

ACCION DE REPETICION - Evolución normativa

La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado ha sido contemplada en diversas normas de carácter legal, las cuales se han referido, también, al derecho con que cuentan los entes públicos para repetir en contra de sus funcionarios, que en razón a sus conductas han generado una condena en su contra. Es así como, en el año 1976, los artículos 194 y ss. del decreto-ley 150, regulaban lo concerniente a la responsabilidad civil de los “empleados públicos y trabajadores oficiales” en ejercicio de la actividad contractual de las entidades públicas. Es de resaltar que, por primera vez, este decreto estableció como criterio de análisis en la teoría de la responsabilidad “civil” de los agentes estatales, los conceptos de dolo y culpa grave, los cuales fueron adoptados, posteriormente, por otras normas sobre la materia. Posteriormente, y relacionado de igual forma con la responsabilidad en el desarrollo de la actividad contractual, el decreto-ley 222 de 1983 -derogado expresamente por la Ley 80 de 1993-, -en condiciones similares a la regulación dispuesta por el decreto 150 de 1976-, determinó en su artículo 290 que los empleados oficiales, e incluso quienes ya no contaban con tal calidad, responderían por los perjuicios que causaron a las entidades públicas, a los contratistas o a terceros, por la celebración de contratos sin plena observancia de los requisitos y exigencias legales. Estableció, además, en el artículo 296 la procedencia de la acción de repetición, a efectos de que la entidad que hubiere pagado alguna suma de dinero imputable al agente o ex-agente, repitiera en su contra por dicho concepto. Con la expedición del decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, se reguló de forma extensiva la responsabilidad de los funcionarios, pues ésta ya no se circunscribía, únicamente, a la actividad contractual de la administración, como sucedía en las anteriores ocasiones, sino que en los artículos 77 y 78 se reguló la responsabilidad patrimonial de los funcionarios respecto a las distintas áreas de la administración. Así mismo, se estableció que de resultar condenada la entidad, o ésta y el funcionario, la primera pagará la condena, pero repetirá contra el responsable, siempre y cuando haya actuado con dolo o culpa grave, de acuerdo a un juicio subjetivo de responsabilidad. Estas disposiciones contemplan los aspectos básicos de la responsabilidad de los funcionarios, estableciendo, igualmente, que en cumplimiento del deber de repetir en contra de sus agentes -cuando su actuar doloso o gravemente culposo haya generado una condena en su contra-, acudirá a la acción de reparación directa, conforme a los términos del artículo 86 CCA. Además, contrario a la legislación anterior, no se instituyó una responsabilidad solidaria, porque en el evento de declararse la responsabilidad de una entidad estatal y un agente público, la condena sólo se imponía en contra del ente y no del funcionario, sin perjuicio de que aquella pudiese obtener el reembolso correspondiente de éste. Con posteridad a la expedición del CCA, se profirieron distintas leyes y decretos que establecían la procedencia de la “acción de repetición”. Fue así como, de acuerdo al artículo 235 del decreto-ley 1222 de 1986, se prescribió el deber a los departamentos de repetir en contra de sus agentes, cuando hubieren pagado las indemnizaciones correspondientes que hayan sido el resultado de las elecciones, nombramientos o remociones “ilegales” de funcionarios. En igual sentido, el decreto 1333 del mismo año dispuso, en el artículo 102, el mismo deber, pero en este caso en cabeza de los municipios. En el año de 1993, con la expedición de la Ley 80 de 1993 -art. 54-, se hizo referencia normativa, por primera vez, al término “acción de repetición”, pues anteriormente se habló de “repetir”, pero no se adoptó -en términos procesales- un mecanismo diferente a la acción de reparación, a efectos de que las entidades estatales recuperaran los dineros pagados a los particulares a título de indemnización, claro está, siempre y cuando estas obligaciones tuvieran como causa el dolo o culpa grave del respectivo agente. Ahora, en cuanto a los funcionarios y empleados

judiciales, la Ley 270 de 1996 reguló en los artículos 71 y 72, lo concerniente a su responsabilidad patrimonial, conforme a lo cual, de resultar condenado el Estado a la reparación patrimonial a favor de un particular, debido a la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes judiciales, deberá interponer la respectiva "acción civil de repetición". Finalmente, y en desarrollo del mandato Constitucional contenido en el artículo 90 de la Carta, se expidió 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." El legislador introdujo en esta ley aspectos tanto sustanciales como procesales, a efectos de regular, íntegramente, la figura jurídica de la acción de repetición. Nota de Relatoría: Ver sobre TRANSITO LEGISLATIVO: Sentencia de agosto 31 de 2006. Exp. 28.448; sobre SOLIDARIDAD PASIVA INEXISTENCIA: Sentencia de diciembre 9 de 1993. Exp. 7818. C. P. Daniel Suárez Hernández

ACCION DE REPETICION - Concepto / ACCION DE REPETICION - Finalidad / ACCION DE REPETICION - Objeto

La acción de repetición es el mecanismo judicial dispuesto por la Constitución, y desarrollado por la ley, para efectos de que el Estado recupere de sus servidores o ex-servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas, los dineros que ha pagado en razón de las condenas impuestas a través de una sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, a efectos de resarcir los daños antijurídicos que le han sido imputados. Considerando que el actuar del Estado se ejecuta a través de personas naturales, éstas podrán declararse patrimonialmente responsables, cuando con sus actuaciones u omisiones, calificadas como dolosas o gravemente culposas, se haya causado un daño antijurídico. La acción de repetición se erige, entonces, como el mecanismo procesal especial con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el derecho-deber de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que se declare responsable al sujeto, que con su actuar doloso o gravemente culposo, ha causado un daño antijurídico por el cual -el Estado- ha respondido. El objeto de la acción de repetición se encamina a la protección directa del patrimonio y de la moralidad pública y, además, estimula el correcto ejercicio de la función pública. Sumado a lo anterior, un efecto indirecto de esta acción se dirige a la reducción del manejo indebido de los dineros y bienes públicos, pues este mecanismo procesal se establece como la herramienta propicia para que las entidades públicas actúen contra los agentes que por conductas arbitrarias han generado una condena en contra del Estado, más aún, cuando se cuenta con la posibilidad de perseguir, directamente, su patrimonio, a través de medidas cautelares o de la ejecución de la sentencia. De conformidad con lo anterior, cuando una entidad pública interpone una acción de repetición, ejerce el derecho Constitucional de acudir a la jurisdicción, para efectos de subsanar el desmedro patrimonial acaecido en razón del pago indemnizatorio realizado. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de marzo 6 de 2008. Exp. 30.696. - Sentencia C-778 de septiembre 11 de 2003; Sentencia de mayo 31 de 2006. Exp. 28.448; Sentencia C-965 de octubre 21 de 2003; Sentencia C-832 de agosto 8 de 2001

ACCION DE REPETICION - Naturaleza jurídica. Indemnizatoria / ACCION DE REPETICION - Autonomía / ACCION DE REPETICION - Requisitos de procedibilidad

La Ley 678 de 2001 calificó la acción de repetición como una acción de carácter civil -art. 2-, lo cual implica que su fundamento y propósito se circunscriben a un ámbito netamente patrimonial. En este sentido, el objeto directo de la acción consiste en reembolsar el dinero pagado por el Estado, a título de indemnización a favor de la víctima del daño antijurídico, causado por el actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes. En este entendimiento, la acción de repetición es una especie de la clásica acción de reparación directa, pues pretende resarcir el daño producido al erario. Cabe advertir, que la participación procesal de la entidad estatal en ambas acciones es diferente, pues frente a la acción de reparación directa -art. 86 CCA supra-, el ente público actúa, generalmente, como parte demandada, mientras que en ejercicio de la acción de repetición, la entidad es quien acude ante la jurisdicción en calidad de demandante. De otra parte, considerando la autonomía de la acción de repetición, se debe tener en cuenta que su ejercicio -por parte de las entidades públicas- no se fundamenta en la figura jurídica de la subrogación, como se ha señalado, debido a que el Estado no requiere para su interposición sustituir a la víctima indemnizada, pues ejercita un derecho primigenio, otorgado directamente por la Constitución. Esta autonomía que se predica de la acción de repetición debe entenderse conforme a lo dispuesto en el artículo 90 Constitucional, norma que creó un mecanismo procesal netamente independiente, esto en razón a que no existe otra clase de acción que la reemplace en sus cometidos. Pero, así mismo, debe considerarse que su procedencia requiere la condena judicial previa en contra de la entidad pública, y la prueba del pago de la indemnización respectiva, estableciéndose -ambos- como requisitos de procedibilidad, que podrán -incluso- aportarse al proceso en la etapa probatoria. Cabe advertir que en virtud de esta última situación no puede caracterizarse la acción de repetición como "subsidiaria", pues la norma Constitucional creó un mecanismo procesal verdaderamente autónomo, y no accesorio a otra acción o proceso, sólo que condicionó su procedencia al cumplimiento de ciertos requisitos. Preciado lo anterior, es necesario advertir que la responsabilidad patrimonial del agente estatal y, por tanto, el ejercicio de la acción de repetición y sus consecuencias jurídicas, no pueden catalogarse en términos de sanción, pues es imposible irrogarle cualquier carácter punitivo a un mecanismo procesal de naturaleza netamente resarcitoria, a través del cual el Estado persigue, únicamente, la reparación de su patrimonio. En conclusión, la acción de repetición tiene naturaleza eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, de carácter público, cuya finalidad es la protección del patrimonio y de la moralidad pública, y la promoción del ejercicio de la función pública con eficiencia. Nota de Relatoría: Ver Auto de abril 8 de 1994 - Sección Tercera. Sentencia de febrero 14 de 2002. Exp. 13386; Sentencia de 23 de noviembre de 2005. Exp. 15.745. C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia C-333 de agosto 1° de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero; sobre SUBSIDIARIA: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 de agosto 8 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil

ACCION DE REPETICION - Requisitos de prosperidad / ACCION DE REPETICION - Requisitos de procedencia

La prosperidad de la acción de repetición requiere que la entidad pública demandante acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución Política, y desarrollados por la ley y la jurisprudencia. Así las cosas, los requisitos o circunstancias que deberá demostrar la entidad pública son: En primer lugar, i) debe existir una condena judicial previa en contra de la entidad pública, a efectos de materializar el daño antijurídico que se le imputa, ya sea mediante sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo de terminación de los conflictos; segundo, ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de

la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o exservidor público, o de un particular que cumple funciones públicas, que se encuentren relacionados mediante un vínculo, sea laboral o contractual, a la entidad pública condenada; y, por último, iii) que la entidad estatal demuestre el pago de la indemnización a favor de la víctima, el cual implica la declaración de recibido por parte de ésta.

ACCION DE REPETICION - Condena contra la entidad / CONDENA CONTRA ENTIDAD - Características

Sobre la existencia de una condena en contra de la entidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, señala que “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial...” de un daño antijurídico - resalta la Sala-, la entidad respectiva deberá interponer la acción de repetición. Considerando que la existencia de una condena previa en contra de la entidad estatal, se erige como presupuesto necesario para la procedencia y prosperidad de la acción de repetición, se debe tener en cuenta que dicha condena se constata con la expedición de una sentencia judicial, pero, además, el requisito se cumple con la existencia de un acuerdo conciliatorio, sea judicial o extrajudicial, o con el resultado -en todo caso desfavorable para la entidad- originado en cualquier otro mecanismo de terminación de conflictos. Es por ello que, el artículo 59 de la Ley 23 de 1991 -modificado por el art. 70 de la Ley 446 de 1998-, permite que las entidades públicas definan sus conflictos particulares y de carácter económico, a través del mecanismo alternativo de la conciliación. Es imposible, entonces, limitar el alcance de la acción de repetición a la existencia de un pronunciamiento - formal- emanado de una autoridad jurisdiccional -sentencia-, pues la misma Constitución Política -art. 116- ha establecido la procedencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en aras de obtener una eficiente administración de justicia y, materializar el principio de participación ciudadana, pues los particulares, investidos transitoriamente de función jurisdiccional, podrán ejercer una intervención activa en la sociedad. Así mismo, considerando la fuerza de cosa juzgada atribuida a la conciliación y a los demás mecanismos alternativos de terminación de conflictos, debidamente aprobados, es imperioso determinar su alcance frente a la acción de repetición, pues a través suyo se puede afectar el erario. Por tanto, mediante la sentencia judicial, la conciliación, judicial o extrajudicial, y el acuerdo logrado, o la condena impuesta, por medio de cualquier otro mecanismo alternativo de administración de justicia, se cumple con el requisito de procedibilidad de la acción de repetición. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de noviembre 27 de 2006. Exp. 31.975; Sentencia de noviembre 6 de 1997. Exp. 11.167

ACCION DE REPETICION - Actuar doloso o gravemente culposo / DOLO - Acción de repetición. Deferente al penal / CULPA - Acción de repetición. Diferente a la penal / DOLO - Presunción legal / CULPA - Presunción legal

Sobre el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, segundo requisito previsto por la Constitución Política frente a la acción de repetición, está relacionado directamente con la responsabilidad del agente estatal, esto es, con el resultado de un juicio subjetivo sobre su conducta -positiva o negativa-, como fuente del daño antijurídico por el cual resultó condenado el Estado. Bajo este entendimiento, prescribe la norma Constitucional que la prosperidad de la acción de repetición se fundamenta en el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, por tanto, si en el resultado del juicio subjetivo de responsabilidad no se determina que la conducta se realizó bajo estos criterios, el Estado no tiene derecho a la reparación de su patrimonio. La Ley 678 de 2001 significó un avance

importante en cuanto a la definición y aplicación de los conceptos jurídicos de dolo y culpa grave en la acción de repetición, pues, además de construir un concepto -normativo-, señaló algunas circunstancias en las cuales se presume que la conducta ejercida por el agente estatal es dolosa o gravemente culposa. Respecto al dolo, el inciso primero del artículo 5 de la ley prescribe: “La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.” Seguidamente, dispone las situaciones frente a las cuales se presumirá, estas son: 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 y; 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial. En igual sentido, el artículo 6 de la misma ley, dispuso que: “La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.” Y se presumirá en los siguientes casos: 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 y; 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. Cada una de estas presunciones se establecen como criterios de juicio con los que cuentan las entidades públicas y el Juez Contencioso Administrativo, para calificar la conducta del agente estatal. Cabe advertir, que estas causales son de aquellas llamadas “presunciones legales”, esto es, que admiten prueba en contrario durante el respectivo proceso. De otro lado -considerando que la regulación anterior tiene vigencia a partir de la expedición de la Ley 678-, la jurisprudencia ha estructurado los conceptos de dolo y culpa grave a partir del artículo 63 del Código Civil, el cual señala respecto a la segunda -culpa grave-, que se constata cuando los negocios ajenos no son manejados, siquiera, con aquella diligencia que una persona negligente o de poca prudencia suele emplear en los suyos, esto es, aquel descuido o desidia inconcebible, que sin implicar intención alguna de inferir un daño, lo produce. En cuanto al dolo, prescribe que se constituye cuando la persona ejerce su actuación u omisión, con el ánimo conciente de inferir daño a otro o a sus bienes. Bajo este entendimiento, es improcedente confundir o equiparar estos conceptos -dolo y culpa grave- que son netamente civiles, con aquellos expuestos en materia penal -como equivocadamente se ha planteado-, pues no debe olvidarse que la naturaleza de la acción de repetición es eminentemente patrimonial o indemnizatoria, mientras que la acción penal, en todo caso punitiva, se fundamenta en la imposición de una sanción o castigo. De conformidad con lo anterior, el juicio subjetivo de responsabilidad que recae sobre el agente estatal demandado en acción de repetición debe construirse bajo diversos criterios, pues para determinar la existencia del dolo o de la culpa grave, el juez debe observar lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 -a partir de su vigencia-, y además interpretar y aplicar el artículo 63 del Código Civil, y armonizar éstas con los fundamentos Constitucionales de esta acción patrimonial -analizados supra-, pero enfatizando en los postulados de los artículos 6, 91 y 123 de la Carta, los cuales le imponen a los agentes estatales la obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico, situación que lleva a considerar lo dispuesto, incluso, desde los manuales de funciones de la respectiva entidad.

Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-374 de mayo 14 de 2002; Sentencia de noviembre 27 de 2006. Exp. 31.975; Sentencia de agosto 31 de 1999 -Exp. 10.865- y sentencia de 11 de 2005-Exp. 15.795; Sentencia C-455 de junio 12 de 2002; Sentencia de noviembre 27 de 2006. Exp. 22.099- Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.

ACCION DE REPETICION - Pago de la condena / PAGO DE LA CONDENACION - Acción de repetición

Sobre el pago de la condena, finalmente, la entidad demandante deberá acreditar el pago total de la misma -a favor de la víctima del daño antijurídico que le ha sido imputado-, pues sólo de esta forma el Estado sufre el detrimento patrimonial que fundamenta las pretensiones restitutorias en contra del agente. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 23 de noviembre de 2005, exp. 15.745.

ACCION DE REPETICION - Término de caducidad. Cómputo

La caducidad en la acción de repetición cuenta con un fundamento especial, el cual surge a raíz de los intereses que pretende, pues considerando que es la reparación del patrimonio público lo que se persigue con dicha acción, no se puede dejar al arbitrio del administrador de turno el momento de su interposición; por el contrario, el establecimiento de un plazo perentorio tiene como propósito alcanzar la eficiencia de la administración. La Ley 678 de 2001, en el artículo 11, dispone que el término de caducidad es de dos años, contados a partir del día siguiente a la realización del pago total efectuado por la entidad pública. La Corte Constitucional, luego de realizar un juicio de constitucionalidad sobre este artículo, declaró su exequibilidad condicionada, "... bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo."

ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo. Norma sustancial / ACCION DE REPETICION - Normatividad aplicable / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY - Acción de repetición

De entrada la Sala precisa que no aplicará al caso concreto las normas sustantivas contempladas en el art. 90 CP. ni en la ley 678 de 2001, por tratarse de preceptos que no estaban vigentes cuando ocurrieron los hechos investigados. En su lugar, se aplicarán las disposiciones vigentes cuando sucedieron los hechos, las cuales se indicarán y comentarán más adelante. En consecuencia, en relación con los aspectos sustanciales, además de las normas constitucionales vigentes para ese entonces -artículos 16, 20, 51 y 62 de la Constitución Política de 1886-, se aplicarán al presente caso las normas previstas en el CCA. de 1984, en particular los artículos 77 y 78. Estas normas ratifican una idea que ya se analizó antes: que la posibilidad de repetir contra los funcionarios no fue creada por la Constitución Política de 1991, pues existía en normas legales preexistentes, entre otras en el CCA. Los artículos citados, por su parte, no se ocuparon de señalar la clase de acción judicial a través de la cual se podía hacer dicho reclamo al funcionario. Por esta razón, mientras no se definió el asunto -por parte del legislador-, la Sección Tercera entendió que la acción procedente era la de reparación directa. No obstante, fue posteriormente que la Constitución Política elevó a su rango el deber de cobrar al responsable de la condena del Estado el monto de la misma, en las condiciones especiales antes comentadas, lo cual equivale a decir que constitucionalizó la figura de la repetición. Pero, como si fuera

poco, la Constitución se ocupó de un segundo tema: estableció un deber de repetir contra el funcionario o exfuncionario público, encomendando a la ley, en todo caso, su reglamentación precisa y detallada. Finalmente, cabe destacar que tanto las normas preconstitucionales citadas como el artículo 90 CP. regularon, del mismo modo, uno de los requisitos de procedibilidad de la repetición -que no de la acción misma-: se trata del tipo de culpabilidad con que deben obrar los funcionarios para que respondan por sus actos. En efecto, prescriben ambas normas que el funcionario debe actuar con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, para que comprometa su responsabilidad y el patrimonio. Desde este punto de vista, la Constitución Política le dio continuidad, en lo esencial, al tema que venía regulado en las leyes, especialmente por lo que se comenta. Implícitamente, esto refleja que los funcionarios públicos no responden por todos los actos que realizan, a pesar de que causen daños a terceros, a quienes eventualmente la administración tendría que indemnizar.

ACCION DE REPETICION - Finalidad / ACCION DE REPETICION - Procedencia

Cuando el obrar del funcionario cause daños y genere, por ende, responsabilidad a título de una culpa distinta a la indicada -dolo o culpa grave-, el Estado debe pagar a los ciudadanos afectados, sin que pueda repetir contra el servidor público, pues la norma anterior, así como la Constitución actual, dispusieron que el Estado asume las consecuencias de esos actos. De otro lado, y con sobradas razones frente al punto anterior, si la conducta del servidor público no entraña culpa -ni siquiera la levísima-, pero en todo caso su obrar causa daños -es el caso del daño especial-, entonces el Estado responde por las consecuencias perjudiciales que sufran los terceros, sin que pueda siquiera pensar en repetir contra el funcionario. Esta decisión normativa de excusar la responsabilidad del funcionario -y asumir directamente las consecuencias económicas con el patrimonio del erario-, aún cuando actúe con alguna forma de culpa -leve o levísima-, obedece a razones de tipo administrativo y de índole pragmático, pues el Constituyente y el legislador tienen claro que difícilmente se puede exigir a un funcionario, que es un ser humano que labora por necesidad y como parte de su vida cotidiana, que responda por todos los daños que causa, pues, de ser así, difícilmente habrían personas dispuestas a laborar al servicio del Estado, pues correrían el riesgo de perder su patrimonio por cualquier daño que el obrar, incluso normal de la administración, cause a terceros. Desde este punto de vista, la decisión de asumir los daños que causa el comportamiento “normal” de los funcionarios es una especie de garantía para estos; pero, sobre todo, también es un reconocimiento de lo injusto que sería cobrar a un trabajador todos los perjuicios que su comportamiento causa, pues algunos de ellos hacen parte del riesgo normal del negocio o de la actividad que realiza.

ACCION DE REPETICION - Normas procesales / ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo. Norma procesal / NORMA PROCESAL - Aplicación inmediata. Acción de repetición

En cuanto a las normas procesales, por ser de orden público, y regir hacia el futuro, con efecto general e inmediato, corresponde en el caso concreto aplicar las previstas en la Ley 678, tanto para los procesos que se encontraban en curso al momento en que empezó su vigencia, como -desde luego- a los que se hubieren iniciado con posterioridad a la misma, con excepción de “los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”, los cuales “se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Ff: Art. 40 de la ley 153 de 1887.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Acción de repetición. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCION DE REPETICION - Llamamiento en garantía con fines de repetición. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Debe tenerse en cuenta que si bien a la luz de la normatividad vigente resulta procedente el llamamiento en garantía con fines de repetición en los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 217 CCA. -tanto en su versión original como en la posterior modificación que sobre él introdujo el artículo 54 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989, norma aplicable al caso que se decide y vigente para la época en que se falló la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada contra la hoy demandante-, permitía a la parte demandada utilizar la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía o la demanda de reconvención, solamente en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa. En consecuencia, dado que la sentencia condenatoria que posteriormente dio origen a esta acción de repetición se profirió en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no era jurídicamente obligatorio que la entidad demandada llamara en garantía a los hoy demandados y, por tanto, el único camino procesal posible era el de instaurar, como en efecto se instauró, la correspondiente acción de repetición. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 6 de diciembre de 2001, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6132-01, Actor: RICARDO RODRÍGUEZ DÍAZ, Demandado: SUPERINTENDENTE DE SUBSIDIO FAMILIAR; auto del 17 de septiembre de 1998, Radicación número: 5119, Actor: SOCIEDAD SEGERAUTOS LIMITADA, Demandado: DIAN DE CARTAGENA

PLEITO PENDIENTE - Excepciona previa / EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE - Requisitos / ACCION DE REPETICION - Diferente a juicio fiscal / JUICIO FISCAL - Diferente a acción de repetición

Conoce la Sala que el Código de Procedimiento Civil establece como excepción previa la de pleito pendiente, entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, con el fin de evitar la existencia de dos o más procesos judiciales con identidad de partes, de causa y de pretensiones, así como la eventualidad de fallos contradictorios respecto del mismo asunto. La configuración de la excepción de pleito pendiente supone la presencia de los siguientes requisitos, en forma concurrente: i) Que se esté adelantando otro proceso judicial, ii) identidad en cuanto al petitum, iii) identidad de las partes y iv) identidad en la causa petendi. De lo anterior se concluye que la excepción propuesta no está llamada a prosperar, toda vez que no concurren los requisitos para la configuración del pleito pendiente. En efecto, el demandado fundamenta el mecanismo exceptivo en el hecho de que al momento de formularlo la Contraloría Distrital adelantaba un juicio fiscal, esto es, un procedimiento especial que en absoluto puede confundirse con el proceso judicial en ejercicio de la acción de repetición que ahora se decide y, por tanto, no puede configurarse ninguno de los restantes requisitos necesarios para la existencia de la excepción esgrimida. No puede asimilarse, insiste la Sala, la acción -judicial- de repetición -cuyas características se precisaron anteriormente-, con el procedimiento especial de responsabilidad fiscal. Esta Corporación ha sostenido sobre el particular que “[s]i un servidor público, con un acto suyo doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular, ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría.”

Nota de Relatoría: Ver auto de septiembre 16 de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1426-02 (25.057), Actor: COMISION NACIONAL DE TELEVISION, Ejecutado: GOS TELEVISION S. EN C. EN LIQUIDACION; Sentencia del 26 de julio de 2001, exp. 6620 -MP. Camilo Arciniégas Andrade; Sentencia C-309 de 2002

DOLO MALO - Acción de repetición / ACCION DE REPETICION - Dolo malo

Para la Sala, el dolo de realizar una conducta irregular tiene que expresarse en un ánimo claro de dañar y causar perjuicio, sin causa diferente a la pura intencionalidad de realizar un capricho o antojo, que, desde luego, no se compadece con la satisfacción del interés general. Por el contrario, lo que se advierte en el caso específico es que el Alcalde y el Secretario actuaron movidos por una razón que, de existir -la realización de actos de corrupción-, justifica la medida adoptada. Para ello se valieron de una versión que les sonaba creíble; y si acaso se pudiera criticar y cuestionar su actuación, se considera que no puede ser por haber actuado con dolo o culpa grave. Ahora bien, lo que no se puede considerar es que el dolo consiste en determinar si el Alcalde y el Secretario efectivamente querían declarar insubsistente al empleado por el cual fue condenada la entidad estatal -de esto no cabe la menor duda, pues esa fue la decisión de estos funcionarios-. Este no es dolo que hace responsable a un funcionario en una acción de repetición. En esta clase de procesos lo que se indaga es por la intención de hacer algo indebido, o por la culpa imperdonable de hacerlo, no por la simple intención de ejecutarlo. De hecho, en un entendimiento amplio del dolo, ese tipo de intencionalidad se presenta incluso para hacer las cosas correctas, pues para ello también se necesita desear el resultado bueno. No obstante, tratándose de la acción de repetición se requiere actuar con dolo malo o culpa grave para hacer las cosas incorrectas. Esto es lo que la Sala no aprecia en el caso sub iudice, pues los demandados, a juzgar por las pruebas del proceso, actuaron convencidos de la necesidad de corregir una mala práctica que un funcionario realizaba en la entidad, la cual hacía quedar mal a la administración pública.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01148-01(16335)

Actor: BOGOTA DISTRITO CAPITAL

Demandado: ANDRES PASTRANA ARANGO Y RUBEN DARIO LIZARRALDE

Referencia: ACCION DE REPETICION

De conformidad con la prelación acordada para las acciones de repetición en la sesión de mayo 5 de 2005, la Sala conoce ahora, en única instancia, de la demanda formulada por el Distrito Capital de Bogotá contra los señores Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde Montoya. Se indica, además, que el proyecto inicial de sentencia fue presentado por el doctor Mauricio Fajardo Gómez, pero fue derrotado, de manera que por esa circunstancia pasó al despacho de quien ahora hace las veces de ponente.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante escrito presentado el 19 de marzo de 1998 -fls. 6 al 15-, el Distrito Capital de Bogotá interpuso, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en ejercicio de la acción de repetición, contra los señores Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde Montoya, solicitando que se acojan las siguientes:

1.1. Pretensiones.

“1. Que son responsables por culpa grave o dolo, los señores ANDRES PASTRANA ARANGO y RUBEN DARIO LIZARRALDE MONTOYA identificados como anteriormente se consignó, cuando firmaron la Resolución No. 131 del 18 de agosto de 1990 que declaró la insubsistencia del nombramiento del accionante (sic) y como consecuencia de la misma se condenó a la Administración Distrital al pago de sueldos y demás prestaciones sociales dejadas de percibir por el señor Yesid Ricardo Alonso Tovar en sentencia del Honorable Consejo de Estado donde revocó la providencia del 2 de septiembre de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

“2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a los señores ANDRES PASTRANA ARANGO y RUBEN DARIO LIZARRALDE MONTOYA a pagar las sumas a que hubiere lugar y que el Distrito Capital de Santafé de Bogotá canceló al señor Yesid Ricardo Alonso Tovar por haberse declarado la nulidad de la Resolución No. 0131 del 18 de agosto de 1990, del monto que les corresponda según lo estime esa Honorable Corporación, pago que deberán realizar a favor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

“3. Que la sentencia que ponga fin al presente proceso se constituya en una obligación clara, expresa y actualmente exigible que preste mérito ejecutivo, de conformidad con los requisitos establecidos en los artículos 68 del C.C.A. y 488 del C. de P. C.

“4. Que el monto de la condena que se profiera en contra de los señores ANDRES PASTRANA ARANGO y RUBEN DARIO LIZARRALDE MONTOYA sea actualizado hasta el momento del pago efectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

“5. Que se condene en costas al demandado.”

1.2. Hechos.

Sostiene la parte actora que el 18 de enero de 1990 los demandados, señores Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde Montoya, desempeñándose entonces como Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá y Secretario de Hacienda Distrital, respectivamente, profirieron la Resolución No. 0131, mediante la cual se declaró insubsistente del cargo de Jefe XI E División de Ejecución y Control - Dirección General de Presupuesto, al señor Yesid Ricardo Alonso Tovar.

Afirma que mediante sentencia del 9 de mayo de 1996 el Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar declaró la nulidad del mencionado acto administrativo “condenando al Distrito Capital a reintegrar y cancelar los sueldos y demás prestaciones sociales que dejó de devengar el señor accionante desde la fecha en que se produjo su separación del servicio y aquella en que sea reintegrado al mismo. Dicha providencia fue notificada por edicto el 5 de junio de 1996 y quedó debidamente ejecutoriada el 13 de junio del mismo año”.

Agregó que mediante la Resolución No. 1.169 del 8 de noviembre de 1996, se “dio cumplimiento a lo ordenado por el Consejo de Estado, reintegrando al señor Yesid Ricardo Alonso Tovar y ordenando la liquidación, reconocimiento y pago de los sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir”.

Señaló que mediante la Resolución No. 1.073 de diciembre 12 de 1996, se ordenó el pago, a favor del señor Alonso Tovar, de la suma de \$65'859.861, y mediante la Resolución No. 076 del 30 de enero de 1997 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo anterior, modificando la liquidación efectuada y ordenando pagar la suma de \$120'140.138.

Como fundamento de derecho manifestó el actor que “los señores ANDRÉS PASTRANA ARANGO y RUBEN DARIO LIZARRALDE MONTOYA son responsables por dolo o culpa grave en su actuar al expedir la Resolución 0131 de agosto 18 de 1990 desconociendo las normas que amparaban al funcionario declarado insubsistente, configurándose un clásico y claro abuso y desviación de poder, violándose las garantías fundamentales previstas en la Constitución Política, situación que quedó plenamente demostrada en el fallo condenatorio al Distrito Capital proferido por el Honorable Consejo de Estado”.

2. Actuación surtida

En auto del 30 de abril de 1998 -fl. 19- el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, y ordenó notificarla personalmente a los demandados.

Mediante auto del 11 de febrero de 1998 (fls. 64-65) el Tribunal dispuso, por razones de competencia, enviar el proceso al Consejo de Estado. Y en providencia del 9 de septiembre de 1999 (fls. 69-71) la Sección Tercera de esta Corporación avocó conocimiento del asunto.

A través de proveído de 12 de septiembre de 2002 (fls. 104-106) se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y por auto de la misma fecha (fls. 107-108) se negó el llamamiento en garantía deprecado por el apoderado del demandado Rubén Darío Lizarralde Montoya, respecto de la apoderada judicial del Distrito Capital.

Posteriormente, en virtud de auto del 19 de septiembre de 2003 (fl. 185), se ordenó el traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión. Dentro de la oportunidad respectiva lo hicieron la parte demandante (fls. 189-195) y el apoderado del demandado Andrés Pastrana Arango (fls. 196-197). El señor Lizarralde Montoya guardó silencio.

3. Contestación de la demanda

3.1. Contestación del señor Andrés Pastrana Arango

Manifestó que “conforme a los documentos anexos a la demanda, los hechos narrados en la misma son ciertos”, pero se opuso a las pretensiones del actor, con fundamento en que corresponde al demandante acreditar el dolo o la culpa grave, y la única prueba que al efecto se aportó fue el fallo del Consejo de Estado del 9 de mayo de 1996, sin tener en cuenta que “el propio texto del referido fallo prueba precisamente lo contrario, que mi representado..., no intervino en los hechos que, en concepto del H. Consejo de Estado, hicieron que prosperara el cargo de desviación de poder que dio lugar a que la Resolución No. 0131 del 18 de enero de 1990 fuera declarada nula.” -fls. 28 al 30-

Agregó que “tanto las consideraciones del fallo, como los diferentes testimonios transcritos en el mismo, descartan cualquier responsabilidad personal por dolo o culpa grave... En ellos no hay el menor indicio de que el Sr. Alcalde Mayor hubiese tenido intervención alguna o siquiera conocimiento de los actos protagonizados por el Sr. Secretario de Hacienda que en concepto del H. Consejo de Estado constituyeron desviación de poder y que viciaron de nulidad la actuación administrativa”.

Igualmente sostuvo que “[s]i bien mi representado firmó el acto administrativo en cuestión, ello solo demuestra que, en ejercicio de su función de Alcalde Mayor, refrendó, con su firma, una decisión tomada en la práctica por quienes tenían a su cargo la dirección manejo y control del personal adscrito a la Secretaría de Hacienda, lo cual, de ninguna manera compromete su responsabilidad personal o significa que obrara con intención maliciosa de proferir un acto administrativo antijurídico, o que hubiera incurrido en una conducta errada por descuido o negligencia notorios”.

De otra parte, en los alegatos de conclusión -que obran a folios 196 y 197-, manifestó que tanto el artículo 77 del CCA., como el artículo 90 de la Constitución Política, “prevén como condición esencial para la prosperidad de la acción de repetición, que la condena contra el Estado, por los daños objeto de repetición se haya producido como consecuencia del dolo o de la culpa grave del demandado, dolo o culpa que, de acuerdo al principio ‘onus probandi’ corresponde probar al actor”.

Agregó, respecto de la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación -el día 9 de mayo de 1996-, que “dicha providencia solo prueba que

se produjo la nulidad de un acto administrativo y como consecuencia se condenó a la Administración a efectuar una reparación patrimonial a la demandante en aquel proceso, y nada más. (...) Esa sentencia no puede ser valorada como prueba de la conducta de los funcionarios que expedieron los actos declarados nulos, porque para ello es ineficaz y en el presente juicio inoponible a mi representado (...) Dicha sentencia es ineficaz para demostrar el dolo o la culpa de mi mandante en este juicio, porque, las pruebas que se tuvieron en cuenta para su expedición en el proceso en que fue expedida no fueron practicadas con audiencia de los demandados en el presente proceso (art. 185 C.P.C.), de lo cual se concluye que dicho medio probatorio ha de ser rechazado para tal efecto en aplicación del artículo 178 ibidem. (...) Finalmente resulta oportuno reiterar que el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991 no puede tener aplicación retroactiva para dirimir un conflicto derivado de un hecho ocurrido en 1990, como fue la declaratoria de insubsistencia del Sr. Yecid (sic) Ricardo Alonso Tovar según lo previsto por la propia Carta en su artículo 380.”

