella parte, en cuyo triunfo tiene un interés jurídico. El interviniente adhesivo no se convierte en parte por si, tampoco en su representante, sino solamente en su auxiliar, que no actúa en nombre de ellos, sino en nombre propio.

El instrumento jurídico de la intervención adhesiva nació como respuesta a la imposibilidad de que terceros con interés jurídico legítimo pudieran participar en el procedimiento, debido a su careciente posición de parte.

Esta posibilidad de participación de terceros en el proceso era completamente ajena a los conceptos establecidos en el derecho romano antiguo, toda vez que la idea de que sujetos diferentes a las partes del proceso intervinieran en él era inconcebible, por lo cual podemos afirmar que su origen es moderno, principalmente relacionado con el Derecho Germano.

Usualmente, como rezago de ese concepto clásico, el resultado del proceso no incide inmediatamente en su posición jurídica sino muestra efectos *interpartes*. Empero, hay casos en los que el efecto de la decisión producto del proceso puede alcanzar a personas más allá de las que hicieron parte del proceso.

Por lo anterior, al tercero que puede verse afectado por el resultado del proceso se le debe permitir poder influenciar el curso de este y la decisión que se va a emitir con base en el mismo.

El coadyuvante siempre es una parte accesoria o secundaria, pues actúa en apoyo de un derecho ajeno y en un plano subordinado, distinto al de la parte principal. No obstante, puede limitarse a actuar como ayudante de la parte a la que se une o puede suplir la actividad procesal de esta con algunas limitaciones que trataremos más adelante.

La intervención adhesiva (Nebenintervention) puede agregarse al proceso de forma voluntaria o forzada, según sea exhortado o no por una de las partes del proceso a hacerlo.

4.1. Presupuestos de la intervención adhesiva

La doctrina generalmente ha aceptado como presupuestos de esta intervención los siguientes:¹⁰⁹

4.1.1. Existencia de un proceso pendiente

La admisibilidad de una intervención adhesiva presupone, que entre otras dos personas está pendiente una controversia jurídica, personas que constituyen las partes primigenias del proceso, y la participación del tercero se da debido a

¹⁰⁹ ROCCO, citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. pág. 336.

que tiene un interés jurídico en el triunfo de la parte principal apoyada. Esto anterior implica que previo a su vinculación al proceso debe haberse surtido la notificación de la demanda al demandado.

4.1.2. Que el interviniente no esté actuando ya en el proceso como parte o interviniente de otro tipo.

En estos eventos, el coadyuvante o interviniente adhesivo está en relación únicamente con el coadyuvado, lo cual trae como consecuencia que el interviniente adhesivo no puede por sí mismo ser parte, así como tampoco obrar como representante legal de la parte que apoya.

4.1.3. Existencia de un interés jurídico

El fundamento de esta intervención está dado por el hecho de que la posición jurídica del interviniente adhesivo es empeorada por una sentencia desfavorable para la parte por ella apoyada, o es mejorada por una providencia favorable.

En consecuencia, no es suficiente un mero interés económico en el triunfo de la parte apoyada, pues tal interés jurídico esta dado, por los efectos adversos o favorables de la firmeza de la sentencia contra terceros, como por ejemplo en la sucesión jurídica.

Pero un interés jurídico también es fundado, cuando el tercero corre el riesgo, de que la parte por él apoyada pueda iniciarle en caso de su vencimiento una acción de regreso, cualquiera sea su modalidad.

Aun cuando el coadyuvante no es cotitular del derecho en litigio, tiene un cierto grado de legitimación que le permite intervenir y defender la causa que le interesa.

4.1.4. *La vinculación debe darse antes de que la sentencia haya quedado en firme.*

La participación del interviniente adhesivo puede tener lugar desde el instante de la presentación de la demanda hasta antes de que se emita la sentencia de segunda instancia.¹¹⁰

Su vinculación se debe realizar mediante escrito en el que conste la denominación de las partes y de la litis, y la declaración de intervención como una exacta exposición del interés que tiene el interviniente adhesivo en el proceso, junto con las pruebas que lo sustentan.

En el nuevo Código General del Proceso incluso se exige que se cumpla con los mismos requisitos de forma de la demanda (artículos 65¹¹¹ y 82).

4.1.5. *Cumplir los presupuestos procesales*

Finalmente, en el interviniente adhesivo deben estar dados también los presupuestos procesales personales, es decir, capacidad de intervenir como parte, capacidad procesal y de postulación.

4.2. *Características de la intervención adhesiva*

¹¹⁰ En los eventos de intervención litisconsorcial y adhesiva o coadyuvante la oportunidad procesal precluye al momento de emitirse la sentencia de segunda instancia, y en los casos de intervención *ad excludendum* puede proponerse la vinculación antes de que se dicte la sentencia de primera instancia. Al respecto ver DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. pág. 335

¹¹¹ El artículo 65 del Código General del Proceso prescribe: *Requisitos del llamamiento: La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables.*

- El interviniente adhesivo no será parte ni representante de la parte a la cual apoya en el proceso al que adhirió, el solamente es auxiliar de parte (puede considerarse parte secundaria).
- Actúa en nombre propio.
- En su calidad de interviniente puede realizar todos los actos procesales, incluyendo hacer valer medios de ataque y de defensa, presentar hechos, promover pruebas, interponer recursos, etc.
- Sus actos procesales (declaraciones, actos, etc.) no pueden ir en oposición de la parte a la que adhirió, lo cual implica que los actos de la parte tienen preeminencia sobre los de este, haciendo ineficaces los actos opuestos del interviniente adhesivo. Por ello no puede ir contra la voluntad de la parte por él apoyada, así como tampoco revocar su confesión, retirar un recurso por ella presentado y mucho menos retirar la demanda. Lo anterior debido a su posición de parte accesorio o secundaria.
- Si bien puede realizar todo tipo de actuaciones procesales, al interviniente adhesivo no le está permitido hacer disposición material o procesal del derecho en litigio.
- Su participación no puede modificar el objeto del proceso inicial.
- Sus actos se entienden efectuados a favor de la parte que apoya, aun cuando sean a nombre propio y no como representante de ésta.
- Teniendo en cuenta que no tiene la calidad de representante de la parte por él apoyada, sino solamente su auxiliar, resulta que debe incorporarse al

proceso en la situación en la que se encontraba al instante de su ingreso y está vinculado a todos los actos procesales realizados por la parte a la que adhirió antes de ese momento.

- Su ingreso al proceso depende de la aceptación que de la solicitud de vinculación haga el juez y conserva esta calidad mientras no sea revocada o anulada la decisión, recibiendo el proceso en el estado en que se encuentre.
- Si para la parte que él apoya estaban precluidos determinados medios de ataque o de defensa al momento de su vinculación al proceso, entonces tampoco los puede introducir al procedimiento el interviniente adhesivo.

4.3. Efectos de la intervención adhesiva¹¹²

Por una parte, como efectos jurídico – procesales tenemos que el interviniente adhesivo está facultado, como mencionamos en precedencia, para efectuar prácticamente cualquier acto procesal salvo que vaya contra los intereses de la parte a la cual apoya.

Por el otro lado, este tipo de intervención tiene como consecuencia, que al interviniente adhesivo no le serán posibles ciertas afirmaciones en un proceso ulterior contra la parte principal.

El principal efecto de esta intervención, es que el interviniente adhesivo ya no podrá ser oído en un proceso posterior en el que eventualmente se agregue contra la parte principal por el apoyada con determinadas afirmaciones, como por ejemplo, que la controversia jurídica haya sido decidida erróneamente o que la parte por el apoyada se defendió de forma defectuosa.

¹¹² LEIBLE, Stefan. Op. Cit. pág. 452.

Los efectos de la intervención existen por lo demás solamente entre el interviniente adhesivo y la parte principal por él apoyada y sus sucesores legales, pero no en la relación del interviniente adhesivo con la parte contraria del proceso anterior. El efecto de la intervención además solo subsiste en perjuicio del interviniente adhesivo, pero no a su favor y con ello a cargo de la parte principal.¹¹³

Desde el punto de vista jurídico – material, el principal efecto de la intervención es la interrupción de la prescripción.

4.4. Clases de intervención adhesiva en el Derecho Colombiano

Como mencionamos anteriormente, la intervención adhesiva puede ser voluntaria o forzada.

La primera se da cuando se efectúan cierto tipo de emplazamientos a personas con interés en el debate jurídico, como sería el caso de los acreedores en el proceso ejecutivo o los causahabientes en un proceso de sucesión.

No obstante ese llamamiento les da derecho a intervenir dentro del proceso, no por este hecho se convierten en parte en la relación jurídico procesal, sino que es necesario que se formule la solicitud pertinente, dado que son ellos quienes escogen intervenir o no en el proceso y el momento en que van a hacerlo.¹¹⁴

Por el contrario, en los eventos en que la intervención se origina en la citación que al proceso hace el juez de oficio o una de las partes, éste acto por sí solo lo vincula al proceso, aun sin consentirlo. En sentido amplio esta facultad

¹¹³ *Ibíd*em, pág. 455

¹¹⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 342.

corresponde con la *adcitatio* del derecho común, originario del derecho germano, aunque ya no es utilizada en ese ordenamiento jurídico.¹¹⁵

Sin embargo, para efectos de nuestro estudio es únicamente relevante la intervención adhesiva cuando existe citación o llamamiento a la controversia, las cuales dentro de nuestro ordenamiento jurídico se clasificaban, hasta antes de la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2.012)¹¹⁶ en: *denuncia del pleito y llamamiento en garantía*.

4.4.1. Denuncia del pleito

Teniendo en cuenta que esta figura jurídica está casi caduca, toda vez que estará vigente solo hasta el 31 de diciembre de 2.013, haremos una pequeña mención de los elementos que la diferencian del llamamiento en garantía tradicional.

En este tipo de intervención forzosa la parte convocante, dentro de la demanda o del término para contestar¹¹⁷, puede efectuar la solicitud de vinculación del tercero, y la notificación del proceso tiene por finalidad que éste le colabore al llamante a formular su defensa.

¹¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, pág. 297

¹¹⁶ La doctrina generalmente aceptada contempla 4 formas de intervención forzada de terceros: a) Llamamiento en garantía, b) Denuncia del pleito, c) Laudatio o nominatio auctoris (llamamiento de poseedor o tenedor) y d) llamamiento del tercero pretendiente. Este último no existe en nuestro ordenamiento jurídico. Es de señalar que el llamamiento que haga el juez de oficio o alguna de las partes con el fin de conformar el litisconsorcio necesario no pueden considerarse como intervención forzada de terceros toda vez que, de ser aceptada, adquieren desde el inicio la calidad de parte demandante o demandada y no de tercero interviniente, aun cuando no concurren al proceso. Adicionalmente, en cuanto al denominado *llamamiento ex officio* que pudiere hacer el juez de la causa, tampoco puede considerarse en sí una intervención adhesiva forzosa toda vez que la finalidad de este llamamiento es que las personas que eventualmente se puedan ver afectadas con la colusión de las partes puedan hacer valer sus derechos dentro del proceso, figura que difiere sustancialmente de la finalidad y efectos de la intervención adhesiva. Al respecto ver DEVIS ECHANDIA, Hernando, Op. Cit. pág. 342.

¹¹⁷ A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Alemán, donde es posible citar a la controversia al tercero hasta antes de que quede en firma la sentencia, en el Derecho Colombiano su vinculación necesariamente se debía dar antes de la apertura del proceso a pruebas, con el fin de permitirle al tercero ejercer de forma adecuada su derecho a la defensa y al debido proceso.

Esta vinculación implica únicamente una pretensión de defensa, es decir, no existe una eventual pretensión resarcitoria en su contra si la parte convocante es condenada.¹¹⁸

En el Derecho Italiano se establece que el tercero al que se le denuncia el pleito además de intervenir en la causa puede incluso reemplazar a la parte convocante y asumir directamente el pleito.

En Colombia el tratamiento es diferente, si el denunciado comparece al proceso adquiere la calidad de litisconsorte del denunciante y tiene sus mismas facultades, pero no tiene la virtualidad de reemplazarlo en el proceso, pues su función es colaborar en la defensa del proceso únicamente.

Desde el punto de vista procesal, la denuncia del pleito tiene las siguientes características:

- Su proposición solo es posible en la demanda o dentro del término para contestar.
- Puede ser formulado por la parte demandante, por los demandados o por el denunciado en el pleito. Este último caso significa que puede haber una cadena sucesiva de denuncias y que no necesariamente debe hacerse de forma consecutiva sino a cualquiera de los responsables a elección del denunciante.¹¹⁹

¹¹⁸ Conforme lo ha establecido la jurisprudencia, su origen es únicamente legal, por lo cual la denuncia del pleito era procedente siempre y cuando existiera una ley sustancial que lo facultara. Al respecto ver Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 29 de junio de 2000, CP: María Helena Giraldo, Expediente: 1746.

¹¹⁹ La doctrina señala que la denuncia del pleito puede ser de 3 clases: Inmediata: en los eventos en que se denuncia el pleito a quien dio garantía directamente al denunciante; sucesiva: cuando el denunciado le denuncia el pleito a otro y así sucesivamente y per saltum: no se hace la denuncia al inmediato garante sino a otra persona dentro de la cadena de garantes. Al respecto ver PARRA QUIJANO, Jairo, Op. Cit. pág. 164

- La forma de presentarlo es mediante escrito separado de la demanda o contestación y en tantas copias como denunciadas había.
- Para que la citación al proceso sea válida es necesario que el tercero cumpla con los presupuestos procesales generales.
- Dado que la denuncia del pleito es un acto procesal, debe reunir los requisitos señalados en la ley para su validez y eficacia.
- Para que los efectos de la sentencia puedan extenderse al denunciado es necesario que su citación se haga de forma oportuna, es decir, dentro del término de suspensión del proceso señalado por el juez para notificarlo (90 días máximo), de lo contrario no se puede convertir en parte, y de comparecer con posterioridad puede oponer la no citación oportuna al proceso.
- El denunciante tiene la carga procesal de asumir los gastos de la citación.
- Su eficacia se da a partir de su notificación al tercero.

El tercero a quien se le denuncia el pleito puede optar por una de dos conductas: comparecer o no comparecer al proceso a colaborar en la defensa del denunciante, sin embargo, como ya hemos señalado este no es el hecho que define si los efectos de la sentencia lo cobijaban o no (incluyendo el efecto de cosa juzgada), es su citación oportuna lo que lo vincula a esos efectos.

4.4.2. Llamamiento en garantía

Este tipo de intervención forzosa de terceros tiene origen en una obligación de garantía nacida de la ley o del contrato, consistente en exigir el pago de una indemnización de perjuicios o el reembolso total o parcial de las sumas a que llegare a ser condenado el llamante en la sentencia.

Según Micheli la razón de ser de esta figura procesal es que “(...) *cada parte puede llamar al proceso a un tercero por el cual pretende estar garantizado con el llamamiento en garantía, la parte propone frente al garante así llamado en causa, una demanda (anticipada y condicionada a que sea acogida la pretensión de una parte respecto de la otra, esto es, de la garantizada) mediante la cual se hace valer una acción de repetición frente al garante*”¹²⁰

En razón de esta vinculación el tercero se hace parte dentro del proceso, pudiendo intervenir plenamente dentro de este con todas las facultades, obligaciones y cargas correspondientes a esa calidad (contestar, pedir pruebas, alegar de conclusión, etc.)

El elemento diferenciador de esta figura respecto de la denuncia del pleito era que la comunicación del pleito al tercero lo vinculaba como parte procesal y además, su pretensión no era solamente de defensa de los intereses de la parte que lo vinculaba sino que consistía en una proposición anticipada de acción de regreso en caso que el llamante fuera condenado¹²¹.

¹²⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. pág. 194

¹²¹ Al respecto el Consejo de Estado en el auto de 29 de junio de 2000, proferido por la Sección Tercera, CP: María Helena Giraldo precisó: “El objeto que persigue la denuncia frente al tercero es facilitar su intervención en el proceso y frente al denunciante perseguir que aquel le ayude en su defensa. Por otra parte, la figura procesal de intervención forzosa de terceros de llamamiento en garantía, tiene como finalidad que el tercero se convierta en parte en el litigio que se le llama y pueda no solo auxiliar a quien lo llamó sino ejercer su defensa con relación a un compromiso legal o contractual”

En suma, este mecanismo permite adicionar una nueva pretensión a definir dentro del pleito, la del llamante contra el llamado, realizando así el principio de economía procesal y evitando fallos contradictorios.¹²²

Si bien el llamamiento en garantía es una creación normativa moderna, cuyo origen data del Derecho Alemán, en la actualidad se encuentra desaparecida de ese ordenamiento jurídico toda vez que, desde el punto de vista de la conveniencia, consideran que es preferible debatir lo referente a la acción de regreso en un proceso posterior que permita ventilar de una manera más amplia la responsabilidad del tercero.¹²³

La oportunidad con la que cuenta el demandado para citarlo es el del traslado de la demanda, es decir, el término para contestar. Bajo la legislación anterior, contenida en el Código de Procedimiento Civil, el llamante debía aportar prueba siquiera sumaria de su derecho a formular el llamamiento y de la existencia y representación legal en el caso de personas jurídicas. El Código General del Proceso eliminó el primero de estos requisitos.

Así las cosas, en el proceso se definen dos relaciones jurídicas diferentes la del demandante – demandando y la del llamante - llamado, sin embargo, el examen de la segunda pretensión está condicionado a las resueltas de la primera, al éxito de la demanda. De esta manera, si el demandado es condenado, el llamado en garantía puede verse compelido a resarcir el perjuicio o efectuar un pago, según sea el caso.

Teniendo en cuenta que el llamado en garantía adquiere la calidad de parte (aunque secundaria), dentro de sus potestades está el de poder impugnar la

¹²² PARRA QUIJANO, Op. Cit. pág. 153

¹²³ *Ibíd*em

decisión condenatoria de forma independiente al demandado, así éste no lo consienta o guarde silencio, toda vez que le asiste un interés jurídico propio.

Si bien es cierto, el juez puede optar por condenar a la parte demandada y reconocerle el derecho a repetir contra el llamado en garantía, también es completamente viable que en la sentencia condene directamente al llamado en garantía pero de forma solidaria con el demandado manteniendo el derecho de éste a repetir contra aquel por las sumas a que se vio obligado a pagar, total o parcialmente.

Con base en lo anterior, se ha aceptado que el llamamiento en garantía es una forma de vinculación de terceros al proceso, en la cual el llamado adquiere la posición de parte secundaria, toda vez que a pesar de que puede realizar todo tipo de actos procesales, mientras no vayan en contra de la parte a la que adhiere, su destino dentro del proceso depende de las resueltas de la relación principal: demandante – demandado.

4.4.2.1. Llamamiento en garantía en el Código de Procedimiento Civil

En el ordenamiento jurídico civil colombiano la regulación normativa del llamamiento en garantía había estado limitada a lo dispuesto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1.970), lo cual se veía complementado con lo señalado respecto de la denuncia del pleito, género del cual era considerado especie el llamamiento en garantía.

Así las cosas, si bien las disposiciones de dicho Código fueron derogadas por el Código General del Proceso¹²⁴, es relevante señalar el marco normativo que

¹²⁴ Es de aclarar que si bien el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012 fue expedido el 12 de julio de 2012, las disposiciones sobre llamamiento en garantía, al igual que la mayoría de las normas del Código, solo entraran a regir a partir del 01 de enero de 2014, en forma gradual, según se vaya logrando la capacitación de los funcionarios judiciales y la actualización tecnológica y de infraestructura de los despachos. (artículo 627)

sirvió de base para la creación, interpretación y aplicación tanto del llamamiento en garantía consagrado en el Código Contencioso Administrativo como del llamamiento en garantía con fines de repetición de la Ley 678 de 2.001.

La norma en mención señalaba:

“Artículo 57: Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero 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, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetara a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”

En consideración a lo anterior, conforme lo indicaba textualmente el Código de Procedimiento Civil, la oportunidad procesal para formular el llamamiento en garantía y los requisitos del escrito mediante el cual se ejercía este eran los mismos de la denuncia del pleito (nombre del denunciado y de su representante, domicilio, hechos en que se basa la denuncia y dirección de notificaciones), es decir, la oportunidad que se tenía estaba dada por el término de la demanda o de la contestación de ésta.

Si bien el contenido de la norma parece bastante claro y sencillo, como veremos más adelante, la interpretación que de ella hicieron las Altas Cortes para llenar los vacíos de las normas contencioso administrativas no es tan simple, y ha determinado de manera considerable el éxito de su formulación en los diversos procesos.

4.4.2.2. Llamamiento en garantía en el Código General del Proceso

Como hemos venido señalando, recientemente el panorama normativo del llamamiento en garantía en materia civil se ha visto renovado por la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2.012), regulación que modificó la figura que había estado vigente por más de 40 años y que había servido de base de creación y de interpretación del llamamiento en garantía con fines de repetición.

Los artículos que describen el contenido y trámite de la figura que regirá a partir del 01 de enero de 2.014 son los siguientes:

“Artículo 64. Llamamiento en garantía. *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.*

Artículo 65. Requisitos del llamamiento. *La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables.*

El convocado podrá a su vez llamar en garantía.

Artículo 66. Trámite. *Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior.*

El llamado en garantía podrá contestar en un solo escrito la demanda y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

En la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía.

Parágrafo. *No será necesario notificar personalmente el auto que admite el llamamiento cuando el llamado actúe en el proceso como parte o como representante de alguna de las partes.”*

En consideración a lo anterior, actualmente la oportunidad procesal para formular el llamamiento en garantía está dada por el término de la demanda o de la contestación de ésta.

Si bien la oportunidad procesal para su utilización no varió, respecto de lo señalado en el Código de Procedimiento Civil, los requisitos para hacer el llamamiento y el término para su notificación se hicieron más rigurosos, toda vez que ahora se exigen los mismos elementos de la demanda para su formulación y no es posible suspender el proceso mientras se notifica al llamado.

4.4.2.3. Llamamiento en garantía en el Código Contencioso Administrativo

Si bien es cierto, la normativa fundamental sobre el llamamiento en garantía estaba contenida en el Código de Procedimiento Civil, el legislador optó por incluir también en el Código Contencioso Administrativo algunas normas sobre la aplicación particular de esta figura en los procesos en los cuales el Estado era parte pasiva, con el fin de materializar el principio de economía procesal.

Aun cuando las disposiciones del Código Contencioso Administrativo se encuentran actualmente derogadas, al entrar en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, realizaremos una breve reseña de lo señalado en dicha normativa, toda vez que fue la norma que reguló la materia antes de la expedición de la Ley 678 de 2.001 y que después de ello sirvió como elemento de interpretación de dichas disposiciones.