3.2. Contestación del señor Rubén Darío Lizarralde Montoya

Manifestó (fls. 32-39) que “no obstante que el acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Yesid Ricardo Alonso... fue proferido por el entonces Alcalde Mayor de la ciudad, en tanto que nominador del funcionario removido... su nulidad se hizo radicar por el fallador de alzada en la supuesta desviación de poder en que habría incurrido el Secretario Distrital de Hacienda al prohijar tal acto. Dicho de otro modo se puso a gravitar en la cabeza de la Administración esta causal de nulidad imputada a mi representado y además nunca plenamente probada”.

Destacó que no fue llamado en garantía en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual se presentaron “serias irregularidades” en la actuación profesional de la apoderada del Distrito, quien “ni siquiera presentó alegato de conclusión en la segunda instancia del proceso”. Sobre este aspecto agregó que “podemos hablar entonces de un concurso de culpas entre la Administración Distrital y su apoderada judicial, que necesariamente debe conducir a relevar de responsabilidad a mi cliente”.

Señaló que actuó conforme a Derecho al suscribir el acto de insubsistencia del señor Alonso, quien no se encontraba inscrito en carrera administrativa ni gozaba

de prerrogativa alguna de estabilidad, “se trataba de una persona respecto de quien existían varias quejas acerca del ejercicio de sus funciones y cuya permanencia se hacía inconveniente para el buen servicio de la Hacienda Pública Distrital”.

Indicó que no se puede aplicar retroactivamente el artículo 90 de la Constitución Política, y que corresponde a la parte actora probar el dolo o la culpa grave alegada en la demanda.

Formuló las siguientes excepciones: i) “excepción de ilegalidad, por cuanto la acción de repetición que está en curso es el resultado de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en donde no se dieron garantías procesales a mi representado y se vulneró su derecho de defensa”, y ii) “pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto”, afirmando que sobre los mismos hechos se encontraba en curso un proceso de responsabilidad fiscal ante la Contraloría Distrital.

Por último, formuló llamamiento en garantía respecto de la doctora Consuelo Martínez Martínez “por considerar que existen pruebas más que sumarias para vincular al presente proceso a quien fuera apoderada del Distrito Capital en el contencioso de nulidad y restablecimiento del Derecho”.

4. Concepto del Ministerio Público.

Solicita que se despachen favorablemente las súplicas de la demanda, en relación con Rubén Darío Lizarralde Montoya, y desfavorablemente respecto del doctor Andrés Pastrana Arango, por considerar que no se acreditó que éste último hubiese actuado con culpa grave o dolo -fls. 198 a 216-. Fundamentó su concepto en los siguientes razonamientos:

Dada la naturaleza subjetiva de la acción de repetición, “tal aceptación lleva ineludiblemente a reconocer que si la imputación se hace a una persona natural, su supuesto no puede ser distinto a una conducta -activa u omisiva- del sujeto activo -servidor, ex servidor, contratista etc.-, y que como tal debe ser analizada en el marco de las estructuras lógico objetivas y lógico reales, que en el campo de la ontología llevan a la comprensión antropocéntrica del universo, en el que reconoce

la magnitud del hombre frente a todos los demás seres en su contenido óntico, esto es, el establecer qué hace que ese ser sea ese y no otro”.

Para el Ministerio Público la conducta del señor Lizarralde Montoya fue gravemente culposa, “pues sin justificación legal sustrajo de hecho al señor Alonso Tovar del cumplimiento de las funciones asignadas al cargo para el cual había sido designado, atribuyéndoselas a otro funcionario, Guillermo Giraldo, a quien impuso arbitrariamente como Jefe de División de Ejecución y Control a pesar de que dicho empleo continuaba siendo ocupado por su legítimo titular, quien continuó asistiendo a su despacho y suscribiendo la correspondencia de dicha división (...) fue la actuación personal del Secretario de Hacienda Distrital la que condujo a que finalmente se profiriera el acto de desvinculación, anteponiendo a sus deberes los intereses personales... y finalmente proyectó el acto de insubsistencia, con tanto descuido que olvidó cambiar el encabezamiento de su despacho, induciendo a error al burgomaestre para que firmara, poniendo de esta manera imprudentemente en riesgo la responsabilidad del ente distrital”.

De otra parte, respecto del otro demandado -señor Pastrana Arango- afirmó que la situación era diferente, toda vez que fue “el particular interés del Secretario de Hacienda, en despedir a un funcionario, lo que se plasmó en el acto administrativo de insubsistencia que aquél, como nominador, suscribió pero que fue proyectado por su subalterno, integrante del nivel directivo y, por ende, depositario de su confianza, sin que, en criterio del Ministerio Público, le resultara exigible llegar hasta el extremo de verificar uno a uno los argumentos, soportes o antecedentes de los actos administrativo que diariamente, seguramente, debía suscribir”.

CONSIDERACIONES

Para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala, se abordará el examen de los siguientes aspectos: *i)* La competencia de la Sala; *ii)* Evolución normativa y características de la Acción de Repetición; *iii)* La acción de repetición; *i')* Concepto y finalidad de la acción de repetición; *ii')* Naturaleza jurídica de la acción de repetición; *iii')* Requisitos para la procedencia y prosperidad de la acción de repetición; *iv')* La caducidad de la acción de repetición; *iv)* El caso concreto; *i')* Normatividad aplicable; *ii')* Las excepciones propuestas; *iii')* Pruebas recaudadas; *iv')* Pruebas que acreditan los elementos constitutivos de la acción de repetición.

1. Competencia en única instancia para conocer de este proceso

Se reitera, que a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo compete conocer, en única instancia, del proceso de repetición que el hoy Distrito Capital de Bogotá promovió contra los doctores Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde Montoya, en razón de las actuaciones que aquellos cumplieron en el año de 1990, en condición de Alcalde Mayor de Bogotá, el primero, y de Secretario de Hacienda Distrital, el segundo, de conformidad con el marco jurídico que se desarrolla a continuación.

Al respecto, se debe recordar que la demanda de repetición con la cual se inició este proceso fue presentada el 19 de marzo de 1998, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación que la admitió mediante auto de abril 30 de ese mismo año, pero que, posteriormente, según providencia de febrero de 1999, la remitió al Consejo de Estado en atención a lo previsto en el numeral 12 del artículo 128 CCA., modificado por el artículo 36 de la Ley 446, expedida en el año de 1998, a cuyo tenor:

“Artículo 128.- **Competencia del Consejo de Estado en única instancia.** El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)

“12.- **De las acciones de repetición que el Estado ejerza contra el Presidente de la República** o quien haga sus veces, senadores y representantes, ministros del despacho, directores de departamento administrativo, Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, de los tribunales superiores de distrito judicial, de los tribunales administrativos y del tribunal penal militar”. (Negrillas fuera de texto)

Si bien, como se ha señalado de manera reiterada, la acción de repetición que aquí se desata fue ejercida contra los doctores Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde Montoya, por razón de la condena judicial a que hubo lugar en contra del Distrito de Bogotá, con ocasión de la anulación del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0131 de 1990, en cuya expedición intervinieron aquellos en condición de Alcalde Mayor de Bogotá y Secretario de Hacienda Distrital respectivamente, cargos que no se encuentran enlistados en la norma legal que acaba de transcribirse, sin embargo, lo cierto es que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, consistente en remitir la actuación al

Consejo de Estado para que el proceso se tramitara en única instancia, obedeció al hecho de que en el año de 1998 el doctor Andrés Pastrana Arango asumió el cargo de Presidente de la República, para el período constitucional comprendido entre agosto de 1998 y agosto de 2002.

El Consejo de Estado, mediante providencia de septiembre 9 de 1999, por conducto del Magistrado Ponente de ese entonces, avocó “el conocimiento de la acción de repetición impetrada por el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, contra los señores Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde Montoya”, al considerar, entre otras razones, que:

“... EN EL SUBLITE LA DEMANDA SE FORMULÓ CONTRA EL Dr. Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde Montoya, por actuaciones adelantadas cuando se desempeñaban como Alcalde Mayor y Secretario de Hacienda de Santafé de Bogotá, D. C. Sin embargo de lo cual, debe considerarse que el Dr. Pastrana Arango es actualmente el Presidente de la República.

“En tales condiciones se considera que el fuero especial a que hace alusión el numeral 12 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo resulta aplicable en el sublite, por lo cual se avocará el conocimiento del presente asunto.

“Se precisa, en relación con el señor Rubén Darío Lizarralde Montoya, que por el fenómeno denominado fuero de atracción su situación también será resuelta en este proceso”.

Tanto la providencia expedida por el tribunal Administrativo de Cundinamarca en febrero de 1999, como la aludida decisión que en septiembre de 1999 profirió el Consejo de Estado, fueron oportuna y debidamente notificadas a las partes, quienes guardaron silencio al respecto.

No obstante lo anterior, en oportunidad posterior a la ejecutoria del auto por el cual se avocó, en única instancia, el conocimiento de la referida acción de repetición, el demandado Andrés Pastrana Arango promovió incidente de nulidad procesal, por considerar que esa decisión correspondía a la Sala de la Sección Tercera en pleno y no únicamente al Magistrado Ponente, al tiempo que solicitó, como consecuencia de la nulidad impetrada, que se retornara el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, puesto que a esa Corporación le estaba asignada la competencia para conocer, en primera instancia, del proceso citado en la referencia.

Dicho incidente se resolvió mediante proveído de marzo 9 de 2001, a través del cual se negó la solicitud de nulidad, y se reafirmó que al Consejo de Estado corresponde, privativamente, el conocimiento de las acciones de repetición que se instauren contra el Presidente de la República, de conformidad con las previsiones del numeral 12 del artículo 36 de la Ley 446 de 1998.

Contra esa decisión se interpuso el recurso de súplica, para ante los demás Consejeros integrantes de la Sección Tercera, por considerar, entre otras cuestiones, que si bien resulta indiscutible el texto y el sentido del artículo 128.12 CCA., en cuanto dispone que corresponde al Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de repetición que se promuevan contra el Presidente de la República, ello debía entenderse en el sentido de que la demanda respectiva se formule contra el Presidente, en razón de los actos que cumpla o desarrolle en tal condición, frente a lo cual agregó:

“Pero en este proceso la acción de repetición se instauró contra el Dr. Andrés Pastrana el 18 de Marzo de 1998 cuando aún no había sido siquiera elegido Presidente de la República y en razón de actos suyos realizados en su condición de Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá”.

De igual manera, insistió en que se remitiera el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por competencia.

El recurso fue resuelto a través de auto de mayo 20 de 2002, confirmando la decisión impugnada, con fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones:

“Esta Sala se pronunció recientemente sobre la competencia en relación con las acciones de repetición propuestas contra altos dignatarios. Es más en un asunto similar, cuya acción fue ejercida igualmente por el Distrito Capital, dijo:

“Este despacho encuentra acertada la decisión del Tribunal, pues, la norma no hizo diferencia y no las puede introducir el intérprete.

La competencia del Consejo de Estado para conocer de estos procesos en única instancia se extiende a los dos siguientes casos:

a) Acciones de repetición contra funcionarios que, al momento de interponer la demanda, ocupen uno de los cargos enumerados en la norma, sin importar la época en que se sucedieron los hechos que la motivan.

b) acciones de repetición cuya causa esté constituida por hechos o actuaciones que hayan tenido lugar durante el ejercicio de uno de los cargos enumerados en la norma, incluso si al momento de iniciar el proceso la persona ha dejado de ostentar el cargo en mención.

Teniendo en cuenta lo dicho, a pesar de que la demanda se formuló por hechos sucedidos durante el tiempo en que el Dr. Andrés Pastrana Arango fungió como Alcalde Mayor del Distrito Capital y en razón del ejercicio de las funciones propias de ese cargo, esta Corporación es competente para conocer del asunto en única instancia debido a que el demandado, actualmente, es el Presidente de la República.

Por otra parte, además del Dr. Andrés Pastrana Arango, se demandó al Sr. Francisco Noguera Rocha, quien no ostentaba ninguno de los cargos mencionados en el artículo 36 de la ley 446 de 1998, por lo cual, en principio debería ser demandado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca; sin embargo, en este caso opera el fuero de atracción, pues dado que se trata de hechos idénticos -la firma de una resolución- y de un mismo demandante -el Distrito Capital-, en obediencia a los principios de economía y celeridad procesales, el juez competente para conocer del caso en virtud del fuero especial de uno de los demandados conocerá de lo referente al otro demandado (Auto de 29 de mayo del 2001, Proceso No 20127)".

"La Sala de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del Acuerdo No. 58 de 1999 la Sala Plena del Consejo de Estado para efectos de repartimiento y de distribución de los negocios entre las Secciones, en el artículo 13 señaló que la sección Tercera continuará conociendo de las acciones de reparación directa entre y para todos los efectos la acción de repetición goza de la misma naturaleza y el mismo trámite, pues, lo que busca es definir la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos".

En los términos anteriormente referidos, quedó resuelta la discusión acerca de la competencia que le asiste a la Sección Tercera para conocer y decidir, en única instancia, el presente proceso.

Se hace este recuento, i) en primer lugar, para esclarecer la competencia que, según las normas vigentes, le fue asignada a esta Sección para fallar, en única instancia, la presente acción de repetición y, ii) en segundo lugar, para destacar que si bien el doctor Andrés Pastrana Arango ya no ostenta la condición de Presidente de la República, desde agosto de 2002, ello no modifica la competencia que se encuentra resuelta en los términos que se dejaron señalados, en virtud del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, esto es, el de la conservación de la competencia.

Dicho principio, por regla general, confiere derecho a las partes de una relación jurídico-procesal para que, entre otros, el juez que conoce del asunto sea el mismo que lo falle, pese a que con posterioridad varíen los aspectos de hecho que hubieren sido determinantes para aplicar las correspondientes reglas de competencia.

2. Evolución normativa y características de la acción de repetición

Con el propósito de ubicar, de manera puntual, el marco normativo en el cual se desenvuelve la acción de repetición que las entidades estatales deben promover en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, por razón de las condenas o conciliaciones en virtud de las cuales aquellas deben asumir el pago de determinadas sumas de dinero para indemnizar los daños o perjuicios ocasionados por la actuación dolosa o gravemente culposa de tales sujetos, resulta pertinente hacer referencia a los aspectos más destacados que caracterizan dicha acción y que, a la vez, permiten visualizar el desarrollo que ha tenido en los últimos tiempos en cuanto a su concepción y regulación.

2.1. La acción de repetición

Según se acaba de advertir, con anterioridad a la Constitución Política de 1991 no existía una disposición de tal rango normativo que regulara expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado. Menos aún contemplaba el ordenamiento constitucional una norma que regulara la acción de repetición.

Pero en cuanto a las disposiciones de orden legal, antes de la Constitución Política de 1991 se reguló en distintas normas lo concerniente a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, dicho tránsito legislativo adquiere relevancia a efectos de abordar el estudio de la acción de repetición.

2.1.1. Antecedentes normativos de la acción de repetición¹

¹ El presente análisis se propone porque la Ley 678 de 2001 no es aplicable al caso concreto, pues la situación fáctica que sustentó la interposición de la presente acción de repetición acaeció con anterioridad a la vigencia de esta ley. Al respecto, es preciso tener presente el análisis que ha expuesto la Sección, relacionado con la aplicación material de dicha ley. En tal sentido, en la sentencia de agosto 31 de 2006, la Sala señaló:

“Estas situaciones pretéritas que son sometidas y susceptibles de conocimiento de la jurisdicción, tal y como ocurre en el presente evento, cuyos hechos, según la demanda, datan del año de 1999,

son las que plantean un conflicto de leyes en el tiempo, derivadas del tránsito normativo, tema que resulta de trascendental importancia jurídica en la medida en que, como se señaló, la Ley 678 de 2001, a manera de ejemplo, en sus artículos 5 y 6, contiene definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición y además consagra una serie de presunciones legales en las que estaría incurrido el funcionario, preceptos de suyo más rigurosos que lo previsto en las normas anteriores aplicadas en esta materia (artículos 63 y 2341 del Código Civil).

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

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

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

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

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

- a) “Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter “civil” que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).
- b) “Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado.

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

“De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual *‘Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación’.*

La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado ha sido contemplada en diversas normas de carácter legal, las cuales se han referido, también, al derecho con que cuentan los entes públicos para repetir en contra de sus funcionarios, que en razón a sus conductas han generado una condena en su contra. Es así como, en el año 1976, los artículos 194 y ss. del decreto-ley 150², regulaban lo concerniente a la responsabilidad civil de los “empleados públicos y trabajadores oficiales” en ejercicio de la actividad contractual de las entidades públicas. Al respecto, los artículos 194 y 198 prescribían:

“Artículo 194. Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, los empleados públicos y trabajadores oficiales responderán civilmente por los perjuicios que causen a las entidades a que se refiere este Decreto, a los contratistas o a terceros, cuando celebren contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades consignados en el presente estatuto.

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

“Artículo 198. Cuando dentro del proceso en que hubiere sido demandada únicamente la entidad contratante apareciere clara la responsabilidad de un funcionario o exfuncionarios, de oficio o a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, se ordenará su comparecencia y se fallara conforme a lo que resultare probado.”

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

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

“En consecuencia, por versar el *subjudice* sobre hechos que se remontan al año de 1999, la normativa sustancial bajo la cual se examinará corresponde a la vigente para aquella época y a la luz de los conceptos expuestos a propósito de las mismas en esta providencia y en los aspectos procesales es claro que se rige por la Ley 678 de 2001, en tanto fue presentada la demanda bajo esta legislación (31 de enero de 2003).” (Sección Tercera. Sentencia de agosto 31 de 2006. Exp. 28.448)

² “por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.”

Es de resaltar que, por primera vez, este decreto estableció como criterio de análisis en la teoría de la responsabilidad “civil” de los agentes estatales, los conceptos de dolo y culpa grave, los cuales fueron adoptados, posteriormente, por otras normas sobre la materia³.