Así las cosas, el artículo 217 del C.C.A. señalaba que el llamamiento en garantía consistía en la vinculación del funcionario presuntamente responsable, por solicitud de la entidad demandada, el Ministerio Público e incluso el juez de oficio, al mismo proceso en el que se reclamaba su responsabilidad.

En dicha disposición se señalaba que la posibilidad de hacer el llamamiento era privativa y discrecional de los legitimados a vincular al funcionario.¹²⁵ Al igual que en el proceso civil, el interviniente quedaba vinculado de manera forzosa a lo que se resolviera en la sentencia desde cuando se admitía el llamamiento en garantía por parte del juez de la causa.¹²⁶

En razón del llamamiento en garantía, por motivos de economía procesal se encontraban reunidas en un mismo proceso dos causas diferentes: la primera y principal era la de las partes del proceso, donde podía suceder que el llamado también tomara parte con el fin de colaborar en la defensa del demandado, y la segunda, de garantía, entre el demandado y el llamado en garantía, que era analizada solamente cuando prosperaban las pretensiones dirigidas contra la entidad demandada.

Conforme ha precisado la jurisprudencia de las Altas Cortes, si bien el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, solo señalaba que el

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 965 de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil.

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 965 de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil.

llamamiento en garantía era viable en los procesos de reparación directa y controversias contractuales, debía entenderse que era aplicable a cualquier tipo de procesos en los cuales pudiera derivarse la obligación del Estado de reparar el daño antijurídico causado, incluyendo las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, electorales, etc.

Igualmente, como señalaba el artículo en cita, la oportunidad procesal para que se diera el llamamiento en garantía era el de fijación en lista de diez días señalado en el artículo 208 del C.C.A.

Así pues, estas eran las características y condiciones en que se aplicaba el llamamiento en garantía empleado para exigir la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2.001 y las cuales, en mayor o menor medida fueron empleadas como norma general para llenar los vacíos de las disposiciones especiales, conforme la interpretación efectuada por las Altas Cortes.

Dada la simpleza y generalidad de dichas disposiciones, su aplicación no presentaba ningún tipo de problema ni implicaba una limitación para el ejercicio de los medios de defensa del Estado y su formulación generalmente prosperaba.

4.4.2.3 Llamamiento en garantía en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el 02 de julio de 2.012 la regulación de la figura del llamamiento en garantía en materia administrativa se vio modificada respecto del tratamiento dado en el Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, el artículo 225 del CPACA señala que el llamamiento en garantía consiste en la citación que se hace a un tercero frente al que se afirma tener un derecho legal o contractual de exigir la reparación de un perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, para que en el mismo proceso se resuelva sobre dicha relación.

Si bien en el artículo antes mencionado no se especifica a qué procesos es aplicable dicha figura, podemos entender, que de manera análoga a como se interpretaba el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, es aplicable a cualquier tipo de procesos en los cuales pueda derivarse la obligación del Estado de reparar daños, incluyendo las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, electorales, etc., excluido únicamente y de forma expresa los supuestos de hecho relativos a la Ley 678 de 2.001.

Igualmente, como señala el artículo en cita, la oportunidad procesal para que se dé el llamamiento en garantía es el del traslado de la demanda, es decir, en el término para contestar.

Así pues, las características y condiciones del llamamiento en garantía descrito en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no son aplicables a los temas de responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, toda vez que expresamente se señala en el Código que dicha materia se rige por la regulación especial descrita en la Ley 678 de 2.001

En cuanto a los requisitos para su formulación, se optó por acoger prácticamente la misma regulación que tenía el Código de Procedimiento Civi. En consecuencia, únicamente exige los siguientes requisitos: nombre, domicilio y dirección de notificaciones del llamado, los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen, sin que sea necesario aportar prueba sumaria del presunto derecho a reclamar.

Si bien en estos momentos no es posible dictaminar si la aplicación de estas disposiciones será o no exitosa, por no haber transcurrido siquiera un año desde su implementación, podemos señalar que al ser prácticamente una copia de lo prescrito en el antiguo Código de Procedimiento Civil, no habrá ningún tipo de problemas en su aplicación, dada la simpleza y generalidad de dichas disposiciones, y que su contenido no implica una limitación para el ejercicio de los medios de defensa del Estado y su formulación generalmente prospera.

SECCIÓN SEGUNDA

ACCIÓN DE REPETICIÓN

Como hemos señalado anteriormente, tan solo a partir de la Constitución de 1991 se dio la posibilidad de consagrar la acción de repetición como una acción autónoma y subsidiaria dentro del Derecho Colombiano, destinada exclusivamente a juzgar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado.

Lo anterior, dado que la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial a los servidores públicos no es un tema novedoso en el Derecho colombiano, toda vez que de antaño ha existido dicha posibilidad, solo que inicialmente en ámbitos limitados.

Tan solo a partir del Decreto 01 de 1.984 su aplicación se extendió a todo tipo de funcionarios, pero la forma de hacerlo era a través de la acción de reparación directa, como lo precisó en su momento el Consejo de Estado¹²⁷.

¹²⁷ Conforme lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-285 de 23 de abril de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño, previo a la Ley 678 de 2001 el legislador había desarrollado la acción de repetición en el artículo 78 del C.C.A.- Decreto 01 de 1984; en el artículo 75 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996 y en el artículo 50 del Estatuto de Contratación Estatal –Ley 80 de 1993.

No obstante lo mencionado, la forma de ejercer la repetición varió significativamente a partir de la consagración constitucional de dicha obligación, en razón a que se optó por promover el ejercicio de una acción autónoma con rasgos particulares, y en cierta forma alejarse un poco del llamamiento en garantía.

Sin embargo, la adopción de la ley que permitiera materializar el mandato del constituyente tardó varios años en llegar, por lo cual hubo un periodo de transición de cerca de diez años en los cuales solo se contaba con los parámetros fijados por la norma constitucional para realizar la repetición, por lo cual haremos una breve referencia a estas etapas.

1. Constitución de 1991

Así las cosas, desde los comités de la Asamblea Nacional Constituyente se abogó por la creación de una acción de regreso o repetición, principalmente inspirada en la existente en el Derecho español.

Dicha acción debía permitir al Estado no solo recuperar lo pagado por concepto de indemnizaciones originadas en las conductas defectuosas de sus agentes sino también crear conciencia en estos sobre las consecuencias de sus actos y forzarlos a asumir su responsabilidad y de esta manera, reencontrar la legitimidad institucional y la moral pública, elementos emblemáticos del Estado Social de Derecho que se adoptaría a partir de la nueva Carta Política.

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente hubo varios proyectos dirigidos a instaurar una acción de repetición, con el fin de dotar al Estado de un instrumento jurídico eficaz para recuperar los dineros pagados a raíz de las

condenas dictadas en su contra mediante sentencias judiciales o a través de los diversos métodos de solución de conflictos.¹²⁸

El interés por establecer una norma de ese tipo coincide con lo manifestado por la doctrina calificada, respecto de que es particularmente relevante el establecimiento de este tipo de acciones, toda vez que *“las acciones de reintegro tienen por objeto, luego de que la víctima ha sido compensada, fijar definitivamente la parte contributiva del agente y de la persona pública en función de la participación de cada uno en la comisión del daño”*¹²⁹

2. Periodo entre la Constitución de 1991 y la Ley 678 de 2001

Aunque con posterioridad a la expedición de la actual Carta Política, varias leyes, en diferentes ámbitos normativos, continuaron consagraron el deber de repetir contra los funcionarios causantes de daños que dieran origen a condenas contra el Estado¹³⁰, éstas se caracterizaban por poseer los elementos mínimos

¹²⁸ CUESTA, Alcibiades. Op. Cit. pág. 30

¹²⁹ RIVERÓ Jean. Derecho Administrativo, Caracas, 1984, pág. 320

¹³⁰ Ley 80 de 1993, **“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”**, “Artículo 54: En caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad el Ministerio Público, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciarán la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquél no hubiere sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”. Ley 270 de 1996, “Estatutaria de la Administración de Justicia”, “Artículo 72: La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles”. Ley 288 de 1996 “Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos”, “Artículo 12: Las indemnizaciones que se paguen o efectúen de acuerdo con lo previsto en esta Ley, darán lugar al ejercicio de la acción de repetición de que trata el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política”. Ley 446 de 1998, “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”. “Artículo 105: Lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor público que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquélla repita total o parcialmente contra éste. La conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél”. Ley 489 de 1998. “Por la cual se dictan disposiciones sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16

exigidos por la Constitución para su procedencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo de dolo o culpa grave y una condena contra el Estado derivada del daño antijurídico.

Los criterios mencionados sirvieron como pauta orientadora provisional mientras se expedía la ley correspondiente que brindara el marco jurídico para materializar el mandato constitucional. En este periodo, su aplicación se puede describir como escasa y débil.

Adicionalmente, podemos señalar como otra causa de la ineficacia del ejercicio de la repetición contra los funcionarios públicos responsables de condenas contra el Estado, el hecho de que dentro de los procesos de responsabilidad el Estado no se defendía o no lo hacía de forma apropiada pues las excepciones y argumentos presentados eran genéricos y superfluos.

Lo anterior, ocasionó que las condenas por este concepto aumentaran considerablemente y se propiciara un ambiente favorable para la arbitrariedad, la corrupción y la negligencia¹³¹.

También se puede señalar como fuente del fracaso de la acción de repetición, como mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado antes de 2001, la carencia de una regulación clara, sistemática e integral de la materia, toda vez que su eficacia y viabilidad estaba ligada al ámbito particular al cual se circunscribía cada una de las leyes que la

del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, Dicha acción deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público. Lo anterior no obsta para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía.

¹³¹ Según algunos doctrinantes españoles como DIEZ-SANCHEZ, la falta de utilización de los mecanismos de repetición podrían ser: la filosofía pública “disparar con pólvora de rey”, la inercia administrativa, el coste político y la insolvencia de los funcionarios. Al respecto ver DOMENECH PASCUAL, Gabriel. Op. Cit.

consagraba, circunstancia que se presentó antes y después de la expedición de la Constitución de 1.991.

3. Ley 678 de 2.001

Debido a las falencias mencionadas en precedencia, la Procuraduría General de la Nación promovió la creación de una norma que regulara de forma íntegra la materia, por lo menos desde el punto de vista procesal, toda vez que la dispersión normativa presente frustraba aún más las finalidades pretendidas por la ley.

Adicionalmente, existía el mandato constitucional de regular la acción consagrada en el artículo 90 de la Carta Política por parte del legislador, lo que hacía imperiosa la materialización de la ley que viabilizara el ejercicio de la acción.

Así las cosas la Ley 678 de 2001,¹³² fue el resultado de los múltiples debates formulados en el Congreso con el fin de concretar la obligación prescrita en la Constitución Política de hacer efectiva la acción de repetición contra los agentes del Estado causantes de daños que dieran lugar a reparación patrimonial por parte de este, cuando dichas conductas fueran producto de actos u omisiones dolosas o gravemente culposas, quedando finalmente consagrada de la siguiente forma:

“La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como

¹³² Proyecto de Ley 131 de 1999 del Senado y 307 de 2000 de la Cámara de Representantes. Inicialmente concebida como acción pública, la naturaleza de la acción de repetición se cambió a civil con el fin de limitar la legitimación por activa de la acción, toda vez que el permitir que cualquier persona pudiera interponerla podría significar un grave inconveniente para la eficacia y dinamismo de la acción producto del número de acciones que se interpondrían sin estudio de viabilidad previo. Sin embargo, esta visión es criticada pues consideran que la acción es pública y no civil por corresponder su finalidad al interés general y a la recuperación de dineros públicos, por lo cual es irrenunciable, circunstancia que no se debe confundir con el hecho de que cualquier persona esté legitimada para iniciarla, lo cual la haría “popular” y “no pública”. Al respecto ver CAÑÓN SOLANO, Martha. Acción de repetición, pág. 9.

consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a 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.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.”¹³³

En resumen, la acción de repetición es un “mecanismo judicial, que busca la declaratoria de responsabilidad del agente estatal y el consecuente reembolso de las sumas que el Estado ha pagado como consecuencia de un proveído proferido por la autoridad competente en su contra con base en la ocurrencia de un daño antijurídico, que hace tránsito a cosa juzgada, directamente imputable a la conducta dolosa o gravemente culposa de ese agente suyo, en ejercicio o con motivo de sus funciones, entendiendo por este último al funcionario, ex funcionario o particular que ejerce funciones públicas”¹³⁴

Si bien es claro, conforme lo señalado por la jurisprudencia y por la Asamblea Constituyente, el objeto de la norma es la recuperación del dinero desembolsado por el Estado por indemnizaciones originadas en la conducta indebida de los funcionarios, el texto de la disposición también incluye el garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, con finalidades preventivas y retributivas.

¹³³ Artículo 2 Ley 678 de 2001.

¹³⁴ CAÑÓN SOLANO, Martha. Op. Cit. pág. 6

A este respecto, la doctrina difiere del contenido de la norma por considerar que el sentido y objeto de la figura es únicamente obtener la declaración de responsabilidad del agente estatal y la consecuente repetición de lo pagado¹³⁵, es decir, el efecto retributivo únicamente.

3.1. Requisitos de procedibilidad de la acción

Así las cosas, para el ejercicio de la acción, se hace necesario que previamente exista una condena patrimonial al Estado por daño antijurídico proveniente de una sentencia judicial, conciliación o mecanismo alternativo de solución de conflictos, para después proceder a iniciar la acción en contra del funcionario, ex funcionario estatal o particular en ejercicio de función pública, con el fin de establecer si la causa del daño fue su dolo o culpa grave y en qué proporción.

Con base en lo anterior, es posible exigir el reembolso del dinero que tuvo que pagar el Estado a la víctima, sus familiares o causahabientes, ya sea de forma total o parcial según el grado de responsabilidad que le corresponda al agente.

Como primer requisito tenemos entonces, la condena contra el Estado. La interpretación que se ha hecho del concepto de condena ha sido en sentido amplio¹³⁶, por lo cual cobija todo tipo de procesos, incluyendo acciones como las constitucionales (acciones populares, de grupo y de tutela)¹³⁷ que si bien tienen una finalidad diferente, eventualmente pueden dar lugar a condenas contra el Estado y al inicio de una acción de repetición contra el agente responsable.

¹³⁵ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Op. Cit.

¹³⁶ HOYOS DUQUE, Ricardo. *Algunas reflexiones sobre la acción de repetición* En Memorias IX Encuentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, San José de Cúcuta, 17 de octubre de 2002.

¹³⁷ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, Op. Cit.

Sin embargo, este concepto no es aplicable al llamamiento en garantía, pues ese tipo de procesos no permite procesalmente hacer esa vinculación de terceros para definir la posible responsabilidad del agente.

En cuanto a la conciliación, si bien ha habido posiciones encontradas entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre su validez como medio para iniciar la repetición, finalmente primó la interpretación de este último, incluyéndose así a la conciliación como mecanismo de condena que da lugar a la repetición.

En suma, el requisito de procedibilidad “condena” implica que es procedente la acción de repetición respecto de todo tipo de decisión que ponga fin a un litigio en el que se impongan condenas de tipo patrimonial al Estado y en las que se pueda evidenciar que la causa de este fue, así sea parcialmente, la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal.

El otro requisito de procedibilidad de la acción es que se haya efectuado por parte del Estado el pago íntegro de la condena a la víctima. Sin embargo, este punto es causal de división en la doctrina, ya que para algunos la acción de repetición debe iniciarse desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria, mientras que para otros debe hacerse a partir del pago efectivo de la suma indemnizatoria por parte de la entidad condenada.¹³⁸

Si bien la segunda posición es la que se ajusta al texto de la norma constitucional, la primera es la que permitiría satisfacer con mayor seguridad la posibilidad de repetir contra el servidor público¹³⁹

Finalmente, es de aclarar que si bien el Estado está en la obligación de repetir contra el servidor público que generó la declaración de responsabilidad

¹³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de fecha 05 de diciembre de 2006, MP: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³⁹ *Ibíd.*

estatal, dicha obligación no constituye una exigencia abstracta, subsiguiente necesario de una sentencia condenatoria, pues su ejercicio y prosperidad exige que se identifique plenamente al agente¹⁴⁰ frente al cual se pretende ejercer la acción.

Esto es así, porque en la acción de repetición el juez sólo puede estudiar, respecto de la Administración, que ésta haya sufrido una condena en su contra y respecto del agente, que su conducta haya sido realizada con dolo o culpa grave, en qué proporción¹⁴¹ y que sea la causa del daño.

De otra parte, es pertinente señalar que se ha cuestionado si el concepto emitido por el Comité de Conciliación de la entidad afectada sobre la viabilidad de ejercer la acción de repetición, constituye o no un requisito de procedibilidad de la acción y si su ausencia podría truncar la posibilidad de formular la acción contra el agente.

Sobre este asunto existen argumentos de parte y parte, toda vez que hay quienes podrían sostener que a pesar de no estar expresamente señalado en la ley, constituye una exigencia implícita de la demanda, por corresponder a una de las funciones legales del Comité y que por tanto debe ser cumplida por la entidad para efectos de dar cabal cumplimiento al procedimiento señalado en la Ley 678 de 2.001.

Por el contrario, los opositores de esta teoría señalan que de exigirse dicho requisito se estaría haciendo aún más engorroso el ya complicado panorama de las entidades públicas que pretenden obtener el reembolso de las

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de noviembre de 2005, CP: Alier Hernández Enríquez

¹⁴¹ En caso que se llame en garantía a la aseguradora, ésta tiene derecho a subrogarse en los derechos del asegurado una vez haya pagado la indemnización, pues el seguro de daños no puede ser fuente de enriquecimiento y por tanto se debe determinar qué porcentaje de la condena debe cubrir el agente causante del daño, y para hacerlo se debe entrar a establecer el grado de responsabilidad que le corresponde dentro del daño. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2000, MP: María Elena Giraldo Gómez.

indemnizaciones pagadas a causa del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes, y de otra parte, que no se puede pretender el cumplimiento de requisitos de procedibilidad que no son expresos en la Ley.

En este estado de la discusión es preciso aclarar que desde el punto de vista de la seguridad jurídica, resulta más conveniente y precisa esta última posición doctrinaria, toda vez que los requisitos de procedibilidad de una acción no pueden ser implícitos, sino que deben ser suficientemente claros para que las partes y el juez conozcan cuales son los elementos indispensables para la viabilidad de la acción y evitar así nulidades y sentencias inhibitorias.

Adicionalmente, aunque específicamente el Consejo de Estado nunca ha estudiado a profundidad este punto, en ninguna de sus salas, ni ha hecho pronunciamientos al respecto, en la jurisprudencia relativa al tema de requisitos de procedibilidad de la acción de repetición, solamente menciona los elementos señalados en precedencia.

De otra parte, hay quienes sostienen que el hecho de que los Comités de Conciliación no tienen competencia para verificar la existencia de culpa grave o dolo del agente, por ser una competencia exclusiva del juez administrativo, implica que no es un requisito indispensable el paso por el comité para dar inicio a la acción.¹⁴²

De hecho, el mismo Decreto 1214 de 2.000, norma que reguló el tema de los Comités de Conciliación, dejó en manos del representante legal de la entidad correspondiente el ejercicio de la acción de repetición, por lo cual su concepto favorable no es indispensable ni vinculante, toda vez que se puede optar por retirarse de lo aconsejando por el Comité, siempre y cuando se motive la decisión.

¹⁴² CAÑON SOLANO, Martha. Op. Cit. pág. 182.

Por lo anterior, podemos afirmar que, únicamente se tienen como requisitos de procedibilidad de la acción la existencia de condena contra la entidad pública y el pago íntegro de la indemnización a la víctima, lo que permitiría, por lo menos por contraste negar la posibilidad de considerar el concepto del Comité de Conciliación como requisito de procedibilidad.¹⁴³

3.2. Aspectos sustanciales de la acción de repetición

Conforme lo señalado en la Ley 678 de 2.001, los elementos sustanciales sobresalientes de dicha acción son los siguientes:

- **Naturaleza:** Acción civil¹⁴⁴ de carácter patrimonial, a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal.
- **Es una acción secundaria o subsidiaria:** Toda vez que supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal por medio de una sentencia o método alternativo de solución de conflictos, por un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de soportar, y del otro, que esa condena haya tenido como causa necesaria la conducta dolosa o gravemente culposa del agente.¹⁴⁵

¹⁴³Mediante el Concepto No. 005 de 11 de enero de 2011, la Procuraduría General de la Nación,(Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado) apoya esta posición, indicando que ni la jurisprudencia ni la ley han exigido el cumplimiento de dicho requisito para efectos de admitir las acciones de repetición propuestas por las entidades estatales y que menos aun se ha señalado que se deba aportar dicha prueba en copia auténtica, como lo afirma la parte demandada.

¹⁴⁴ Para el ex –magistrado Ricardo Hoyos Duque la acción no tiene la naturaleza de civil toda vez que por poseer sus propias reglas es autónoma y no podría encuadrarse en esa forma. Al respecto ver HOYOS DUQUE, Ricardo. "Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos: acción de repetición y llamamiento en garantía". En *Aspectos novedosos de la responsabilidad del Estado*. Universidad de Medellín. Medellín, 2008. Igualmente, otros doctrinantes han manifestado su desacuerdo con esa calificación, toda vez que consideran que es una acción administrativa con una pretensión de contenido civil. Sobre este punto ver MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Acción de repetición, Universidad de Medellín. Medellín, 2008.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

- **Su carácter es resarcitorio no sancionatorio:** Su móvil es la recuperación de los dineros indebidamente pagados por el Estado, por lo cual la reparación del daño debe recaer sobre el patrimonio del responsable.
- **Legitimación por pasiva:** Servidores, ex servidores públicos y los particulares que desempeñen función administrativa, incluyendo los consultores, asesores, contratistas e interventores¹⁴⁶.
- **Elemento subjetivo:** Se exige que haya culpa grave¹⁴⁷ o dolo¹⁴⁸ por parte del agente investigado. La razón de esta exigencia deriva del hecho, mencionado en apartes anteriores, de existir una inmunidad parcial de los servidores públicos, que encuentra su razón de ser en evitar la parálisis de la Administración, originada en el temor de sus funcionarios ser sancionados por incurrir en cualquier tipo de falta¹⁴⁹ sin importar su gravedad.