Posteriormente, y relacionado de igual forma con la responsabilidad en el desarrollo de la actividad contractual, el decreto-ley 222 de 1983 -derogado expresamente por la Ley 80 de 1993-, -en condiciones similares a la regulación dispuesta por el decreto 150 de 1976-, determinó en su artículo 290⁴ que los empleados oficiales, e incluso quienes ya no contaban con tal calidad, responderían por los perjuicios que causaron a las entidades públicas, a los contratistas o a terceros, por la celebración de contratos sin plena observancia de los requisitos y exigencias legales. Estableció, además, en el artículo 296⁵ la procedencia de la acción de repetición, a efectos de que la entidad que hubiere pagado alguna suma de dinero imputable al agente o ex-agente, repitiera en su contra por dicho concepto.

Con la expedición del decreto 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, se reguló de forma extensiva la responsabilidad de los funcionarios, pues ésta ya no se circunscribía, únicamente, a la actividad contractual de la administración, como sucedía en las anteriores ocasiones, sino que en los artículos 77 y 78 se reguló la responsabilidad patrimonial de los funcionarios respecto a las distintas áreas de la administración.

³ En este sentido, el artículo 201 del decreto 150 de 1976, disponía: “La responsabilidad a que se refieren los artículos anteriores, se deducirá exclusivamente en los casos de culpa grave o dolo.”

⁴ Art. 290, decreto-ley 222 de 1983: “Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, los empleados oficiales responderán civilmente por los perjuicios que causen a las entidades a que se refiere este estatuto, a los contratistas o a terceros, cuando celebren contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades consignados en el presente estatuto. Esta responsabilidad cobija también a las personas que hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos, siempre que ella se deduzca por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.”

⁵ Art. 296, decreto-ley 222 de 1983. “Las sentencias que se profieran a favor de contratistas o de terceros y en contra de funcionarios o exfuncionarios, se harán efectivas ante la justicia ordinaria.

“Por jurisdicción coactiva se cobrarán las que se dicten a favor de las entidades contratantes y ante dicha jurisdicción se demandará la repetición de lo que las mismas hubieren pagado habiendo debido hacerlo funcionarios o exfuncionarios.

“La Procuraduría General de la Nación velará por el cumplimiento de la presente disposición.”
(Negrilla fuera del texto)

Así mismo, se estableció que de resultar condenada la entidad, o ésta y el funcionario, la primera pagará la condena, pero repetirá contra el responsable, siempre y cuando haya actuado con dolo o culpa grave, de acuerdo a un juicio subjetivo de responsabilidad. Estas normas prescriben en su orden:

“ARTICULO 77. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.” (Negrilla fuera del texto)

“ARTICULO 78. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.” (Negrilla fuera del texto)

Estas disposiciones contemplan los aspectos básicos de la responsabilidad de los funcionarios, estableciendo, igualmente, que en cumplimiento del deber de repetir en contra de sus agentes -cuando su actuar doloso o gravemente culposo haya generado una condena en su contra-, acudirá a la acción de reparación directa, conforme a los términos del artículo 86 CCA.⁶ Además, contrario a la legislación anterior, no se instituyó una responsabilidad solidaria⁷, porque en el evento de declararse la responsabilidad de una entidad estatal y un agente público, la condena sólo se imponía en contra del ente y no del funcionario, sin perjuicio de que aquella pudiese obtener el reembolso correspondiente de éste.

⁶ El artículo 86 del CCA -modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998-, dispone: “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

“Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.” (Negrilla fuera del texto)

⁷ De acuerdo al Consejo de Estado, entre la entidad demandada y el funcionario responsable no existe solidaridad por pasiva, al respecto ha expuesto: “Lo precedente permite afirmar que en tales eventos por voluntad de la ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, en donde de manera expresa la ley (art. 293 del decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario.” (CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 9 de 1993. Exp. 7818. C. P. Daniel Suárez Hernández).

Con posteridad a la expedición del CCA, se prohirieron distintas leyes y decretos que establecían la procedencia de la “acción de repetición”. Fue así como, de acuerdo al artículo 235⁸ del decreto-ley 1222 de 1986, se prescribió el deber a los departamentos de repetir en contra de sus agentes, cuando hubieren pagado las indemnizaciones correspondientes que hayan sido el resultado de las elecciones, nombramientos o remociones “ilegales” de funcionarios. En igual sentido, el decreto 1333 del mismo año dispuso, en el artículo 102⁹, el mismo deber, pero en este caso en cabeza de los municipios. Así mismo, el artículo 5° literal e) de la Ley 136 de 1994, prescribe:

“La organización y el funcionamiento de los municipios se desarrollará con arreglo a los postulados que rigen la función administrativa y regulan la conducta de los servidores públicos, y en especial; con sujeción a los principios de eficacia, eficiencia, publicidad y transparencia, moralidad, responsabilidad e imparcialidad, de acuerdo con los siguientes criterios:
(...)

“e) RESPONSABILIDAD: La responsabilidad por el cumplimiento de las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y en la presente Ley, será de las respectivas autoridades municipales en lo de su competencia. Sus actuaciones no podrán conducir a la desviación o abuso de poder y se ejercerán para los fines previstos en la ley. **Las omisiones antijurídicas de sus actos darán lugar a indemnizar los daños causados y a repetir contra los funcionarios responsables de los mismos;** (...)” (Negrilla fuera del texto)

En el año de 1993, con la expedición de la Ley 80 de 1993 -art. 54¹⁰-, se hizo referencia normativa, por primera vez, al término “acción de repetición”, pues anteriormente se habló de “repetir”, pero no se adoptó -en términos procesales- un mecanismo diferente a la acción de reparación, a efectos de que las entidades

⁸ Art. 235, decreto-ley 1222 de 1986. “Los departamentos 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 y ostensibles conforme a la respectiva decisión de la autoridad judicial.”

⁹ Art. 102, decreto 1333 de 1986. “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.”

¹⁰ Art. 54, Ley 80 de 1993 -derogado por el artículo 30 de la Ley 678 de 2001-. “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.”

estatales recuperaran los dineros pagados a los particulares a título de indemnización, claro está, siempre y cuando estas obligaciones tuvieran como causa el dolo o culpa grave del respectivo agente.

Ahora, en cuanto a los funcionarios y empleados judiciales, la Ley 270 de 1996 reguló en los artículos 71¹¹ y 72¹², lo concerniente a su responsabilidad patrimonial, conforme a lo cual, de resultar condenado el Estado a la reparación patrimonial a favor de un particular, debido a la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes judiciales, deberá interponer la respectiva “acción civil de repetición”.

Finalmente, y en desarrollo del mandato Constitucional contenido en el artículo 90 de la Carta, se expidió 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.” El legislador introdujo en esta ley aspectos tanto sustanciales como procesales, a efectos de regular, íntegramente, la figura jurídica de la acción de repetición -las características y principales postulados de la Ley 678 de 2001, serán abordados más adelante-.

¹¹ Art. 71, Ley 270 de 1996. “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

“Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

- “1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
- “2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
- “3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.”

¹² Art. 72, Ley 270 de 1996. “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.

“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.”

2.1.2. Otros fundamentos de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado

El artículo 90 de la Constitución política -anteriormente analizado- se erige en el ordenamiento jurídico como el fundamento del principio de responsabilidad patrimonial del Estado y, así mismo, prescribe, expresamente, la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, de los particulares que cumplen funciones públicas y de los contratistas de la administración, que con su actuar calificado como doloso o gravemente culposo, hayan causado un daño antijurídico imputable, en principio¹³, al Estado. En cuanto a la acción de repetición, el inciso segundo del artículo 90, dispone:

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

Constitucionalmente, la fuente directa de la acción de repetición se fundamenta en esta norma, la cual establece las características básicas para su procedencia. Pero, además, se debe tener en cuenta que existen otras disposiciones de igual rango normativo, que regulan la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y, por tanto, sus postulados adquieren relevancia al interponer la acción de repetición, más aún, al momento de calificar subjetivamente la conducta del agente estatal. Bajo este entendido, el artículo 6° de la Constitución expresa:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.**” (Negrilla fuera del texto)

En igual sentido, el artículo 91 de la Carta Superior hace referencia expresa a la responsabilidad de los servidores públicos, este artículo reza:

¹³ Se afirma que es “en principio”, considerando que de acuerdo a la responsabilidad institucional del Estado, es éste quien responde ante los particulares afectados con el daño antijurídico que le fue imputado, pero posteriormente, y fundado en un juicio de responsabilidad subjetiva realizado al agente, el cual determine que la conducta fue ejercida a título de dolo o culpa, tiene la obligación intentar el reintegro de los dineros pagados por la condena, a través de la acción de repetición.

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

“Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.” (Negrilla fuera del texto)

El inciso final del artículo 122 Constitucional establece limitaciones a las personas que deseen inscribirse como candidatos a cargos de elección popular, designados como servidores públicos o celebrar contratos con la administración, si eventualmente el Estado hubiere resultado condenado por la conducta dolosa o gravemente culposa de dicho agente, a excepción de que el monto de la condena lo haya asumido el funcionario directamente responsable de la actuación. La norma en comento señala:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. **Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.**” (Negrilla fuera del texto)

Estas disposiciones Constitucionales establecen los aspectos propios de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y, además, fundamentan las características de la acción de repetición, pues, de acuerdo a los términos del artículo 124¹⁴ de la Constitución, el legislador es el competente para regular esta materia y fue en cumplimiento de este mandato que expidió la Ley 678 de 2001.

2.2. Concepto y finalidad de la acción de repetición

La acción de repetición es el mecanismo judicial dispuesto por la Constitución, y desarrollado por la ley, para efectos de que el Estado recupere de sus servidores o ex-servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas¹⁵,

¹⁴ Art. 124, Constitución Política. “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.”

¹⁵ Así lo dispone, expresamente, el artículo 1 de la Ley 678 de 2001, el cual prescribe: “La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex

los dineros que ha pagado en razón de las condenas impuestas a través de una sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, a efectos de resarcir los daños antijurídicos que le han sido imputados. Considerando que el actuar del Estado se ejecuta a través de personas naturales, éstas podrán declararse patrimonialmente responsables, cuando con sus actuaciones u omisiones, calificadas como dolosas o gravemente culposas, se haya causado un daño antijurídico¹⁶.

servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.”

Respecto a la acción de repetición, el artículo 72 de la Ley 270 de 1996, prescribe: “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 de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles.

“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.

“El incumplimiento de la obligación prevista en este artículo constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las demás sanciones previstas en la ley, incluida la responsabilidad de carácter penal por la omisión del funcionario en perjuicio del patrimonio del Estado.”

En cuanto a la procedencia de la acción de repetición en contra de los ex-servidores públicos y, particulares que cumplen funciones públicas, entre los cuales se ubican los contratistas del Estado, ha expresado esta Corporación:

“La acción de repetición puede dirigirse contra: Los servidores o ex servidores públicos que, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política, son los miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de todas sus entidades descentralizadas. Los particulares que desempeñen funciones públicas, categoría dentro de la cual expresamente se incluye a contratistas, interventores, consultores y asesores en lo concerniente a la actividad contractual de la Administración.” (Sección Tercera. Sentencia de marzo 6 de 2008. Exp. 30.696.)

En igual sentido, ha señalado la Corte Constitucional: “Al establecer el legislador que no solamente los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas sino también los antiguos servidores públicos son sujetos pasivos de la acción de repetición, aplicó el criterio de razonabilidad exigido por la jurisprudencia constitucional en la expedición de las leyes, en cuanto desde el punto de vista lógico no existe ninguna razón para exonerar de responsabilidad patrimonial al servidor público que ha cesado en el ejercicio de sus funciones, por hechos acaecidos en dicho ejercicio, dejando librada aquella a la sola voluntad del mismo, mediante su permanencia en el cargo o el retiro de éste, y desconociendo la prevalencia del interés general, en especial el patrimonio y la moralidad públicos, sobre el interés particular (Arts. 1º, 88 y 209 de la Constitución).” (Sentencia C-778 de septiembre 11 de 2003)

¹⁶ El Consejo de Estado ha expuesto que: “La acción de repetición es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o

En cuanto a la acción de repetición, el artículo 2° de la Ley 678 de 2001, prescribe:

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

La acción de repetición se erige, entonces, como el mecanismo procesal especial con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el derecho-deber de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁷, para que se declare responsable al sujeto, que con su actuar doloso o gravemente culposo, ha causado un daño antijurídico por el cual -el Estado- ha respondido.

El objeto de la acción de repetición se encamina a la protección directa del patrimonio y de la moralidad pública y, además, estimula el correcto ejercicio de la función pública¹⁸. Es así como se ha señalado:

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

“Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta

ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública.” (Sección Tercera. Sentencia de mayo 31 de 2006. Exp. 28.448)

¹⁷ De acuerdo al artículo 7 de la Ley 678 de 2001, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para conocer de este tipo de acciones. El artículo dispone: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición. (...)”

¹⁸ En efecto, el artículo 3 de la Ley 678 de 2001 dispone: “La acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.”

Así mismo, ha señalado la Corte Constitucional: “Es importante subrayar que la responsabilidad de los agentes del Estado surge como consecuencia de un proceso de fortalecimiento del compromiso que debe tener el servidor público con la función o labor que esta llamado a desempeñar a favor de la sociedad y en beneficio general, y pretende desarrollar los principios superiores de moralidad pública, eficiencia y eficacia administrativa (C.P. art. 209), defensa del interés general y garantía del patrimonio público (C.P. art. 2°). (Sentencia C-965 de octubre 21 de 2003)

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.”¹⁹

Sumado a lo anterior, un efecto indirecto de esta acción se dirige a la reducción del manejo indebido de los dineros y bienes públicos, pues este mecanismo procesal se establece como la herramienta propicia para que las entidades públicas actúen contra los agentes que por conductas arbitrarias han generado una condena en contra del Estado, más aún, cuando se cuenta con la posibilidad de perseguir, directamente, su patrimonio, a través de medidas cautelares o de la ejecución de la sentencia.

De conformidad con lo anterior, cuando una entidad pública interpone una acción de repetición, ejerce el derecho Constitucional de acudir a la jurisdicción, para efectos de subsanar el desmedro patrimonial acaecido en razón del pago indemnizatorio realizado.

2.3. Naturaleza jurídica de la acción de repetición

La Ley 678 de 2001 calificó la acción de repetición como una acción de carácter civil -art. 2-, lo cual implica que su fundamento y propósito se circunscriben a un ámbito netamente patrimonial. En este sentido, el objeto directo de la acción consiste en reembolsar el dinero pagado por el Estado, a título de indemnización a favor de la víctima del daño antijurídico, causado por el actuar doloso o gravemente culposos de sus agentes.

En este entendimiento, la acción de repetición es una especie de la clásica acción de reparación directa, pues pretende resarcir el daño producido al erario²⁰. Cabe

¹⁹ Sentencia C-832 de agosto 8 de 2001.

²⁰ En igual forma se ha pronunciado el Consejo de Estado, en diversas ocasiones. Al respecto ha expuesto:

“Contrariamente a lo expresado por el actor, se considera que el conocimiento de la acción de repetición aquí ejercitada es de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca 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**. Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza precisamente porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de vía gubernativa, ni similares, para en esa forma, demandar como se hace en el *sub-*

advertir, que la participación procesal de la entidad estatal en ambas acciones es diferente, pues frente a la acción de reparación directa -art. 86 CCA *supra*-, el ente público actúa, generalmente, como parte demandada, mientras que en ejercicio de la acción de repetición, la entidad es quien acude ante la jurisdicción en calidad de demandante.

De otra parte, considerando la autonomía de la acción de repetición, se debe tener en cuenta que su ejercicio -por parte de las entidades públicas- no se fundamenta en la figura jurídica de la subrogación²¹, como se ha señalado²², debido a que el Estado no requiere para su interposición sustituir a la víctima indemnizada, pues ejercita un derecho primigenio, otorgado directamente por la Constitución.

Esta autonomía que se predica de la acción de repetición debe entenderse conforme a lo dispuesto en el artículo 90 Constitucional, norma que creó un mecanismo procesal netamente independiente, esto en razón a que no existe otra clase de acción que la reemplace en sus cometidos. Pero, así mismo, debe considerarse que su procedencia requiere la condena judicial previa en contra de la entidad pública, y la prueba del pago de la indemnización respectiva, estableciéndose -ambos- como requisitos de procedibilidad, que podrán -incluso- aportarse al proceso en la etapa probatoria.

júdice, en forma directa el pago indemnizatorio que el Estado realizó y por el que ahora debe responder el funcionario o ex funcionario en este proceso, según claras voces del artículo 86 del C.C.A., sin que esta apreciación varíe por la circunstancia de que la Administración actúe como demandante.” (Resalta la Sala) (Sección Tercera. Auto de abril 8 de 1994.)

“Por su naturaleza, **la repetición constituye una acción de reparación directa a favor del Estado**, y de acuerdo con ello, ésta tiene una caducidad de dos años, término que deberá contarse, teniendo en cuenta lo ya expuesto, a partir del pago.” (Negrilla fuera del texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de 23 de noviembre de 2005. Exp. 15.745. C. P. Ramiro Saavedra Becerra)

²¹ Subrogación se ha definido como: “La acción de sustituir o poner una cosa en lugar de otra cosa, o una persona en lugar de otra persona. La sustitución de una cosa en lugar de otra cosa se llama *subrogación real*; y la sustitución de una persona en lugar de otra persona, *subrogación personal*. (...) La subrogación *personal* se verifica cuando uno toma las veces de un deudor cargándose con sus obligaciones o de un acreedor adquiriendo sus derechos.” (ESCRICHE Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo IV. Editorial Temis. Corregida y aumentada por Juan B. Guim. Bogotá, 1977. Pág. 559)

²² Así se ha pronunciado esta Corporación: “No sobra advertir en este punto que el reconocimiento indemnizatorio a que se refiere el ordenamiento jurídico Colombiano, puede estar contenido tanto en una sentencia judicial, como en una conciliación o en cualquier otra forma de solución de los conflictos y que en todos estos casos el Estado se encuentra legitimado para pretender del servidor el correspondiente pago, sea por medio del llamamiento en garantía - forma de intervención de terceros - **o de la repetición - acción autónoma de subrogación**. (Resalta la Sala) (Sección Tercera. Sentencia de febrero 14 de 2002. Exp. 13.386)

Cabe advertir que en virtud de esta última situación no puede caracterizarse la acción de repetición como “subsidiaria”²³, pues la norma Constitucional creó un mecanismo procesal verdaderamente autónomo, y no accesorio a otra acción o proceso, sólo que condicionó su procedencia al cumplimiento de ciertos requisitos.