Para efectos de facilidad probatoria, se establecieron presunciones de culpa grave y dolo en la ley, las cuales han generado múltiples debates, principalmente desde el punto del debido proceso (artículos 5 y 6), aspecto que será profundizado en apartes posteriores.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Mediante la Sentencia C- 484 de 2002 la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo 2º del artículo 2º de la ley 678, por cuanto considero que efectivamente “el contratista, el interventor, el consultor y el asesor” para efectos de los contratos estatales son considerados particulares que ejercen función administrativa y por tanto puede verse comprometida su responsabilidad en caso de dar lugar a la causación de un daño antijurídico.

¹⁴⁷ Artículo 5: “Culpa grave: cuando el daño acaecido sea consecuencia de infracción directa de la Constitución política o la ley, o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”.

¹⁴⁸ Artículo 6: “Dolo: cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”

¹⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 619 de 8 de agosto de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil

¹⁵⁰ Para la Corte Constitucional el hecho de invertir la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad patrimonial no constituye una vulneración a los principios de presunción de inocencia y de buena fe reconocidos constitucionalmente, primero por cuanto el investigado siempre está en posibilidad de desvirtuar esa presunción; segundo, la Entidad que pretende hacer que actúe la presunción debe presentar pruebas de los hechos que le sirven de fundamento y tercero, el presumir el dolo o la culpa grave no constituye un prejuzgamiento del funcionario ni garantiza que vaya a ser condenado, simplemente es un medio para facilitar la prueba del elemento subjetivo. Mediante las sentencias C - 374 de 2002, MP: Clara Inés Vargas; C - 423 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis; C - 455 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C - 484 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra y C - 778 de 2003, Jaime Araujo Rentería se

Sobre el problema de la determinación de la culpa grave y el dolo, haremos algunos comentarios, toda vez que constituye un punto vital para la procedencia de este tipo de acciones y también un tema de discusión entre la doctrina y la jurisprudencia.

En primera medida, la exigencia de culpa grave o el dolo es una noción adoptada del derecho privado, que para efectos de nuestro estudio debe ser analizada como condición necesaria para atribuirles responsabilidad patrimonial a los agentes estatales.

Sobre el método para determinar la configuración o no del elemento subjetivo de la responsabilidad ha habido varias posiciones jurisprudenciales y doctrinales. Lo anterior, teniendo en cuenta que no había una definición exclusiva del derecho administrativo respecto de esta materia.

En un principio fue necesario acudir a los conceptos de culpa grave y dolo presentes en el artículo 63 del Código Civil y a las interpretaciones que de dicho artículo hizo la Corte Suprema de Justicia.

Posteriormente, se procedió a diferenciar la culpa y dolo civil del de origen penal, resaltando que había diferencias conceptuales que impedían que el juez administrativo o civil perdiera su independencia respecto de la calificación de la conducta.

declaró EXEQUIBLE el artículo 5 de la ley 678 de 2001, tanto en forma conjunta como por cada una de las causales o apartes de presunción de dolo atacadas. De otra parte mediante sentencias C - 285 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño; C - 374 de 2002, MP: Clara Inés Vargas; C - 455 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C - 484 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra y C - 778 de 2003, Jaime Araujo Rentería se declaró la EXEQUIBILIDAD de los apartes demandados del artículo 6o de la misma ley.

Esto anterior, debido a que en materia penal la culpa es personal y en materia civil es patrimonial, además en el primero de los casos está prohibida su presunción, no así como en el segundo, que incluso existen presunciones de origen legal (Ley 678 de 2001).

Más adelante, en este proceso evolutivo se abogó por la adopción de un concepto propio del derecho administrativo, sin embargo, estaba en duda si era prudente acoger un criterio subjetivo u objetivo, es decir, si se evaluaría únicamente la previsión o diligencia del funcionario o, si por el contrario, se realizaría la comparación de la conducta desarrollada con lo señalado por su manual de funciones, los reglamentos, los principios de la función pública y demás normas aplicables, además de las medidas empleadas para evitar la conducta dañina. Finalmente la jurisprudencia optó por adoptar un concepto ecléctico.¹⁵¹

Sin embargo, los elementos para la calificación de la conducta no cesan ahí, adicionalmente, en el ámbito administrativo la obligación de previsión del agente en el caso de la culpa grave se evalúa desde el punto de vista del funcionamiento ideal del servicio, por lo cual debe demostrarse que no se hizo el mínimo esfuerzo por prever los resultados, con el fin de imputar el resultado al agente.

De otra parte, el juez administrativo también puede acudir a criterios tales como el protagonismo en los hechos, la capacidad dispositiva, las circunstancias del caso concreto, las funciones del cargo, los intereses en conflicto, etc., para determinar la existencia o no de culpa grave o dolo e la conducta del agente..

¹⁵¹ CAÑON SOLANO, Martha. Op. Cit. pág. 117 y ss.

Así las cosas, la jurisprudencia administrativa parte del criterio de la culpa grave y del dolo del Código Civil, no obstante, le adiciona criterios complementarios de Derecho Administrativo tales como los principios de la función administrativa, la buena fe y los preceptos constitucionales y legales a fin de definir si hay lugar a la repetición o no.¹⁵²

Por otra parte, la doctrina basa la calificación de la conducta únicamente en principios de la legislación civil, lo cual implica un claro distanciamiento de la noción ecléctica asumida por la jurisprudencia.

Finalmente, la Ley 678 de 2.001 se encargó de proveer una definición de culpa grave y dolo delimitada a la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos, con el objeto de facilitar la tarea valorativa del juez, evitar valoraciones personales y facilitar el debate probatorio.¹⁵³

Si bien en principio dichas presunciones apuntan a que se debe realizar un mero ejercicio de comparación entre lo prohibido y lo actuado u omitido, y acreditar que con ello se incumplió el reglamento, en la mayoría de las ocasiones la prueba del elemento subjetivo de la responsabilidad proviene de una prueba indirecta, es decir, de las inferencias que realice el juez, que le permitan deducir de ese hecho desconocido consistente en la falta de previsión, diligencia o imprudencia, la prueba de la culpa grave o el dolo.¹⁵⁴

Si bien la tarea de definir la existencia o no de culpa grave o dolo en la actuación del agente es propia del juez, quien a su vez debe determinar en qué proporción tuvo incidencia ese comportamiento en la responsabilidad

¹⁵² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵³ Proyecto de Ley 131 de 1999 publicado en la Gaceta del Congreso No. 358 del jueves 7 de octubre de 1999.

¹⁵⁴ PENAGOS, Gustavo. Op. Cit. Pág. 33

atribuida al Estado, en la practica la tarea no es tan sencilla, toda vez que no existen límites claros para diferencias la culpa grave de la leve.

Adicionalmente, no existe un criterio definido para establecer la presencia de dolo o culpa grave en la conducta del agente estatal y por tanto el juez administrativo debe echar mano de todos los elementos de juicio de que disponga para aclarar esta situación, tanto subjetivos como objetivos para poder evaluar de manera apropiada las particulares condiciones de cada caso.

Aunado a lo anterior tenemos que, aun después de expedida la Ley 678 de 2.001, se observa que los jueces no recurren al concepto de culpa grave o dolo señalado en la norma, sino que siguen fundamentando sus decisiones en el artículo 63 del Código Civil.

Por lo anterior, se puede concluir que si bien el fundamento de la responsabilidad de los agentes públicos es la presencia de dolo o culpa grave en su conducta, actualmente dichos conceptos están en construcción y las presunciones legales por ahora no son de gran utilidad para identificar el origen de la responsabilidad que se atribuye a los agentes y queda en manos del juez establecer lo pertinente en cada proceso.

3.3. Aspectos procesales de la acción de repetición

Los aspectos procesales de la acción se encuentran definidos en los artículos 7 a 16 de Ley 678 de 2.001, así:

- **Procedimiento:** En cuanto al procedimiento que se debe adelantar para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, la Ley 678 de 2.001 acogió lo reiterado por la jurisprudencia del Consejo de

Estado desde antes de 1.991, en el sentido de indicar que debe surtirse bajo los lineamientos de la acción de reparación directa:

*“(...) si se toma en cuenta que lo pretendido en últimas es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal, la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación (...)”*¹⁵⁵

- **Jurisdicción:** La jurisdicción facultada para conocer de estos asuntos es exclusivamente la contenciosa administrativa, toda vez que se trata de acción administrativa, aunque de contenido civil.¹⁵⁶
- **Juez:** El juez competente para resolver la acción de repetición es el mismo que conoció del proceso de responsabilidad del Estado.
- **Legitimación por activa**¹⁵⁷: Entidad afectada dentro de los seis meses siguientes al pago de la condena y posteriormente, de forma concurrente¹⁵⁸ el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia y del Derecho a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de fecha 8 de abril de 1994, MP: Daniel Suárez Hernández.

¹⁵⁶ CAÑÓN SOLANO, Marta. Op. Cit. pág. 14.

¹⁵⁷ Artículo 8 de la Ley 678 de 2001

¹⁵⁸ La Corte Constitucional manifestó que la Entidad afectada no pierde la legitimación para ejercer la acción por el hecho de no entablar la acción dentro de los 6 meses siguientes.

¹⁵⁹ Modificación establecida en el artículo 6 de 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” publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Antes esta tarea era efectuada por la Dirección Nacional de Defensa Judicial de la Nación.

Por lo anterior, no es posible que cualquier ciudadano de forma autónoma pueda dar inicio a la acción (acción pública), sino que sería necesario que ésta fuera promovida por intermedio del Ministerio Público.

- **Desistimiento:** No es posible que las entidades legitimadas desistan de la acción iniciada.¹⁶⁰
- **Medidas cautelares:** La entidad demandada puede solicitar el decreto de medidas cautelares señaladas en la ley de considerarlo conveniente, garantizando el pago de una caución que cubra los eventuales perjuicios que se le pueden causar al funcionario demandado con las medidas.
- **Caducidad:** El término es de dos años contados a partir del pago íntegro de la condena por parte de la Entidad hallada responsable. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional aclaró que en aquellos casos en que el pago de la condena se haga a cuotas, el inicio del cómputo de la caducidad empezará a correr a más tardar al vencimiento de los 18 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, conforme lo señalado en el artículo 177 inciso 4 del Decreto 01 de 1.984.¹⁶¹ No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2.011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) este término se reducirá a 18 a 10 meses, como lo señala el artículo 192 de dicha norma.
- En la sentencia, el juez competente deberá cuantificar el porcentaje de la condena por el cual deberá responder el funcionario dependiendo de su grado de responsabilidad en la producción del daño.

¹⁶⁰ Contrario a esta prohibición, en el llamamiento en garantía con fines de repetición si es viable desistir, aun cuando dicho desistimiento implica que se pierda la oportunidad de ejercer una posterior acción de repetición.

¹⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

3.4. Los Comités de Conciliación

Los Comités de Conciliación son instancias administrativas creadas por el artículo 75 de la Ley 446 de 1.998¹⁶² que se encargan básicamente de estudiar, analizar y formular las políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses litigiosos de la entidad a la que pertenecen ya sea del orden nacional, departamental, distrital o de ciudades capitales.

Igualmente, se encargan de decidir sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos y de conceptuar sobre la viabilidad del inicio de las acciones de repetición o llamamientos en garantía con fines de repetición.

Por lo anterior, en principio son estos comités sobre quienes pesa la carga de definir el inicio de los mecanismos tendientes a obtener la recuperación de lo pagado, así como el estudiar lo pertinente a la causa del daño, los hechos en los cuales se basa la demanda y que permiten deducir la existencia o no de dolo o culpa grave por parte de los funcionarios involucrados y establecer cuáles son las pruebas que se pueden aportar al proceso para demostrarlo.

Si bien es cierto el Decreto 1214 de 2.000 señala que el Comité debe conceptuar sobre la procedencia del inicio de las acciones legales, también lo es que la decisión final está en cabeza del representante legal de la entidad, quien puede resolver separarse de lo recomendado, siempre que esté debidamente motivado, toda vez que el concepto emitido no tiene carácter vinculante.

¹⁶² Ley 446 de 7 de julio de 1998: *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*. Publicada en el Diario Oficial No. 43335 de 8 de julio de 1998.

De otra parte, de acuerdo con la ley, la conformación de los Comités de Conciliación está dada por el personal de directivo de la entidad correspondiente, lo cual ha sido ampliamente criticado por la doctrina¹⁶³, a pesar de lo cual fue validado por la jurisprudencia.

Sin embargo, ésta no ha sido la única crítica que ha recibido esta figura, toda vez que incluso se ha abogado por su desaparición por considerarla intrascendente, entre otras razones por no tener competencia alguna para verificar la existencia del dolo o la culpa grave del funcionario y porque el análisis efectuado no constituye una exigencia legal ni prerequisite para la procedencia de la acción, por lo cual se puede prescindir de él sin que haya consecuencias procesales, toda vez que se considera un mero requisito de forma.¹⁶⁴

En cuanto al papel que deben desempeñar los Comités de Conciliación la Corte Constitucional ha dicho que:

- Estos deben efectuar los estudios necesarios para determinar si es viable o no el proceso de repetición, decisión que debe ser siempre motivada y contener la constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.
- Mediante dichos estudios no se puede entrar a cuestionar los argumentos que sirvieron de base para declarar la responsabilidad del Estado, puesto que implicaría una violación a la separación de poderes y a la fuerza vinculante de las providencias judiciales y
- El hecho de que las causales de nulidad del acto coincidan con las presunciones de dolo o culpa grave no relevan al Comité de realizar los

¹⁶³ TORRES CALDERÓN, Leonardo. Op. Cit.

¹⁶⁴ CAÑÓN SOLANO, Martha. Op. Cit. págs. 180 y ss.

estudios tendientes a demostrar los presupuestos fácticos en que se basa la presunción¹⁶⁵.

Sumado a los comentarios y críticas antes efectuados a la figura de los Comités de Conciliación, tenemos que la independencia y relevancia de estos Comités se vio afectada por la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, toda vez que si bien jerárquicamente no están relacionadas, en su calidad de ente coordinador y planificador de la defensa judicial del Estado tiene ciertas potestades que le permiten prevalecer sobre el Comité de Conciliación de cualquier entidad pública.

Como ejemplo de ello tenemos que dicha Agencia eventualmente podría optar por participar con voz y voto en las deliberaciones de cualquier Comité sin importar de qué orden sea la Entidad. Igualmente la Agencia podría decidir, contrario a lo conceptuado por el Comité, iniciar las acciones pertinentes contra los agentes estatales, cuando el caso sea catalogado como importante.¹⁶⁶

Adicionalmente tenemos que todos los Comités de Conciliación están obligados a reportar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado las fechas de sus sesiones y las fichas técnicas de sus reuniones con el fin de revisar las decisiones tomadas en ellas y verificar las actuaciones surtidas.

Por lo anterior, es evidente que con esta nueva Unidad Administrativa Especial se pretenden superar varias de las críticas que pesan sobre los Comités de Conciliación, principalmente respecto de su objetividad, y de paso mantener un

¹⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 28 de abril de 2005, MP: Dra. Gloria Duque Hernández – Sala de Consulta y Servicio Civil

¹⁶⁶ Decreto 4085 de 01 de Noviembre de 2011, "Por el cual se establecen los objetivos y estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado", expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, publicado en el Diario Oficial No. 48240 de 01 de Noviembre de 2011.

control más riguroso sobre las gestiones realizadas por estos, lo cual implica necesariamente una disminución de su autonomía e independencia.

De otra parte, conviene señalar que mucho se ha discutido sobre si es indispensable la emisión del concepto favorable por parte de Comité de Conciliación para iniciar las acciones tendientes a exigir la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, toda vez que al parecer las normas que rigen estas materias no están articuladas a este respecto y se presenta un vacío normativo.

Si bien es cierto, el Comité de Conciliación de la entidad afectada es el ente encargado de estudiar la viabilidad de las acciones tendientes a exigir la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, también lo es que ni la Constitución ni la Ley 678 de 2.001 establecieron que dicho concepto fuera un requisito de procedibilidad de la demanda de repetición.

Por lo anterior, el no aportar el concepto del Comité como anexo de la demanda no puede ser considerado como una causal de nulidad de lo actuado, de rechazo de la demanda o una omisión que haga inviable la acción, toda vez que tanto las nulidades como los requisitos de procedibilidad deben ser expresos en la ley.

Aun cuando no existe un pronunciamiento de fondo sobre este punto en particular por parte del Consejo de Estado, que permita desmentir o reafirmar alguna de las hipótesis, lo cierto es que nunca se ha señalado la existencia de requisitos de procedibilidad diferentes a los señalados expresamente en la Ley 678 de 2.001, lo cual en principio permite asumir la inexistencia de dicho requisito.

Así las cosas, la única consecuencia jurídica que habría por no emitirse dicho concepto y haberse iniciado de manera fundada las acciones

correspondientes sería de tipo disciplinario contra los miembros del Comité que omitieron dar cabal cumplimiento a las funciones atribuidas.

Por lo anterior, la presentación de dicho concepto únicamente demuestra el cumplimiento del procedimiento legal, pero en ningún caso sirve de elemento de convicción para el juez o suple los actos procesales de la entidad, como serían por ejemplo la demostración siquiera sumaria de la culpa grave o dolo del agente público.

En suma, estas son las características y regulación de la acción de repetición, que si bien son en su gran mayoría comunes a las del llamamiento en garantía, presentan algunas diferencias significativas que veremos en el siguiente capítulo.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO III

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN

Ya hemos visto como la nueva Constitución Política abrió paso a una nueva concepción de la responsabilidad de los servidores públicos y principalmente a la obligación del Estado de repetir contra estos cuando se verificara que habían obrado con culpa grave o dolo en el desempeño de sus funciones y con ello habían dado lugar al pago de indemnizaciones a favor de terceros¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Como ya se ha mencionado anteriormente estas acciones no constituyen los únicos medios con los cuales se puede hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado, por ahora también se cuenta con la acción civil y la constitución en parte civil dentro del proceso penal.

Sin embargo, y en vista de que era indispensable que dichos mandatos no quedaran en letra muerta, diez años después de su consagración constitucional se expidió la ley que haría posible su aplicación: la Ley 678 de 2.001¹⁶⁸.

En cuanto al llamamiento en garantía con fines de repetición¹⁶⁹ podemos afirmar que ésta figura siempre ha sido considerada como el medio más expedito, y porque no, más eficiente para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, ya que dentro de un mismo proceso se definen las dos situaciones jurídicas: Estado - víctima del daño y Estado – servidor público.

El ejercicio de este mecanismo implica que no es necesario esperar que el Estado sea condenado y pague para proceder a iniciar una nueva acción tendiente a establecer la existencia de responsabilidad patrimonial por parte del funcionario para proceder a repetir contra él, en este sentido se ha manifestado el Consejo de Estado:

“Esta solución legal, de gran importancia práctica, permite que en un mismo proceso se cuestione y se defina la responsabilidad de la entidad y la del servidor a quien se le endilga dolo o conducta gravemente culposa, en ejercicio de sus funciones. Razones de técnica, de economía procesal y de efectividad, imponen esta salida en lugar de la ortodoxa (la acción de repetición propiamente dicha) que exige que el proceso de responsabilidad contra la administración, no solo esté terminado, sino ejecutoriada su

¹⁶⁸ Ley 678 de 3 de agosto 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”. Publicada en el Diario Oficial No. 44.509 de 04 de agosto de 2001.

¹⁶⁹ Su fundamento se encuentra en el artículo 57 del C.P.C y según lo señalado por el Dr. PALACIO HINCAPIE “tiene por objeto que el tercero se convierta en parte, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o rembolsar (...)”. Ver PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. *Derecho procesal administrativo*. 6a edición. Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2006.p. 299

*sentencia y pagada la obligación, para que esta pueda iniciar el nuevo proceso de repetición*¹⁷⁰

Si bien la Ley 678 de 2.001 solo hace referencia a la acción de repetición y al llamamiento en garantía con fines de repetición como mecanismos procesales para hacer posible la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, constituyó el primer avance en materializar estos preceptos y brindar un marco procesal a estas figuras, dejando igualmente abierta la posibilidad de que el legislador, en desarrollado de su libertad de configuración legislativa, opte por diseñar mecanismos adicionales para lograr los propósitos pretendidos con este tipo de responsabilidad.

Es oportuno mencionar que con esta Ley se reglamentaron íntegramente las dos figuras antes mencionadas, superando así varios inconvenientes existentes¹⁷¹ como eran: el relacionado con el hecho de que la eficacia de la repetición estaba sujeta a la existencia de una ley que viabilizara su ejercicio y que cada ordenamiento legal circunscribía un ámbito específico de aplicación (Ley 80 de 1.993, Ley 270 de 1.996, Ley 288 de 1.996 y Ley 446 de 1.998).

Aun cuando se estableció el marco normativo de la figura, la Ley 678 de 2.001 omitió precisar una definición de llamamiento en garantía con fines de repetición, por lo cual fue la jurisprudencia la encargada de hacerlo, de la siguiente manera:

“El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula al llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el proceso de exigirle la indemnización del perjuicio que

¹⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de diciembre de 1995, MP: Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁷¹ CUESTAS ALGARRA, Alcibiades. Op. Cit. pág. 32.

llegare a sufrir el llamante como producto de esa sentencia. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquel debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante.

El objeto del llamamiento en garantía lo es “que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o reembolsar (...) no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento”¹⁷²

Así las cosas, como ya se ha hecho referencia anteriormente, la Ley 678 de 2.001 estableció dos formas o mecanismos de vinculación del funcionario público al proceso de responsabilidad patrimonial: la *demanda de acción de repetición* o también llamada *acción autónoma de repetición*, y el *llamamiento en garantía con fines de repetición*.

Sin embargo, respecto de la acción de repetición ya se ha señalado suficiente para los efectos de este estudio, por lo cual nos adentraremos en el tema central de análisis que es el denominado *llamamiento en garantía con fines de repetición*, para lo cual revisaremos sus aspectos normativos y jurisprudenciales más relevantes.

Lo anterior, con el fin de establecer el verdadero alcance de esta figura en el marco de la repetición y cómo el tratamiento diferenciado que se le ha dado respecto del llamamiento en garantía descrito en el Código de Procedimiento Civil ha influido en su eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines atribuidos.

¹⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de julio de 2010, CP: Ruth Stella Correa.

SECCIÓN PRIMERA

DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO

Tal como se ha hecho mención anteriormente, la Ley 678 de 2.001 instituyó un nuevo llamamiento en garantía, en este caso con elementos especiales destinados a efectivizar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado por lo cual lo calificó “*con fines de repetición*”, proporcionándole su propio marco normativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, estudiaremos una a una las disposiciones de la norma para efectos de establecer su real contenido.

1. Finalidad del llamamiento en garantía con fines de repetición

Conforme se señaló en los proyectos de Ley que dieron origen a la Ley en mención, la finalidad de la figura es proteger diferentes valores del ordenamiento jurídico, relacionados principalmente con el interés público y que tienen gran repercusión dentro del Derecho Administrativo. Así las cosas, con este mecanismo se pretenden simultáneamente:

- Promover principios como la moralidad administrativa, la eficiencia y la economía,
- Mejorar la gestión pública y en general la función administrativa,
- Persuadir a los funcionarios para que eviten conductas que originen el deber de reparar,
- Recuperar los dineros pagados por concepto de responsabilidad del Estado fundamentada en las conductas dolosas o gravemente culposas de los agentes públicos,
- Establecer un procedimiento ágil y garantista que permitiera materializar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y

- Reducir el número de conductas que dan lugar a la obligación del Estado de reparar los daños causados a los administrados.¹⁷³

2. Aspectos comunes a la acción de repetición

No obstante lo anteriormente referido sobre la regulación especial de la figura jurídica objeto de estudio, algunos de los aspectos normativos de la Ley 678 de 2001 son igualmente aplicables al llamamiento en garantía con fines de repetición y a la acción de repetición como veremos a continuación.

- Un aspecto procesal de gran importancia que comparten ambas figuras es el relativo a las relaciones jurídicas que se resuelven dentro del proceso.

Tanto en la acción de repetición como en el llamamiento en garantía con fines de repetición se deben analizar dos situaciones, la primera, referente a la relación demandante – Estado y la segunda, la del Estado con su funcionario, siendo el estudio de la segunda un efecto de la decisión condenatoria emitida contra la entidad demandada.

- Adicionalmente, en cualquiera de las figuras, el juez administrativo debe considerar dos perspectivas diferentes: por un lado revisa la actuación de la Administración desde el punto de vista de los principios de derecho público y de su responsabilidad y por otro la del funcionario desde su conducta personal (culpa grave o dolo).
- Las dos figuras obran como mecanismos accesorios y no autónomos, por cuanto su procedencia o viabilidad depende de las resueltas de la relación principal particular – Estado. Dependiendo de la decisión tomada respecto de la primera de ellas, se procederá o no a resolver la segunda, es decir,

¹⁷³ MESTRE ORDOÑEZ, Ida María. “La acción de repetición y el llamamiento en garantía: Ley 678 de 2001”

sólo en caso de ser condenado el Estado a pagar la reparación a la víctima será necesario entrar a evaluar la responsabilidad del agente estatal.

- Tanto la legitimación por activa como por pasiva de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición recae sobre los mismos sujetos, incluyendo la modificación establecida en el Estatuto Anticorrupción.
- Igualmente, las presunciones de dolo o culpa grave definidas en la ley para la acción de repetición son aplicables al llamamiento en garantía aunque con algunas precisiones, que efectuaremos más adelante.
- Finalmente, es imprescindible tener en cuenta que los denominados “*Comités de conciliación*” de las Entidades Públicas, sea cual sea el medio escogido para hacer exigible la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, deben encargarse de determinar la viabilidad sustancial y procesal de la repetición (el recaudo probatorio, verificación de aspectos procesales como la caducidad y la posibilidad de demostrar los supuestos fácticos de las presunciones de dolo o culpa grave entre otros).¹⁷⁴

3. *Requisitos de procedencia*

En primera medida, es de señalar que el llamamiento en garantía con fines de repetición, a diferencia de la acción de repetición, es solamente viable en el marco de las acciones administrativas señaladas en la ley, esto es, en controversias contractuales, de reparación directa y de nulidad y restablecimiento

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de fecha 28 de abril de 2005, MP: Gloria Duque Hernández.

del derecho¹⁷⁵ y en las conciliaciones judiciales que se den dentro de dichos procesos.

Lo anterior, toda vez que en otro tipo de acciones como las constitucionales, entiéndase acción de tutela, de grupo o populares (las de cumplimiento no), si bien puede haber lugar al reconocimiento de sumas de dinero por parte del Estado a terceros, consecuencia de un obrar doloso o gravemente culposo de los agentes estatales, también lo es que su fundamento, finalidad y procedimiento no permiten este tipo de vinculación de terceros, en razón a que su propósito específico *“no es perseguir u obtener un resarcimiento patrimonial; razón que explica por qué su régimen sustancial y procesal no ha sido previsto y desarrollado en torno a ese objetivo”*¹⁷⁶.

Por lo anterior, en dichas acciones solo sería viable el ejercicio de la acción de repetición, como mecanismo para exigir la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado.

Conforme lo ha entendido la jurisprudencia y se desprende del texto del artículo 19 de la Ley en estudio, otro requisito para su procedencia es que la Administración no haya alegado en su defensa causa extraña.

Igualmente, es imprescindible que con el escrito del llamamiento en garantía con fines de repetición se aporte por lo menos prueba sumaria del dolo o culpa grave del funcionario, además de la formulación de la acusación concreta y

¹⁷⁵ Artículo 19 de la Ley 678 de 2001: *“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”*

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 965 de 2003. MP: Rodrigo Escobar Gil.

fundada efectuada mediante la descripción de los hechos y motivos en que se basa.

4. Procedimiento

En términos generales, el procedimiento para realizar el llamamiento en garantía con fines de repetición, para efectos de vincular al proceso al agente público presuntamente causante del daño irrogado al tercero es similar al del llamamiento en garantía consagrado en el Código de Procedimiento Civil.

Es de señalar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se acoge en gran medida la regulación vigente en el antiguo Código de Procedimiento Civil sobre llamamiento en garantía, sin embargo, señala expresamente que el llamamiento en garantía con fines de repetición está reglado de manera autónoma, conforme lo dispuesto en la Ley 678 de 2.001.

En primera medida, al ser notificada la admisión de la demanda a la parte demandada y al Ministerio Público, estos dentro del periodo de fijación en lista (10 días), deberán presentar en un escrito separado el llamamiento en garantía con fines de repetición si perciben la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del agente estatal.

La disposición de la Ley 678 de 2.001 (artículo 20) señalaba que la vinculación del funcionario se podía dar hasta antes de finalizar el periodo probatorio, regla que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C- 484 de 25 de junio de 2.002, MP: Alfredo Beltrán Sierra, por considerar que vulneraba el debido proceso y el derecho de defensa del llamado en garantía.

Este término es preclusivo, por lo cual vencido este habrá perdido la entidad la oportunidad de formularlo y deberá esperar a las resueltas del proceso para definir la presentación o no de la demanda de acción de repetición.

El documento contentivo del llamamiento debe cumplir con los requisitos sustanciales y procesales de los artículos 54, 55, 56 y 57 y adicionalmente aportar la prueba sumaria del contenido y alcance del vínculo sustancial que une al llamante con el llamado y de la existencia de la culpa grave o dolo de este último.¹⁷⁷

Al momento de hacer el llamamiento en garantía la entidad demandada puede solicitar el decreto de las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro, para lo cual deberá prestar la caución correspondiente que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez de la causa. Dichas medidas deben ser necesariamente decretadas antes de la expedición del auto admisorio del llamamiento.

Admitido el llamamiento se suspende el proceso hasta por 90 días para lograr la notificación personal del auto respectivo al posible funcionario responsable, de no ser esto posible se le notificará por edicto y se le nombrará curador ad litem¹⁷⁸.

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia la entidad puede desistir del llamamiento en garantía, lo que implica que ya no será posible ejercer

¹⁷⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 3 de marzo de 2010, CP: Ruth Stella Correa.

¹⁷⁸ BERTIN, Luis Edison. Contribución de la burocracia publica al fortalecimiento de la democracia: falla personal y responsabilidad del servidor público colombiano, acción de repetición. Cali: Ediciones Univalle, 1999.

la acción de repetición en aplicación de lo señalado por el artículo 342 del C.P.C.¹⁷⁹.

Del trámite del llamamiento en garantía con fines de repetición se llevará un cuaderno diferente, paralelo al principal del proceso.

En términos generales el procedimiento para realizar el llamamiento en garantía con fines de repetición no dista mucho del señalado en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo o en los nuevos Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y General del Proceso, su diferencia radica principalmente en los requisitos de procedibilidad adicionales que le incorporó el legislador.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que *“en cuanto al llamamiento en garantía de agentes estatales o de particulares que cumplen funciones públicas, existe una regulación especial que no resulta contraria a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (...) sino complementaria”*¹⁸⁰

Si bien este es el sentido en el cual se ha pronunciado la jurisprudencia, no se puede estar más en desacuerdo con ello, toda vez que la regulación especial

¹⁷⁹“ARTÍCULO 342. DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA. El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso. El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia. En los demás casos el desistimiento sólo impedirá que se ejerciten las mismas pretensiones por igual vía procesal, salvo que el demandante declare renunciar a ellas. Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él. En este caso deberá tenerse en cuenta lo dispuesto sobre litisconsorcio necesario en el artículo 51. En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso. El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes. El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvención, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía”.

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de julio de 2010, CP: Ruth Stella Correa.

del llamamiento en garantía con fines de repetición no complementa las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a llenar vacíos legales o superar cualquier otro tipo de vicios, sino que impone requisitos adicionales a los generales.

Así las cosas, el régimen impuesto a las entidades públicas para efectuar la vinculación de sus funcionarios al proceso puede considerarse más gravoso que el aplicable a los particulares, lo cual implica de entrada una menor posibilidad de éxito para las pretensiones del Estado.

De igual manera, el hecho de no permitir a las entidades públicas el libre ejercicio de su derecho de defensa mediante la formulación de cualquier tipo de excepciones coarta seriamente sus derechos y conlleva a que deba optar por asumir, por lo menos, la carga de una condena parcial si decide efectuar el llamamiento, situación que no se presenta en el ámbito privado al no existir esa limitación.

5. Conciliación

A este respecto es importante señalar que el artículo 21 de la Ley 678 de 2001, dispone que el llamamiento en garantía con fines de repetición es viable únicamente en el marco de una conciliación judicial, es decir, en el marco de un de un proceso ordinario administrativo en el que se ejerza la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la de reparación directa o de la controversias contractuales.

Así las cosas, si en un proceso en el cual se ha efectuado el llamamiento en garantía a un funcionario estatal, en cualquier etapa procesal las partes demandante y demandada llegan a un acuerdo conciliatorio este podrá poner fin al proceso si en esa misma oportunidad el llamado en garantía acepta conciliar lo

relativo a su responsabilidad, lo que denota la aceptación de su participación en la causación del daño y de la consecuente responsabilidad patrimonial.

No obstante, si el funcionario vinculado al proceso no acepta conciliar las pretensiones en su contra, el proceso continuará pero solamente respecto del llamamiento en garantía. Sin embargo, la ley le brinda una segunda oportunidad para que termine el proceso de forma irregular mediante conciliación, pero para ello exige que haya una solicitud conjunta de las partes.

6. Sentencia

Señala el legislador que el juez de la causa, al dictar la sentencia que pone fin al proceso debe pronunciarse respecto de ambas relaciones jurídicas, es decir, la de la entidad demandada - demandante y también respecto de la del llamante – llamado. En caso de ser hallado responsable el Estado en la primera relación a causa de la conducta del llamado, deberá indicar en qué proporción le cabe responsabilidad por los hechos y la cuantía por la cual el Estado debe repetir contra él.

SECCIÓN SEGUNDA DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Como se verá en esta sección, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han encargado de señalar el alcance de las normas que consagran el llamamiento en garantía con fines de repetición, ya que éstas han sido blanco de múltiples cuestionamientos, principalmente por efecto del carácter particular que le quiso impregnar el legislador.

Impera precisar que dado que la Ley 678 de 2001 se encargó de regular los aspectos sustanciales y procesales del llamamiento en garantía con fines de repetición, estableciendo un régimen particular de aplicación, se ha producido una transformación importante respecto de la forma en que se venía haciendo la vinculación de los funcionarios estatales mediante este mecanismo de intervención forzada.

Lo anterior en consideración a que antes de la expedición de dicha norma su aplicación estaba regida por las normas generales del llamamiento en garantía consagradas tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el Código Contencioso Administrativo.

De esta forma, el llamamiento en garantía como mecanismo para exigir la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales ha sufrido serias modificaciones en su aplicación al ser calificado como “*con fines de repetición*”, en parte, debido a la forma en que fue regulado por el Legislador y en gran medida por la interpretación que de él han hecho la jurisprudencia de las Altas Cortes.

No pocas críticas han recibido las disposiciones de la Ley 678 de 2001 que regulan el llamamiento en garantía con fines de repetición tanto por parte de la doctrina¹⁸¹ como por parte de los ciudadanos a través de la acción pública de inconstitucionalidad, por lo cual es importante ver cuáles fueron los motivos de esas acusaciones y la forma en que se resolvieron.

En consideración a lo anterior revisaremos los aspectos más relevantes del llamamiento en garantía con fines de repetición que se han visto influenciados por

¹⁸¹ En su obra *Elementos esenciales de la acción de repetición* la Dra. Beatriz Helena Calle hace una dura crítica a la Ley 678 de 2001 y no le augura un buen futuro a la norma dado que en su criterio “adolece de vicios de técnica legislativa y atenta contra diferentes postulados de rango constitucional” entre ellos la presunción de inocencia del funcionario investigado, en igual sentido se manifiesta el Dr. Leonardo Augusto Torres Calderón en su obra “¿Se justifica la Acción de repetición? Comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y propuestas de reforma” pág. 7 y ss.

las decisiones emitidas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado y que han sido en parte responsables por el estado de evolución actual de esta figura procesal.

1. *Respecto del debido proceso*

En primera medida, tenemos que hacer referencia a la sentencia C – 484 de 2002,¹⁸² emitida por la Corte Constitucional, con ponencia del doctor Alfredo Beltrán Sierra, en ella se declararon exequibles las disposiciones que regulan el *llamamiento en garantía con fines de repetición* como procedimiento para vincular al agente público presuntamente responsable del daño antijurídico.

El argumento principal esbozado por la Corte Constitucional para llegar a esa determinación fue la economía procesal, dado que el hecho de vincular al servidor público al proceso sin que medie sentencia condenatoria contra el Estado o prueba del dolo o culpa grave del agente no vulnera ni el debido proceso ni el derecho de defensa del investigado, así como tampoco implica una extralimitación de las disposiciones constitucionales.

Lo anterior, toda vez que la conexidad fáctica y probatoria entre los procesos hace viable la acumulación de pretensiones y la resolución más pronta de la controversia, situación que redundará en provecho para todas las partes.

Igualmente, señaló que si los hechos que se debaten en el proceso son los mismos o pueden tener conexidad y se van a servir de pruebas comunes es más conveniente que se resuelvan las dos relaciones en el mismo proceso, no solo por economía procesal sino para tener mayores facilidades probatorias y promover la defensa conjunta entre la entidad y el funcionario.

¹⁸² Corte Constitucional, Sentencia C- 484 de 2002. MP: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Por último, señaló que el ejercicio de ese mecanismo de vinculación del funcionario no implica su prejuzgamiento, toda vez que quien lo efectúa debe demostrar no solo la presencia de dolo o culpa grave sino también que esa conducta fue determinante para la causación del daño.

En lo que respecta al hecho de que en la sentencia en que se condena al Estado se ordene repetir contra el servidor público, el Consejo de Estado señaló que de ninguna manera implica que se deba pagar inmediatamente y menos aún que esa providencia constituya título ejecutivo en su contra, toda vez que al tratarse de responsabilidad institucional quien debe responder directamente frente al demandante es el Estado y es frente a él que la sentencia presta mérito ejecutivo.

Por lo anterior, solo en el momento en que el Estado haya satisfecho completamente el pago de la indemnización a la víctima puede cobrarle al funcionario lo corresponde a su participación en la causación del daño, según lo señalado por el juez administrativo.¹⁸³

Habría que mencionar que en este caso, el único requisito del artículo 90 constitucional que no cumpliría cabalmente el llamamiento en garantía con fines de repetición sería el relativo a una condena previa del Estado, ya que esta sería simultánea.

Sin embargo, el requisito de la prueba de la existencia de culpa grave o el dolo estaría satisfecho por el hecho de que el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 exige a la entidad demandada aportar prueba sumaria del elemento subjetivo para la prosperidad del llamamiento en garantía, y como es sabido la prueba sumaria es plena prueba aunque no debatida, aspecto que se tratará más adelante.

¹⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 1994, CP: Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

2. Tipos de proceso en que se puede formular

En cuanto a la enumeración de las acciones contenciosas en las cuales sería procedente el llamamiento en garantía con fines de repetición, la Corte ha establecido que son únicamente las señaladas en el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, toda vez que en desarrollo de su libertad de configuración jurídica el legislador consideró que solo era prudente permitirlo en los procesos en los cuales se debate principalmente la responsabilidad patrimonial del Estado y el eventual reconocimiento de indemnizaciones por esta causa¹⁸⁴.

Lo anterior, en razón a que solo en los procesos relativos a controversias contractuales, nulidad y restablecimiento del derecho y reparación directa es posible definir en el mismo proceso la responsabilidad del agente estatal sin afectar los derechos y garantías constitucionales del funcionario y materializando a la vez el principio de economía procesal.

Como se ha señalado en otros apartes de este escrito, las acciones de tutela, populares, de grupo y de cumplimiento no tienen como finalidad resolver lo relativo a la posible responsabilidad patrimonial del Estado y si bien eventualmente pueden dar lugar a la obligación del funcionario público responsable de reembolsar los dineros que el Estado tuvo que pagar, producto de su dolo o culpa grave, la determinación de esta responsabilidad solo es procedente mediante el ejercicio de la acción de repetición, es decir, en un proceso posterior y diferente a aquel en que se definió la obligación del Estado de reconocer sumas de dinero a los particulares.

Así las cosas, el tipo de procesos en los cuales se puede formular el llamamiento en garantía con fines de repetición es una capital diferencia con la acción de repetición, toda vez que en esta última no existen limitaciones respecto

¹⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 965 de 2003. MP: Rodrigo Escobar Gil.

del tipo de acción en el cual se podría ejercer dicho deber, en razón a que procede como consecuencia de cualquier acción judicial o método alternativo de solución de conflictos en donde el Estado haya sido condenado a reparar los daños antijurídicos inferidos a los particulares.

La Corte Constitucional lo manifestó de la siguiente manera:

“En el caso de algunas de las acciones que son citadas por el actor, como la acción de tutela, la acción de cumplimiento e incluso la acción de nulidad, las cuales no fueron habilitadas por la norma para ejercer en ellas el llamamiento en garantía, considera la Sala que éstas tienen un fundamento constitucional autónomo y una finalidad propia que difiere sustancialmente del objeto de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues por expresa disposición constitucional, el objetivo fundamental de las mismas o su propósito específico no es perseguir u obtener un resarcimiento patrimonial; razón que explica por qué su régimen sustancial y procesal no ha sido previsto y desarrollado en torno a ese objetivo”¹⁸⁵.

Posiblemente esta determinación del legislador de incluir, además de las acciones de controversias contractuales y de reparación directa a la de nulidad y restablecimiento de derecho como procesos en los cuales era viable efectuar el llamamiento en garantía con fines de repetición, ampliando el ámbito de aplicación delimitado por el artículo 217 del C.C.A. se debió a dos factores:

- El Consejo de Estado, ya había efectuado el estudio de la situación y había señalado que el listado de procesos en que era posible efectuar ese llamamiento era meramente enunciativo, pero que en todo caso no incluía a la totalidad de procesos descritos en el Código Contencioso Administrativo y que en caso particular de la acción de nulidad y restablecimiento del

¹⁸⁵ Ibídem.

derecho se cumplía con el fin señalado en la norma, esto es, permitir establecer la existencia o no de una co - responsabilidad del funcionario por la expedición del acto administrativo causante del daño¹⁸⁶.

- Partiendo de ese estudio, se estableció que en otro tipo de acciones, como las constitucionales, la finalidad establecida por la Constitución Política y la ley era completamente ajena a la responsabilidad del Estado y, además, que de permitirse su aplicación se estarían violando los derechos de defensa y debido proceso del funcionario, pues el desarrollo de las etapas procesales de esas acciones no estaban diseñadas para dar lugar a entrar a debatir la posible responsabilidad del servidor público.

3. Oportunidad procesal para hacer la vinculación del funcionario

En lo que se refiere a la oportunidad procesal para hacer el llamamiento en garantía con fines de repetición, la Corte Constitucional, en la Sentencia C - 484 de 2002 antes mencionada, declaró inexecutable el aparte de la norma original de la Ley 678 de 2001 (artículo 20 inciso 1) que determinó que era posible efectuarlo hasta antes de finalizar el periodo probatorio.

Esto anterior, debido a que, según sostuvo la Corte, no es admisible desde el punto de vista del debido proceso que el agente pueda ser vinculado en una etapa tan tardía del proceso en la que ya no podría ejercer su derecho a solicitar y controvertir pruebas.

En atención a ello, dispuso que fuera posible ejercer el llamamiento en garantía con fines de repetición hasta el vencimiento del término perentorio de

¹⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 12 de octubre de 2000, CP: Luz Stella Corzo.

fijación en lista sólo por parte de la entidad demandada o el Ministerio Público, en ningún caso de oficio.¹⁸⁷

No obstante lo señalado en la sentencia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se abre la posibilidad de que el juez de la causa puede vincular al agente estatal si considera que este tiene *“interés directo en el resultado del proceso”* (artículos 164 numeral 1 y 171 numeral 3), circunstancia que aligera un poco la carga de la entidad estatal demandada al relevarla de probar sumariamente la culpa grave o el dolo de su agente, inconveniente que frustraba en gran medida el éxito del llamamiento en garantía con fines de repetición.

En caso tal que sea rechazada la solicitud de vinculación del funcionario por motivos formales y no pueda ser subsanado en tiempo, la Entidad podrá ejercer la acción de repetición posteriormente. No obstante, si una vez formulado el llamamiento se desiste de él, la entidad demandada no tendrá oportunidad posterior para pretender la declaración de responsabilidad de su agente por vía de la acción de repetición.

Sobre esta declaración de inexequibilidad es relevante resaltar que, de una parte, al declarar que la norma especial diseñada por el legislador es violatoria del debido proceso se está reconociendo la conveniencia de mantener la aplicación del régimen general descrito en el en ese entonces Código Contencioso Administrativo, ahora Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los cuales se encuentran en concordancia con lo regulado en el Código de Procedimiento Civil.