Precisado lo anterior, es necesario advertir que la responsabilidad patrimonial del agente estatal y, por tanto, el ejercicio de la acción de repetición y sus consecuencias jurídicas, no pueden catalogarse en términos de sanción, pues es imposible irrogarle cualquier carácter punitivo a un mecanismo procesal de naturaleza netamente resarcitoria, a través del cual el Estado persigue, únicamente, la reparación de su patrimonio²⁴.

En conclusión, la acción de repetición tiene naturaleza eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, de carácter público, cuya finalidad es la protección del patrimonio y de la moralidad pública, y la promoción del ejercicio de la función pública con eficiencia.

2.4. Requisitos para la procedencia y prosperidad de la acción de repetición

²³ Así se ha catalogado por la Corte Constitucional: “4.4. Como puede advertirse, la acción de repetición es una acción de naturaleza civil a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal, **con un alcance netamente subsidiario** pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal 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.

“4.7. Lo que arriba se ha expuesto permite inferir que, **pese a la falta de autonomía de la acción de repetición**, el criterio o fundamento de imputación de la responsabilidad patrimonial del agente frente al Estado ha sido claramente definido por el constituyente. Como ha quedado visto, él se circunscribe a los supuestos de dolo y culpa grave y, por tanto, no es posible que se genere responsabilidad patrimonial del agente estatal cuando su obrar con culpa leve o levísima ha generado responsabilidad estatal. (Resalta la Sala) (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-619 de agosto 8 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil)

²⁴ Al respecto, en el caso Español -en palabras de la Corte Constitucional-, se ha planteado: “Nótese que el sistema español consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que no representa un mecanismo sancionatorio: la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta.” (Sentencia C-333 de agosto 1° de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero)

Como se expuso *supra*, la prosperidad de la acción de repetición requiere que la entidad pública demandante acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución Política, y desarrollados por la ley y la jurisprudencia. Así las cosas, los requisitos o circunstancias que deberá demostrar la entidad pública son:

En primer lugar, *i)* debe existir una condena judicial previa en contra de la entidad pública, a efectos de materializar el daño antijurídico que se le imputa, ya sea mediante sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo de terminación de los conflictos; segundo, *ii)* que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o exservidor público, o de un particular que cumple funciones públicas, que se encuentren relacionados mediante un vínculo, sea laboral o contractual, a la entidad pública condenada; y, por último, *iii)* que la entidad estatal demuestre el pago de la indemnización a favor de la víctima, el cual implica la declaración de recibido por parte de ésta.

i) Sobre la existencia de una condena en contra de la entidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, señala que “En el evento de ser **condenado** el Estado a la reparación patrimonial...” de un daño antijurídico -resalta la Sala-, la entidad respectiva deberá interponer la acción de repetición.

Considerando que la existencia de una condena previa en contra de la entidad estatal, se erige como presupuesto necesario para la procedencia y prosperidad de la acción de repetición, se debe tener en cuenta que dicha condena se constata con la expedición de una sentencia judicial, pero, además, el requisito se cumple con la existencia de un acuerdo conciliatorio, sea judicial o extrajudicial, o con el resultado -en todo caso desfavorable para la entidad- originado en cualquier otro mecanismo de terminación de conflictos²⁵.

Es por ello que, el artículo 59 de la Ley 23 de 1991 -modificado por el art. 70 de la Ley 446 de 1998-, permite que las entidades públicas definan sus conflictos particulares y de carácter económico, a través del mecanismo alternativo de la conciliación. La norma señala:

²⁵ En términos del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, este requisito se cumple con “... una condena [sentencia judicial], conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.”

“Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

“PARAGRAFO 1o. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

“PARAGRAFO 2o. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.”

Es imposible, entonces, limitar el alcance de la acción de repetición a la existencia de un pronunciamiento -formal- emanado de una autoridad jurisdiccional -sentencia-, pues la misma Constitución Política -art. 116²⁶- ha establecido la procedencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en aras de obtener una eficiente administración de justicia y, materializar el principio de participación ciudadana, pues los particulares, investidos transitoriamente de función jurisdiccional, podrán ejercer una intervención activa en la sociedad.

Así mismo, considerando la fuerza de cosa juzgada atribuida a la conciliación y a los demás mecanismos alternativos de terminación de conflictos, debidamente

²⁶ Art. 116, Constitución Política. “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

“El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” (Resalta la Sala)

En cuanto a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la Corte Constitucional ha expresado: “Esta Corporación ha sostenido que la conciliación es uno de los mecanismos suministrados por el Estado como opción alternativa para la resolución de los conflictos jurídicos que persigue que los particulares resuelvan las controversias por fuera del aparato judicial a través del acuerdo antes que al proceso formalmente establecido. Además, busca involucrar a la comunidad en la resolución de sus conflictos a través de mecanismos ágiles, efectivos, flexibles y económicos que permitan sanear las controversias sociales y contribuyan a los valores de un Estado social de derecho como la paz, la tranquilidad y el orden justo, y así también descongestionar los despachos judiciales para su uso en los eventos en que se haga indispensable la intervención del Estado. También se ha señalado que ‘*El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian*’.” (Sentencia C-338 de mayo 3 de 2006)

aprobados, es imperioso determinar su alcance frente a la acción de repetición, pues a través suyo se puede afectar el erario²⁷. Por tanto, mediante la sentencia judicial, la conciliación, judicial o extrajudicial, y el acuerdo logrado, o la condena impuesta, por medio de cualquier otro mecanismo alternativo de administración de justicia, se cumple con el requisito de procedibilidad de la acción de repetición.

Sobre el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, segundo requisito previsto por la Constitución Política frente a la acción de repetición, está relacionado directamente con la responsabilidad del agente estatal, esto es, con el resultado de un juicio subjetivo sobre su conducta -positiva o negativa-, como fuente del daño antijurídico por el cual resultó condenado el Estado. Bajo este entendimiento, prescribe la norma Constitucional que la prosperidad de la acción de repetición se fundamenta en el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, por tanto, si en el resultado del juicio subjetivo de responsabilidad no se determina que la conducta se realizó bajo estos criterios, el Estado no tiene derecho a la reparación de su patrimonio.

La Ley 678 de 2001 significó un avance importante en cuanto a la definición y aplicación de los conceptos jurídicos de dolo y culpa grave en la acción de repetición, pues, además de construir un concepto -normativo-, señaló algunas circunstancias en las cuales se presume que la conducta ejercida por el agente estatal es dolosa o gravemente culposa.

Respecto al dolo, el inciso primero del artículo 5 de la ley prescribe: “La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.” Seguidamente, dispone las situaciones frente a las cuales se presumirá, estas son: 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

²⁷ Sobre el particular, consideró el Consejo de Estado: “Así mismo, concluyó la jurisprudencia que la acción de repetición procedía siempre que la entidad tuviera que incurrir en una erogación por causa de una responsabilidad que le fuera imputada en virtud de la actuación dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, bien fuera que tal erogación proviniera de una sentencia judicial, o de una conciliación, la cual, por mandato de la ley, tiene los mismos efectos de cosa juzgada que aquella²⁷, disposición que hoy recoge el segundo inciso del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998.” (Sección Tercera. Sentencia de noviembre 27 de 2006. Exp. 31.975)

En oportunidad anterior, había expuesto: “... el acuerdo logrado debidamente aprobado, terminará el proceso entre las partes que lo suscribieron y frente a éstas tendrá la fuerza de cosa juzgada.” (Sección Tercera. Sentencia de noviembre 6 de 1997. Exp. 11.167)

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

En igual sentido, el artículo 6 de la misma ley, dispuso que: “La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.” Y se presumirá en los siguientes casos: 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 y; 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Cada una de estas presunciones se establecen como criterios de juicio con los que cuentan las entidades públicas y el Juez Contencioso Administrativo, para calificar la conducta del agente estatal. Cabe advertir, que estas causales son de aquellas llamadas “presunciones legales”²⁸, esto es, que admiten prueba en contrario durante el respectivo proceso²⁹.

De otro lado -considerando que la regulación anterior tiene vigencia a partir de la expedición de la Ley 678-, la jurisprudencia ha estructurado los conceptos de dolo y culpa grave a partir del artículo 63 del Código Civil³⁰, el cual señala respecto a la

²⁸ A diferencia de las presunciones “de derecho” ó “*iuris et de iure*”, las cuales no admiten prueba en contrario.

²⁹ “En efecto, con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.” (Sentencia C-374 de mayo 14 de 2002)

³⁰ Art. 63, Código Civil. “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

segunda -culpa grave-, que se constata cuando los negocios ajenos no son manejados, siquiera, con aquella diligencia que una persona negligente o de poca prudencia suele emplear en los suyos, esto es, aquel descuido o desidia inconcebible, que sin implicar intención alguna de inferir un daño, lo produce.

En cuanto al dolo, prescribe que se constituye cuando la persona ejerce su actuación u omisión, con el ánimo conciente de inferir daño a otro o a sus bienes.

El Consejo de Estado ha calificado estos conceptos en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta las anteriores manifestaciones, se concluye que, en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave; igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas -actuación dolosa-, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confió en poder evitarlo -actuación culposa-.”³¹

Bajo este entendimiento, es improcedente confundir o equiparar estos conceptos -dolo y culpa grave- que son netamente civiles, con aquellos expuestos en materia penal -como equivocadamente se ha planteado³²-, pues no debe olvidarse que la naturaleza de la acción de repetición es eminentemente patrimonial o

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”
(Resalta la Sala)

³¹ Sección Tercera. Sentencia de noviembre 27 de 2006. Exp. 31.975.

³² Sentencia de agosto 31 de 1999 -Exp. 10.865- y sentencia de 11 de 2005-Exp. 15.795-.

indemnizatoria, mientras que la acción penal, en todo caso punitiva, se fundamenta en la imposición de una sanción o castigo³³.

De conformidad con lo anterior, el juicio subjetivo de responsabilidad que recae sobre el agente estatal demandado en acción de repetición debe construirse bajo diversos criterios, pues para determinar la existencia del dolo o de la culpa grave, el juez debe observar lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 -a partir de su vigencia-, y además interpretar y aplicar el artículo 63 del Código Civil, y armonizar éstas con los fundamentos Constitucionales de esta acción patrimonial -analizados *supra*-, pero enfatizando en los postulados de los artículos 6, 91 y 123 de la Carta, los cuales le imponen a los agentes estatales la obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico, situación que lleva a considerar lo dispuesto, incluso, desde los manuales de funciones de la respectiva entidad³⁴. Al respecto la Corte Constitucional ha expuesto:

“Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.”³⁵

Sobre el pago de la condena, finalmente, la entidad demandante deberá acreditar el **pago total** de la misma -a favor de la víctima del daño antijurídico que

³³ Así se lo expuesto la jurisprudencia Constitucional: “Tal confusión se da como consecuencia de creer que el dolo que se presume por virtud del artículo 5º de la Ley 678 es el mismo dolo penal. La acusación de la demanda también está montada sobre una equiparación conceptual que en realidad no existe y que considera que la acción de repetición persigue fines similares a los de la acción penal. En el capítulo generales (SIC) de esta providencia se estableció que el proceso mediante el cual se tramita la acción de repetición no busca cosa distinta que determinar la responsabilidad civil del agente estatal. De allí que resulte incorrecto aplicar a un proceso de definición de responsabilidad patrimonial categorías propias de la responsabilidad penal, como son las que tienen que ver con la supuesta necesidad que existe en la acción de repetición de probar el elemento subjetivo de la conducta.” (Sentencia C-455 de junio 12 de 2002)

³⁴ “Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo, contratos, bienes y familia.” (Sentencia de noviembre 27 de 2006. Exp. 22.099)

³⁵ Sentencia C-484 de junio 25 de 2002.

le ha sido imputado-, pues sólo de esta forma el Estado sufre el detrimento patrimonial que fundamenta las pretensiones restitutorias en contra del agente³⁶.

2.5. La caducidad de la acción de repetición

La caducidad en la acción de repetición cuenta con un fundamento especial, el cual surge a raíz de los intereses que pretende, pues considerando que es la reparación del patrimonio público lo que se persigue con dicha acción, no se puede dejar al arbitrio del administrador de turno el momento de su interposición; por el contrario, el establecimiento de un plazo perentorio tiene como propósito alcanzar la eficiencia de la administración.

La Ley 678 de 2001, en el artículo 11³⁷, dispone que el término de caducidad es de dos años, contados a partir del día siguiente a la realización del pago total efectuado por la entidad pública.

La Corte Constitucional, luego de realizar un juicio de constitucionalidad sobre este artículo, declaró su exequibilidad condicionada, "... bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo."³⁸

³⁶ Sección Tercera. Sentencia de 23 de noviembre de 2005, exp. 15.745.

³⁷ Art. 11, Ley 678 de 2001. "La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

"Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas.

"PARÁGRAFO. La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaran a causar."

³⁸ La Corte Constitucional sustentó su decisión en los siguientes términos: "Por otra parte, contrariamente a lo que afirma el demandante, la entidad no puede, a su arbitrio, determinar el momento definitivo del pago, ya que el cumplimiento de esa obligación se encuentra sujeto a estrictas normas presupuestales.

(...)

3. El caso concreto

Según se ha indicado, el Distrito Capital de Bogotá instauró demanda, en ejercicio de la acción de repetición, contra los ex-servidores públicos señores ANDRÉS PASTRANA ARANGO y RUBÉN DARÍO LIZARRALDE MONTOYA, por considerar que obraron con culpa grave o dolo al expedir, el día 18 de enero de 1990, la Resolución 131, mediante la cual se declaró insubsistente un nombramiento, acto administrativo que posteriormente fue declarado nulo, razón por la cual la entidad demandante pagó, en cumplimiento de la condena judicial, la suma de \$120'140.138.

Por su parte, los demandados presentaron los argumentos de defensa, y uno de ellos formuló las excepciones que denominó i) *ilegalidad* y ii) *pleito pendiente*, asuntos que la Sala pasa a analizar, previa las siguientes precisiones acerca de la normatividad aplicable al asunto que se decide.

3.1. Normatividad aplicable

Tal como lo señalaron los demandados -con lo cual la Sala está de acuerdo-, en el presente caso no es aplicable el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, porque los hechos que dieron lugar a la responsabilidad de la entidad hoy demandante ocurrieron en el año 1990, es decir, cuando aún no se había expedido la actual Carta Política.

Teniendo en cuenta lo anterior -además de que, desde luego, los hechos ocurrieron con anterioridad a la Ley 678 de 2001-, norma que -como ya se dijo- regula actualmente la acción de repetición, debe la Sala establecer cuál es la normatividad que rige el caso concreto.

Para esto se deben distinguir dos tipos de normas aplicables al caso: las sustanciales y las procesales. Las primeras contemplan el régimen que regula las condiciones, requisitos de procedibilidad y elementos de la acción de repetición;

“En síntesis es viable afirmar, que el plazo con que cuenta la entidad para realizar el pago de las sentencias de condena en su contra, no es indeterminado, y por lo tanto, el funcionario presuntamente responsable, objeto de la acción de repetición, no tendrá que esperar años para poder ejercer su derecho de defensa.” (Sentencia C-832 de agosto 8 de 2001)

las otras se ocupan del trámite que debe surtirse ante la jurisdicción para adelantar el proceso mismo.

Sin embargo, las primeras deben preexistir a los hechos que se analizan, pues de no ser así sería imposible repetir contra un funcionario público por la condena que haya recibido la entidad, ello en virtud del principio general de irretroactividad de las leyes, principio que se erige con el fin de garantizar la seguridad jurídica y el derecho constitucional al debido proceso.

3.1.1. De entrada la Sala precisa que no aplicará al caso concreto las normas sustantivas contempladas en el art. 90 CP. ni en la ley 678 de 2001, por tratarse de preceptos que no estaban vigentes cuando ocurrieron los hechos investigados. En su lugar, se aplicarán las disposiciones vigentes cuando sucedieron los hechos, las cuales se indicarán y comentarán más adelante.

En consecuencia, en relación con los aspectos sustanciales, además de las normas constitucionales vigentes para ese entonces -artículos 16, 20, 51 y 62 de la Constitución Política de 1886-, se aplicarán al presente caso las normas previstas en el CCA. de 1984, en particular los artículos 77 y 78, los cuales disponen que:

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

“Artículo 78. — Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexas. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso **la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.**”³⁹

³⁹ Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional –sentencia C-430 de 2000-, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Según el inciso segundo del art. 90 de la Constitución, sólo en el evento de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial del daño antijurídico, que haya sido determinado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, puede aquél repetir lo pagado contra éste. Ello significa, en consecuencia, que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño. Con ello se garantiza, de un lado, la reparación al

Estas normas ratifican una idea que ya se analizó antes: que la posibilidad de repetir contra los funcionarios no fue creada por la Constitución Política de 1991, pues existía en normas legales preexistentes, entre otras en el CCA. citado.

perjudicado, porque queda debidamente asegurada con el respaldo patrimonial del Estado, y, de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la acción de repetición.

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

“Desde luego que no, porque **la referida norma debe ser entendida bajo la idea de que sólo después de que se declare la responsabilidad y se condene a la entidad pública, es cuando ésta puede repetir contra el funcionario.** De manera que con la demanda simultánea de la entidad y del agente no se vulnera la mencionada norma constitucional, sino que se atiende a la economía procesal, porque en un mismo proceso se deduce la responsabilidad que a cada uno de ellos corresponde.