¹⁸⁷ Concepto completamente opuesto a lo señalado en las normas previas a la Constitución de 1991 en las cuales se regulaban algunos eventos en los cuales se podía llamar en garantía de forma oficiosa.

4. Hipótesis en las cuales se puede dar el llamamiento en garantía con fines de repetición

De otra parte, respecto de las hipótesis en que podía ejercerse el llamamiento en garantía, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, al declarar la constitucionalidad del artículo 78 del C.C.A¹⁸⁸, habían establecido tres eventos:

1. Se demandaba únicamente a la Entidad, quien no efectuaba llamamiento en garantía pero era condenada, el hecho de no haber ejercido esa facultad inicialmente no impedía que a través de la acción de repetición pudiera demandar el pago del funcionario presuntamente responsable.

Sin embargo, en caso tal que sí hubiera llamado en garantía al agente y posteriormente desistiera de él perdía la posibilidad de ejercer la acción de repetición posteriormente.

2. La víctima entablaba demanda de reparación directa contra la Entidad, quien a su vez llamaba en garantía al agente público que aparentemente actuó de manera incorrecta generando un daño antijurídico a la víctima.

En este supuesto, en el proceso se declaraba la responsabilidad del Estado, por ser ésta de tipo institucional, y a su vez, sí se determinaba que la causa del daño había sido el actuar doloso o gravemente culposo del servidor, por lo menos de forma parcial, en la sentencia se establecía

¹⁸⁸ Mediante la Sentencia C- 430 de 2002, MP: Dr. Antonio Barrera Carbonell la Corte Constitucional declaró EXEQUIBLE el artículo 78 del C.C.A en el entendido de que existe una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario, en el primer caso es producto de la antijuridicidad del daño y en el segundo de la antijuridicidad de la conducta calificada de dolosa o gravemente culposa. La norma debe entenderse en el sentido de que es factible demandar simultáneamente a la Entidad y al funcionario, conjunta o separadamente, pero solo por efecto de economía procesal, pues en ningún caso es posible perseguir exclusivamente al funcionario sin antes haber reclamado la indemnización al Estado. Solo es posible exigir la responsabilidad del funcionario una vez haya sido declarada la responsabilidad del Estado y por vía de acción de repetición.

porcentualmente el nivel de participación del agente en la causación del daño y consecuentemente se ordenaba a la Entidad repetir contra el funcionario, para lo cual se haría uso de la jurisdicción coactiva.

3. Si se demandaba tanto a la entidad como al funcionario y dentro del proceso se determinaba la responsabilidad del Estado y que ella fue producto del actuar defectuoso del funcionario, parcial o totalmente, la sentencia tendría un contenido igual al descrito en la hipótesis anterior.

Si bien es cierto, con la expedición de la Ley 1437 de 2.011, la norma que habilitaba expresa y directamente al perjudicado para ejercer la acción resarcitoria contra la entidad, el agente estatal o ambos desapareció del ordenamiento jurídico (artículo 78 del C.C.A.) y por tanto, en teoría, las opciones descritas se reducirían a las dos primeras, también lo es que dado que la demanda es un acto dispositivo realizado por el demandante, éste está en libertad de ejercerlo como a bien tenga, contra las personas que considere responsables del daño causado.

Por lo anterior, el juez al estudiar la admisibilidad de la demanda no podría oponerse a la designación de parte pasiva hecha por el demandante, salvo que no reúna los requisitos formales señalados por la ley.

Sin embargo, cabe señalar que esta situación es igualmente viable, desde el punto de vista del debido proceso, aun sin norma que expresamente lo permita, dado que los demandados tendrán la oportunidad de ejercer sus derechos y oponerse a su vinculación al proceso mediante las excepciones pertinentes.

De otra parte, la posibilidad de demandar de forma conjunta a la entidad y al agente público no modifica de forma alguna el hecho de que la responsabilidad estatal siga siendo de tipo institucional y que por tanto, de ser atribuible el daño,

por lo menos de forma parcial a la entidad, ésta deberá responder ante la víctima y posteriormente repetirá lo pagado contra el agente, según lo señale la sentencia.

Finalmente, en el improbable caso de que la víctima demande únicamente al funcionario la reparación del daño (en eventos diferentes a la acción penal), dejando por fuera del proceso a la entidad, el juez de conocimiento puede vincularla de oficio si considera que le reviste interés en el resultado del proceso, siendo competente el juez administrativo para resolver el caso y dando aplicación al principio de responsabilidad institucional consagrado en el artículo 90 constitucional.

Por lo anterior, el análisis efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-430 de 2000, con ponencia del doctor Antonio Barrera Carbonell, respecto de la viabilidad y constitucionalidad de demandar la reparación del daño al agente y a la entidad, de forma individual o conjunta, sigue vigente aún con la derogatoria de la norma que consagraba esa facultad. Los argumentos fueron los siguientes:

“a) La norma cuestionada habilita al perjudicado para promover la acción resarcitoria frente a la entidad, el funcionario o contra ambos. Sin embargo, debe entenderse que la responsabilidad del agente se ve comprometida siempre que prospere la demanda contra la entidad, o contra ambos.

b) Cuando prospera la demanda contra ambos, la sentencia declara la responsabilidad de la entidad pública, así como la responsabilidad del funcionario por haber incurrido en la conducta dolosa o gravemente culposa que contribuyó a la ocurrencia del daño. Pero la obligación de resarcir los perjuicios se impone a la entidad y no al funcionario; pero a la entidad se le reconoce el derecho de repetir lo pagado contra el funcionario. Ello es así, porque la responsabilidad por el daño antijurídico

es del Estado y no propiamente de su agente; lo que sucede es que la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, determinante del daño, tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado.

*c) Entiende la Corte, además, que así no se demande al funcionario o agente, **el juez administrativo está facultado para llamarlo en garantía de oficio o a solicitud de la entidad demandada o del ministerio público.** En este evento, la situación procesal es exactamente igual a la que ocurre cuando se vincula directamente a aquél como demandado en el proceso.” (Negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, esta sentencia se adelantó de cierta forma a la decisión del legislador de aceptar que la legitimación por activa en el llamamiento en garantía no debe estar en manos únicamente de la Entidad perjudicada o el Ministerio público, sino que también debe estar en las del juez de la causa, circunstancia que en ningún momento implica prejuzgamiento del agente y que si bien se aparta del texto de la Ley 678 de 2001 constituye el reconocimiento de las facultades del juzgador y permite el ejercicio de una adecuada defensa de la entidad.

5. Defensa judicial mediante eximentes de responsabilidad

Es preciso señalar que en este tema, la Corte Constitucional al validar desde el punto de vista de constitucionalidad el parágrafo del artículo 19 de la Ley 678 de 2001, eliminó de tajo una línea jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado, que había estado vigente desde hacía más de una década, basada en los artículos del llamamiento en garantía del Código de Procedimiento Civil.

Así pues, la Corte consideró que estaba plenamente ajustada a Derecho la prohibición impuesta al Estado de proponer excepciones consistentes en eximentes de responsabilidad (con ello se ataca el nexo causal e implicaría una

negación absoluta de su responsabilidad) y al mismo tiempo llamar en garantía a su funcionario para que responda por el daño irrogado a la víctima, pues sería un contrasentido permitir que al mismo tiempo se alegara la ausencia de nexo causal y se vinculara al presunto servidor responsable del perjuicio para que eventualmente respondiera por él .

En este punto, es importante señalar cuál había sido la posición sostenida por el Consejo de Estado hasta ese momento respecto de la posibilidad de excepcionar causa extraña cuando simultáneamente se formulaba el llamamiento en garantía a un agente estatal:

“La contestación de la demanda como la demanda son simplemente actos procesales de petición que, como es apenas obvio, no basta con formularlos sino que deben estar debidamente probados, es decir, que frente a los mismos las partes deben cumplir con la carga de la prueba. De ahí que nada se oponga a que se puedan alegar hechos exceptivos encaminados a exonerar de responsabilidad a la entidad pública y que en el evento de no acreditarse e imponerse sentencia condenatoria, se pueda examinar si se dan o no los presupuestos de la acción de repetición, para declarar el derecho de ésta a obtener el reembolso de lo pagado frente al agente estatal, cuando este último causó el daño en razón de su dolo o culpa grave”¹⁸⁹.

Adicionalmente, había señalado también que el hecho de llamar en garantía al funcionario no implica una oposición a la demanda sino simplemente es una medida de previsión, para que en el evento en que la entidad sea condenada pueda repetir contra ese funcionario, es básicamente el ejercicio de simple derecho de garantía que en nada afecta la relación demandante-demandado¹⁹⁰

¹⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 6 de octubre de 1994.

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 25 de agosto de 2005, CP: Ruth Stella Correa.

Cabe aclarar que, el hecho de no haberse podido llamar en garantía en estos casos, no libera de responsabilidad al agente en el evento de no lograrse acreditar en el proceso la ocurrencia de la causal eximente de responsabilidad invocada, y de haberse demostrado que la condena es producto de su conducta dolosa o gravemente culposa.

En estos casos, en virtud de disposición expresa del inciso 2° del artículo 90 Superior y demás normas legales concordante, el Estado se encuentra en la obligación de repetir contra el servidor público a través de la acción de repetición a la que se ha hecho referencia.¹⁹¹

6. Presunciones de dolo y culpa grave¹⁹²

El aspecto más cuestionado desde el punto de vista de la constitucional de la acción de repetición consagrada en la Ley 678 de 2001 se relaciona con el hecho de que el legislador señaló en sus artículos 5¹⁹³ y 6¹⁹⁴ una serie de

¹⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 965 de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹² Para la Corte Constitucional el hecho de invertir la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad patrimonial no constituye una vulneración a los principios de presunción de inocencia y de buena fe reconocidos constitucionalmente, primero por cuanto el investigado siempre está en posibilidad de desvirtuar esa presunción; segundo, la Entidad que pretende hacer que actúe la presunción debe presentar pruebas de los hechos que le sirven de fundamento y tercero, el presumir el dolo o la culpa grave no constituye un prejuzgamiento del funcionario ni garantiza que vaya a ser condenado, simplemente es un medio para facilitar la prueba del elemento subjetivo. Mediante las sentencias C- 374 de 2002, MP: Dra. Clara Inés Vargas; C- 423 de 2002, MP: Dr. Álvaro Tafur Galvis; C- 455 de 2002, MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; C- 484 de 2002, MP: Dr. Alfredo Beltrán Sierra y C- 778 de 2003, Dr. Jaime Araujo Rentería se declaró EXEQUIBLE el artículo 5 de la ley 678 de 2001, tanto en forma conjunta como por cada una de las causales o apartes de presunción de dolo atacadas. De otra parte mediante sentencias C-285 de 2002, MP: Dr. Jaime Córdoba Triviño; C- 374 de 2002, MP: Dra. Clara Inés Vargas; C- 455 de 2002, MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; C- 484 de 2002, MP: Dr. Alfredo Beltrán Sierra y C- 778 de 2003, Dr. Jaime Araujo Rentería se declaró la EXEQUIBILIDAD de los apartes demandados del artículo 6o de la misma ley.

¹⁹³ARTÍCULO 5o. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder. 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento. 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

presunciones de dolo y culpa grave con el fin de facilitarle al Estado la prueba del elemento subjetivo de la responsabilidad del agente¹⁹⁵ y de esta forma hacer efectivo el ejercicio de la acción en repetición.

A este respecto, la Corte Constitucional ha dejado establecido el alcance y finalidad de dichas presunciones así:

- El hecho de haber establecido un régimen de presunciones no altera los alcances indemnizatorios del artículo 90 constitucional, pues la calificación de dolosa o gravemente culposa de la actuación del agente no incide en la definición de esa responsabilidad, dado que en cualquiera de los casos procede la acción de regreso, es decir, tienen las mismas consecuencias.
- En cuanto a la limitación numérica de las presunciones legales establecidas por la ley señaló: “(...) la interpretación razonable, sin necesidad de condicionamiento alguno, permita advertir en el inciso primero del artículo 6 demandado no la enumeración taxativa de los supuestos facticos constitutivos de culpa grave sino los parámetros a los que debe atenerse el juez que conoce la acción de repetición para verificar, en cada evento, si se está o no ante un supuesto de culpa grave que legitime al Estado para repetir contra su agente. El inciso primero del artículo 6 es una regla de oro

¹⁹⁴ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho. 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de 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. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Violar ~~manifiesta e inexcusablemente~~ el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

¹⁹⁵ La constitucional de estos dos artículos se definió, respecto de todos los ataques formulados, en las sentencias: C-285 de 23 de abril de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño; C-374 de 19 de mayo de 2002, MP: Clara Inés Vargas; C-423 de 28 de mayo de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis; C-455 de 12 de junio de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-484 de 25 de junio de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra y C-778 de 9 de septiembre de 2003, MP: Jaime Araujo Rentería, siendo únicamente procedente el relativo a la inexequibilidad de la expresión “manifiesta e inexcusablemente” del numeral 4 del artículo 6 de la Ley.

de alcance general en la cual se fijan los criterios para la determinación de la conducta gravemente culposa del agente estatal y el inciso segundo contiene una relación de los eventos en que el legislador presume la existencia de una conducta gravemente culposa.

No obstante, es claro que por fuera de estas hipótesis el juez puede deducir otras causales de culpa grave que si bien no se adecuen a alguna de las presunciones legalmente consagradas, si se enmarquen en los criterios fijados en el inciso primero, pero en estos supuestos, al no operar la presunción de culpa grave alguna, deberán demostrarse los extremos de la acción de repetición ya que no habrá lugar a la inversión de la carga de la prueba “(...) ***Las presunciones de culpa grave o dolo no son taxativas sino son criterios mínimos para que el juez determine el elemento subjetivo y por tanto por fuera de ellos el juez puede determinar otros eventos pero en esos casos al no operar presunción debe probarse y por ello no hay inversión de la carga de la prueba***”¹⁹⁶(subrayado fuera de texto)

- El debido proceso de los funcionarios estatales se ve garantizado con el hecho de que es una presunción de culpa grave o dolo y no de responsabilidad, además, son dichas presunciones son completamente desvirtuables mediante prueba en contrario por parte de las personas contra quienes opera, pues son presunciones de hecho derivados de los sucesos que usual y regularmente ocurren, conforme lo deducen la ley o el juez de la observación de la realidad.
- Si bien el Estado se haya favorecido con una serie de presunciones legales, tiene la carga de probar los supuestos de hecho de las mismas, es decir,

¹⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño

aquellos hechos que siendo ciertos hacen creíble el otro hecho del cual se deduce.

- Por lo anterior, se le releva de la carga de la prueba solo parcialmente, toda vez que opera respecto del hecho deducido únicamente. Lo anterior implica que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtir en esta clase de actuaciones, sin vulnerar el debido proceso de los funcionarios.
- Dada la naturaleza de la acción, es decir, acción civil de carácter patrimonial son válidas este tipo de presunciones ya que en el orden civil son igualmente utilizadas y viables.
- La fuerza de la presunción en cada caso depende de la certeza del hecho conocido y de su relación con el desconocido, toda vez que es un medio crítico e indirecto para alcanzar la verdad a partir de hechos que se encuentran lógicamente conectados¹⁹⁷
- El legislador, dentro de su libertad de configuración legislativa pueda establecer la existencia de presunciones con el fin de favorecer la demostración de ciertos hechos a la parte que considere que está en desventaja en este aspecto, promoviendo de esta forma relaciones procesales más equitativas y garantizando bienes jurídicos particularmente importantes¹⁹⁸
- En cuanto a la aplicabilidad de las presunciones de dolo y culpa grave, como mecanismo para relevar parcialmente al Estado de la prueba del elemento subjetivo de la conducta del agente, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que esta debe ser evaluada según la época de los

¹⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 2002, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 455 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

hechos, toda vez que las presunciones consagradas en la ley solo pueden emplearse respecto de casos que tuvieran ocurrencia con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001 y no en los procesos iniciados respecto de hechos ocurridos antes de ésta.

- Finalmente, teniendo en cuenta que las presunciones de culpa y dolo son normas de carácter sustancial y no procesal, para verificar su aplicabilidad al caso particular debe constatarse su vigencia para la época de los hechos, si para esa fecha no estaban consagradas le corresponderá al demandante la carga de la prueba de todos los hechos y afirmaciones contenidas en la demanda y para efectos de la acción de repetición o el llamamiento en garantía acreditar que la conducta del demandado fue dolosa o gravemente culposa.¹⁹⁹

7. *Concepto de prueba sumaria del dolo o de la culpa grave*

Un aspecto que ha dado lugar a una gran controversia y conflicto en relación con el llamamiento en garantía de los agentes del Estado, es el relativo a los requisitos que deben cumplirse para realizarlo, ya que el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil remite sólo a los artículos 55 y 56 del mismo estatuto que se refieren a los requisitos, trámite y efectos de la denuncia del pleito pero no hace remisión expresa al artículo 54, el cual señala que al escrito de denuncia debe acompañarse la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla.

Así, en principio el Consejo de Estado mediante auto de 27 de agosto de 1993 señaló que la prueba sumaria no era exigencia legal para efectuar el llamamiento en garantía y además, que con la sola demanda podía entenderse cumplido ese requisito. Posición que fue posteriormente ajustada para precisar

¹⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

que la entidad demandada debe además indicar cuáles son los hechos o razones indicativos de un comportamiento doloso o gravemente culposo del funcionario.

Con la expedición de la Ley 678 de 2001, se agravó considerablemente la exigencia de prueba para el Estado, ya que para estos efectos se requiere *“que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave”*²⁰⁰.

La interpretación de este requisito ha dado lugar a dos interpretaciones extremas a saber: *“i) el que señala que la prueba sumaria de la responsabilidad a que hace referencia el artículo 19 se satisface con la formulación seria y razonada de los hechos de la demanda y del escrito de llamamiento y, ii) la que señala que dicha exigencia legal, supone que se aporte con el escrito de llamamiento en garantía prueba sumaria del dolo y de la culpa grave, sin que pueda entenderse que la simple formulación seria de los hechos en el libelo correspondiente ostenta esa condición”*²⁰¹

Actualmente la posición dominante es la segunda, es decir, que debe adjuntar la prueba sumaria del dolo o de la culpa grave, por lo cual debe acreditarse el cumplimiento de lo señalado en los el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 así como los postulados de los artículos 54 a 57 del Código de Procedimiento Civil para que sea procedente el llamamiento en garantía.

Por lo anterior, debe considerarse más acertada la posición ahora minoritaria, en el sentido de que es innecesaria la exigencia de la prueba sumaria del dolo o de la culpa grave, por cuanto el derecho a formularlo es un imperativo constitucional pues *“carece de toda lógica que para admitir una demanda se deba aportar prueba, así sea sumaria, es decir plena aunque no controvertida, de la*

²⁰⁰ Artículo 19 Ley 678 de 2001.

²⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, CP: Ruth Stella Correa.

*culpa grave o el dolo como fuente de la responsabilidad del agente estatal, cuando justamente es ese el objeto del llamamiento. De ahí que sea mucho más adecuado interpretar la ley en el sentido de que esa exigencia deba cumplirse para solicitar y decretar medidas cautelares en el proceso de repetición (arts. 23 y ss. ley 678 de 2001)”.*²⁰²

8. Prueba de la relación de garantía o derecho a formular el llamamiento

Como ya se ha hecho referencia, uno de los presupuestos para la prosperidad del llamamiento en garantía es que entre el llamante y el llamado exista con anterioridad y por fuera del proceso una conexidad jurídica fruto de una relación legal o contractual y que se allegue con la solicitud siquiera prueba sumaria del derecho a formular el llamamiento.

Y el objeto de ese llamamiento es que el llamado sea vinculado al proceso y quede obligado en la misma forma que lo llegare a ser el llamante, o responda patrimonialmente por los efectos de la sentencia que sea emitida en contra del llamante, o responda por el pago de los perjuicios o de la indemnización a que sea condenada la parte que lo citó.²⁰³

Si bien es cierto el ejercicio del llamamiento en garantía con fines de repetición puede ser, entre otros, contra el servidor público y el contratista, la jurisprudencia no es unívoca al señalar cuál es el origen de la vinculación del contratista, pues de una parte hay quienes sostienen que ésta se da en razón de la relación jurídica contractual nacida del contrato suscrito y de otra parte hay quienes sostienen que tiene un doble origen, que se da además de en virtud del

²⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 25 de agosto de 2005, CP: Ruth Stella Correa.

²⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de noviembre de 1998, CP: Ricardo Hoyos Duque.

contrato, por el hecho de estar obligado legalmente a no inferir daño al Estado y de hacerlo debe indemnizarlo.

Esta última teoría la sostuvo el Consejo de Estado en un pronunciamiento relativamente reciente:

“El surgimiento de la relación de garantía por virtud de la cual el Estado está legitimado para llamar en garantía con fines de repetición al contratista, asesor o consultor, con ocasión del daño que la actividad de estos genera durante la ejecución del contrato que los vincula con el Estado, está constituido, de un lado, por la ley 678 de 2001, la cual, en sus artículos 1° y 2°, prevé la responsabilidad patrimonial frente al Estado de los servidores o ex servidores públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas, dentro de los cuales incluye expresamente al contratista, interventor, asesor y consultor; de otro lado, por la existencia del contrato que le permite al contratista, interventor, asesor o consultor realizar la actuación que ha dado lugar a que el Estado resulte condenado.

*En otras palabras, la relación de garantía que le permite al Estado llamar en garantía a un contratista, interventor, asesor o consultor, surge de la ley que dispone la responsabilidad de éste frente al Estado, pero para que se estructure es menester la existencia del contrato que vincula al particular como contratista, interventor, asesor o consultor. **Ello con independencia de que ese contrato haya sido celebrado por la entidad llamante o por cualquiera otra, dado que la legitimación para formular el llamamiento, surge de que la entidad haya sido demandada por el acto de un contratista, interventor, asesor o consultor, y este bien puede haber celebrado la relación comercial con otra entidad para prestar un***

servicio a quien o llama en garantía y con ocasión del cual se demanda la indemnización²⁰⁴

Esta tesis es sumamente peligrosa, ya que le estaría atribuyendo al contratista, como en efecto lo hizo la sentencia, la obligación de responder como llamado en garantía con fines de repetición ante cualquier entidad pública, a pesar de no haber suscrito ningún acuerdo con ella, por el hecho de ésta haberse beneficiado de un servicio y estar demandada por un particular en razón de ese contrato.