“Según lo anterior, **la norma debe interpretarse en el sentido de que únicamente puede perseguirse al funcionario por la vía de la acción de repetición, sólo después de que se haya resuelto mediante sentencia la condena del Estado por el daño antijurídico por el cual debe responder.** La demanda que pueda incoar el perjudicado contra la entidad responsable o contra su agente, de manera conjunta o independientemente, no contraviene el artículo 90 de la Constitución, porque **la norma acusada no autoriza que se pueda perseguir exclusivamente al funcionario, sin reclamar la indemnización del Estado.**

“Conforme a las consideraciones precedentes la Corte concluye lo siguiente:

“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 esta 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. Y si no ocurre ni lo uno ni lo otro, la solución se encuentra en el inciso segundo del art. 86 del C.C.A. en la forma como fue modificado por el art. 31 de la ley 446/98, que en relación con la reparación directa dispone: “Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resultan perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”.

“En síntesis, **el funcionario puede ser condenado a repetir siempre que haya sido demandado en un proceso conjuntamente con la entidad pública, o cuando es llamado en garantía en éste, o cuando se le impone la obligación de restituir a la entidad pública lo pagado en proceso separado, según la norma antes transcrita**”.

Los artículos citados, por su parte, no se ocuparon de señalar la clase de acción judicial a través de la cual se podía hacer dicho reclamo al funcionario. Por esta razón, mientras no se definió el asunto -por parte del legislador-, la Sección Tercera entendió que la acción procedente era la de reparación directa.

No obstante, fue posteriormente que la Constitución Política elevó a su rango el deber de cobrar al responsable de la condena del Estado el monto de la misma, en las condiciones especiales antes comentadas, lo cual equivale a decir que constitucionalizó la figura de la repetición.

Pero, como si fuera poco, la Constitución se ocupó de un segundo tema: estableció un deber de repetir contra el funcionario o exfuncionario público, encomendando a la ley, en todo caso, su reglamentación precisa y detallada.

Finalmente, cabe destacar que tanto las normas preconstitucionales citadas como el artículo 90 CP. regularon, del mismo modo, uno de los requisitos de procedibilidad de la repetición -que no de la acción misma-: se trata del tipo de culpabilidad con que deben obrar los funcionarios para que respondan por sus actos.

En efecto, prescriben ambas normas que el funcionario debe actuar con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, para que comprometa su responsabilidad y el patrimonio. Desde este punto de vista, la Constitución Política le dio continuidad, en lo esencial, al tema que venía regulado en las leyes, especialmente por lo que se comenta.

Implícitamente, esto refleja que los funcionarios públicos no responden por todos los actos que realizan, a pesar de que causen daños a terceros, a quienes eventualmente la administración tendría que indemnizar. Esta idea demostraría varias cosas:

De un lado, que cuando el obrar del funcionario cause daños y genere, por ende, responsabilidad a título de una culpa distinta a la indicada -dolo o culpa grave-, el Estado debe pagar a los ciudadanos afectados, sin que pueda repetir contra el servidor público, pues la norma anterior, así como la Constitución actual, dispusieron que el Estado asume las consecuencias de esos actos.

De otro lado, y con sobradas razones frente al punto anterior, si la conducta del servidor público no entraña culpa -ni siquiera la levísima-, pero en todo caso su obrar causa daños -es el caso del daño especial-, entonces el Estado responde por las consecuencias perjudiciales que sufran los terceros, sin que pueda siquiera pensar en repetir contra el funcionario.

Esta decisión normativa de excusar la responsabilidad del funcionario -y asumir directamente las consecuencias económicas con el patrimonio del erario-, aún cuando actúe con alguna forma de culpa -leve o levísima-, obedece a razones de tipo administrativo y de índole pragmático, pues el Constituyente y el legislador tienen claro que difícilmente se puede exigir a un funcionario, que es un ser humano que labora por necesidad y como parte de su vida cotidiana, que responda por todos los daños que causa, pues, de ser así, difícilmente habrían personas dispuestas a laborar al servicio del Estado, pues correrían el riesgo de perder su patrimonio por cualquier daño que el obrar, incluso normal de la administración, cause a terceros.

Desde este punto de vista, la decisión de asumir los daños que causa el comportamiento “normal” de los funcionarios es una especie de garantía para estos; pero, sobre todo, también es un reconocimiento de lo injusto que sería cobrar a un trabajador todos los perjuicios que su comportamiento causa, pues algunos de ellos hacen parte del riesgo normal del negocio o de la actividad que realiza.

3.1.2. De otro lado, en cuanto a las normas procesales, por ser de orden público, y regir hacia el futuro, con efecto general e inmediato, corresponde en el caso concreto aplicar las previstas en la Ley 678, tanto para los procesos que se encontraban en curso al momento en que empezó su vigencia, como -desde luego- a los que se hubieren iniciado con posterioridad a la misma, con excepción de “los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”, los cuales “se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”⁴⁰.

3.2. Las excepciones propuestas

⁴⁰ Art. 40 de la ley 153 de 1887.

Uno de los demandados, el señor LIZARRALDE MONTOYA, formuló las excepciones que a continuación estudiará la Sala.

3.2.1. Excepción de ilegalidad

Para el demandado “la acción de repetición que está en curso es el resultado de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en donde no se dieron garantías procesales... y se vulneró su derecho de defensa. En dicho juicio no se constituyó el litisconsorcio necesario por parte de la Administración, como era su deber, llamando en garantía a quienes habían sido Secretario de Hacienda y Alcalde Mayor de la ciudad, respectivamente”.

Para la Sala la excepción propuesta no prosperará, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, la excepción formulada por el demandado carece de fundamento, pues, de una parte, no es cierto que se genere litisconsorcio necesario entre la Administración y sus agentes o ex agentes y, de otro lado, tampoco era obligatorio demandar a la entidad y a su agente, ni puede entenderse como ineludible la formulación del llamamiento en garantía por parte de la entidad demandada. Se trata de simplemente opciones que tiene el actor o la entidad, en su caso, pero en absoluto pueden entenderse como de carácter imperativo.

Por tanto, es perfectamente posible -además de usual- que la entidad pública no llame en garantía a su agente, y más bien que una vez se profiera la sentencia condenatoria y sea pagada la suma correspondiente, ejerza la acción de repetición, como ocurre en el caso *sub lite*.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que si bien a la luz de la normatividad vigente resulta procedente el llamamiento en garantía con fines de repetición en los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁴¹, el artículo 217 CCA. -tanto en su versión original

⁴¹ En efecto, el artículo 19 de la Ley 678 establece: “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

como en la posterior modificación que sobre él introdujo el artículo 54 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989, norma aplicable al caso que se decide y vigente para la época en que se falló la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada contra la hoy demandante-, permitía a la parte demandada utilizar la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía o la demanda de reconvención, solamente en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa⁴².

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.” (Las expresiones subrayadas fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-965 de 2003).

⁴² Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido:

“Es claro el artículo 217 del C.C.A. al señalar que en los procesos relativos a controversias contractuales o de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“De lo anterior varias consecuencias se desprenden: en primer lugar, es a la parte demandada a quien le corresponde hacer el llamamiento en garantía, no al demandante. Además, **debe tratarse del ejercicio de las acciones contractuales o de reparación directa**, las cuales no fueron ejercidas en el presente caso.

“Es de recibo la excepción planteada por la parte demandada, por lo cual no tiene cabida alguna la pretensión dirigida al llamamiento en garantía de los señalados funcionarios, dada su impertinencia”. (Sección Primera, sentencia del 6 de diciembre de 2001, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6132-01, Actor: RICARDO RODRÍGUEZ DÍAZ, Demandado: SUPERINTENDENTE DE SUBSIDIO FAMILIAR).

En el mismo sentido, en providencia posterior se afirmó:

“Instituciones procesales como denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, tienen cabida dentro de los procesos contenciosos administrativos, pero en las especiales condiciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo.

“En primer lugar, están restringidas a los procesos relativos a contratos estatales y de reparación directa; a que sea la entidad demandada quien puede utilizarlas; y a que se presenten dentro del preciso término de fijación en lista (art. 217 C.C.A.).

“Así se desprende de los artículos 207 y 217 del C.C.A. Según el primero, numeral 5°, tal como estaba vigente antes de la modificación hecha por el artículo 58 de la ley 446 de 1.998, en el auto admisorio de la demanda se ordenaba la fijación en lista por el término de cinco (5) días “para que los demandados o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas”. Ese término fue ampliado ahora a diez (10) días, para que dentro de él “los demandados puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas y para que los terceros la impugnen o coadyuven”. Según el segundo, en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención.

En consecuencia, dado que la sentencia condenatoria que posteriormente dio origen a esta acción de repetición se profirió en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no era jurídicamente obligatorio que la entidad demandada llamara en garantía a los hoy demandados y, por tanto, el único camino procesal posible era el de instaurar, como en efecto se instauró, la correspondiente acción de repetición.

3.2.2. Excepción de pleito pendiente

Como fundamento de esta excepción, expuso el demandado que “[e]n su ánimo exculpatorio de responsabilidades y sin detenerse en consideraciones éticas, la Alcaldía Mayor no sólo ha instaurado el presente proceso contencioso-administrativo... sino que simultáneamente ha prohiado un juicio de responsabilidad fiscal, con base en los mismos [hechos], contra mi poderdante y el doctor Andrés Pastrana, como es el que cursa actualmente en la Contraloría Distrital Unidad de Investigaciones y Juicios Fiscales, número de radicación 17.998/98”.

Conoce la Sala que el Código de Procedimiento Civil establece como excepción previa la de pleito pendiente, entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, con el fin de evitar la existencia de dos o más procesos judiciales con identidad de partes, de causa y de pretensiones, así como la eventualidad de fallos contradictorios respecto del mismo asunto.

La configuración de la excepción de pleito pendiente supone la presencia de los siguientes requisitos, en forma concurrente: *i)* Que se esté adelantando otro proceso judicial, *ii)* identidad en cuanto al *petitum*, *iii)* identidad de las partes y *iv)* identidad en la *causa petendi*⁴³.

“Así las cosas, **por ser improcedente el llamamiento en garantía, por tratarse de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, la decisión recurrida será confirmada pero por la razón anotada”. (Sección Primera, auto del 17 de septiembre de 1998, Radicación número: 5119, Actor: SOCIEDAD SEGERAUTOS LIMITADA, Demandado: DIAN DE CARTAGENA).

⁴³ En relación con dichos requisitos, esta Corporación ha señalado:

“a. QUE EXISTA OTRO PROCESO EN CURSO: Es necesario este supuesto para la configuración de la excepción de pleito pendiente porque en caso de que el otro no esté en curso sino terminado y se presentaran los demás supuestos, no se configuraría dicha excepción sino la de cosa juzgada. Nótese la similitud entre ambas figuras, pues para que exista cosa juzgada es necesario también que se presenten simultáneamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 332 del C. P. C., los siguientes requisitos: que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; que se funde en la misma

De lo anterior se concluye que la excepción propuesta no está llamada a prosperar, toda vez que no concurren los requisitos para la configuración del pleito pendiente. En efecto, el demandado fundamenta el mecanismo exceptivo en el hecho de que al momento de formularlo la Contraloría Distrital adelantaba un juicio fiscal, esto es, un procedimiento especial que en absoluto puede confundirse con el proceso judicial en ejercicio de la acción de repetición que ahora se decide y, por tanto, no puede configurarse ninguno de los restantes requisitos necesarios para la existencia de la excepción esgrimida.

causa que el anterior y que haya identidad jurídica de partes. Sin embargo, esas dos clases de excepciones tienen características propias que las diferencian: si bien ambas pueden proponerse como previas (num. 8 e inc. final art. 97 C. P. C.), los efectos de la excepción de cosa juzgada es impedir la decisión de un nuevo proceso que tenga por objeto un mismo asunto que ya fue debatido y que es objeto de cosa juzgada, mientras que la excepción de pleito pendiente es de naturaleza preventiva, pues busca evitar que se configure contradictoriamente la cosa juzgada. En ese sentido el pleito pendiente se presenta cuando existen dos o más procesos cuya decisión definitiva produzca cosa juzgada frente al otro o los otros.

“b. QUE LAS PRETENSIONES SEAN IDÉNTICAS: Las pretensiones de los dos procesos frente a los cuales se pretenda formular la excepción de pleito pendiente deben ser las mismas para que la decisión de una de las pretensiones produzca la cosa juzgada en el otro, porque en caso contrario, es decir en el evento en que las pretensiones no sean las mismas, los efectos de la decisión de uno de esos procesos serían diferentes pues no habría cosa juzgada y por lo tanto no habría lugar a detener el trámite de uno de los procesos. Es importante tener en cuenta la naturaleza jurídica de la pretensión porque es ella la que determina la clase de proceso que se adelanta; al respecto la doctrina⁴³ explica este requisito desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la pretensión: “La pretensión comprende el objeto de litigio (la cosa o el bien y el derecho que se reclama o persigue) la causa jurídica que sirve de fundamento a esta petición. Si cambian aquéllos o ésta, la pretensión varía necesariamente, lo que es fundamental para la determinación del contenido de la cosa juzgada, de la sentencia congruente y de la litis pendiente. De este modo, en un sentido procesal riguroso, el objeto litigioso no se confunde con la pretensión, sino que es el objeto de ésta, y es un error identificar los dos términos, porque sobre un mismo objeto litigioso pueden existir pretensiones diversas o análogas, pero con distinto fundamento o causa, y esto las diferencia claramente (por ejemplo, se puede pretender el dominio de una cosa por haberla comprado, o prescrito o heredado, etc., o su sola tenencia)”.
(...)

“c. QUE LAS PARTES SEAN LAS MISMAS: Es evidente que para la prosperidad de la excepción de pleito pendiente debe existir identidad en las partes tanto en uno como en otro proceso, porque de lo contrario las partes entre sí no tendrían pendiente pleito y además tampoco se configuraría la cosa juzgada toda vez que la decisión en un proceso conformado por partes diferentes respecto de otro proceso, no incidiría frente a la del último.

“d. QUE LOS PROCESOS ESTÉN FUNDAMENTADOS EN LOS MISMOS HECHOS: Si este requisito se estructura en la identidad de causa petendi; al respecto la doctrina⁴³ lo explica así: “[d]e tales elementos conviene en este caso concreto tener presente el concepto de la causa petendi fundamento de la pretensión, de la cual dice algún procesalista que está constituida por ‘los acaecimientos de la vida en que se apoya, no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de la realidad a que la pretensión se refiere’ de modo que ella ‘no es lo que permite al juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse’ (Guasp, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1956, pág. 423) (XCVI, 312).” (Sección Tercera, auto de septiembre 16 de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1426-02 (25.057), Actor: COMISION NACIONAL DE TELEVISION, Ejecutado: GOS TELEVISION S. EN C. EN LIQUIDACION)

No puede asimilarse, insiste la Sala, la acción -judicial- de repetición -cuyas características se precisaron anteriormente-, con el procedimiento especial de responsabilidad fiscal. Esta Corporación ha sostenido sobre el particular que “[s]i un servidor público, con un acto suyo doloso o gravemente culposo, que perjudica a un particular, ocasiona una condena al Estado, incurre para con éste en responsabilidad civil, que debe ser judicialmente declarada. Pero si dicho servidor, en ejercicio de sus competencias para administrar o custodiar bienes o fondos, causa su pérdida, incurre en responsabilidad fiscal, cuyo pronunciamiento está reservado a la Contraloría.”⁴⁴

Puesto que las excepciones propuestas no prosperaron, la Sala pasará a estudiar de fondo el asunto, con fundamento en las pruebas recaudadas.

⁴⁴ Sentencia del 26 de julio de 2001, exp. 6620 -MP. Camilo Arciniégas Andrade-.

Además, respecto de las diferencias entre la acción de repetición y el procedimiento referente a la responsabilidad fiscal, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:

“En primer lugar, son diferentes las modalidades de responsabilidad a que hacen referencia los artículos 90 y 268 numeral 5 de la Constitución Política. En un caso se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la acción de repetición en contra del agente que genera el daño antijurídico, y en el otro de la responsabilidad que se deduce de la gestión fiscal. Por ello persiguen objetivos distintos, lo cual amerita hacer las correspondientes distinciones pues una es la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables y otra es la responsabilidad por el daño que se ha causado al patrimonio del Estado como consecuencia de una gestión fiscal irregular. Es decir, el Estado se ubica en posiciones diferentes en cada caso: en el primero, el Estado es el que responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la oportunidad para repetir contra el agente que éste haya actuado con dolo o culpa grave en la producción del daño, y en el segundo, el patrimonio del Estado es el que resulta afectado en ejercicio de la gestión fiscal a cargo de servidores públicos o de particulares.

“En segundo lugar, la determinación de cada modalidad de responsabilidad se lleva a cabo a través de procesos de diferente naturaleza: uno judicial y otro administrativo. De una parte, se asume el carácter judicial del proceso que se adelanta con el fin de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado y, cuando a ello haya lugar, de la responsabilidad que corresponda a su agente del Estado, esto en consideración a la naturaleza constitucional de la figura (art. 90) y al desarrollo dado por el legislador en la Ley 678, en donde se señala que "La acción de repetición se tramitará de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa" (art. 10). De otra parte, se admite la naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal. Esta calidad ha sido reiterada en diferentes oportunidades por esta Corporación, en especial en la sentencia SU-620 de 1996, en el cual se señaló lo siguiente: 1) el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; 2) la responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa y de carácter patrimonial; 3) esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria; 4) en el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce deben observarse las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas.” (Sentencia C-309 de 2002)

3.3. Pruebas recaudadas

Las pruebas recaudadas durante el curso del proceso fueron las siguientes:

3.3.1. Prueba documental

- Copia del oficio D.A.J.I. 646 de diciembre 1° de 1997, a través del cual se realizaron algunas observaciones en relación con la liquidación de la condena impuesta en sentencia de 9 de mayo de 1996 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el proceso radicado con el número 25569, con ocasión de la demanda formulada por el señor Yesid Ricardo Alonso Tovar contra el Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Hacienda (fls. 116 a 121 y 176 c ppal)

- Copia del auto de archivo definitivo No. 133, proferido por la Contraloría Distrital de Bogotá, el 25 de agosto de 1999, dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal radicado con el No. 17998, el cual se inició con ocasión de unas supuestas irregularidades en la gestión de representación de los intereses jurídicos y patrimoniales del Distrito (fls. 122 a 147 c ppal).