Una interpretación de este tipo constituye una flagrante violación al principio del efecto relativo de los contratos y al de oponibilidad, pues obliga al contratista a responder por los daños infringidos a un tercero, en virtud del llamamiento hecho por otro tercero con el que nunca tuvo un vínculo jurídico.

Pero el problema no se detiene allí, si bien la providencia señala que el deber de garantía proviene en el caso del contratista de la ley, cae en una contradicción mayor al también exigir que se allegue como prueba sumaria de ese deber, copia del contrato en el que no fue parte, para efectos de validar el llamamiento en garantía.

Si ya como hemos visto, es bastante difícil para la entidad lograr aportar la prueba sumaria de la culpa grave o el dolo, también se le impone la carga de efectuar el llamamiento a un contratista con el que nunca tuvo vínculo jurídico. Una decisión acertada por parte del juzgador habría sido conformar de oficio o a petición de parte el litisconsorcio con la entidad contratante y que esta, plenamente legitimada para hacerlo, llamara en garantía a su contratista.

9. Llamamiento en garantía contractual y legal simultáneamente

²⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de julio de 2010, CP: Ruth Stella Correa.

El Consejo de Estado ha señalado que siempre y cuando se den los supuestos de hecho y se cumplan los requisitos señalados en las normas, es posible que la entidad demandada ejerza simultáneamente el llamamiento en garantía con fines de repetición hacia su funcionario y el llamamiento en garantía “tradicional” hacia una aseguradora o hacia cualquier otra persona que tenga el deber legal o contractual de responder por una eventual condena en su contra.

“Descendiendo al caso concreto, como ya se anotó, se probó la ocurrencia del siniestro, la existencia del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual, entre el ICBF y la aseguradora, como la culpa grave con que actuó el servidor.

Es claro que el hecho dañino, para efectos del estudio del llamamiento en garantía no ocurrió por la conducta única grave del agente oficial, porque de haber sido así tendría su origen en su falta exclusiva y personal.

En este caso, la conducta del agente estatal no está desligada del servicio; por el contrario está ligada en forma determinante con él.

En consecuencia, para determinar la obligación de reembolso del agente del ICBF frente a este, conduce a la Sala a determinar la incidencia de la actividad de riesgo creada por el ICBF en la producción del daño, al interior de la decisión y definitivo del llamamiento en garantía, y solo para estos efectos”²⁰⁵

En el caso sub examine, el Consejo de Estado resolvió que una vez la Entidad condenada pagará la totalidad de la indemnización fijada debía recibir

²⁰⁵Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, CP: María Elena Giraldo Gómez.

tanto por parte de la aseguradora como del funcionario hallado responsable a título de culpa grave, el reintegro de lo pagado.

Dado que en esa oportunidad la cobertura de la póliza era parcial respecto de la suma total a indemnizar, la Entidad debió asumir parte del costo de la condena.

Sin embargo, el Consejo de Estado no ha establecido la forma en que se debe proceder cuando se verifica que la totalidad del daño a indemnizar está cubierto por la póliza adquirida por la entidad demandada con la aseguradora llamada en garantía, pero se encuentra probado que efectivamente el funcionario público actuó con dolo o culpa grave y es el mayor responsable del daño infringido a la víctima.

Por parte de la doctrina se ha planteado que en aquellos casos la aseguradora no tendría acción de repetición contra el funcionario, pues no estaría legitimada para ejercerla, en razón a que únicamente la puede ejercer el Estado por medio de la Entidad afectada, el Ministerio Público o el Ministerio de Defensa a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.²⁰⁶

A este respecto es pertinente señalar que esta solución, si bien es acorde con las reglas del Derecho de Seguros, no satisface el interés del Estado de tener funcionarios más íntegros y responsables por sus acciones y una función pública de mejor calidad, a la vez que implicaría que el proceso adelantado para vincular al agente estatal fuera una pérdida de tiempo y recursos.

De otra parte, el hecho de que fuera la entidad quien reclamara el reembolso de las sumas al funcionario, subsanaría el problema de la legitimación

²⁰⁶ HERRERO DE EGAÑA, Juan M., *“La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las administraciones públicas”* en www.indret.com

en la causa, no obstante, traería como consecuencia un enriquecimiento sin causa para la entidad pública, pues ya habría restablecido su patrimonio con el pago total efectuado por la aseguradora y recibiría adicionalmente por parte de su agente el pago de la indemnización que le correspondería según lo fijado por el juez.

El permitir que la entidad pueda reclamar al funcionario la suma ordenada por el juez es la solución más justa, toda vez no se puede castigar a las entidades que como medio de previsión y garantía contratan cuantiosas pólizas de seguro para proteger su patrimonio con la imposibilidad de reclamar responsabilidad patrimonial a sus funcionarios.

Aunque de otra parte, si tenemos en cuenta que el verdadero fundamento o razón de ser del llamamiento en garantía con fines de repetición no es sancionar al funcionario, sino recuperar las sumas de dinero que el Estado tuvo que pagar por los daños ocasionados por la culpa grave o dolo de este, no habría necesidad de exigir ese pago, pues ya estaría cumplida su finalidad con el pago total efectuado por la aseguradora.

Como vemos hay razones y argumentos de lado y lado, que inclinan la balanza hacia una u otra tesis según la interpretación que se haga de la finalidad del llamamiento en garantía con fines de repetición: como recuperación del patrimonio o como efecto moralizador.

CAPÍTULO IV

APRECIACIONES FINALES Y PROPUESTA JURÍDICA

1. Apreciaciones finales

Los diferentes mecanismos jurídicos diseñados por el Legislador para hacer tangible la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado por los daños antijurídicos causados por su culpa grave o dolo, entre ellos el llamamiento en garantía con fines de repetición, no han sido exitosos en su finalidad de proveer una efectiva y apropiada protección de bienes jurídicos como el patrimonio estatal y la moralidad administrativa.

Si echamos un rápido vistazo a las cifras²⁰⁷, podemos percibir que el llamamiento en garantía con fines de repetición ha sido el mecanismo más recurrido por las entidades estatales para reclamar la responsabilidad patrimonial de sus funcionarios, muy por encima de la acción de repetición, sin embargo, sus resultados en cuanto a recuperación de los dineros del Estado tampoco han sido significativos²⁰⁸.

Sin embargo, como hemos visto, esta discreta actuación no se debe únicamente a la inercia administrativa de las entidades públicas afectadas o a su escasa utilización, sino a principalmente a las particularidades que tanto el legislador como las Altas Cortes le han imprimido al mecanismo del llamamiento en garantía con fines de repetición con el propósito de ajustarlo a los fines normativos señalados por el constituyente y que por el contrario han traído como

²⁰⁷ Datos obtenidos de la Investigación adelantada por el Centro de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad de los Andes (CIJUS) para el Ministerio de Justicia y del Derecho titulada "*Justicia administrativa*". 1997. pág. 145-149. Otras cifras se pueden encontrar en la tesis de Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario elaborada por la Dra. Martha Cañón y las estadísticas emitidas por la Contraloría y la Procuraduría.

²⁰⁸ Según informa el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la actualidad el ejercicio de estas acciones se reduce a aproximadamente un 2% de los casos en los cuales el Estado es demandado. Tomado de la REVISTA SEMANA, "1000 billones de pesos", edición del 28 de enero de 2012.

consecuencia que la apropiada aplicación de esta figura implique actuar en contravía de los intereses del Estado.

Por lo anterior, el principal impedimento para la aplicación exitosa del mecanismo de repetición bajo estudio y para el cumplimiento de las finalidades que le son inherentes, está dado por sus propias y especiales características, que lo distinguen del llamamiento en garantía tradicional descrito en el Código de Procedimiento Civil.

No obstante lo anterior, es pertinente señalar *grosso modo* cuales han sido todos los factores que han colaborado para que se den estos resultados, que si bien como ya se dijo los más relevantes son los relacionados con su estructura interna, también lo es que otros tantos han contribuido al estado actual de cosas pero en menor medida.

Dichos factores han sido los siguientes:

- Las entidades públicas, por diversas razones, han omitido su obligación de llamar en garantía a los funcionarios cuando han incurrido en conductas dolosas o gravemente culposas que dan lugar a condenas por responsabilidad patrimonial en contra del Estado²⁰⁹.
- El Ministerio Público inicialmente fue el encargado de interponer las acciones de repetición o proponer el llamamiento en garantía de los funcionarios presuntamente responsables, pero recientemente ha decaído en el cumplimiento de ésta función.²¹⁰

²⁰⁹ Investigación adelantada por el Centro de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad de los Andes (CIJUS) para el Ministerio de Justicia y del Derecho titulada “*Justicia administrativa*”.1997. Debe aclararse que para la época de esa investigación no se presentaban las limitaciones de aplicación que hoy se manifiestan por causa de la regulación establecida en la Ley 678 de 2001, por lo cual no se puede atribuir a ese hecho su falta de aplicación.

²¹⁰ Ibídem

- Las demandas y condenas por responsabilidad patrimonial contra el Estado lejos de disminuir han aumentado considerablemente y con ello el detrimento al patrimonio estatal (para el año 2012 las pretensiones en contra del Estado suman 1200 billones de pesos y las demandas más de 270.000, siendo las entidades que más contribuyen a estas cifras el Instituto de Seguro Social, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional)²¹¹
- Igualmente, es de señalar que no solo las condenas contra el Estado sino también las demandas contra éste han aumentado, principalmente, debido al incremento de las actividades en que participa el Estado, un mayor grado de conocimiento de los administrados de sus derechos, los cambios constantes en la estructura del Estado, (supresión, fusión, escisión, etc.) y la ampliación de los eventos en que debe resarcirse el daño causado a los particulares, producto de la adopción del concepto de daño antijurídico. Hecho que debió verse aparejado de un mayor ejercicio de las acciones de recobro contra los agentes causantes del daño, lo cual no se ha realizado.
- A este ritmo de condenas contra el Estado y la incapacidad de los actuales mecanismos jurídicos de materializar la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, no estamos lejos de ver a los jueces administrativos como los principales ordenadores del gasto público (aunque ya en la actualidad el pago de las sentencias indemnizatorias constituye uno de los grandes pasivos del Estado y el monto de las contingencias es de más de dos veces el PIB²¹²)

²¹¹ Tomado de ÁMBITO JURÍDICO, *"Aún persisten las mafias de abogados que demandan al Estado"*, edición del 28 de mayo al 10 de junio de 2012. Pág. 17.

²¹² Tomado de la REVISTA SEMANA, *"1000 billones de pesos"*, edición del 28 de enero de 2012

- En cuanto a los dineros recuperados producto del ejercicio del llamamiento en garantía con fines de repetición los montos han sido insignificantes.
- Al parecer el afán por evitar investigaciones de tipo disciplinario ha generado que los funcionarios responsables de evaluar la procedencia de la acción, omitan en su análisis la verificación de requisitos indispensables para la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición como lo es la prueba sumaria de la culpa grave o el dolo, lo cual condena al fracaso el intento de vinculación del funcionario y posiblemente también el cobro de las sumas que se pretende que desembolse.
- Adicionalmente a esa falta de diligencia por parte de las entidades en aportar dicha prueba está que el Consejo de Estado, cambió radicalmente la interpretación que hacía del requerimiento de “*prueba sumaria*” en los casos de llamamiento en garantía, considerando insuficiente la descripción fáctica que hacía la entidad en la contestación de la demanda para derivar esos efectos.
- En otros casos la defensa judicial de las Entidades públicas ha fallado igualmente en cuanto a que ha pretendido usar las presunciones de dolo y culpa grave consagradas en la Ley 678 de 2001 en casos cobijados por la normativa anterior con el fin de relevarse de su prueba, actuación que ha sido rechazada por la jurisdicción contenciosa administrativa²¹³.
- Por otro lado, se ha llegado al absurdo de que fracase el llamamiento en garantía con fines de repetición por la falta de pago de las expensas para la

²¹³ En esta materia, tal como se ha manifestado en precedencia, el Consejo de Estado, ha sido claro en afirmar que dichas normas al ser de contenido sustancial no son susceptibles de ser aplicadas retroactivamente. Ver sentencias de la Sección Tercera, de fecha 05 de diciembre de 2006, MP: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

notificación al llamado²¹⁴ por parte de la Entidad demandada o del Ministerio Público.

No se puede pretender que se haga una buena defensa judicial si ni siquiera se brindan al apoderado los recursos mínimos para el pago de gastos del proceso o si no se tiene la previsión de destinar partidas, así sean pequeñas, para cubrir costos como esos, que si bien no son cuantiosos, de no cubrirse, al ser una carga procesal, pueden dar al traste con la estrategia de defensa.

Adicionalmente, es realmente vergonzoso que haya sido necesario que el Consejo de Estado señalara por medio de providencia que en los eventos en que el Ministerio Público sea quien efectúe el llamamiento no debe exigírsele el pago de esas expensas, pues está ejerciendo su deber constitucional y legal²¹⁵

- Sumado a lo anterior tenemos que en estos momentos Colombia carece de un apropiado sistema de responsabilidad extracontractual, toda vez que los elementos mínimos que deben precisar, como son: cuáles son los daños por los cuales se va a responder y a quién se le van a imputar, no se encuentran definidos de forma suficientemente clara, y en cada evento se

²¹⁴ Investigación adelantada por el Centro de Estudios Socio Jurídicos de la Universidad de los Andes (CIJUS) para el Ministerio de Justicia y del Derecho titulada "*Justicia administrativa*". 1997

²¹⁵ El Consejo de Estado en el auto de 14 de abril de 1994, CP: Daniel Suárez Hernández, Expediente: 9257 indicó que dado que el Ministerio Público, por disposición directa de la Constitución Política tiene la obligación de intervenir en los diferentes procesos judiciales en defensa del orden jurídico, la legalidad, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales, desde diferentes ópticas, entre otras como actor o auxiliar de las partes, sin defender intereses privados. En atención a esas circunstancias, si bien no existe norma que defina el tema, lo más justo y lógico es que sean las partes principales privadas quienes asuman en proporción igual esas expensas para colaborar en los cometidos del Ministerio Público.

está a merced de lo que el juez de turno considere que es el régimen correcto a aplicar, lo cual provoca un alto grado de inseguridad jurídica.²¹⁶

- Esta situación es sumamente reprochable ya que implica la indefinición de los elementos que dan origen a las cuantías más grandes de condena contra el Estado.
- Asimismo, el hecho de que la jurisprudencia contenciosa administrativa sea tan voluble envía señales equivocadas al público, lo cual trae consigo la presentación de mayores demandas, pues los apoderados de las víctimas optan por adelantar acciones a diestra y siniestra esperando que el estado de la jurisprudencia del momento le sea favorable o que la demanda caiga en manos del juez más garantista.
- Vale la pena tener en cuenta que el delimitar nociones como *“imputación”* y *“causalidad”* permiten tener un panorama más nítido respecto de los eventos en los cuales es más probable que el Estado sea condenado, situación que repercute en la definición de las estrategias de defensa de las Entidades, incluyendo la viabilidad y conveniencia de efectuar el llamamiento en garantía con fines de repetición.
- Es palmario que la falta de reglas que permitan prever con cierto grado de razonabilidad los eventos que pueden dar lugar a condenas contra el Estado, es un problema que entorpece no solamente la eficacia de la defensa en los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado sino también la de los funcionarios públicos, toda vez que dificulta la tarea

²¹⁶ BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. Responsabilidad de los jueces del Estado: La reparación de los daños antijurídicos causados por el funcionamiento de la Administración de justicia y el error judicial. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1998.

de los Comités de Conciliación en cuanto a determinar la viabilidad de iniciar las acciones pertinentes contra los agentes estatales y los medios de defensa a emplear en cada caso.

- Si las autoridades tuvieran claro en que eventos el Estado debe responder por los daños que cause a los administrados podría calcularse el costo de las indemnizaciones y de esta forma el plan de acción a ejecutar. Además, si los agentes estatales tuvieran claro cuál es el alcance de su responsabilidad podrían ajustar sus conductas y los procedimientos administrativos, en orden a prevenir la causación de daños.
- Igualmente, si los particulares tuviesen también conocimiento en qué eventos procede la responsabilidad del Estado y cuál es el alcance de la misma, probablemente se abstendrían de impetrar demandas, pues sabrían de antemano que están destinadas al fracaso²¹⁷.
- Siguiendo en la línea de la responsabilidad extracontractual, el hecho de que no exista un límite a la cuantía de los daños por los cuales deba ser reparada la víctima, implica que el juez administrativo es quien define a su arbitrio la cuantía de estos, solamente condicionado a lo que a su juicio implique el concepto de “*reparación integral*”, fijando en algunos casos sumas desorbitantes que después si se pretende exigir su desembolso por parte del funcionario responsable por vía de alguno de los mecanismos de repetición es impagable.
- Adicional a los inconvenientes señalados, tenemos que el sistema judicial colombiano está muy congestionado y es muy lento, lo que facilita, de una parte, que por vía de intereses moratorios e indexación se aumenten sustancialmente las condenas contra el Estado y, por otro, que los

²¹⁷ Ibídem.

funcionarios tengan oportunidad para insolventarse pues en pocas oportunidades se ejercen medidas cautelares sobre sus bienes.

No es mera coincidencia que la pretendida función moralizadora y preventiva de los mecanismos de repetición estén lejos de cumplirse y que las cifras de corrupción continúen siendo catastróficas, si los procesos de responsabilidad patrimonial siguen caracterizándose por ser lentos, engorrosos y mal llevados, propiciando así que el paso del tiempo cause el aumento de las indemnizaciones²¹⁸ y la pérdida de pruebas.

- Si bien es cierto la norma constitucional dispone la obligatoriedad del Estado de entablar las acciones pertinentes contra los funcionarios responsables del pago de condenas por daño antijurídico cuando media su dolo o culpa grave, esta obligación se ve matizada por el hecho de que no existe en el ordenamiento procesal vigente mecanismos que permitan ejecutar forzosamente esa supuesta obligación en caso de que la Administración no lo haga.²¹⁹
- La disposición que ha sido una de las principales causas de la ineficiencia del llamamiento en garantía con fines de repetición es el parágrafo del artículo 19 de la Ley 678 de 2001, en el cual se señala que cuando la entidad pública ha propuesto excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor no puede ejercer el llamamiento en garantía contra el funcionario posiblemente responsable,

²¹⁸ Es necesario precisar que el paso del tiempo aumenta el valor de las indemnizaciones por dos razones: primero, por efecto de la mora judicial cada proceso tarda en resolverse en primera instancia por lo menos 6 años causando que el valor de la condena deba ser indexada con el fin de que la víctima no sufra el envilecimiento de la moneda, y segundo, las Entidades no cumplen oportunamente el pago de las condenas por lo cual también deben responder por el pago de intereses moratorios.

²¹⁹ DOMENECH PASCUAL, Gabriel. Porque la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio en <http://www.indret.com>

limitación esta que fue avalada desde el punto de vista constitucional por la Corte Constitucional en la Sentencia C - 965 de 21 de octubre de 2003.

- Por otro lado, la institución de los Comités de Conciliación ha sido fuertemente criticada por la doctrina por su aparente falta de imparcialidad y de efectividad, principalmente por su composición, que tiende a entorpecer el ejercicio de las acciones legales pertinentes, entre ellas obviamente el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Conforme ha señalado la doctrina, la objetividad de las decisiones de este órgano colegiado se puede ver seriamente cuestionada por las siguientes razones²²⁰:

- Dada la conformación del Comité (altos funcionarios designados por el Jefe de la Entidad respectiva) es altamente improbable que conceptúe a favor del ejercicio de una acción de repetición o de un llamamiento en garantía con fines de repetición contra un funcionario directivo de la Entidad o el propio Jefe de ésta, no solo por el hecho de existir relaciones de dependencia y jerarquía sino por posibles vínculos de amistad.
- De otra parte, tenemos que la experiencia ha indicado que la mayoría de las acciones tendientes a obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado se ejercen una vez estos han dejado de laborar en la Entidad, es decir, contra ex jefes y ex funcionarios, especialmente cuando presentan una afiliación política contraria a la de la Administración regente.

²²⁰TORRES CALDERON, Leonardo Augusto. “¿Se justifica la Acción de repetición? Comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y propuestas de reforma” en Revista Electrónica Civilizar No. 8. Universidad Sergio Arboleda, Junio de 2005, pág. 4 y ss.

- Lo anterior denota que más que un ánimo de legalidad, justicia y defensa del patrimonio estatal los miembros del Comité actúan con intenciones políticas, tendientes a perpetuar la continuidad en esos cargos de sus aliados políticos y desprestigiar a sus oponentes.
- También es considerado que los Comités de Conciliación no suelen conceptuar a favor de ejercer acciones legales contra funcionarios o contratistas del Estado mientras estos estén vinculados con la Entidad, por el efecto negativo que generaría en las relaciones al interior de la misma.

Si bien esto es cierto, desde el punto de vista económico no podemos culpar por esa decisión a los Comités de Conciliación, toda vez que es una situación completamente normal y lógica, incluso en el ámbito privado.

El hecho de que en el decurso de la relación vigente entre las partes se investigue e incluso se halle responsable a un dependiente por la ocurrencia de un daño y se le obligue a repararlo, es una circunstancia que genera un malestar considerable al interior de la organización por lo cual en muchos casos se opta por desistir de las acciones y que la entidad absorba los daños²²¹.

- Finalmente, también se ha detectado la tendencia a conceptuar o aprobar el ejercicio de acciones legales en su gran mayoría contra funcionarios operativos o subalternos, toda vez que no corresponden al mismo rango jerárquico de los miembros del Comité.

²²¹ Según expresa el doctrinante español Oriol Mir Puig Pelat, es innato a toda organización –pública o privada- la resistencia ante mecanismos internos de exigencia de responsabilidad, toda vez que por ejemplo, en el ámbito privado no tiene sentido alguno demandar por la vía civil a su empleado si no le ha despedido antes y normalmente la amenaza de despido o de sanción disciplinaria son suficientes para corregir el comportamiento. Al respecto ver DOMENECH PASCUAL, Gabriel. Op. Cit.

- Un factor de peso para que en estos momentos esté tan en boga el tema de la Ley 678 de 2001 es el hecho de que en los últimos años el Gobierno ha querido tomarla como “*caballo de batalla*” en su renovada lucha contra la corrupción, a fin de proporcionarle a los ciudadanos una imagen de seguridad y demostrar la determinación del Estado para terminar con este flagelo.

Sin embargo, esta política puede ser contraproducente toda vez que está enviando una señal errada a la opinión pública, pues ven a la acción de repetición y al llamamiento en garantía con fines de repetición como el medio para castigar a los corruptos, siendo que:

- El objeto de la norma no es “castigar” a los corruptos, sino recuperar el patrimonio estatal.
 - El asimilar estos mecanismos exclusivamente a un medio para combatir la corrupción, implica desconocer que existen conductas generadoras de daños que provienen de culpa o negligencia grave o de intenciones dolosas no asociadas a corrupción.
 - El hecho de establecer estos mecanismos como la principal herramienta anticorrupción genera unas expectativas muy altas en casos particulares y de no colmarse implicarían un gran descredito para el sistema de responsabilidad patrimonial de los funcionarios y un aumento en la pérdida de confianza de los ciudadanos hacia el Estado.
- La responsabilidad patrimonial del Estado de origen contractual, en el pasado reciente ha demostrado ser otra gran fuente de descalabros económicos, dado la particular interpretación que de las normas del

Estatuto Contractual hace el Departamento Jurídico de cada entidad, por lo cual en este tipo de actos tampoco existe uniformidad en cuanto a políticas o comprensión general del contenido de las normas y la labor unificadora del Consejo de Estado no ha sido de ayuda.

- Ante este estado de cosas el Gobierno nacional en mayo de 2011²²² creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía y patrimonio público, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Dicha entidad se encargará de fortalecer, fijar y centralizar las políticas de defensa del Estado en los diferentes procesos a nivel nacional e internacional, intervenir directamente en los procesos más relevantes, desde el punto de vista político o económico y promover la prevención del daño antijurídico, tareas que estaban antes en manos de una dependencia del Ministerio de Justicia y del Derecho denominada Dirección de Defensa Judicial de la Nación, la cual no tuvo realmente mucho éxito.

Basados en lo mencionado en precedencia, podríamos afirmar que la eficacia de las normas que regulan el tema de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales es más de tipo simbólico²²³ que real, es decir, su eficacia no se verifica por la realización de los objetivos explícitos, como la disminución de la corrupción y recuperación de dineros públicos, sino en la *“representación que infunde en los receptores de la misma”*, en el efecto psicológico que tiene el proscribir ese tipo de conductas.

²²² Ley 1444 de 4 de mayo de 2011, *“Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”*. Artículo 5, parágrafo.

²²³ GARCIA VILLEGAS, Mauricio. *La Eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombiana*. Ediciones Uniandes, 1993, Pág. 80 y Ss.

Como lo explica claramente el doctor GARCIA VILLEGAS, *“El derecho no siempre se promulga para ser aplicado a veces se crea para ser promulgado. Cuando se aplica y resulta ineficaz, su ineficacia no se puede entender como un fracaso sino como un propósito implícito perseguido por el derecho mismo (...) Más allá del asunto jurídico relacionado con el fracaso o el éxito de la puesta en obra de los propósitos legales, existe un asunto político, que tiene que ver con el fracaso o el éxito de la realización de otros objetivos que no se desprenden de la lectura espontánea del texto, y que se relacionan con la promoción de ciertas representaciones colectivas necesarias para el logro de la cohesión social...”*

A pesar de tal afirmación, consideramos que es posible obtener el cumplimiento de esos fines explícitos a través de otros medios jurídicos o simplemente mediante la modificación de los existentes, haciendo realmente operativa la responsabilidad patrimonial de los funcionarios.

Lo anterior en consideración a que su escaso éxito no se debe exclusivamente a su poca utilización sino, en el caso del llamamiento en garantía con fines de repetición, a los problemas internos de la figura que hacen que su aplicación vaya en desmedro de los intereses del Estado.

2. Análisis de la necesidad y viabilidad de continuar con las figuras de repetición

Teniendo en cuenta los resultados obtenidos con los mecanismos jurídicos de repetición en nuestro país y, en general, las conclusiones a las cuales se ha llegado en los diferentes ordenamientos donde se emplean herramientas similares para recuperar los dineros pagados por el Estado como consecuencia del actuar erróneo de sus agentes, como mecanismos de recobro o acciones de regreso, algunos expertos plantean la posibilidad de renunciar a su ejercicio y eliminar completamente este tipo de acciones toda vez que su falta de eficiencia podría

redundar en la pérdida de confianza por parte de los administrados y causar un efecto negativo superior al beneficio que reporta el tenerlos vigentes.²²⁴

Sin embargo, una decisión de este tipo es realmente difícil de tomar, sobre todo en un país en el cual la confianza del público en sus instituciones y funcionarios está tan gravemente afectada, principalmente por los estigmas que pesan sobre los servidores públicos de que son corruptos e ineficientes.

Si bien es cierto el riesgo que supondría eliminar este tipo de figuras de un ordenamiento jurídico es bastante alto, en razón a que la posibilidad de que el funcionario no tenga que responder con su patrimonio por los daños que ocasione en el ejercicio de sus funciones puede incentivar la falta de diligencia en su accionar, el cual de cierta forma se ve compensado con la existencia de las acciones de regreso²²⁵, también lo es que los pobres resultados obtenidos darían pie a pensar que las consecuencias de su desaparición no serían tan significativos como lo quieren hacer ver algunos.

El hecho de que la Carta Política haya establecido que la responsabilidad de los funcionarios estatales por daño antijurídico sea de carácter subsidiario y no directo, debía haber traído como contrapartida necesaria un mayor ejercicio de las herramientas jurídicas de repetición²²⁶, sin embargo, este efecto de balance no se ha visto reflejado en las cifras de recuperación de dineros pagados por concepto de condenas contra el Estado.

Como ya se ha hecho mención, su ejercicio se reporta en menos del 2% de los casos y de las decisiones judiciales analizadas se establece claramente que en

²²⁴ DOMENECH PASCUAL, Gabriel. Op. Cit.

²²⁵ HERRERO DE EGAÑA, Juan M., “La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las administraciones públicas” en www.indret.com

²²⁶ A esta conclusión llegaron doctrinantes extranjeros como ORIOL MIR PUIG PELAT, quien percibió el mismo fenómeno en España con la expedición de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

un muy alto número de procesos el llamamiento en garantía con fines de repetición es rechazado por la falta de cumplimiento de los requisitos legales y por tanto no se vincula efectivamente al agente.

Quienes abogan por su desaparición basan su argumentación en los siguientes puntos:

- Las acciones de regreso son muy caras de gestionar y el hecho de entablarlas estando vigente la relación contractual, legal o reglamentaria implica unos costos muy altos desde el punto de vista de la relación entre las partes, es decir, el vínculo establecido se afectaría significativamente.
- *“La misma función preventiva de la acción de regreso pueden cumplir otros instrumentos alternativos, como el establecimiento de cláusulas contractuales que asocien incrementos o reducciones salariales al historial profesional del empleado, e incluso la extinción de la relación laboral o profesional”*.²²⁷

Lo anterior dado que las medidas salariales o las que inciden en la vigencia y continuidad de la relación serán más baratas de prever y de aplicar que las acciones individuales de regreso, dado que estas últimas son de necesario ejercicio judicial.

- El hecho de mantener una figura procesal como estas, con efectividad casi nula, solo para *“tranquilizar conciencias”* y dar la falsa idea de que el Estado cuenta con las herramientas jurídicas que le permitan exigir ese tipo de responsabilidad a los funcionarios puede tener un efecto contrario al deseado, *“provocando que los ciudadanos se sientan defraudados por las autoridades administrativas, que aumente su desconfianza en ellas, que se*

²²⁷ DOMENECH PASCUAL, Gabriel. Op. cit.

*acentúe su impresión de que éstas actúan corrupta, corporativista e irresponsablemente, persiguiendo su beneficio privado en detrimento del interés general, que las mismas pierdan legitimidad”.*²²⁸

- *“Su ineficiencia puede producir, un “efecto contagio”, propiciando, por ejemplo, que no se exija responsabilidad a los funcionarios por los daños que hayan causado dolosamente, o que no se ejerza como es debido la potestad disciplinaria ante la comisión de imprudencias tipificadas como infracciones.”*²²⁹
- El mantenimiento de estos mecanismos y su eventual utilización por parte de la Administración podría ser interpretada como discriminatoria, abusiva, arbitraria o incluso como un medio de persecución contra enemigos políticos.

A pesar de lo señalado, se ha podido verificar que la crisis del sistema de responsabilidad patrimonial de los agentes estatales no se circunscribe únicamente al Derecho Colombiano.

En un régimen jurídico bastante similar al nuestro como es el español, la doctrina también ha hecho referencia a la escasa efectividad de las figuras de repetición para cumplir las finalidades legalmente señaladas, por lo cual no es solo un problema nacional.

Sin embargo, es de aclarar que en dicho sistema jurídico solo se emplea la acción de regreso y no el llamamiento en garantía con fines de repetición, lo cual implica que no haya una total equivalencia entre ambas situaciones.

²²⁸ ibídem

²²⁹ ibídem

Así las cosas, no obstante lo mencionado en pos de la eliminación de los mecanismos de repetición, existen serias y contundentes razones para defender la continuidad de estas figuras:

En primer lugar, es francamente criticable la resistencia de las entidades públicas colombianas a ejercer las acciones pertinentes para obtener el reembolso de lo pagado por el Estado con ocasión de las condenas obtenidas por la irresponsabilidad de los funcionarios, pero esto no es óbice para renunciar a exigir esta responsabilidad, por las siguientes razones:

- Los contribuyentes y en general el patrimonio público no tienen por qué cargar con las consecuencias patrimoniales negativas ocasionadas por las conductas irregulares cometidas por los agentes del Estado, por su negligencia grave o dolo.
- Dejar inmune al funcionario por esos hechos perpetuaría las condiciones que dieron origen a la misma.
- Si bien el simple hecho de promover conductas más diligentes no evita que las situaciones que dan lugar a las condenas no se vuelvan a repetir, el no castigar los comportamientos poco diligentes o dolosos si puede causar el efecto contrario²³⁰.

En segundo lugar, debemos comprender que el asegurar el correcto desarrollo de la actividad administrativa, en términos económicos constituye un incentivo para que los servidores públicos adopten medidas encaminadas a evitar la ocurrencia de daños, toda vez que dentro de los fines de la responsabilidad patrimonial está no solo el prevenir la repetición de estos daños sino el implementar controles a la gestión pública.

²³⁰ *Ibídem*

El primero, en razón a que el funcionario patrimonialmente irresponsable tiene menos incentivos o motivaciones para tomar decisiones que se dirijan a prevenir daños y, segundo, porque en el momento en que se juzgue la adecuación y corrección de su actuar no solo se evalúa su actuar sino también el de la Entidad a la que pertenece, lo que repercute en un mayor grado de ejercicio de controles públicos tendiente a detectar, corregir y prevenir futuros errores y el promover el mejoramiento de la gestión.²³¹

La amenaza de ejercicio de la acción en todos los casos puede introducir un condicionamiento al comportamiento de los funcionarios, haciéndolos aumentar su diligencia en el ejercicio de la función pública.²³²

En tercer lugar, no sobra señalar que, a pesar de los fuertes argumentos que sustentan la viabilidad de erradicar o desmantelar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios, incluyendo el llamamiento en garantía con fines de repetición, mal podría pretenderse aquello, pues como se hizo mención inicialmente, existen fuertes razones jurídicas y filosóficas que exigen la existencia de límites normativos al actuar de los funcionarios públicos con el fin de evitar la proliferación de conductas reprochables y de sus consecuencias dañosas y además, es necesario que el Estado tenga herramientas jurídicas que le permitan proteger el patrimonio público de los desmanes de sus agentes.

Por lo anterior, a pesar de su escaso éxito, es necesario implementar este tipo de mecanismos, con el fin de obtener el restablecimiento del patrimonio del Estado y ejercer un debido control sobre el actuar de los agentes estatales.

²³¹ Oriol MIR PUIGPELAT (2002), *“Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”* En *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2002, pág. 1027

²³² DOMENECH PASCUAL, Gabriel. Op. Cit.

No obstante lo anteriormente manifestado, el estudio efectuado permite concluir que no es viable continuar con la actual regulación del llamamiento en garantía con fines de repetición, pues los efectos de su correcta implementación generan consecuencias indeseables desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado y en la evaluación del costo - beneficio de su implementación, los resultados son negativos.

3. *Propuesta Jurídica*

Con base en las observaciones y hallazgos obtenidos de este estudio, nos permitimos formular las siguientes sugerencias, con el fin de mejorar el panorama en el cual se desenvuelve la responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado, específicamente el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Estas propuestas de cambio están principalmente dirigidas a corregir las deficiencias que se presentan a nivel interno de la figura, es decir, las derivadas de la estructura fijada por el Legislador y de su interpretación jurisprudencial, que han provocado que su apropiada aplicación cause efectos que van en contravía de los intereses del Estado y de paso han hecho inoperativo este mecanismo de repetición para el cumplimiento de sus fines

Desde el punto de vista de la reglamentación de la figura tenemos las siguientes consideraciones:

Es inviable continuar con la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición como la conocemos, y por tanto lo más conveniente es volver a la aplicación del llamamiento en garantía reglamentado en el Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior en consideración a que es una figura de aplicación más simple, de conocida eficacia y que no presenta restricciones o prohibiciones para su uso, además, que no implica ningún tipo de discriminación en el tratamiento entre personas de derecho público y personas de derecho privado.

Es pertinente señalar que, en todo caso, las contradicciones o problemas internos que presenta la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición llevan ineludiblemente a su desuso, como se verá más adelante.

Adicionalmente, el hecho de que las consecuencias de hacer el llamamiento en garantía en el derecho privado y en el derecho público sean tan diferentes, debería llevar a que la legislación y la jurisprudencia buscaran equilibrar las cargas y optaran por la utilización de medidas que le facilitaran el ejercicio de este mecanismo al Estado.

Así las cosas, en el primer caso, el demandado llama en garantía a un tercero con la finalidad de que aquel cubra total o parcialmente una eventual condena, es decir, para evitar que su patrimonio se vea desmejorado por la sentencia emitida, lo cual se podría lograr incluso en un 100%.

En cambio, en el plano del derecho público, la entidad llamante en todos los eventos es quien va a tener que responder ante la víctima por la totalidad de la condena impuesta (salvo que haya también efectuado un llamamiento en garantía a alguna aseguradora y que sea ella quien asuma total o parcialmente la condena según los términos pactados en la póliza) y no el servidor público, quien posteriormente responderá por la suma impuesta por el juez, hasta donde su patrimonio le permita, lo cual en la mayoría de los casos no alcanza para cubrir toda la suma cancelada a la víctima.

En atención a lo anterior, deberían removerse las trabas injustas e innecesarias que presenta el mecanismo objeto de estudio y que impiden a las entidades públicas ejercer el llamamiento en garantía, con miras a obtener que la determinación de la responsabilidad del funcionario sea lo más pronto posible y evitar así su eventual insolvencia.

Así las cosas, la regulación actual de esta figura hace sumamente difícil que las entidades demandadas puedan vincular al proceso a los agentes presuntamente responsables de la condena al Estado y cuando ello es posible, implica que el Estado casi que ineludiblemente será hallado responsable del daño, por lo menos parcialmente.

Por lo anterior, es completamente indeseable e inviable que se continúe con la configuración normativa que actualmente se cuenta, pues sus efectos son muy nocivos desde el punto de vista de la hacienda pública y trae como consecuencia una contraposición entre las finalidades de la responsabilidad patrimonial del Estado y la de sus funcionarios.

No obstante, en caso de no acogerse esta propuesta o mientras se hace la transición a la nueva regulación, pueden implementarse o promoverse los siguientes cambios:

- Dada la limitación impuesta por la Corte Constitucional a los medios de defensa que puede exponer la Entidad demandada en los casos en que promueve el llamamiento en garantía con fines de repetición, esto es, no puede alegarse causa extraña, es necesario que el Ministerio Público sea quien promueva la vinculación de los funcionarios a los procesos en los cuales se pretenda la condena de una Entidad pública.

Para que esto se pueda verificar de forma exitosa, deberá actuar de forma coordinada con los Comités de Conciliación y con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, cuando entre en labores, para lo cual debe evaluar si existen graves indicios que demuestren la existencia del elemento subjetivo y de esta manera la entidad pueda ejercer libremente su defensa mediante las excepciones que considere prudentes, incluyendo eximentes de responsabilidad, de ser del procedente.

- En todo caso, sin importar cuál sea la posible defensa que presente la Entidad demandada, es pertinente que sea el Ministerio Público quien asuma de forma principal la formulación del llamamiento en garantía, toda vez que además de no tener las limitaciones que le ha impuesto la jurisprudencia a las entidades, no se ve influenciada por los posibles intereses o relaciones que podrían nublar el juicio de los miembros de los Comités de Conciliación para evaluar la viabilidad y ejercicio de las acciones pertinentes.

Adicionalmente y conforme lo dispuso el Consejo de Estado, no tiene que preocuparse por cubrir las expensas de la vinculación pues estaría dando cumplimiento a su rol de defensor del patrimonio público.

- Una posición un poco más radical sería incluso considerar la posibilidad de eliminar la legitimación de los Comités de Conciliación para iniciar las acciones y dotarlo de facultades investigativas y consultivas en orden a que colaborara con el Ministerio Público y con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en la determinación de la viabilidad de las acciones y en la consecución de pruebas.
- Es necesario dejar de atribuir como principal finalidad de los mecanismos de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado el ser la vía idónea

para acabar con la corrupción, dado que la atribución de esta titánica tarea no puede ser realizada únicamente a través de este medio.

En primera medida, porque la finalidad de estas figuras, incluyendo el llamamiento en garantía con fines de repetición es reparar y no sancionar, es decir, su objeto es la recuperación del patrimonio estatal que se vio afectado por el actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus funcionarios y no el sancionar al causante del daño.

Segundo, las acciones encargadas de castigar al funcionario por su actuar violatorio de los principios de la función administrativa, de la constitución y de la ley son la disciplinaria, la fiscal y la penal, según se demuestre la configuración de sus elementos esenciales.

- Es pertinente que las entidades demandadas no solo ejerzan el llamamiento en garantía con fines de repetición sino que ante la evidente presencia de dolo y culpa grave, investiguen cuales son los bienes con los que cuenta el funcionario y pidan las medidas cautelares del caso con el fin de evitar que al finalizar el proceso haya desaparecido el patrimonio del funcionario.
- Adicionalmente, es necesario que el legislador amplíe el ámbito de las medidas cautelares aplicables a los procesos de responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado, ya que las actuales son bastante restringidas y no las más eficaces.
- Se ha detectado que si bien las cuantías más grandes en condenas al Estado son por acciones de reparación directa, dado la cuantificación que del daño hace el juez, el grueso de las acciones contra el Estado está en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, principalmente por actos administrativos emitidos conforme las políticas fijadas por la Entidad

respectiva y por la reestructuración de las Entidades Públicas, circunstancias que no implican un actuar defectuoso de los agentes estatales y que sin embargo, estadísticamente se agrupan con las que sí lo son.

Lo anterior implica que la imagen que se da al público es que las millonarias pretensiones contra el Estado son producto de los pésimos funcionarios con los que cuenta, que son unos corruptos.

El hecho de diferenciar los casos en los cuales el Estado es demandado como parte de un riesgo calculado y de la decisión consciente de asumir esos costos, de aquel que es producto del actuar reprochable de las entidades y de los funcionarios que los representan, trae consigo la existencia de datos más reales sobre la corrección de la conducta de los servidores públicos y del logro de la finalidad de la norma, esto es, la recuperación de los dineros del patrimonio estatal, a la vez que permite la medición adecuada del ejercicio de los mecanismos para exigir la responsabilidad patrimonial de los funcionarios.

Frente a la opinión pública suena realmente devastador que únicamente en el 2% de los casos de demandas contra el Estado se ejerza el llamamiento en garantía con fines de repetición o la acción de repetición, siendo que por lo menos una tercera parte de esas demandas se deben a las políticas establecidas por las entidades.

- Aun cuando la Ley 678 de 2001 señala que la legitimación por activa de los mecanismos que permiten la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales está limitada a las personas citadas en su artículo 8, una aplicación armónica de dicha norma con la interpretación hecha por la Corte Constitucional de las normas del Código Contencioso

Administrativo permitiría que el juez de la causa también pudiera efectuarlo de oficio si encuentra que de la descripción de los hechos de la demanda y de la contestación, así como de las pruebas aportadas con estas, se desprende la posible responsabilidad del funcionario.

Para nuestra fortuna, ésta idea fue acogida por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al dar la posibilidad al juez de conocimiento de vincular al proceso a las personas que considere que tienen interés en el resultado del proceso.

Esta idea aunque no es innovadora, pues en el Decreto - Ley 150 de 1.976 ya estaba consagrada, permite relevar a la entidad demandada o a quien formulara el llamamiento de tener que aportar la prueba sumaria del dolo o de la culpa grave, uno de los principales obstáculos para la prosperidad del llamamiento en garantía con fines de repetición.

- Además, el hecho de que la Entidad brinde la prueba del dolo o culpa grave del funcionario implica que le está facilitando al demandante los medios para que salga victorioso en sus pretensiones contra el Estado. Aun cuando esto le facilite la vía a la repetición de lo pagado no existe proporcionalidad entre el beneficio que recibe el actor como indemnización, que es una suma cierta y segura, con la eventual cantidad de dinero que va a recuperar el Estado con el llamamiento en garantía con fines de repetición.
- Es conveniente que el Consejo de Estado retome su posición jurídica anterior respecto de la prueba sumaria del dolo o la culpa grave, esto es, que es suficiente con la invocación de hechos, situaciones o informaciones sobre la conducta incorrecta del funcionario, al momento de presentar la solicitud de vinculación procesal y de esta forma facilitar la vinculación el funcionario.

- Es necesario que la Corte Constitucional replantee la constitucional del párrafo del artículo 19 de la Ley 678 de 2001 y permita a la entidad alegar causa extraña al mismo tiempo que formular el llamamiento en garantía con fines de repetición contra el funcionario presuntamente responsable.

Lo anterior, dado que a pesar de que puedan mediar diferentes causas en la generación del daño, la entidad demandada no puede ejercer de forma adecuada su defensa por una injustificada restricción creada por el legislador y apoyada por la jurisprudencia.

Como se señaló en un capítulo anterior, ésta posición da al traste con la interpretación que había tenido vigente el Consejo de Estado por años y que permitía al Estado ejercer su derecho a la defensa en condiciones apropiadas.

Adicionalmente, es de señalar que esta limitación no es aplicable al llamamiento en garantía ejercido entre particulares según las normas del Código de Procedimiento Civil, a pesar de que ambos llamamientos tienen el mismo fundamento y fin, lo cual implica que el Estado está siendo discriminado, lo cual redundaría en una merma injustificada y arbitraria de sus opciones de defensa.

Adicionalmente, la contestación de la demanda es un simple acto procesal de petición, por lo cual no es suficiente con afirmar algo sino que es necesario probarlo y si se puede demostrar que se configuró una causa extraña mejor aún para los intereses del Estado, lo cual no implica que se deba renunciar a un medio de defensa por acoger otro menos efectivo y favorable.

Probablemente el fundamento de esa distinción sea la arcaica idea que en las relaciones con la Administración los particulares no actúan en pie de igualdad y por tanto merecen una especial protección, lo que no ocurre en las relaciones con otros particulares.

Esa pretendida superioridad ya no existe, es mas, se puede decir incluso que se ha invertido, por lo cual no es necesario proteger a toda costa al administrado frente al Estado y menos a un precio tan alto como cercenarle sus herramientas de defensa.

Dado que la relación demandado – llamado en garantía depende del éxito de la relación principal, en razón a que la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal da lugar a que el juez administrativo tenga que analizar la segunda relación, pues de lo contrario no habrá pronunciamiento alguno sobre ese punto debería permitirse al Estado, que en asocio con el agente vinculado al proceso se ejerza una defensa adecuada, incluso mediante excepciones que tengan por objeto demostrar la ausencia de nexo de causalidad.

- Desde el punto de vista externo y ajeno a la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición tenemos que el Estado, entendido como el gobierno, el legislativo y las Altas Cortes deben hacer un esfuerzo conjunto con miras a aclarar el panorama normativo y jurisprudencial aplicable tanto a la responsabilidad del Estado como a sus funcionarios.
- Un aspecto en el que están de acuerdo la mayoría de los doctrinantes es que los criterios para determinar la responsabilidad del Estado no son claros y el poder predecir el sentido de una decisión judicial en esta materia es un acto de esoterismo jurídico, por lo cual es prioritario que dentro de la

agenda de los magistrados de la sección tercera del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional esté el definir concretamente el contenido del artículo 90 constitucional y fijar los parámetros generales para establecer la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado²³³.

Esperamos que con la creación y entrada en funcionamiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se superen los inconvenientes relativos a la ausencia de políticas serias y unificadas de defensa judicial y la falta de capacitación de los abogados de las entidades públicas, en el ámbito contractual y extracontractual, toda vez que las deficiencias en ambos ámbitos son los causantes del escaso éxito judicial del Estado (aproximadamente se ganan el 30% de los procesos)²³⁴

Adicionalmente y aun cuando no está contemplado en el objeto de la entidad, podría aprovecharse el hecho de que la Agencia en mención tiene autonomía y patrimonio propio para encargarla de administrar lo referente al costo de honorarios y gastos judiciales, con el fin de evitar tener que acudir a los engorrosos procedimientos presupuestales de las entidades públicas que dificultan el adecuado ejercicio de la defensa e incluso impiden la asunción oportuna de las cargas procesales del llamamiento en garantía con fines de repetición.

En cuanto al pago de la condena, una forma de garantizar que los funcionarios hallados responsables puedan asumir el pago íntegro de las sumas es la constitución de pólizas de responsabilidad civil para todos los servidores públicos y contratistas, y en especial, para los ordenadores del gasto y nominadores, las cuales deberán permanecer vigentes durante todo el tiempo de ejercicio de sus funciones, y por lo menos cinco años más, se tendría siempre la posibilidad efectiva de cobrar las condenas de repetición pues el llamamiento en

²³³BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. Op. Cit. Pág. 93

²³⁴ Tomado de la REVISTA SEMANA, "1000 billones de pesos", edición del 28 de enero de 2012.

garantía se haría contra el agente estatal y la compañía de seguros que lo ampara.²³⁵

Así las cosas el imponer la obligación de adquirir una póliza de responsabilidad civil para posesionarse en cualquier cargo o suscribir un contrato con el Estado, sería un factor importante para prevenir la realización del daño antijurídico y ejecutar con mayor responsabilidad las funciones encomendadas, pues el hecho de ser condenado judicialmente bajaría la asegurabilidad del funcionario y aumentaría el valor de las primas, lo cual no sería deseable para el tomador.

Finalmente, reiteramos, la acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición son apenas dos de los mecanismos jurídicos con los cuales cuenta el Estado para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y el hecho de que el artículo 90 constitucional haya consagrado más que la *acción* la *obligación* de repetir, permite pensar que si bien no se pueden adoptar algunos de los cambios sugeridos con el fin de viabilizar su adecuada aplicación, estas figuras podrían eventualmente ser sustituidas por otras que no presenten las trabas en la aplicación y ejercicio que estas tienen actualmente y que impiden que las entidades afectadas tengan mayor posibilidad de maniobra y menos restricciones para defenderse, como en principio se podrá hacer mediante el llamamiento en garantía convencional.

²³⁵TORRES CALDERON, Leonardo Augusto. Op. Cit.

CONCLUSIONES

Los problemas que se presentan para la aplicación y éxito del llamamiento en garantía con fines de repetición como mecanismo de repetición jurídica son de origen endógeno y exógeno, sin embargo, la raíz de ellos o su principal componente es de orden interno y deviene de su propia estructura y regulación normativa.

Sin embargo, teniendo en cuenta la presencia de ambos tipos de inconvenientes, subdividiremos las conclusiones en dos partes, según el origen de estos obstáculos, a saber:

1. Problemas internos

El principal inconveniente que presenta el llamamiento en garantía con fines de repetición y que impide obtener de él resultados satisfactorios es la especial estructura y calificación normativa que le dio el legislador con el fin de particularizar su finalidad y objeto.

Sumado a lo anterior, tenemos que la interpretación que han hecho tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional de las disposiciones de la Ley 678 de 2001, han impuesto cargas adicionales al Estado para su ejercicio, en comparación con las señaladas en el llamamiento en garantía general regulado en el Código de Procedimiento Civil, dificultando el ejercicio del llamamiento al hacer más gravoso el reunir los requisitos de procedibilidad de este mecanismo de repetición jurídica y generando que su debida aplicación implique actuar en contravía de los intereses de la Entidad que lo ejercita.

Tales inconvenientes o trabas son las siguientes:

- A pesar de la existencia de presunciones de dolo y culpa grave la prueba del elemento subjetivo continúa siendo de muy difícil demostración para las Entidades, pues la interpretación jurisprudencial vigente señala que no es suficiente la descripción de los hechos o datos que se aportan con el escrito de vinculación para hacer suponer la responsabilidad del funcionario, por lo cual no se satisface el requisito de prueba sumaria señalada en la ley, lo cual hace más gravosa la consecución de la prueba para la demandada en lugar de facilitarla (artículo 19 de la Ley 678 de 2001).
- Adicionalmente, es completamente contraproducente pedirle a la misma entidad que aporte prueba plena pero no controvertida (sumaria) de la responsabilidad del funcionario, si eso implica facilitarle la prueba al demandante y además la determinación de la responsabilidad del funcionario es precisamente lo que eventualmente se resolverá en caso de presentarse condena contra la entidad.
- En esta medida el éxito del llamamiento en garantía implicaría la renuncia a obtener la absolución plena de las pretensiones por parte del Estado, es decir, se pierde la posibilidad de lograr el objetivo principal por acceder a uno eventual.

Aunado a lo anterior, tenemos que dada la complejidad y dificultad que implica el aportar la prueba sumaria del dolo o de la culpa grave del funcionario y el efecto negativo que tendría en las estrategias de defensa el hecho de facilitarle la prueba a la parte demandante, las entidades legitimadas para hacer el llamamiento en garantía, en una decisión bastante lógica y razonable optarían en todos los casos por esperar a que se resuelva lo relativo a la responsabilidad del Estado y a lo que se pueda demostrar en él sobre los causantes del año para iniciar la acción de

repetición y no desgastarse en probar un elemento de la responsabilidad que a la larga les puede traer mayores desventajas que ventajas.

En suma, el escoger la opción que en términos generales podría reportar mayores beneficios a la Entidad implica condenar al desuso absoluto el llamamiento en garantía con fines de repetición.

- La posibilidad de formular el llamamiento en garantía con fines de repetición se trunca cuando la entidad excepciona causa extraña, es decir, el Estado no puede pretender con su estrategia de defensa obtener la absolución plena de las pretensiones y al mismo tiempo cubrir su espalda respecto de la eventual indemnización de perjuicios con la vinculación de su funcionario, como usualmente se hace en el Derecho Privado, con el agravante que en entre particulares el hecho de realizar el llamamiento no traería como efecto ineludible la condena al llamante, como si lo es en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado (parágrafo artículo 19 de la Ley 678 de 2001, declarada exequible mediante la sentencia C-965 de 2003).
- Igual que en el punto anterior, la adecuada sustentación del llamamiento en garantía con fines de repetición llevaría a la inminente condena de la entidad por reconocimiento de la responsabilidad de su funcionario, así solo sea parcialmente.

En caso contrario, es decir, que el Estado decidiera no hacer el llamamiento en garantía al funcionario y propusiera causales eximentes de responsabilidad conllevaría a que en caso de poder demostrarlas sería absuelto completamente, lo que haría innecesario el ejercicio de una acción de repetición contra el funcionario protegiendo el patrimonio estatal, o en el evento de no lograr probar la causal eximente de responsabilidad tendría ineludiblemente que hacer uso de la acción de repetición.

- Lo anterior, nos lleva a concluir que el optar por la estrategia tendiente a obtener la exoneración plena implicaría la negación o el abandono por completo del llamamiento en garantía con fines de repetición, es decir, a su desaparición por obsolescencia.
- El resultado de estas reflexiones es que contrario a lo que señalan la Corte Constitucional y el Consejo de Estado la regulación del llamamiento en garantía con fines de repetición lleva inmerso el germen de su propia destrucción, pues el buscar la protección del patrimonio estatal mediante la absolución total de las entidades públicas en los procesos de responsabilidad conlleva necesariamente al abandono total del llamamiento en garantía con fines de repetición como mecanismo de repetición jurídica, orillando entonces a la adopción de la acción de repetición como única figura para obtener la declaración de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado.

2. Problemas externos

El reducido éxito del llamamiento en garantía con fines de repetición también se debe parcialmente y en menor medida a factores externos a él, como serían por ejemplo, la falta de claridad y unificación de los criterios para determinar la responsabilidad del Estado y consecuentemente la de sus agentes.

El sistema de responsabilidad vigente, basado en el artículo 90 constitucional no es claro, ya que el concepto de daño antijurídico ha sido reinterpretado por las Altas Cortes en el sentido de hacerlo perder su identidad al combinarlo con los regímenes de responsabilidad previstos antes de la Constitución de 1991.

Sin lugar a dudas, ésta obscuridad tiene importantes repercusiones sobre la responsabilidad que podría derivarse a los posibles agentes causante del daño y en el triunfo de las acciones legales establecidas para declarar la responsabilidad patrimonial de estos, pues una adecuada, coherente y diáfana interpretación del contenido del artículo 90 de la Carta Política facilitaría al Estado la obtención de los fines señalados para estos mecanismos, en razón a que este tipo de falencias del sistema de responsabilidad causan necesariamente el estancamiento de cualquier intento de avance de las medidas.²³⁶

Aun cuando los problemas internos del llamamiento en garantía con fines de repetición son suficientes para inutilizarlo, el hecho de contar con un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado tan voluble e indefinido lleva a que los apoderados de las entidades públicas no pueden tener claro que estrategia procesal les es conveniente en cada caso y tengan que optar por no efectuar el llamamiento en garantía al funcionario con el fin de no obstaculizar su defensa.

Igualmente, la escasa defensa legal de las entidades públicas y su profundo descuido e irresponsabilidad al presentar la solicitud de vinculación del funcionario al proceso también contribuyen a esta crisis, incluyendo el hecho de no asumir las cargas procesales, no solicitar medidas cautelares y no aportar las pruebas que demuestran el dolo o la culpa grave del servidor público.

Adicionalmente, los Comités de Conciliación, dada su composición, difícilmente pueden actuar imparcialmente y su inactividad impide que se inicien oportunamente las acciones pertinentes para recuperar el patrimonio estatal.

Es pertinente resaltar que la eficacia de las figuras de repetición jurídica no se debe agotar en su aplicación en un caso concreto, sino que alude a la

²³⁶ AMBITO JURIDICO, No. 346, del 28 de mayo al 10 de junio de 2012, "Aún persisten las mafias de abogados que demandan al Estado"

exigencia de una acción organizada, programada, idónea y sistemática por parte del Estado, lo cual se pretende con la creación y puesta en marcha de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado que en cabeza de varios de los grandes juristas del país se encargará de diseñar la política de defensa de los intereses del Estado.

Después de haber analizado la evolución del sistema de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos a nivel doctrinario, legal y jurisprudencial, la estructura de la Ley 678 de 2001 como marco para el ejercicio de las acciones legales establecidas para reclamar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado, principalmente el llamamiento en garantía con fines de repetición, podemos concluir que debido a su estructura, actualmente las posibilidades de ejercer en debida forma este mecanismo implica que el Estado deba renunciar a una exoneración plena de las pretensiones de la demanda, es decir, ir en contra de los intereses del Estado, lo cual es un absurdo, teniendo en cuenta que el objetivo principal de estas normas es proteger el patrimonio estatal y por tanto el cumplimiento de una de no debe significar el sacrificio de la otra.

Es necesario implementar herramientas jurídicas más efectivas que permitan dar un real sentido a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Estado y superar su eficacia meramente simbólica, ya sea mediante la creación de nuevas figuras, la modificación de las existentes o el retorno al llamamiento en garantía tradicional del Código de Procedimiento Civil, puesto que a corto plazo, en el actual estado de cosas, es imposible renunciar a ejercer este aspecto del *ius puniendi*.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ARÉVALO REYES, Héctor Darío. Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios: llamamiento en garantía, acción de repetición, liquidación de perjuicios. 2ª edición. Bogotá D.C.: Ediciones Gustavo Ibáñez, 2002.
- AYALA CALDAS, Jorge Enrique. La responsabilidad de los servidores públicos. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2006.
- BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. Responsabilidad de los jueces del Estado: La reparación de los daños antijurídicos causados por el funcionamiento de la Administración de justicia y el error judicial. Bogotá D.C., Ediciones Librería del Profesional, 1998.
- BERTÍN RAMÍREZ, Luis Edison. Contribución de la burocracia pública al fortalecimiento de la democracia: falla personal y responsabilidad del servidor público colombiano, acción de repetición. Cali: Ediciones Univalle, 1999.
- BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. Responsabilidad patrimonial del legislador. Bogotá D.C.: Editorial Legis, 2007.
- BUITRAGO VALENCIA, Susana. Acción de repetición. Cúcuta: Ediciones Lyto impresos S.A., 2002.
- CALLE VERGARA, Beatriz Helena. Elementos esenciales de la acción de repetición. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2007.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho procesal Civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

- CUESTAS ALGARRA, Alcibíades. La ley de acción de repetición y el servidor público: comentarios e implicaciones de orden disciplinario. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial La ley, 2006.
- GARCIA VILLEGAS, Mauricio. La Eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombiana. Ediciones Uniandes, 1993.
- GARRIDO FALLA, Fernando y otros. El Contencioso Administrativo y la responsabilidad del Estado. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1986.
- GUERRA GARCÍA, Yolanda M. Responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios. Bogotá D.C.: Universidad Libre, 2007.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado de Colombia en Memorias Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología. Bogotá D.C., 1996.
- HIGUITA RIVERA, Lina María. Acción de repetición: Ley 678 de 2001 comentada y concordada. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.
- HOYOS DUQUE, Ricardo. La responsabilidad patrimonial de la administración Pública. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

- JARAMILLO DELGADO, Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado derivada del funcionamiento de la Administración de justicia. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.
- JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier. La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el Derecho Español: una visión de conjunto. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 1999.
- LEIBLE, Stefan. Proceso civil alemán. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1998.
- MESA NIEVES, Luis Eduardo. La actividad contractual y la responsabilidad en la Administración Pública. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. La acción de repetición. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2008.
- PENAGOS VARGAS, Gustavo. El daño antijurídico, aplicación del principio iura novit curia. Bogotá D.C.: Librería Doctrina y ley, 1997.
- RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones, 2010.
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- SAYAGUEZ LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo I. 8a edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

ARTICULOS DE LIBROS

- ALDANA DUQUE, Hernán Guillermo. “Aspectos procesales de la acción de responsabilidad”. En *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2007.

- BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. “El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal”. En *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2005.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. “Presentación General de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”. En *Jornadas Colombo-venezolanas de derecho público*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 1996.
- HOYOS DUQUE, Ricardo. “Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos: acción de repetición y llamamiento en garantía”. En *Aspectos novedosos de la responsabilidad del Estado*. Universidad de Medellín. Medellín, 2008.
- IVANEGA, Miriam Mabel. “La responsabilidad de los funcionarios públicos”. En *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2007.
- LOPEZ CABANA, Roberto. “Limitaciones a la integra reparación del daño”. En *La Responsabilidad, Libro Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H Goldenberg*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. “Antecedentes y fundamento constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado”. En *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2007.
- QUINTERO NAVAS, Gustavo. “La responsabilidad civil de los funcionarios”. En *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas

de la UNAM. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2007.

TESIS DE GRADO

- CAÑON SOLANO, Martha Cecilia. La acción de repetición. Bogotá D.C., 2005. Tesis (Magíster en Derecho Administrativo). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría Derecho Administrativo.
- GARCÍA FORERO, Fernando. Fundamentación ideológica de la responsabilidad en el Derecho Público Colombiano. Bogotá D.C., 2002. Tesis (Magíster en Derecho Administrativo). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría Derecho Administrativo.
- MESTRE ORDOÑEZ, Ida María. La acción de repetición y el llamamiento en garantía Ley 678 de 2001. Bogotá D.C, 2004. Tesis (Abogada).Universidad Javeriana. Facultad de Derecho.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. Una alternativa al llamamiento en garantía del agente estatal en <http://www.ambitojuridico.com>.
- CODERCH, Pablo Salvador. Respondeat Superior I en <http://www.indret.com>.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel. Porque la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio en <http://www.indret.com>.

- HERRERA DE EGAÑA, Juan Manuel. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las administraciones públicas en <http://www.indret.com>
- JIMÉNEZ, William Guillermo. Causas de la ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos en <http://www.unilibre.edu.co/saberes>.
- MARTIN REBOLLO, Luis. La acción de regreso contra los profesionales sanitarios: Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos en <http://www.ajs.es/RevistaDS>.
- MORALES MOGOLLÓN, Felipe. Demandas, una vena rota. En www.elespectador.com.
- TORRES CALDERÓN, Leonardo Augusto. ¿Se justifica la Acción de repetición? Comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y propuestas de reforma” en Revista Electrónica Civilizar No. 8. Universidad Sergio Arboleda. Junio de 2005. <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> .

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

- Sentencia C - 333 de 01 de agosto de 1996, MP: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C - 563 de 7 de octubre de 1998, MP: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C - 088 de 02 de febrero de 2000, MP: Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C - 430 de 12 de abril de 2000, MP: Antonio Barrera Carbonell.

- Sentencia C - 100 de 31 de enero de 2001, MP: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.
- Sentencia C - 832 de 08 de agosto de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C - 840 de 09 de agosto de 2001, MP: Jaime Araujo Rentería.
- Sentencia C - 233 de 04 de abril de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C - 285 de 23 de abril de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C - 309 de 30 de abril de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C - 372 de 15 de mayo de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C - 374 de 14 de mayo de 2002, MP: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C - 378 de 15 de mayo de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C - 394 de 22 de mayo de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C - 414 de 28 de mayo de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinoza.
- Sentencia C - 423 de 28 de mayo de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C - 455 de 12 de junio de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C - 484 de 25 de junio de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C - 619 de 08 de agosto de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C - 832 de 08 de octubre de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C - 162 de 25 de febrero de 2003, MP: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C - 778 de 11 de septiembre de 2003, MP: Jaime Araujo Rentería.
- Sentencia C - 965 de 21 de octubre de 2003, MP: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C - 1174 de 24 de noviembre de 2004, MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C - 338 de 03 de mayo de 2006, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

Consejo de Estado

Sección Segunda:

- Sentencia de 12 de octubre de 2000, CP: Luz Stella Corzo Martínez.

Sección Tercera:

- Auto de 14 de abril de 1994, CP: Daniel Suarez Hernández.
- Sentencia de 22 de julio de 1994, CP: Luis Eduardo Jaramillo Mejía.
- Sentencia de 06 de octubre de 1994, CP: Carlos Betancur Jaramillo.
- Auto de 27 de febrero de 1997, CP: Ricardo Hoyos Duque.
- Auto de 05 de noviembre de 1998, CP: Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia de 29 de junio de 2000, CP: María Elena Giraldo Gómez.
- Auto de 14 de septiembre de 2000, CP: María Elena Giraldo Gómez.
- Sentencia de 12 de octubre de 2000. CP: Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- Auto de 25 de octubre de 2006, CP: Alier Hernández Henríquez.
- Sentencia de 31 de agosto de 2006, CP: Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia de 04 de diciembre de 2006, CP: Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia de 05 de diciembre de 2006, CP: Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia de 08 de marzo de 2007, CP: Ramiro Saavedra Becerra.
- Sentencia de 4 de mayo de 2011, CP: Enrique Gil Botero.

Sala de Consulta y Servicio Civil

- Concepto de 28 de abril de 2005, CP: Gloria Duque Hernández.
- Concepto de 6 de abril de 2006, CP: Flavio Augusto Rodríguez Arce

NORMAS

- Ley 446 de 1998 de 07 de julio 1998, *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*. Publicado en el Diario Oficial No. 43.335 de 08 de julio de 1998.
- Decreto 1214 de 29 de junio de 2000, *“Por el cual se establecen funciones para los comités de conciliación de que trata el artículo 75 de la ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones”*
- Ley 678 de 03 de agosto 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”*. Publicado en el Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.
- Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *“Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*. Publicado en el Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.
- Ley 1444 de 04 de mayo de 2011, *“Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”*. Publicado en el Diario Oficial No. 48.059 de 4 de mayo de 2011.

- Ley 1564 de 12 de julio de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”. Publicado en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

OTROS DOCUMENTOS

- Exposición de Motivos Ley 678 de 2001. Proyecto de Ley No. 131 de 1999 Senado de la República y Proyecto de Ley No. 307 de 2000 de la Cámara de Representantes.
- Concepto 11-216 del 18 de octubre de 2011 de la Procuraduría Quinta delegada ante el Consejo de Estado.