- Certificación emitida por la Jefe de la División de Recursos Humanos de la Secretaría General de la Alcaldía Distrital, obrante a folio 149 del cuaderno principal. Copia del acta de posesión del señor Andrés Pastrana Arango como Alcalde del Distrito de Bogotá (fls. 148 y 150 cdno. ppal).

- Copia de las Resoluciones 1169 de noviembre de 1996, “Por la cual se da cumplimiento a una sentencia y se ordena el reintegro en la Planta de Personal de la Secretaría de Hacienda”, y 0131 de enero de 1990, en la que se declara la insubsistencia del señor Yesid Ricardo Alonso Tovar al cargo de de Jefe XIE-División de Ejecución y Control - Dirección Distrital de Presupuesto (fls. 151 a 155 c ppal, fl. 36 y 57 c. 3).

- Relación de Giro No. 15490, orden de pago No. 007004 de enero 31 de 1997 y otros relacionados con aquellos -Tales piezas obran en el cuaderno No. 2 del expediente-.

- Certificación en la que consta la fecha de ingreso y retiro de la Secretaría de Hacienda Distrital del señor Rubén Darío Lizarralde Montoya (fl. 158 c ppal); copia del acta de posesión del mismo funcionario como Secretario de Hacienda Distrital (fl. 159 c ppal) y copia de la Resolución 1203 de julio de 1989, mediante la cual se nombró en el cargo de Secretario de Hacienda al señor Lizarralde (fl. 157 c ppal).

- Copia de la Resolución No. 0170 de enero de 1990, en la que se encarga al doctor Luis Guillermo Giraldo Trujillo en el cargo de Jefe XIE en la División de Ejecución y Control, en reemplazo del señor Yesid Ricardo Alonso Tovar (fls. 178 a 179 c ppal, y 107 c.3).

- A folios 139 y 140 del cuaderno No. 2. obran copias auténticas de las órdenes de pago No. 007004 y 00701 de 31 de enero de 1997, expedidas por la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá.

- Copia íntegra y auténtica del expediente judicial radicado con el No. 25.568, que corresponde a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que en su oportunidad promovió el señor Yesid Ricardo Alonso Tovar contra el Distrito de Bogotá por la expedición de la Resolución No. 0131 de 1990, proceso que, a su turno, culminó con la declaratoria de nulidad del mencionado acto administrativo.

El original completo del referido expediente No. 25.568 hizo parte integral del presente proceso desde la fecha en la cual fue remitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y estuvo a disposición de las partes hasta el pasado 1 de abril de 2008, fecha en la cual la Secretaría de la Sección Tercera hizo devolución del mismo al Tribunal de origen, en cumplimiento de la providencia fechada en marzo 10 de 2008, después de haber tomado copia íntegra y auténtica del mismo.

Además de todas las piezas propias de dicho proceso tales como la demanda, su contestación, las providencias interlocutorias y de trámite, los recursos, las diligencias, las constancias secretariales y demás actuaciones cumplidas a lo largo del aludido proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, resulta pertinente señalar que en dicho expediente No. 25.568 -conformado por dos (2) cuadernos que ahora se identifican como No. 3, el cual consta de 262 folios y No. 4, integrado por 37 folios-, que fue traído como prueba en el, se encuentran los

siguientes documentos que resultan relevantes para la actuación que aquí se ha surtido.

- Copia autenticada de la Resolución No. 0131 de 18 de enero de 1990, a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Yesid Ricardo Alonso Tovar.

- Copia de la renuncia motivada que presentó el señor Yesid Ricardo Alonso Tovar, el 19 de enero de 1990, con el correspondiente sello de recibido de la misma fecha, por parte de la Secretaría de Hacienda Distrital (fls. 8 y 9 c 3).

- Oficio original No. 111, de enero 22 de 1990, por el que la Jefe de la División de Personal de la Secretaría de Hacienda Distrital comunicó al señor Yesid Ricardo Alonso Tovar la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento (fl. 3 c. 3).

- Copia auténtica de la Resolución No. 1722 de 4 de octubre de 1983, por medio de la cual se nombró al señor Yesid Ricardo Alonso Tovar como Jefe de la División II - Grado 25, en la División de de Ejecución y Control de Presupuesto, en reemplazo del doctor José Elías Yáñez Páez, quien había presentado su renuncia (fl. 6 c.3).

- Copia auténtica del Oficio No. 067 de 15 enero de 1980, expedido por la Jefe de Personal de la Secretaría de Hacienda Distrital, dirigido al doctor Giraldo Trujillo como Jefe Encargado de la División de Ejecución y Control del Presupuesto, a través del cual le remitió a éste ultimo copia del manual de funciones con la denominación, funciones y requisitos de los cargos de la dependencia que se encontraba a su cargo (fl. 7 c. 3).

- Copia auténtica de la Resolución No. 038 de 13 de enero de 1988, "Por la cual se determina el Mejor Funcionario del Mes en la Secretaría de Hacienda", reconocimiento que se otorgó al señor Yesid Ricardo Alonso Tovar (fl. 113 c. 3).

- Copia auténtica de la comunicación de 22 de enero de 1990 dirigida al señor Yesid Ricardo Alonso Tovar, en el que la Jefe de Personal de la Secretaría de Hacienda Distrital le da a conocer la Resolución No. 0131 de 18 de enero de 1990, por la cual se le declaró insubsistente (fl. 58 c. 3).

- Copia auténtica de la hoja de vida del señor Yesid Ricardo Alonso Tovar (fls. 2 a 126 c. 1).

- Copia auténtica del oficio de 18 de febrero de 1992, remitido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el Jefe de División de Personal de la Secretaría de Hacienda Distrital, en el que se certificó que el cargo XIE - Jefe de División, no pertenece a la carrera administrativa por ser nivel directivo y, que por lo tanto, el cargo que desempeñaba el señor Yesid Alonso Tovar era de libre nombramiento y remoción (fl 1 c. 1).

- Original de la sentencia de 2 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección C, donde se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Yesid Ricardo Alonso Tovar contra el Distrito de Bogotá (fls. 171 a 192 c. 3).

- Original de la sentencia de 9 de mayo de 1996, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 2 de septiembre de 1994, que revocó la sentencia de primera instancia y declaró la nulidad de la Resolución 0131 de 1990 expedida por la Alcaldía Mayor de Bogotá, al tiempo que condenó a ese ente territorial al reintegro del señor Yesid Ricardo Alonso Tovar al cargo que venía desempeñando, así como también a cancelarle los sueldos y prestaciones sociales que dejó de devengar desde la fecha en que fue separado del servicio (fls. 227 a 249 c. 3).

- Copia auténtica de la Resolución 1169 de 6 de noviembre de 1996, "Por la cual se da cumplimiento a una sentencia y se ordena un reintegro en la Planta de Personal de la Secretaría de Hacienda" (fls. 17 a 19 c. 4).

- Copia auténtica de la Resolución No. 1073 de 12 de diciembre de 1996, "Por la cual se ordena el pago de una suma de dinero reconocida por sentencia judicial" (fls. 20 a 25 c. 4).

- Copia auténtica de la Resolución No. 076 de 30 de enero de 1997, "Por la cual se Resuelve el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución No. 1073 de diciembre 12 de 1996" (fls. 26 a 36 c. 3).

3.3.2. Prueba testimonial

De folios 168 a 170 del cuaderno principal obra la declaración rendida por el señor Jairo García Gómez, quien se desempeñaba como Subsecretario de Hacienda Distrital para el año de 1990.

En el expediente radicado con el No. 25.568 se encuentran las siguientes declaraciones: *i)* testimonio de la señora Ana Tulia de Segura, obrante de folio 123 a 127 del cuaderno 3; *ii)* testimonio rendido por la señora Dora Hilda Santa fe Sánchez, obrante de folios 128 a 131 del mismo cuaderno, y *iii)* testimonio del señor Gabriel Garzón Munar, visible de folios 151 a 153 del mismo cuaderno.

Sin embargo, estas últimas tres declaraciones -recaudadas en el proceso inicial-, no se valorarán ahora, porque fueron practicados sin la audiencia de quienes integran la parte demandada, esto es, los señores Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde, amén de que como no se solicitó su ratificación en este proceso, naturalmente no se procedió a la misma y, además, fueron solicitados por la parte demandante. Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 del C. de P.C., no resulta procedente valorarlas.

3.4. Pruebas que acreditan los elementos constitutivos de la acción de repetición

3.4.1. Con base en la copia auténtica del fallo respectivo -folios 171-192, cuaderno 2-, se encuentra debidamente probado que dentro del proceso radicado bajo el número 90-25.568, promovido por Yesid Ricardo Alonso Tovar contra el Distrito de Bogotá-Secretaría de Hacienda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, profirió sentencia de primera instancia el 2 de septiembre de 1994, mediante la cual negó las súplicas de la demanda.

Igualmente se encuentra acreditado, con la providencia respectiva (folios 227-239, cuaderno 2), que al resolver el correspondiente recurso de apelación, formulado por la parte actora contra la mencionada sentencia de primera instancia, la

Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en mayo 9 de 1996, revocó el fallo impugnado y, en su lugar, decretó la nulidad de la Resolución No. 131 de 1990, expedida por el Alcalde Mayor de Bogotá, la cual había declarado insubsistente el nombramiento de Yesid Ricardo Alonso Tovar del cargo de Jefe XI E de la División de Ejecución y Control, Dirección Distrital de Presupuesto, y en consecuencia se condenó al Distrito Capital a reintegrar al demandante Yesid Ricardo Alonso Tovar y a cancelarle los sueldos y prestaciones sociales que dejó de devengar desde la fecha en que se produjo su separación del servicio hasta su efectivo reintegro al mismo, sumas debidamente ajustadas y de las cuales se ordenó descontar lo que hubiese recibido durante ese período como asignaciones del Tesoro Público. Esta providencia se notificó por edicto desfijado el día 7 de junio de 1996.

Acerca de lo que fue el proceso judicial de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, uno de los ahora demandados, el señor Lizarralde Montoya, sostuvo en su defensa que en el curso del mismo se presentaron “serias irregularidades”, relativas -según afirmó- a la actuación profesional de la abogada del Distrito.

Al respecto aportó, con la contestación de la demanda, copia simple de un oficio dirigido al Personero Delegado para asuntos jurisdiccionales, documento que no podrá tenerse en cuenta por carecer de valor probatorio, según lo establecido en los artículos 253 y 254 del C. de P. C.⁴⁵

De folios 117 a 121 aparece el informe rendido al Personero Delegado para asuntos jurisdiccionales el día 1 de diciembre de 1997, suscrito por Genoveva Piñeros Calderón, en el cual afirma que en junio 26 de 1996 rindió informe “por el

⁴⁵ El artículo 253 del C. P. C., determina que los documentos “se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento”. Por su parte, el artículo 254 del C. P. C. establece los casos en los cuales las copias tienen el mismo valor probatorio del original:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa”.

que se ponen de presente algunas irregularidades en cuanto a la actuación del apoderado del Distrito Capital, las cuales fueron evidenciadas una vez practicada visita de revisión al expediente que cursa en el H. Consejo de Estado”.

Al revisar el proceso radicado bajo el número 25.568, promovido por el señor Yesid Ricardo Alonso Tovar, cuyo original obra dentro de las pruebas recaudadas, aparecen las siguientes actuaciones por parte de los diferentes apoderados de la entidad demandada:

- De folios 46 a 53 del cuaderno 2, aparece el escrito mediante el cual el doctor Rigoberto Rojas Mora contestó, de manera oportuna -según consta en el informe visible a fl. 60-, la respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, oponiéndose a las pretensiones, refiriéndose a cada uno de los hechos de la misma, proponiendo excepciones y solicitando la práctica de pruebas;

- De folios 123 a 132 del cuaderno 2, aparecen las diligencias de recepción de testimonios de Ana Tulia Ortiz, Dora Hilda Santafé y Gabriel Garzón -esta última no se llevó a cabo por inasistencia del testigo- en las cuales participó el apoderado de la entidad demandada en dicho proceso;

- De folios 156 a 158 del cuaderno 2, aparecen los alegatos de conclusión presentados por la apoderada del Distrito;

- En el curso de la segunda instancia la entidad demandada no presentó alegatos, tal como aparece en el informe secretarial obrante folio 226 del cuaderno 2.

Teniendo en cuenta que, efectivamente, se realizaron las anteriores actuaciones procesales, así como la circunstancia de que en la sentencia proferida por el Consejo de Estado (fls. 227-239 cdno. 2) no se hace referencia a una eventual deficiencia o negligencia de la defensa de la entonces demandada, concluye la Sala que el hoy demandado no acreditó las supuestas “serias irregularidades” que se habrían producido en el curso del proceso, con identidad suficiente para sostener que el fallo adverso al Distrito hubiere obedecido a una deficiente defensa judicial de sus intereses.

3.4.2. Así mismo está acreditado el pago efectivo y total de la condena anteriormente aludida, con la copia auténtica de la orden de pago 007004 del 31

de enero de 1997 -obrante a folios 137 y 138 del cuaderno 3-. De manera que la condena impuesta a cargo del Distrito de Bogotá se satisfizo en debida forma, por las siguientes razones:

De una parte se tiene que mediante dicha orden de pago se dispuso cancelar, a favor del señor Yesid Ricardo Alonso Tovar y su apoderado, la suma neta de \$120'140.138.00, por el concepto que se lee así: "pago condena judicial dentro del proceso Contencioso Administrativo de YESID RICARDO ALONSO TOVAR vs. DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA- SECRETARIA DE HACIENDA. Tiene las siguientes características: Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de septiembre 2 /94; Sentencia del Consejo de Estado de fecha 9 de mayo /96; Resolución 076 de enero 30 de 1997; Disponibilidad Presupuestal No. 164 de enero 30 de 1997".

De otra parte, en la casilla denominada "Acreedor", aparece la firma tanto del señor Yesid Ricardo Alonso Tovar como de su apoderado, así como sus respectivos documentos de identificación.

3.4.3. Respecto de la magnitud del detrimento patrimonial que se pretende repetir, se tiene que aunque la Administración pagó la suma de \$120'140.138, no todo ese valor podría reclamarse de los demandados.

En efecto, de la liquidación practicada por la Jefe de la Unidad de Personal, obrante a folios 123 y 124 del cuaderno 3, que arroja un valor total de \$120'140.138, se desprende que es necesario descontar las sumas que se reconocieron e incorporaron por concepto de intereses, tanto comerciales como moratorios, las cuales resultan ajenas al asunto que ahora se decide, por cuanto las mismas tuvieron origen y justificación en hechos que no se pueden atribuir a la conducta personal que como servidores públicos desarrollaron en su oportunidad los ahora demandados, al punto indiscutible de que tales intereses se generaron con ocasión de la correspondiente condena judicial y, naturalmente, con posterioridad a su adopción y ejecutoria. Tales sumas son las siguientes:

CONCEPTO	VALOR
Intereses comerciales junio 14-dic13/96	\$17'284.027.00

Int. moratorios dic-14/96-ene 30/97	8'341.778.00
Int, comercial salarios y prestaciones	1'342.245.00
Int. moratorios salarios y prestaciones	173.623.00
TOTAL	\$27'141.673.00

Así las cosas, del total de la liquidación aludida deben restarse las cantidades que corresponden a los intereses que generó la condena impuesta a la entidad pública que ahora concurre como demandante, operación matemática de la cual resulta la magnitud de la suma cuya repetición puede reclamarse de los demandados, esto es:

$$\$120'140.138 - \$ 27'141.673 = \$ 92'998.465$$

En consecuencia, el valor histórico total del detrimento patrimonial que eventualmente la Administración podría reclamar en el presente caso asciende a la suma de \$92'998.465.

3.4.4. A folio 149 aparece la certificación suscrita por la Jefe de la División de Recursos Humanos de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C., en la que consta que el señor ANDRES PASTRANA ARANGO ocupó el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá DE., por el tiempo comprendido entre el 1 de junio de 1988 y el 31 de mayo de 1990.

Así mismo, a folio 158 obra la certificación suscrita por el Coordinador del Grupo de nóminas de la Subdirección de Recursos Humanos de la Secretaría de Hacienda del Distrito, en la que consta que el doctor RUBEN DARIO LIZARRALDE, fue nombrado en el cargo de Secretario de Hacienda, a partir del 2 de agosto de 1989.

3.4.5. obra la copia auténtica de la Resolución No. 131 de 18 de enero de 1990, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Yesid Ricardo Alonso Tovar.

Las pruebas relacionadas, así como la certeza que ofrecen sobre los hechos señalados, determinan la imposibilidad de acoger el argumento que esgrimió la defensa del doctor ANDRES PASTRANA ARANGO, según el cual, su defendido

no habría intervenido en los hechos que dieron lugar al proceso judicial en el que resultó condenada la entidad distrital que hoy comparece como demandante, o que no “hubiese tenido intervención alguna o siquiera conocimiento de los actos protagonizados por el Sr. Secretario de Hacienda”.

3.4.6. Al abordar el estudio del dolo y de la culpa grave, la Sala estima que el análisis de la responsabilidad de cada una de las dos personas naturales que integran el extremo pasivo de la litis debe realizarse de manera individual e independiente, en atención a las circunstancias propias y particulares de cada uno de ellos, a su participación en los hechos respectivos, a la calidad en que actuaron y a la finalidad o motivación que inspiró a cada demandado.

Pues bien, las pruebas llevan a la Sala a concluir que los actos de cada uno de los demandados se adelantaron sin dolo o culpa grave, lo cual se apoya en pruebas que resultan comunes a los mismos y, por ende, a ellas se hará referencia de manera conjunta, sin perjuicio de puntualizar que la valoración de tales medios de convicción impone el estudio individual de la situación propia de cada uno.

En *primer lugar*, se trata de que la razón por la cual se declaró insubsistente al funcionario Yesid Ricardo Alonso, según las pruebas que obran en este proceso, no son tan deleznales, como para pretender repetir contra el entonces Alcalde Distrital y el Secretario de Hacienda, pues está probado que el móvil de esta decisión fue una denuncia que hiciera una proveedora del Distrito, quien manifestó que el funcionario despedido ejercía actos reprochables en contra de la moral pública, y fue esa la razón por la que se produjo la decisión de declararlo insubsistente.

De este hecho tuvieron conocimiento no sólo los ahora demandados, sino que fue el Subsecretario de Hacienda quien primero se enteró del mismo, un día cualquiera -11 de enero de 1990-, cuando la señora proveedora le manifestó que el señor Yesid Ricardo Alonso Tovar acostumbraba pedir dinero por los contratos o para agilizar el pago de las cuentas.

Para la Sala resulta determinante constatar que el argumento definitivo que justificó la decisión -es decir, la causa o motivo del acto administrativo- fue conocido por otras personas, distintas a los ahora demandados, de manera que la razón no quedó en su fuero interno, sino que existió realmente el hecho sobre el

cual fundamentaron la decisión que, a la postre, se convirtió en la causa de la condena al Estado. En efecto, en su declaración dijo el Subsecretario de Hacienda que:

“... en algunos de los procesos de compra rutinarios de la Secretaría una proveedora que no estoy mal proveía uniformes para las secretarías, me dijo que ella podía suministrar buenos elementos y a unos precios razonables, dado que en la actual administración de ese momento ella notaba que no había que darle dinero a los funcionarios para que les adjudicaran los contratos, ante este comentario yo le pregunté a la señora que si era que anteriormente tenían que dar dinero y ella me respondió que había algunos funcionarios dentro de la Secretaría cuyas conductas no eran las más apropiadas y, que inclusive colocaban trabas para tramitar las cuentas de los proveedores, ante esta aseveración le pregunté que si podía precisar con nombres a quien se estaba refiriendo y ella me indicó que algunos proveedores tenían dificultades con el Dr. Yesid Ricardo Alonso Jefe de Ejecución y Control para el trámite de las cuentas, como este hecho me pareció grave y que se salía de las normas de conducta que personalmente he profesado en desarrollo de mis funciones, me permití informarle de este comentario al señor Secretario de Hacienda Dr. Rubén Darío Lizarralde, el Dr. Lizarralde me solicitó (SIC) que llamara a la señora proveedora porque él quería conversar con ella para corroborar dicha afirmación, efectivamente procedí a llamar a la señora proveedora quien se entrevistó con el señor Secretario de Hacienda, después de que el señor Secretario de Hacienda Dr. Lizarralde, escuchó a la señora proveedora, procedió a informarle al Señor Alcalde Mayor de la ciudad, Dr. Andrés Pastrana Arango, quien según me comentó el señor Secretario de Hacienda le manifestó que él no podía creer eso y que le llevara a la señora proveedora para conversar con ella, el señor Secretario de Hacienda me solicitó que citara a la señora para que lo acompañara al despacho del Alcalde, posteriormente el señor Secretario me informó que efectivamente él había llegado hasta el despacho del Alcalde con la señora proveedora y que el Alcalde le comentó que le daba pena recibir a esa proveedora para escuchar las quejas y que procedieran a destituir al funcionario, como en efecto sé que lo hicieron el señor Alcalde y el señor Secretario de Hacienda.” -fls. 168 y 169 Cdo. Ppal.-

(...)

PREGUNTADO: ¿Qué acción o acciones desarrolló el Secretario de Hacienda y (el Alcalde Mayor de Bogotá) frente a las quejas antes mencionadas y, cual fue el resultado de las mismas? **CONTESTO:** Como lo relaté anteriormente, el Secretario de Hacienda se comunicó inmediatamente con el Alcalde y después de que ambos funcionarios, primero el Secretario de Hacienda habló con la señora y luego el Alcalde corroboró que la señora estaba dispuesta a hablar, pero él no habló con ella, procedieron a destituir el funcionario y me acuerdo que el Dr. Lizarralde reunió a los funcionarios de Ejecución y Control y les indicó que la Administración no estaba dispuesta a tolerar conductas que dejaran que desear por parte de proveedores y contratistas del Distrito, posteriormente procedieron a nombrar un funcionario encargado de esa

Oficina, que hasta donde yo supe se desempeñó en forma eficiente y lo que yo sí pude corroborar con algunos proveedores y contratistas era que se había agilizado el proceso de trámite de facturas y cuentas de cobro que la Oficina de Ejecución y Control debía procesar para enviarlas a la Tesorería Distrital. **PREGUNTADO:** ¿Conoció las razones por las cuales fue desvinculado del servicio el señor Yesid Ricardo Alonso Tovar? **CONTESTO:** Sí, supe que fue desvinculado por las quejas de proveedores en el sentido de que no tramitaba eficientemente sus cuentas de cobro y facturas con destino a la Tesorería Distrital". (fl. 169, cdno. ppal)

Esta declaración, que ofrece credibilidad a la Sala, enseña que no se trató de un montaje hecho por el Alcalde y su Secretario, para declarar insubsistente al funcionario, sino que por el contrario fue una persona ajena a la administración quien hizo una denuncia gravísima contra un servidor público, y que fue escuchada primero por otro funcionario que no tomaba la decisión.

De alguna manera, si así se quiere ver el tema, fueron estos -la proveedora y el Subsecretario de Hacienda- quienes dieron lugar a que el Secretario de Hacienda y el Alcalde se molestaran con el señor Yesid Ricardo, al punto de sentir vergüenza por esos actos, y tratar de aclarar las cosas con la señora, quien -según el testimonio- estuvo dispuesta a hablar luego con el Secretario de Hacienda -lo cual hizo efectivamente- y con el Alcalde -con quien finalmente no lo hizo-.

Desde este punto de vista, para la Sala es incuestionable que la orden de declarar insubsistente al funcionario la impartió el señor Alcalde del momento, como competente que era para ello; pero también está probado que lo hizo movido por circunstancias, hechos y situaciones que realmente existieron, que justificarían que se declare insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción, como lo es la realización de actos de corrupción, denunciados de manera firme y segura por una proveedora del Distrito, quien estuvo dispuesta a sostener su versión ante distintos funcionarios de la entidad, incluido el propio alcalde, lo que denota que entre estos no maquinaron un plan en contra del funcionario.

En *segundo lugar*, la prueba de que no existió un propósito fraudulento en la declaratoria de insubsistente del funcionario, radica en que la decisión del Alcalde se fundó en la credibilidad que le dio a la versión de un tercero, que fue afirmada ante el Subsecretario de Hacienda y el Secretario de Hacienda por una

proveedora del Distrito, de manera que su elemento de juicio no era descabellado, inexistente, fútil o banal, como para pensar que actuó con dolo o culpa grave.

En efecto, no hay manera de endilgar dolo a quien actuó movido por razones que podían considerarse razonables en el momento en que ocurrieron los hechos, pues una cosa es declarar insubsistente a un funcionario por cualquier razón torcida o mentirosa, y otra estar influenciado por razones que podían estimarse como probables y suficientes para justificar la decisión adoptada.

En *tercer lugar*, también está demostrado que el Subsecretario de Hacienda conoció los hechos que rodearon las razones por las cuales se declaró insubsistente al funcionario. De hecho, él mismo fue quien le pidió a la proveedora, a solicitud del entonces Secretario de Hacienda, que fuera a la oficina de éste para hablar de los hechos que narró otro día en la entidad.

Desde esta perspectiva, la Sala no reprocha la actitud de quien declaró la insubsistencia del funcionario, por lo menos desde el punto de vista del dolo o de la culpa grave con que hubiera actuado, pues los hechos narrados muestran que no se ampararon en simples conjeturas o apariencias, sino en la versión de una persona que dijo padecer los tratos irregulares del funcionario.

Para la Sala, el dolo de realizar una conducta irregular tiene que expresarse en un ánimo claro de dañar y causar perjuicio, sin causa diferente a la pura intencionalidad de realizar un capricho o antojo, que, desde luego, no se compadece con la satisfacción del interés general. Por el contrario, lo que se advierte en el caso específico es que el Alcalde y el Secretario actuaron movidos por una razón que, de existir -la realización de actos de corrupción-, justifica la medida adoptada. Para ello se valieron de una versión que les sonaba creíble; y si acaso se pudiera criticar y cuestionar su actuación, se considera que no puede ser por haber actuado con dolo o culpa grave.

Afortunadamente de estos hechos fue testigo presencial el Subsecretario de Hacienda, quien fue la persona que puso en conocimiento de sus superiores los hechos, de manera que si alguien puede dar cuenta de la gravedad de los mismos, de lo terrible e impactante de la denuncia de la proveedora contra el funcionario declarado insubsistente, es precisamente él, pues fue quien alertó a todos frente a lo que pasaba.

Este testigo presencial ofrece tranquilidad a la Sala para deducir que el acto de insubsistencia fue producto de una circunstancia conyuntural y no de una plan preconcebido en contra del funcionario. Este sólo hecho descarta la existencia del dolo o al culpa grave en la toma de la decisión.

Incluso, no puede perderse de vista que también está probado que el Secretario de Hacienda hizo una reunión con el personal de su oficina para llamar la atención sobre los hechos irregulares que se habían denunciado, y para indicar, en especial, que no admitirían este tipo de comportamientos en la entidad. Una vez más esto muestra que la razón de la insubsistencia fue la denuncia de la proveedora, por la existencia de comportamientos irregulares en los pagos y en la contratación.

Para la Sala esta reacción lo que demuestra es una gran preocupación por el correcto funcionamiento de la administración, y más que una intención torcida y determinada por instintos bajos y mezquinos, ratifica que los ahora demandados buscaban mejorar el servicio y erradicar los malos entendidos, y hasta las prácticas corruptas, si las hubiere, de dicha oficina.

Ahora bien, lo que no se puede considerar es que el dolo consiste en determinar si el Alcalde y el Secretario efectivamente querían declarar insubsistente al empleado por el cual fue condenada la entidad estatal -de esto no cabe la menor duda, pues esa fue la decisión de estos funcionarios-. Este no es dolo que hace responsable a un funcionario en una acción de repetición. En esta clase de procesos lo que se indaga es por la intención de hacer algo indebido⁴⁶, o por la culpa imperdonable de hacerlo, no por la simple intención de ejecutarlo.

De hecho, en un entendimiento amplio del dolo, ese tipo de intencionalidad se presenta incluso para hacer las cosas correctas, pues para ello también se necesita desear el resultado bueno. No obstante, tratándose de la acción de repetición se requiere actuar con *dolo malo* o culpa grave para hacer las cosas incorrectas. Esto es lo que la Sala no aprecia en el caso *sub iudice*, pues los

⁴⁶ En estos mismos términos el art. 5 de la ley 678 dispone: "La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado."

Obsérvese que la norma no dispone que el dolo consista en querer, a secas, la realización de un hecho; sino en quererlo, siendo ajeno a la finalidad del servicio público.

demandados, a juzgar por las pruebas del proceso, actuaron convencidos de la necesidad de corregir una mala práctica que un funcionario realizaba en la entidad, la cual hacía quedar mal a la administración pública.

Para la Sala la declaración rendida por el ingeniero García Gómez, al ser apreciada en conjunto con las demás pruebas recaudadas, y con sujeción a las reglas de la sana crítica, tal como lo prescribe el artículo 187 CPC., corresponde a un testimonio digno de crédito, incluso en cuanto se refiere a los hechos en relación con los cuales tuvo conocimiento de manera indirecta, mediata o referida y que, por tanto, corresponden a un testimonio de oídas -en cuanto relató lo que le consta acerca de lo que el propio Secretario de Hacienda de la época le narró en relación con las circunstancias en que se desarrolló la reunión que aquél sostuvo con el Alcalde Mayor de Bogotá, cuando éste último impartió la orden de tramitar la declaración de insubsistencia del nombramiento del señor Alonso Tovar-, entre otras, por las siguientes razones: porque se trata de una declaración que fue rendida bajo la gravedad del juramento y se revela espontánea, coherente y serena en relación con los diferentes hechos que a él le constan, tanto por haberlos percibido de manera inmediata como por haber tendido conocimiento de los mismos por el relato que al respecto le hizo un tercero.

Finalmente -lo cual también demuestra la ausencia de dolo o culpa grave-, quiere aclarar la Sala que en el proceso se hace referencia a varias fechas y acontecimiento, las cuales, de no ordenarse debidamente, darían lugar a confusión acerca de los mismos y de la manera como obró la administración.

Resulta que está probado que los hechos objeto de investigación ocurrieron el 11 de enero de 1990, y el 15 de enero siguiente la Jefe de la División de Personal le comunicó a otro funcionario -doctor Guillermo Giraldo Trujillo- que quedaba encargado de la Jefatura de la División de Ejecución y Control, pese a que aún continuaba en el puesto el señor Yesid Ricardo Alonso, lo que supone que fue aislado *de facto* del cumplimiento de sus funciones, como consecuencia de los hechos narrados hasta ahora.

Luego, el 19 de enero de 1990 el señor Yesid Ricardo Alonso presentó su renuncia al cargo, aduciendo diferentes motivos, entre otros el aislamiento al que había sido sometido. Sin embargo, el acto que declaró la insubsistencia se profirió

el 18 de enero de 1990 -un día antes de la renuncia-, pero se notificó el día 22 -fl. 5 del cuaderno de pruebas No. 1-.

Posteriormente, y finalmente, el 29 de enero de 1990 el Alcalde encargó en el puesto declarado insubsistente, con retroactividad al 19 de enero -resolución No. 170-, al señor que informalmente era tratado como Jefe de esa División, esto es, al señor Guillermo Giraldo Trujillo.

Para la Sala estos hechos son relevantes para demostrar en el proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho algunos sucesos indicativos de cómo ocurrieron las cosas; pero para efectos de la repetición esta serie de acontecimientos lo que demuestran es que, efectivamente, la denuncia de la proveedora del Distrito -del 11 de enero de 1990- fue la causa de que al señor Yesid Ricardo Alonso lo declararan insubsistente, razón por la cual, mientras se confirmaba la denuncia y se implementaba la decisión administrativa, el señor fue relevado del cargo -el 15 de enero de 1990- de manera informal y luego despedido -el 22 de enero-.

Una vez más, la Sala no encuentra en estos hechos dolo o culpa grave que justifique repetir contra los funcionarios demandados, pues no se percibe en ellos razón diferente de su actuación a la intención de actuar bien.

De hecho, está acreditado que el encargo informal que se hizo del cargo de Jefe de División claramente obedeció a los hechos ocurridos 4 días atrás -el 11 de enero-, y no a una premeditada intención de darle el puesto a un amigo político de los demandados, o de otra especie de vínculo entre ellos. Desde este punto de vista, no se advierte el dolo o la culpa que justifique que el funcionario público deba pagar con su patrimonio la condena que recibió la entidad estatal. En otras palabras, el trato que se le empezó a dar al otro funcionario no obedeció a algo premeditado, sino a los hechos ocurridos el 11 de enero.

Además, la circunstancia de que el señor Yesid Ricardo Alonso renunciara el 19 de enero, pero que el día 22 le notificaran el acto administrativo que declaró su insubsistencia -proferido el 18 de enero-, tampoco es prueba del dolo o de la culpa grave de los demandados, sino que se trata de hechos que pueden tener otra connotación, la cual no mide la intencionalidad de la decisión administrativa.

En efecto, lo ocurrido perfectamente pudo suceder así en cuanto a las fechas, pero lo determinante para este proceso es que la declaración de insubsistencia sí tuvo como propósito bueno corregir la anomalía denunciada ante la administración, cometida por un funcionario que presuntamente realizaba actos irregulares. No se quería satisfacer caprichos personales -eso ni siquiera se discute en el proceso-, de manera que resulta fácil inferir que el correspondiente acto administrativo se produjo con la finalidad de ejercer la facultad nominadora para los fines del buen servicio.

Tratándose, en particular, del señor Rubén Darío Lizarralde, para la Sala, además de las razones expuestas -que excluyen la existencia de dolo o culpa grave en su conducta-, se debe tener en cuenta que no fue quien tomó la decisión de declarar insubsistente al señor Yesid Ricardo Alonso -aunque hubiere conocido y estado involucrado en los hechos-, pues el funcionario competente para hacerlo era el Alcalde Distrital, quien efectivamente suscribió la resolución que adoptó la decisión.

De hecho, este presunto vicio del acto fue alegado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el funcionario despedido, pero fue desestimado con el siguiente argumento, que hace propio la Sala en esta acción de repetición:

“El epígrafe de la resolución 0131 del 18 de agosto de 1990, objeto de impugnación, en el que textualmente se dice: ‘El Secretario de Hacienda de Bogotá Distrito Especial en uso de sus facultades legales’, conduce a pensar que ese funcionario fue expedidor del acto administrativo que ella contiene. No obstante, la lectura integral de la misma demuestra que tal determinación la adoptó el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, pues luego de disponer la insubsistencia del nombramiento del accionante, de fijar la fecha en que esa determinación regía y ordenar su comunicación y cumplimiento, se registra la fecha de expedición y se hace la siguiente manifestación: ‘El Alcalde Mayor de Bogotá D.E.’, seguida de la correspondiente firma y de un sello en que se lee ‘Alcaldía de Bogotá D.E. Alcalde Mayor’.

“A continuación aparece otra rúbrica con la antefirma de Rubén Darío Lizarralde Montoya como Secretario de Hacienda.

“Así las cosas, no cabe duda que el mismo texto de la resolución demuestra que fue el Alcalde Mayor y no otro funcionario el que dispuso la remoción del actor.

“Como lo anterior no fue desvirtuado dentro del proceso, resulta inadmisibles entonces que por un error en el enunciado de la resolución demandada, que se tenca como cierto sin serlo, que fue el Secretario de Hacienda y no el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, quien

expidió el acto acusado. En estas condiciones el cargo sobre incompetencia a que se alude en el libelo carece de fundamento.” -fls. 232 y 233 Cdo. Pruebas 3-

En efecto, la Sala también acepta que el Alcalde es la autoridad competente para tomar esta decisión, salvo delegación de la función -la cual ni se alega, ni está probado en el proceso-, de manera que por esta otra razón el entonces Secretario de Hacienda tampoco podría verse afectado en este proceso.

Lo que se deja expuesto, a partir de las pruebas reseñadas, permite a la Sala reafirmar que en el presente caso no se configura la intención de obrar mal con la expedición de la Resolución No. 131 de 1990.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. Niéganse las pretensiones de la demanda.

Segundo. En firme esta providencia archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA