

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Noción. Presupuestos

El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante. El objeto del llamamiento en garantía lo es “que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a rembolsar, y al igual del denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento.” El artículo 217 del Código Contencioso Administrativo permite, en los procesos de naturaleza contractual y en los de reparación directa, el llamamiento en garantía, figura que se regula por el Código de Procedimiento Civil (artículo 57), al no existir en aquella codificación, norma que regule el tema. A su turno el Código de Procedimiento Civil al ocuparse de la figura remite a las normas que rigen la denuncia del pleito, en relación con la cual el escrito que la contenga debe reunir los siguientes requisitos: 1) Nombre del llamado o el de su representante según sea el caso. 2) Indicación de su domicilio, residencia, habitación u oficina. 3) Los hechos y fundamentos de derecho en que se basa el llamamiento. 4) La dirección donde el llamado podrá recibir las notificaciones. Adicionalmente existe la carga de aportar prueba sumaria de la existencia del derecho legal o contractual a formular el llamamiento en garantía. Es decir, es indispensable para la procedencia del llamamiento en garantía, además del cumplimiento de los requisitos formales, que el llamante allegue prueba siquiera sumaria del derecho legal o contractual en que apoya la vinculación del tercero al proceso, dado que dicha vinculación implica la extensión de los efectos de la sentencia judicial al tercero, causándole eventualmente una posible afectación patrimonial.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Procedencia

Por otra parte, en los procesos de reparación directa, en los relativos a controversias contractuales y en los de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada puede llamar en garantía con fines de repetición al agente estatal por cuya actuación se está adelantando el juicio de responsabilidad del Estado, siempre que presente prueba sumaria del actuar doloso o gravemente culposo de aquél. Contrario sensu no procederá el mismo si se propuso en la contestación de la demanda las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, porque la defensa en tal sentido lleva ínsita la exoneración por parte de la entidad al agente estatal que intervino en el hecho.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Frente a los agentes del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION DE LOS PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES PUBLICAS - Requisitos para su procedencia

Del artículo 217 del Código Contencioso Administrativo que permite el llamamiento en garantía en los procesos de reparación directa y contractuales, en aplicación sistemática con el artículo 90 Superior, la Sala ha concluido que dentro del

proceso de responsabilidad contra el Estado pueda vincularse mediante la figura del llamamiento en garantía al funcionario que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiese comprometido la responsabilidad de la entidad pública. Ello por cuanto la Carta Política prevé en el inciso segundo del artículo 90 la responsabilidad patrimonial y personal de los agentes del Estado que con su comportamiento doloso o con culpa grave ocasionen el daño por el cual aquél está en el deber de reparar, así como la obligación de la entidad de repetir por las referidas circunstancias frente a éste. En consonancia con las normas citadas y el alcance que a las mismas había dado la jurisprudencia, la ley 678 de 3 de agosto de 2001, reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de dos mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición. Así, el Capítulo III de la Ley 678 de 2001, al regular tanto los aspectos sustanciales como los procesales del llamamiento en garantía, dispuso que dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, pueden solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario (art. 19). Como colorario de lo anterior se establece la exigencia para el llamamiento del agente o ex agente público, de acompañar el escrito de llamamiento con la prueba aunque sea sumaria de su actuar doloso o gravemente culposo, dado que la relación de garantía que permite al Estado llamar al proceso de responsabilidad adelantada en su contra, al funcionario o ex funcionario, está constituida por la norma legal que establece la responsabilidad de éste frente al Estado por la condena que pueda sufrir, pero unida a la acreditación así sea sumaria, de la culpa grave o el dolo que determinó la actuación del agente estatal. De otra parte, el Capítulo I de la citada ley, al regular los aspectos sustantivos de la acción de repetición, dispuso que se trataba de una acción civil de carácter patrimonial que se debía ejercer en contra del servidor o ex servidor público o del particular que desempeñara funciones públicas que hubiere ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. Es decir, que no solamente procede en contra de los agentes estatales sino que también son pasibles de esta acción los particulares investidos de la función pública, dentro de los cuales la misma ley comprendió al contratista, al interventor, al consultor y al asesor (parágrafo 1°, artículo 2°), en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebraren con las entidades públicas.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA DEL CONTRATISTA - Con fines de repetición / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Del contratista, asesor, interventor o consultor. Régimen jurídico / LLAMAMIENTO EN GARANTIA DEL CONTRATISTA - Su procedencia deviene de la ley. Presupuestos

El surgimiento de la relación de garantía por virtud de la cual el Estado está legitimado para llamar en garantía con fines de repetición al contratista, asesor o consultor, con ocasión del daño que la actividad de estos genera durante la ejecución del contrato que los vincula con el Estado, está constituido de un lado por la ley 678 que en los artículos 1° y 2° prevé la responsabilidad patrimonial frente al Estado de los servidores o ex servidores públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas, dentro de los cuales incluye expresamente al contratista, interventor, asesor y consultor, y de otro por la existencia del contrato que le permite al contratista, interventor, asesor o consultor realizar la actuación que ha dado lugar a que el Estado resulte condenado. Es decir, la relación de garantía que le permite al Estado llamar en garantía a un contratista, interventor,

asesor o consultor, surge de la ley que dispone la responsabilidad de éste frente al Estado, pero para que se estructure es menester la existencia del contrato que vincula al particular como contratista, interventor, asesor o consultor. Ello con independencia de que ese contrato haya sido celebrado por la entidad llamante o por cualquiera otra, dado que la legitimación para formular el llamamiento, surge de que la entidad haya sido demandada por el acto de un contratista, interventor, asesor o consultor, y este bien puede haber celebrado la relación negocial con otra entidad para prestar un servicio a quien lo llama en garantía y con ocasión del cual se demanda indemnización. Por lo tanto, obsérvese que, en cuanto al llamamiento en garantía de agentes estatales o de particulares que cumplen funciones públicas, existe una regulación especial que no resulta contraria a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil arriba enunciadas, sino complementaria.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Marco legal / LLAMAMIENTO EN GARANTIA DE AGENTES ESTATALES O DE PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES PUBLICAS - Cuenta con una regulación especial que es complementaria de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil

En definitiva, la figura procesal del llamamiento en garantía, establecida en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil y en particular con fines de repetición en el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, es un mecanismo procesal para cumplir el deber del Estado de volver contra el agente público o el particular investido de función pública que pudiere haber obrado con dolo o culpa grave y que con ésta conducta dio origen a que aquél fuera demandado con una pretensión de responsabilidad civil, para que en el mismo proceso se resuelva sobre dicha relación y se pronuncie el juez sobre el reembolso total o parcial del pago que hubiere que hacer como resultado de la sentencia. En el caso concreto, de la lectura del escrito a través del cual se formuló el llamamiento en garantía se tiene que el mismo se fundamenta en el hecho de que entre el Departamento de Boyacá y la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, se suscribió un contrato cuyo objeto era “el avalúo del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria N° 070-86523 de propiedad del demandante”, y que por ello se realizó el avalúo que sirvió de fundamento para pagar el precio de la indemnización por concepto de expropiación realizada en el predio del actor, por lo que solicitó que se vinculara como llamada en garantía a la citada corporación para que en el evento de una condena, se declarara la responsabilidad de la llamada “por la conducta gravemente culposa en caso de haber realizado un mal avalúo”. El argumento que esgrime el apelante para que sea revocada la decisión de negar el llamamiento en garantía, es que la demandante omitió vincular como parte demandada en el proceso al Departamento de Boyacá, entidad con la cual el llamado en garantía tenía un vínculo contractual directo, en virtud del contrato celebrado por éstos. De este relato se infiere que el llamamiento formulado por el Municipio de Tunja en contra de la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores se fundamentó en una relación contractual, concretamente en un contrato celebrado entre ésta y el Departamento de Boyacá, del cual se valió el municipio demandado, por cuanto fue el avalúo realizado por la citada corporación el que le permitió establecer el monto de la indemnización por la expropiación del predio del actor.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA DEL CONTRATISTA DEL ESTADO - Para su procedencia no se requiere la existencia de un vínculo contractual entre éste y la parte demandada / RELACION DE GARANTIA - Sí debe acreditarse mediante prueba sumaria de la relación legal o contractual / LEGITIMACION

PARA LLAMAR EN GARANTIA - Es diferente de la prueba del vínculo legal o contractual

La Sala observa, de acuerdo con lo narrado que a pesar de que el municipio de Tunja no tenía ningún vínculo contractual con la Lonja de Profesionales Avaluadores, sí podía llamarla en garantía por cuanto fue con base en el avalúo realizado por éste que se fijó el precio del cual el demandante se queja. Es decir que el demandado estaba legitimado para llamar en garantía a la corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, dado que fue por un acto de esta contratista al realizar el avalúo del predio de la demandante que, según la demanda, se causó el daño que se reclama en esta acción indemnizatoria. Pero el llamante debía acreditar la relación de garantía y para el efecto acompañar prueba siquiera sumaria del contrato que le permitiera exigir del tercero llamado, la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de una eventual sentencia condenatoria que se profiriera en su contra. Prueba que se echa de menos en el sub lite, como quiera que solamente se aportó como prueba del derecho a formular el llamamiento en garantía. Por manera que la sola circunstancia de no acreditar el derecho legal o contractual al formular el llamamiento lo torna improcedente.

CONTRATISTA - Particular que cumplía funciones públicas / PRUEBA DEL DOLO O CULPA GRAVE - También debe probarse a través de prueba sumaria porque se trata de un llamamiento con fines de repetición

Por otra parte, vale destacar que el llamado en garantía tiene la calidad de contratista por cuanto celebró un contrato con el Departamento de Boyacá con la finalidad de efectuar el avalúo del predio de propiedad del demandante, y a pesar de que como ya se precisó, no tiene un vínculo contractual con el municipio de Tunja, éste podía llamarlo en garantía en virtud de que fue quién recibió el servicio contratado y como consecuencia del cual, según la demanda, se presentó el daño por el cual se reclama indemnización. Lo anterior significa que en su calidad de contratista, el llamado era un particular que cumplía funciones públicas en los términos del párrafo primero del artículo segundo de la Ley 678 de 2001, y que por lo tanto estaba sujeto a las regulaciones de la citada normativa; razón por la cual se trata de un llamamiento en garantía con fines de repetición, en el que se debe acreditar además de la relación de garantía, el dolo o la culpa grave del particular que ejerce funciones públicas. En efecto, tal como arriba se expuso, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 54 del C. de P. Civil, en el artículo 19 de la ley 678 de 2001 y en la jurisprudencia reiterada de esta sección, al escrito de llamamiento debe acompañarse prueba siquiera sumaria del derecho a formularlo. En ese orden claro es, que debido a que el recurrente omitió aportar las pruebas sumarias indicativas del dolo o culpa grave del llamado en garantía, además de haber omitido una acusación concreta en tal sentido en contra del llamado, lo procedente es negar la solicitud por este formulada. Así las cosas, la Sala confirmará la decisión del a quo, toda vez que la parte demandada no acreditó la existencia de una relación legal o contractual entre ésta y la llamada en garantía – Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, así como tampoco del dolo o la culpa grave de la llamada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00546-01(38259)

Actor: RAUL ENRIQUE MARTINEZ SANABRIA

Demandado: MUNICIPIO DE TUNJA

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO;
APELACION AUTO LLAMAMIENTO EN GARANTIA**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido el 1 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Tunja, en cuanto negó el llamamiento en garantía formulado en contra de la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, el cual será confirmado.

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 29 de junio de 2007, el señor Germán Norberto Parra, actuando mediante apoderado judicial, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del municipio de Tunja con el fin de obtener la nulidad *“del artículo segundo del Decreto 0091 del 9 de febrero de 2007, proferido por el señor Alcalde del municipio de Tunja, por medio del cual se ordena la expropiación por vía administrativa, porque en tal artículo, se establece un precio que no corresponde al verdadero valor del predio que se expropia ya que se fijó sin la realización de un avalúo que cumpliera con los requisitos fijados por la ley en cuanto al perito avalador y el precio real del inmueble”*.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto demandado, la parte actora solicitó el restablecimiento del derecho con el fin de *“que se condene al municipio de Tunja, a pagarle el precio real conforme al valor que se demuestre en juicio, mas los intereses de mora desde la fecha en que debió pagarse el precio del predio expropiado administrativamente y aquella en que se realice el pago”*

2. En resumen la demanda se fundamentó en los siguientes hechos:

(i) Que el señor Raúl Enrique Martínez Sanabria, era copropietario -en proporción de una quinta parte en común y pro-indiviso- del predio identificado con matrícula

inmobiliaria número 070-86523, y cuya expropiación administrativa se ordenó mediante el Decreto 091 de 2007 expedido por el Alcalde del municipio de Tunja.

(ii) Que la demandada adoptó una decisión equivocada al fijar, sin un estudio previo, el valor de la indemnización por la expropiación del predio en \$121.527.000, dado que tal monto se determinó mediante un avalúo ordenado por el municipio de Tunja del cual se ignora quién lo efectuó y “bajo qué condiciones y consideraciones económicas y fácticas” se realizó.

(iii) Que la suma determinada en el avalúo se encuentra por debajo en un 90% del precio real del inmueble del que era propietario el actor.

3. En auto de 11 de diciembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Boyacá, admitió la demanda y ordenó notificar personalmente a la parte demandada y al Ministerio Público.

4. Mediante escrito presentado el 10 de marzo de 2008, el municipio de Tunja contestó la demanda. Argumentó que la expropiación realizada al predio de que era propietario el señor Raúl Enrique Martínez, se hizo en estricto cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley 388 de 1997.

De igual forma en escrito separado presentado en la misma fecha, el municipio de Tunja formuló llamamiento en garantía a la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, por cuanto ésta era quien había realizado el avalúo que sirvió de base para pagar el precio de la indemnización por concepto de expropiación del predio de propiedad del señor Raúl Enrique Martínez Sanabria.

5. En providencia de 1 de julio de 2009, el Tribunal Administrativo de Boyacá, negó el llamamiento en garantía formulado por la parte demandada, toda vez que no se probó ni siquiera sumariamente al momento de la petición y conforme a los hechos que se exponían como fundamento de la misma, que entre el municipio de Tunja y la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores existía una relación contractual o legal que justificara tal vinculación procesal.

6. El 8 de julio de 2009 el demandado interpuso oportunamente recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la providencia proferida por el *a quo*. Manifestó que la parte demandante omitió vincular como demandada en el

proceso al Departamento de Boyacá, entidad con la cual la llamada en garantía tenía un vínculo contractual, en virtud del contrato celebrado directamente entre la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores y el Departamento de Boyacá para que la primera efectuara el avalúo del predio de propiedad del actor.

En auto de 18 de noviembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Boyacá rechazó por improcedente el recurso de reposición, toda vez que el auto que niega la vinculación de terceros es pasible solo del recurso de apelación, y por tanto procedió a conceder dicho recurso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se confirmará la providencia apelada, previa las siguientes consideraciones:

1. El llamamiento en garantía

1.1. El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante.

El objeto del llamamiento en garantía lo es *“que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a rembolsar, y al igual del denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento.”*¹

1.2 El artículo 217 del Código Contencioso Administrativo permite, en los procesos de naturaleza contractual y en los de reparación directa, el llamamiento en garantía, figura que se regula por el Código de Procedimiento Civil (artículo 57), al

¹ MORALES Molina Hernando, *Curso de derecho procesal civil*. Editorial ABC, undécima edición, pág. 258. Bogotá. 1991.

no existir en aquella codificación, norma que regule el tema. A su turno el Código de Procedimiento Civil al ocuparse de la figura remite a las normas que rigen la denuncia del pleito, en relación con la cual el escrito que la contenga debe reunir los siguientes requisitos:

- 1) Nombre del llamado o el de su representante según sea el caso.
- 2) Indicación de su domicilio, residencia, habitación u oficina.
- 3) Los hechos y fundamentos de derecho en que se basa el llamamiento.
- 4) La dirección donde el llamado podrá recibir las notificaciones.

Adicionalmente existe la carga de aportar prueba sumaria de la existencia del derecho legal o contractual a formular el llamamiento en garantía.

Es decir, es indispensable para la procedencia del llamamiento en garantía, además del cumplimiento de los requisitos formales, que el llamante allegue prueba siquiera sumaria del derecho legal o contractual en que apoya la vinculación del tercero al proceso, dado que dicha vinculación implica la extensión de los efectos de la sentencia judicial al tercero, causándole eventualmente una posible afectación patrimonial.

Por otra parte, en los procesos de reparación directa, en los relativos a controversias contractuales y en los de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada puede llamar en garantía con fines de repetición al agente estatal por cuya actuación se está adelantando el juicio de responsabilidad del Estado, siempre que presente prueba sumaria del actuar doloso o gravemente culposo de aquél. Contrario *sensu* no procederá el mismo si se propuso en la contestación de la demanda las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, porque la defensa en tal sentido lleva ínsita la exoneración por parte de la entidad al agente estatal que intervino en el hecho.

2. Del llamamiento en garantía de los agentes del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas con fines de repetición.

Del artículo 217 del Código Contencioso Administrativo que permite el llamamiento en garantía en los procesos de reparación directa y contractuales, en aplicación sistemática con el artículo 90 Superior, la Sala ha concluido que dentro

del proceso de responsabilidad contra el Estado **pueda vincularse mediante la figura del llamamiento en garantía** al funcionario que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiese comprometido la responsabilidad de la entidad pública.

Ello por cuanto la Carta Política prevé en el inciso segundo del artículo 90 la responsabilidad patrimonial y personal de los agentes del Estado que con su comportamiento doloso o con culpa grave ocasionen el daño por el cual aquél está en el deber de reparar, así como la obligación de la entidad de repetir por las referidas circunstancias frente a éste.

En consonancia con las normas citadas y el alcance que a las mismas había dado la jurisprudencia, la ley 678 de 3 de agosto de 2001, reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de dos mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Así, el Capítulo III de la Ley 678 de 2001, al regular tanto los aspectos sustanciales como los procesales del llamamiento en garantía, dispuso que dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, pueden solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario (art. 19).

Como corolario de lo anterior se establece la exigencia para el llamamiento del agente o ex agente público, de acompañar el escrito de llamamiento con la prueba aunque sea sumaria de su actuar doloso o gravemente culposo, dado que la relación de garantía que permite al Estado llamar al proceso de responsabilidad adelantada en su contra, al funcionario o ex funcionario, está constituida por la norma legal que establece la responsabilidad de éste frente al Estado por la condena que pueda sufrir, pero unida a la acreditación así sea sumaria, de la culpa grave o el dolo que determinó la actuación del agente estatal.

De otra parte, el Capítulo I de la citada ley, al regular los aspectos sustantivos de la acción de repetición, dispuso que se trataba de una acción civil de carácter

patrimonial que se debía ejercer en contra del servidor o ex servidor público o del particular que desempeñara funciones públicas que hubiere ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. Es decir, que no solamente procede en contra de los agentes estatales sino que también son pasibles de esta acción los particulares investidos de la función pública, dentro de los cuales la misma ley comprendió al **contratista**, al interventor, al consultor y al asesor (parágrafo 1º, artículo 2º), en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebraren con las entidades públicas.

El surgimiento de la relación de garantía por virtud de la cual el Estado está legitimado para llamar en garantía con fines de repetición al contratista, asesor o consultor, con ocasión del daño que la actividad de estos genera durante la ejecución del contrato que los vincula con el Estado, está constituido de un lado por la ley 678 que en los artículos 1º y 2º prevé la responsabilidad patrimonial frente al Estado de los servidores o ex servidores públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas, dentro de los cuales incluye expresamente al contratista, interventor, asesor y consultor, y de otro por la existencia del contrato que le permite al contratista, interventor, asesor o consultor realizar la actuación que ha dado lugar a que el Estado resulte condenado.

Es decir, la relación de garantía que le permite al Estado llamar en garantía a un contratista, interventor, asesor o consultor, surge de la ley que dispone la responsabilidad de éste frente al Estado, pero para que se estructure es menester la existencia del contrato que vincula al particular como contratista, interventor, asesor o consultor. Ello con independencia de que ese contrato haya sido celebrado por la entidad llamante o por cualquiera otra, dado que la legitimación para formular el llamamiento, surge de que la entidad haya sido demandada por el acto de un contratista, interventor, asesor o consultor, y este bien puede haber celebrado la relación negocial con otra entidad para prestar un servicio a quien lo llama en garantía y con ocasión del cual se demanda indemnización.

Por lo tanto, obsérvese que, en cuanto al llamamiento en garantía de agentes estatales o de particulares que cumplen funciones públicas, existe una regulación especial que no resulta contraria a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil arriba enunciadas, sino complementaria.

En definitiva, la figura procesal del llamamiento en garantía, establecida en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil y en particular con fines de repetición en el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, es un mecanismo procesal para cumplir el deber del Estado de volver contra el agente público o el particular investido de función pública que pudiere haber obrado con dolo o culpa grave y que con ésta conducta dio origen a que aquél fuera demandado con una pretensión de responsabilidad civil, para que en el mismo proceso se resuelva sobre dicha relación y se pronuncie el juez sobre el reembolso total o parcial del pago que hubiere que hacer como resultado de la sentencia.

3. Caso concreto

En el caso concreto, de la lectura del escrito a través del cual se formuló el llamamiento en garantía se tiene que el mismo se fundamenta en el hecho de que entre el Departamento de Boyacá y la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, se suscribió un contrato cuyo objeto era *“el avalúo del predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria N° 070-86523 de propiedad del demandante”*, y que por ello se realizó el avalúo que sirvió de fundamento para pagar el precio de la indemnización por concepto de expropiación realizada en el predio del actor, por lo que solicitó que se vinculara como llamada en garantía a la citada corporación para que en el evento de una condena, se declarara la responsabilidad de la llamada *“por la conducta gravemente culposa en caso de haber realizado un mal avalúo”*.

El argumento que esgrime el apelante para que sea revocada la decisión de negar el llamamiento en garantía, es que la demandante omitió vincular como parte demandada en el proceso al Departamento de Boyacá, entidad con la cual el llamado en garantía tenía un vínculo contractual directo, en virtud del contrato celebrado por éstos.

De este relato se infiere que el llamamiento formulado por el Municipio de Tunja en contra de la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores se fundamentó en una relación contractual, concretamente en un contrato celebrado entre ésta y el Departamento de Boyacá, del cual se valió el municipio demandado, por cuanto fue el avalúo realizado por la citada corporación el que le permitió establecer el monto de la indemnización por la expropiación del predio del actor.

La Sala observa, de acuerdo con lo narrado que a pesar de que el municipio de Tunja no tenía ningún vínculo contractual con la Lonja de Profesionales Avaluadores, sí podía llamarla en garantía por cuanto fue con base en el avalúo realizado por éste que se fijó el precio del cual el demandante se queja. Es decir que el demandado estaba legitimado para llamar en garantía a la corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, dado que fue por un acto de esta contratista al realizar el avalúo del predio de la demandante que, según la demanda, se causó el daño que se reclama en esta acción indemnizatoria. Pero el llamante debía acreditar la relación de garantía y para el efecto acompañar prueba siquiera sumaria del contrato que le permitiera exigir del tercero llamado, la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de una eventual sentencia condenatoria que se profiriera en su contra. Prueba que se echa de menos en el *sub lite*, como quiera que solamente se aportó como prueba del derecho a formular el llamamiento en garantía:

- “1. Certificado de existencia y representación legal de la Lonja de Profesionales Avaluadores
- “2. Copia del llamamiento en garantía para la notificación del demandado (sic)”.

Por manera que la sola circunstancia de no acreditar el derecho legal o contractual al formular el llamamiento lo torna improcedente.

Por otra parte, vale destacar que el llamado en garantía tiene la calidad de contratista por cuanto celebró un contrato con el Departamento de Boyacá con la finalidad de efectuar el avalúo del predio de propiedad del demandante, y a pesar de que como ya se precisó, no tiene un vínculo contractual con el municipio de Tunja, éste podía llamarlo en garantía en virtud de que fue quién recibió el servicio contratado y como consecuencia del cual, según la demanda, se presentó el daño por el cual se reclama indemnización. Lo anterior significa que en su calidad de contratista, el llamado era un particular que cumplía funciones públicas en los términos del párrafo primero del artículo segundo de la Ley 678 de 2001, y que por lo tanto estaba sujeto a las regulaciones de la citada normativa; razón por la cual se trata de un llamamiento en garantía con fines de repetición, en el que se debe acreditar además de la relación de garantía, el dolo o la culpa grave del particular que ejerce funciones públicas.

En efecto, tal como arriba se expuso, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 54 del C. de P. Civil, en el artículo 19 de la ley 678 de 2001 y

en la jurisprudencia reiterada de esta sección, al escrito de llamamiento debe acompañarse prueba siquiera sumaria del derecho a formularlo.

En ese orden claro es, que debido a que el recurrente omitió aportar las pruebas sumarias indicativas del dolo o culpa grave del llamado en garantía, además de haber omitido una acusación concreta en tal sentido en contra del llamado, lo procedente es negar la solicitud por este formulada.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión del *a quo*, toda vez que la parte demandada no acreditó la existencia de una relación legal o contractual entre ésta y la llamada en garantía – Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, así como tampoco del dolo o la culpa grave de la llamada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmase el auto de 1 de julio de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

SEGUNDO: En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente de la Sala

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

LLAMAMIENTO EN GARANTIA DEL CONTRATISTA - Imprudencia cuando no tiene vínculo jurídico alguno con la entidad pública que lo solicita

Si bien los artículos 1º, 2º y 19 de la ley 678 de 2001, permiten ejercer la acción de repetición o el llamamiento en garantía con ese mismo fin respecto de los contratistas o interventores de las entidades públicas, al considerarlos particulares que ejercen funciones públicas, no es posible deslindar la normatividad especial contenida en el referido cuerpo normativo con la desarrollada en el Código de Procedimiento Civil. En efecto, esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que a efectos de materializar un llamamiento con fines de repetición no basta el cumplimiento de las exigencias establecidas en la ley 678 ibidem, sino que, además, se deben acreditar los requerimientos formales fijados por los artículos 54 a 57 del C.P.C. Desde esa perspectiva, el llamamiento en garantía en los procesos contencioso administrativos que permiten la figura, puede ser materializado desde dos escenarios: i) con fundamento en la existencia de una relación legal y/o contractual, en cuyo caso a la hora de verificar los requisitos convalidantes de la vinculación del tercero, se deben atender los postulados de los artículos 54 y siguientes del C.P.C. (v.gr. el llamamiento de la aseguradora de la entidad estatal), y ii) a partir del instrumento regulado en el artículo 19 de la ley 678 de 2001, según el cual es posible llamar en garantía con fines de repetición a los agentes, servidores o ex servidores públicos o al particular que ejerce funciones públicas (v.gr. contratista o interventor). En este último escenario, se hacen igualmente extensivos los requisitos formales delimitados en el ordenamiento adjetivo civil, así como la necesidad de acreditar un principio de prueba –sumaria– del comportamiento doloso o gravemente culposo del llamado. Así las cosas, son aplicables a cualquier tipo de llamamiento en garantía las exigencias de forma contenidas en los artículos 54 a 57 del C.P.C.; por lo tanto, el mismo debe estar fundamentado siempre en la acreditación de una relación legal o contractual entre las partes, llamante y llamado, que le brinda basamento a esa intervención del tercero. En consecuencia, desde mi perspectiva, la posición mayoritaria incurre en una contradicción insalvable cuando de una parte señala que, en el caso concreto, el llamante debió aportar la prueba siquiera sumaria de la relación de garantía –y hace referencia expresamente al contrato–, para por el otro lado, albergar la posibilidad de que se materialice un llamamiento aún cuando no se tenga vínculo contractual con el contratista. Y no se diga que el fundamento en este caso es la ley, pues expresamente se reconoció en el proveído que la falencia de la vinculación del contratista residió, específicamente, en que el municipio de Tunja no aportó el contrato estatal suscrito entre el departamento de Boyacá y la Lonja de Profesionales Avaluadores.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Era improcedente porque entre la parte demandada y el llamado en garantía no existía vínculo legal o contractual alguno / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - debe sujetarse igualmente a las disposiciones del C.P.C. / ORIGEN DEL DAÑO - No determina la posibilidad de llamar en garantía al contratista / LLAMAMIENTO EN GARANTIA DEL CONTRATISTA - Su procedencia depende de la existencia, o no, de una relación de carácter legal o contractual

En esa línea de pensamiento, definiendo la tesis según la cual en todo llamamiento en garantía –sea o no con fines de repetición y se regule o no por la ley 678 de 2001– deviene imprescindible allegar la prueba al menos sumaria del vínculo legal o contractual, existente entre las partes llamante y llamada, de lo contrario la citación del tercero se encuentra compelida al fracaso, tal y como ocurrió en el asunto sub examine, ya que resultaba imposible a la entidad territorial demandada y llamante aportar la copia del contrato estatal de prestación de servicios puesto que no fue la entidad contratante. Por ende, si alguien estaba legitimado para llamar en garantía a la Lonja de Profesionales Avaluadores era el departamento

de Boyacá y no el municipio demandado puesto que, insisto, entre este último y el contratista no existe vínculo legal o contractual que le brinde soporte o sustrato al llamamiento. Así las cosas, espero que la tesis contenida en la parte motiva de la providencia no haga carrera al interior de la jurisprudencia de la Sala y, por lo tanto, se reduzca a un obiter dictum ya que la citada interpretación, no hizo parte de la ratio decidendi en el caso concreto; una postura contraria, avalaría un claro desconocimiento a los lineamientos formales del C.P.C. que reclaman, en todos los casos, que el demandado tenga vínculo legal o contractual con el tercero que se pretende ligar al proceso. Además, de llegarse a consolidar la mencionada postura se estaría atentando con los efectos relativos propios de la teoría del negocio jurídico (oponibilidad), según los cuales los efectos obligacionales del contrato no se pueden hacer extensivos a terceras personas, distintas a las contratantes; habría entonces que concluir que un contratista de cualquier municipio del país podría ser llamado en un proceso contra la Nación, porque ésta podría alegar que el posible origen del daño estuvo en la ejecución de ese específico negocio jurídico. Considero que la génesis del daño no delimita la posibilidad de llamar en garantía al contratista, sino que, por el contrario, lo que permite formalizar la vinculación del tercero es la existencia de una relación legal o contractual con el mismo.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Prueba sumaria del vínculo contractual o legal

La prueba sumaria es aquella que independientemente de su valor probatorio, no ha sido sometida al principio de contradicción y, por ende, no ha sido objeto de conocimiento y confrontación por la parte en contra de quien se aduce. El ordenamiento jurídico, en precisas ocasiones, se vale del concepto de prueba sumaria con miras a facilitar el acceso a la administración de justicia, en los términos del artículo 228 de la Carta Política, en cuanto, en ciertas y precisas situaciones se torna necesario facilitar o suavizar la exigencia probatoria, a efectos de garantizar, como ya se señaló, el referido postulado constitucional. Es importante señalar que por regla general, si bien la prueba sumaria parte del reconocimiento de unos efectos en contra de quien se aduce, sin que se haya tenido la posibilidad de controvertir los supuestos fácticos que de la misma se desprenden, lo cierto es que dicha circunstancia no es óbice para que en instancias posteriores del proceso la parte correspondiente pueda, a través de otros medios idóneos de prueba, controvertir la certeza que en principio se desprende del instrumento probatorio de naturaleza sumaria. En ese orden de ideas, en materia de vinculación de terceros al proceso, corresponderá a la parte llamante, en cada caso concreto, aportar o al menos señalar junto con el escrito de llamamiento o denuncia, el medio probatorio que respalde la relación o el vínculo legal o contractual a partir del cual se pretende soportar dicha situación, siempre que el mismo haga parte del respectivo proceso.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Prueba sumaria del dolo o la culpa grave del agente o ex agente estatal

Con la expedición de la ley 678 de 2001, se reguló in extenso la denominada acción de repetición -del Estado en contra de sus servidores o ex servidores públicos-, motivo por el cual, en la actualidad, toda la normatividad sustancial y procesal sobre la materia, está contenida en el citado cuerpo jurídico. En ese contexto, es posible que en cualquiera de los procesos contenciosos señalados en la disposición antes transcrita, el aparato estatal formule llamamiento en garantía en contra del agente o ex agente que con su actuación dolosa o gravemente culposa, pueda, eventualmente, llegar a comprometer la responsabilidad

patrimonial de la entidad pública. En ese orden de ideas, a partir de la expedición del citado precepto, la interpretación acerca del contenido y alcance del mismo no ha sido pacífica por parte de la jurisprudencia de la Sección Tercera, toda vez que el balance interpretativo en la materia ha oscilado entre dos extremos, claramente identificables, a saber: i) el que señala que la prueba sumaria de la responsabilidad a que hace referencia el artículo 19 se satisface con la formulación seria y razonada de los hechos de la demanda y del escrito de llamamiento y, ii) la que señala que dicha exigencia legal, supone que se aporte con el escrito de llamamiento prueba sumaria del dolo y de la culpa grave, sin que pueda entenderse que la simple formulación seria de los hechos en el libelo correspondiente ostenta esa condición. Como se aprecia, la jurisprudencia ha fluctuado entre dos puntos distinguibles, en cuanto concierne al tratamiento de la prueba sumaria a que hace referencia expresa el artículo 19 de la ley 678 de 2001, posiciones jurídicas que deben ser morigeradas, a efectos de no incurrir en extremos inamovibles que puedan afectar la procedencia o improcedencia de la figura de vinculación procesal de terceros. En efecto, ambas posturas conceptuales parten de supuestos ciertos, pero cualquiera de las dos, se tornan en demasiado rígidas y, por consiguiente, la tesis amplia en relación con el requisito de prueba sumaria, puede llegar, eventualmente, a transgredir el artículo 90 de la Carta Política; sucede lo propio con la tesis restrictiva toda vez que al entender la prueba sumaria de responsabilidad como la necesidad de aportar un medio de prueba –no sometido a la contradicción de la parte contraria– del dolo y de la culpa grave del agente estatal, se vuelve prácticamente imposible formalizar un llamamiento en garantía.

PRUEBA SUMARIA DEL DOLO O CULPA GRAVE - Interpretación del artículo 19 de la Ley 678 de 2001

En esa perspectiva, se hace imperativo abordar nuevamente el análisis del artículo 19 de la ley 678 de 2001, con el fin de determinar si las dos lecturas o interpretaciones mencionadas son las únicas que se derivan del referido texto jurídico o, si por el contrario, a partir de una labor hermenéutica sistemática, y con apoyo en las herramientas de interpretación con que cuenta el operador judicial, es factible arribar a un enfoque ecléctico que sirva de punto intermedio a las posiciones hasta el momento brindadas. El análisis del precepto permite arribar a las siguientes conclusiones: a) La prueba sumaria a que hace referencia el artículo 19 ibídem, no se puede confundir con la regulada en el artículo 54 del C.P.C., por cuanto, esta última hace énfasis en la necesidad que tiene el llamante de demostrar, al menos sumariamente, el nexo legal o contractual que le sirve de basamento a la solicitud de vinculación, mientras que la primera se refiere a la acreditación al menos sumaria –prueba no sometida a contradicción–, de la responsabilidad del agente estatal. En otros términos, el requisito del artículo 54 del C.P.C., para el caso de los agentes o ex agentes públicos, se configura con la demostración del vínculo legal, mientras que la exigencia del artículo 19 atiende a la comprobación mínima de un principio de responsabilidad del funcionario. b) Como se aprecia, la disposición del artículo 19 no hace imperativo que se aporte prueba sumaria del dolo o de la culpa grave, simplemente, se requiere de aquélla frente a la eventual responsabilidad del agente estatal. c) Por consiguiente, la prueba sumaria de la norma objeto de análisis, debe entenderse como el imperativo que vincula a la entidad pública llamante, de no sólo limitarse a formular de manera seria y razonada la petición de llamamiento, sino también, de acompañar la petición con las pruebas sumarias tanto del vínculo legal (art. 54 C.P.C.) como de la ocasional responsabilidad que pueda afectar a su agente (art. 19 ley 678 de 2001).

PRUEBA SUMARIA DE RESPONSABILIDAD - Se refiere a un medio de convicción que de cuenta de la participación de una persona en la concreción del hecho por el cual se depreca la responsabilidad del Estado

De otra parte, no resulta de recibo el criterio según el cual, la prueba sumaria de responsabilidad supone una mayor exigencia para el llamante, que la que implica la prueba sumaria del dolo o de la culpa grave, como quiera que la norma, al referirse a la “prueba sumaria de la responsabilidad al haber actuado con solo o culpa grave...” no se refiere a la acreditación sumaria del dolo o la culpa grave, sino a la comprobación, al menos prima facie, de la eventual responsabilidad del agente o servidor estatal. En consecuencia, una prueba sumaria de responsabilidad, en los términos del artículo 19 de la ley 678 de 2001, tiene que estar referida, necesariamente, a un medio de convicción que, sin haber sido sometido al principio de contradicción, dé cuenta de la participación de una determinada persona en la concreción del hecho por el cual se depreca la responsabilidad del Estado. Una tesis que partiera de la interpretación exegética del articulado, conllevaría a la conclusión de que para la materialización del llamamiento se requiere prueba sumaria de la responsabilidad por dolo y culpa grave, lo cual presupondría que la parte llamante obtuviera una prueba definitiva de los elementos que, precisamente, son objeto de acreditación a lo largo del proceso, esto es, los requisitos de la responsabilidad del agente o funcionario público, así como su actuar doloso o gravemente culposo. En otros términos, dada la redacción ambigua del artículo, se requiere un trabajo hermenéutico riguroso que permita la formulación de una teoría que no se ubique en cualquiera de los extremos inamovibles antes vistos, es decir, que no impida la vinculación del tercero dada su complejidad y rigidez, o que no se flexibilice el llamamiento, al grado tal que el solo escrito de llamamiento haga las veces de prueba sumaria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00546-01(38259)

Actor: RAUL ENRIQUE MARTINEZ SANABRIA

Demandado: MUNICIPIO DE TUNJA

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO;
APELACION AUTO LLAMAMIENTO EN GARANTIA**

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, señalo los motivos por los cuales me aparté de lo resuelto en el auto de 29 de julio del año en curso, en el que se confirmó la decisión apelada, esto es, la que negó el llamamiento en garantía formulado por la parte demandada a un contratista del Departamento de Boyacá.

1. Contenido y alcance de la decisión materia del salvamento de voto

Es necesario precisar que al margen de compartir la determinación adoptada por el criterio mayoritario, contenida en la parte resolutive del proveído, es decir, la que negó el llamamiento en garantía por falta de acreditación del requisito establecido en el artículo 19 de la ley 678 de 2001, me aparto del razonamiento desarrollado a lo largo de la motivación, según el cual es posible vincular con fines de repetición a un contratista de otra entidad pública distinta a la demandada. En efecto, en el caso concreto, se pretendió por parte del municipio de Tunja vincular a un contratista del departamento de Boyacá, con el que la primera entidad territorial no tenía ningún vínculo jurídico.

Sobre el particular, en el auto se puntualizó lo siguiente:

“De este relato se infiere que el llamamiento formulado por el Municipio de Tunja en contra de la Corporación Lonja de Profesionales Avaluadores se fundamentó en una relación contractual, concretamente en un contrato celebrado entre ésta y el Departamento de Boyacá, del cual se valió el municipio demandado, por cuanto fue el avalúo realizado por la citada corporación el que permitió establecer el motivo de la indemnización por la expropiación del predio del actor.

“La Sala observa, de acuerdo con lo narrado que a pesar de que el municipio de Tunja no tenía ningún vínculo contractual con la Lonja de Profesionales Avaluadores, sí podía llamarla en garantía por cuanto fue con base en el avalúo realizado por éste que se fijó el precio del cual el demandante se queja. Es decir que el demandado estaba legitimado para llamar a la corporación Lonja de Profesionales Avaluadores, dado que fue por un acto de esta contratista al realizar el avalúo del predio del demandante que, según la demanda, se causó el daño que se reclama en esta acción indemnizatoria. Pero el llamante debía acreditar la relación de garantía y para el efecto acompañar prueba siquiera sumaria del contrato que el permitiera exigir del tercero llamado, la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reintegro del pago que tuviere que

hacer en virtud de una eventual sentencia condenatoria que se profiera en su contra. Prueba que se echa de menos en el *sub lite*...

“Por otra parte, vale destacar que el llamado en garantía tiene la calidad de contratista por cuanto celebró un contrato con el Departamento de Boyacá con la finalidad de efectuar un avalúo del predio de propiedad del demandante, y a pesar de que como ya se precisó, no tiene vínculo contractual con el municipio de Tunja, éste podía llamarlo en garantía en virtud de que fue quien recibió el servicio contratado y como consecuencia del cual, según la demanda, se presentó el daño por el cual se reclama la indemnización. Lo anterior significa que en calidad de contratista, el llamado era un particular que cumplía funciones públicas en los términos del parágrafo primero del artículo segundo de la ley 678 de 2001, y que por lo tanto estaba sujeto a las regulaciones de la citada normativa; razón por la cual se trata de un llamamiento en garantía con fines de repetición, en el que se debe acreditar además de la relación de garantía, el dolo o la culpa grave del particular que ejerce funciones públicas.

“(...)” (Páginas 10 y 11).

2. Fundamentos del disentimiento

Me aparto diametralmente del citado razonamiento porque: en primer lugar, estoy convencido de que no es posible llamar en garantía con fines de repetición a un contratista con el que el llamante no tenga el respectivo vínculo comercial y, de otro lado considero, como lo he señalado de forma sistemática, que la exigencia del artículo 19 de la ley 678 de 2001, no puede ser entendida como la necesidad de acreditar con el llamamiento la prueba sumaria del dolo y de la culpa grave del llamado, por cuanto esa hermenéutica desvirtuaría el objeto del proceso que consiste, precisamente, en establecer que ese tercero llamado está compelido a responder patrimonialmente frente al Estado en los términos del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política, en tanto actuó con dolo o culpa grave; por consiguiente, se impone al llamante una carga excesiva que no comparto.

2.1. La imposibilidad de llamar en garantía a un contratista de otra entidad pública con el que no se tiene vínculo jurídico

Si bien los artículos 1º, 2º y 19 de la ley 678 de 2001, permiten ejercer la acción de repetición o el llamamiento en garantía con ese mismo fin respecto de los contratistas o interventores de las entidades públicas, al considerarlos particulares que ejercen funciones públicas, no es posible deslindar la normatividad especial

contenida en el referido cuerpo normativo con la desarrollada en el Código de Procedimiento Civil.

En efecto, esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que a efectos de materializar un llamamiento con fines de repetición no basta el cumplimiento de las exigencias establecidas en la ley 678 *ibidem*, sino que, además, se deben acreditar los requerimientos formales fijados por los artículos 54 a 57 del C.P.C.

Sobre el particular, la Sección ha discurrido:

“Si bien el derecho a llamar en garantía es de índole procesal que halla su fundamento en una relación legal o contractual, no debe perderse de vista que, dada la seriedad que acompaña a estas figuras procesales de vinculación de terceros, en la medida que implican la extensión a un tercero de los efectos de una posible decisión judicial sobre la responsabilidad de una determinada persona natural o jurídica y, por consiguiente, la eventual afectación patrimonial del llamado o vinculado, su formulación debe surtirse de manera seria, justificada, y debidamente acreditada.

“En ese orden de ideas, no debe perderse de vista que toda institución jurídica, bien sea de naturaleza sustancial o procesal, encuentra sus límites en la gama de derechos trazados a través de prisma del principio del debido proceso.

“(…) Lo anterior, por cuanto la Sala con dicha interpretación ha desatendido el principio de inescindibilidad normativa, como quiera que ha manifestado que los preceptos contenidos en el artículo 54 del C.P.C., relativos a la denuncia del pleito, se hacen igualmente extensibles al instrumento del llamamiento en garantía, más sin embargo, ha excluido el requisito de que el llamante deba acompañar prueba, al menos sumaria, de su relación jurídica sustancial con el llamado, concretamente para el caso del llamamiento en garantía regulado en la ley 678 de 2001 –vinculación al proceso de los servidores públicos-. De acuerdo con tal postura, de la simple formulación seria, fundamentada y razonada de los hechos de la demanda, puede desprenderse el fundamento para que resulte atendible el llamamiento en garantía.”²

Desde esa perspectiva, el llamamiento en garantía en los procesos contencioso administrativos que permiten la figura, puede ser materializado desde dos escenarios: i) con fundamento en la existencia de una relación legal y/o contractual, en cuyo caso a la hora de verificar los requisitos convalidantes de la vinculación del tercero, se deben atender los postulados de los artículos 54 y siguientes del C.P.C. (v.gr. el llamamiento de la aseguradora de la entidad estatal),

² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 25 de octubre de 2006, exp. 33054, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

y ii) a partir del instrumento regulado en el artículo 19 de la ley 678 de 2001, según el cual es posible llamar en garantía con fines de repetición a los agentes, servidores o ex servidores públicos o al particular que ejerce funciones públicas (v.gr. contratista o interventor). En este último escenario, se hacen igualmente extensivos los requisitos formales delimitados en el ordenamiento adjetivo civil, así como la necesidad de acreditar un principio de prueba –sumaria– del comportamiento doloso o gravemente culposo del llamado.

Así las cosas, son aplicables a cualquier tipo de llamamiento en garantía las exigencias de forma contenidas en los artículos 54 a 57 del C.P.C.; por lo tanto, el mismo debe estar fundamentado siempre en la acreditación de una relación legal o contractual entre las partes, llamante y llamado, que le brinda basamento a esa intervención del tercero.

En consecuencia, desde mi perspectiva, la posición mayoritaria incurre en una contradicción insalvable cuando de una parte señala que, en el caso concreto, el llamante debió aportar la prueba siquiera sumaria de la relación de garantía –y hace referencia expresamente al contrato–, para por el otro lado, albergar la posibilidad de que se materialice un llamamiento aún cuando no se tenga vínculo contractual con el contratista. Y no se diga que el fundamento en este caso es la ley, pues expresamente se reconoció en el proveído que la falencia de la vinculación del contratista residió, específicamente, en que el municipio de Tunja no aportó el contrato estatal suscrito entre el departamento de Boyacá y la Lonja de Profesionales Avaluadores.

En esa línea de pensamiento, definiendo la tesis según la cual en todo llamamiento en garantía –sea o no con fines de repetición y se regule o no por la ley 678 de 2001– deviene imprescindible allegar la prueba al menos sumaria del **vínculo legal o contractual, existente entre las partes llamante y llamada**, de lo contrario la citación del tercero se encuentra compelida al fracaso, tal y como ocurrió en el asunto *sub examine*, ya que resultaba imposible a la entidad territorial demandada y llamante aportar la copia del contrato estatal de prestación de servicios puesto que no fue la entidad contratante. Por ende, si alguien estaba legitimado para llamar en garantía a la Lonja de Profesionales Avaluadores era el departamento de Boyacá y no el municipio demandado puesto que, insisto, entre este último y el contratista no existe vínculo legal o contractual que le brinde soporte o sustrato al llamamiento.

Así las cosas, espero que la tesis contenida en la parte motiva de la providencia no haga carrera al interior de la jurisprudencia de la Sala y, por lo tanto, se reduzca a un *obiter dictum* ya que la citada interpretación, no hizo parte de la *ratio decidendi* en el caso concreto; una postura contraria, avalaría un claro desconocimiento a los lineamientos formales del C.P.C. que reclaman, en todos los casos, que el demandado tenga vínculo legal o contractual con el tercero que se pretende ligar al proceso.

Además, de llegarse a consolidar la mencionada postura se estaría atentando con los efectos relativos propios de la teoría del negocio jurídico (oponibilidad), según los cuales los efectos obligacionales del contrato no se pueden hacer extensivos a terceras personas, distintas a las contratantes; habría entonces que concluir que un contratista de cualquier municipio del país podría ser llamado en un proceso contra la Nación, porque ésta podría alegar que el posible origen del daño estuvo en la ejecución de ese específico negocio jurídico.

Considero que la génesis del daño no delimita la posibilidad de llamar en garantía al contratista, sino que, por el contrario, lo que permite formalizar la vinculación del tercero es la existencia de una relación legal o contractual con el mismo.

2.2. La interpretación del artículo 19 de la ley 678 de 2001, en relación con el llamamiento en garantía con fines de repetición

De otro lado, a continuación presento algunos de los argumentos que de manera sistemática he expuesto –en varias oportunidades– y que reflejan mi criterio sobre la forma como debe replantearse la interpretación del artículo 19 de la ley 678 de 2001, en relación con el llamamiento en garantía en procesos de repetición del Estado frente a sus agentes o servidores.

2.2.1. La prueba sumaria del vínculo contractual o legal

La prueba sumaria es aquella que independientemente de su valor probatorio, no ha sido sometida al principio de contradicción y, por ende, no ha sido objeto de conocimiento y confrontación por la parte en contra de quien se aduce.

El ordenamiento jurídico, en precisas ocasiones, se vale del concepto de prueba sumaria con miras a facilitar el acceso a la administración de justicia, en los términos del artículo 228 de la Carta Política³, en cuanto, en ciertas y precisas situaciones se torna necesario facilitar o suavizar la exigencia probatoria, a efectos de garantizar, como ya se señaló, el referido postulado constitucional.

Esta clase de prueba, ha sido definida por la doctrina nacional en los siguientes términos:

“La prueba sumaria es aquella que lleva al juez la certeza del hecho que se quiere establecer, en idénticas condiciones de las que genera la plena prueba, pero, a diferencia de ésta, no ha sido sometida al requisito de la contradicción de la parte contra quien se hace valer.

“Pone de presente lo anterior que la única diferencia que existe entre los dos conceptos [se refiere a la relación entre plena prueba y la sumaria] es el no haber surtido el requisito de la contradicción, pero su poder de convicción es siempre igual y la prueba sumaria también debe llevar certeza al juez acerca del hecho que con ella se quiere establecer.”⁴

Es importante señalar que por regla general, si bien la prueba sumaria parte del reconocimiento de unos efectos en contra de quien se aduce, sin que se haya tenido la posibilidad de controvertir los supuestos fácticos que de la misma se desprenden, lo cierto es que dicha circunstancia no es óbice para que en instancias posteriores del proceso la parte correspondiente pueda, a través de otros medios idóneos de prueba, controvertir la certeza que en principio se desprende del instrumento probatorio de naturaleza sumaria.

En ese orden de ideas, en materia de vinculación de terceros al proceso, corresponderá a la parte llamante, en cada caso concreto, aportar o al menos señalar junto con el escrito de llamamiento o denuncia, el medio probatorio que respalde la relación o el vínculo legal o contractual a partir del cual se pretende soportar dicha situación, siempre que el mismo haga parte del respectivo proceso.

2.2.2. La prueba sumaria de que trata el artículo 19 de la ley 678 de 2001 –la prueba del dolo o la culpa grave del agente o ex agente estatal–

³ “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.”

⁴ LÓPEZ Blanco, Hernan Fabio “Instituciones de Procedimiento Civil”, Tomo III, Ed. Dupré, 2001, Pág. 69.

Con la expedición de la ley 678 de 2001, se reguló in extenso la denominada acción de repetición -del Estado en contra de sus servidores o ex servidores públicos-, motivo por el cual, en la actualidad, toda la normatividad sustancial y procesal sobre la materia, está contenida en el citado cuerpo jurídico.

En relación con la procedencia del llamamiento en garantía, el artículo 19 *ibídem*, preceptúa:

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

En ese contexto, es posible que en cualquiera de los procesos contenciosos señalados en la disposición antes transcrita, el aparato estatal formule llamamiento en garantía en contra del agente o ex agente que con su actuación dolosa o gravemente culposa, pueda, eventualmente, llegar a comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad pública.

En ese orden de ideas, a partir de la expedición del citado precepto, la interpretación acerca del contenido y alcance del mismo no ha sido pacífica por parte de la jurisprudencia de la Sección Tercera, toda vez que el balance interpretativo en la materia ha oscilado entre dos extremos, claramente identificables, a saber: i) el que señala que la prueba sumaria de la responsabilidad a que hace referencia el artículo 19 se satisface con la formulación seria y razonada de los hechos de la demanda y del escrito de llamamiento y, ii) la que señala que dicha exigencia legal, supone que se aporte con el escrito de llamamiento prueba sumaria del dolo y de la culpa grave, sin que pueda entenderse que la simple formulación seria de los hechos en el libelo correspondiente ostenta esa condición.

En relación con la primera teoría, la Sala en algunas ocasiones ha puntualizado lo siguiente:

“En relación con el llamamiento en garantía de los agentes de la administración, un aspecto que ha dado lugar a controversia es el relativo a los requisitos que deben cumplirse para realizarlo, ya que el art. 57 del C. de P.C. en este punto remite sólo a los arts. 55 y 56 del mismo estatuto que se refieren a los requisitos, trámite y efectos de la denuncia del pleito pero no al art. 54, el cual señala que al escrito de denuncia debe acompañarse la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla. Así, en auto del 27 de agosto de 1993 (exp. No. 8680) la sección tercera del Consejo de Estado consideró que la prueba sumaria no era exigencia legal para efectuar el llamamiento en garantía y además, que con la sola demanda podía entenderse cumplido ese requisito. Esta posición fue precisada en decisiones posteriores para señalar que al efectuar el llamamiento en garantía el Estado tiene la carga de indicar en la demanda los hechos, situaciones o informaciones que indiquen un eventual comportamiento doloso o gravemente culposo del funcionario respectivo. Hoy, en el art. 19 de la ley 678 de 2001, ya se exige para efectuar el llamamiento en garantía de los agentes del Estado, “que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave”. Para la Sala esta exigencia resulta innecesaria frente al llamamiento en garantía que le formula el Estado a sus agentes, por cuanto su derecho a formularlo no necesita ser acreditado mediante prueba, ya que se trata de un imperativo de rango constitucional (deberá repetir, dice el art. 90 inciso 2). En efecto, el llamamiento en garantía no es más que una demanda con una pretensión in eventum contra el llamado, esto es, que sólo debe examinar el juez siempre y cuando la demanda contra quien formula el llamamiento prospera. Esto significa que si se formula un llamamiento y éste no prospera, la única sanción que de allí puede derivarse es condenar en costas a quien lo hizo, si es que su conducta puede calificarse de temeraria (art. 171 C.C.A). Carece de toda lógica que para admitir una demanda se deba aportar prueba, así sea sumaria, es decir plena aunque no controvertida, de la culpa grave o el dolo como fuente de la responsabilidad del agente estatal, cuando justamente es ese el objeto del llamamiento. De ahí que sea mucho más adecuado interpretar la ley en el sentido de que esa exigencia deba cumplirse para solicitar y decretar medidas cautelares en el proceso de repetición (arts. 23 y ss. ley 678 de 2001).”⁵

De otra parte, frente a la segunda tesis (vigente en la actualidad), la Sala en reciente oportunidad manifestó:

“(…) El precedente jurisprudencial que contiene el cambio de tesis sobre la necesidad de aportar la prueba sumaria de responsabilidad en caso del llamamiento en garantía de servidores públicos – de conformidad con la ley 678 de 2001-, se encuentra contenido en auto de 11 de octubre de 2006⁶; providencia en la cual se hace una

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 8 de agosto de 2002, exp. 22179, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Ver igualmente: sentencia del 28 de enero de 1994, exp. No. 8901; auto del 8 de agosto de 2002, exp. No. 22179, auto del 18 de febrero de 1999, exp. No. 10775; auto de 14 de diciembre de 1995, exp. No. 11.208

⁶ Expediente No. 32.324, M.P. Alier E. Hernández Enríquez

reflexión detallada de la posición anterior y, así mismo, se señalan los motivos serios y razonados que llevaron a la Sala a modificar su criterio y posición en relación con el planteamiento jurisprudencial antes mencionado.

“Si bien el derecho a llamar en garantía es de índole procesal que halla su fundamento en una relación legal o contractual, no debe perderse de vista que, dada la seriedad que acompaña a estas figuras procesales de vinculación de terceros, en la medida que implican la extensión a un tercero de los efectos de una posible decisión judicial sobre la responsabilidad de una determinada persona natural o jurídica y, por consiguiente, la eventual afectación patrimonial del llamado o vinculado, su formulación debe surtirse de manera seria, justificada, y debidamente acreditada.

“En ese orden de ideas, no debe perderse de vista que toda institución jurídica, bien sea de naturaleza sustancial o procesal, encuentra sus límites en la gama de derechos trazados a través de prisma del principio del debido proceso.

“En efecto, el debido proceso irroga todas las instituciones jurídicas y, principalmente, las procesales para que estén al servicio de los intereses de las personas, de tal forma que se reconozcan las garantías institucionales para quienes concurren al proceso bien sea como partes, como sujetos procesales, como terceros, entre otros.

“Así las cosas, se hace necesario reformular la tesis hasta el momento sostenida, según la cual para fundamentar el llamamiento en garantía no sería necesario acompañar prueba siquiera sumaria⁷ de la relación legal o contractual que lo sustenta.

“Lo anterior, por cuanto la Sala con dicha interpretación ha desatendido el principio de inescindibilidad normativa, como quiera que ha manifestado que los preceptos contenidos en el artículo 54 del C.P.C., relativos a la denuncia del pleito, se hacen igualmente extensibles al instrumento del llamamiento en garantía, más sin embargo, ha excluido el requisito de que el llamante deba acompañar prueba, al menos sumaria, de su relación jurídica sustancial con el llamado, concretamente para el caso del llamamiento en garantía regulado en la ley 678 de 2001 –vinculación al proceso de los servidores públicos-. De acuerdo con tal postura, de la simple formulación seria, fundamentada y razonada de los hechos de la demanda, puede desprenderse el fundamento para que resulte atendible el llamamiento en garantía.

“Tal tesis, sin embargo, no se acompasa con los principios modernos que propenden por sistemas judiciales más garantistas, dado que la prueba sumaria permite establecer al operador judicial, *prima facie*, la existencia de una relación jurídica que soporta el hecho de que un tercero se vea vinculado formalmente al proceso con el propósito de resarcir a una de las partes condenadas en el juicio.

⁷ Se entiende por prueba sumaria: “...aquella que lleva al juez la certeza del hecho que se quiere establecer, en idénticas condiciones de las que genera la plena prueba, pero, a diferencia de ésta, no ha sido sometida al requisito de la contradicción de la parte contra quien se hace valer.” LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio “Procedimiento Civil – Pruebas”, Tomo III, Ed. Dupre, 2002, Pág. 69.

“En ese contexto, si el llamamiento en garantía, al igual que la denuncia del pleito, para su configuración presupone la existencia de una relación de garantía o salvaguardia, no resulta lógico que se libere a la persona que pretende formalizar el llamamiento de acreditar, siquiera sumariamente, el contenido y alcance de dicho vínculo sustancial; en esa perspectiva, la demanda no ostenta la suficiente entidad jurídica para reemplazar los efectos de la prueba sumaria de responsabilidad de que trata el artículo 19 de la ley 678 de 2001, por las siguientes razones:

- a. El llamamiento es un acto procesal; *contrario sensu* la prueba sumaria a que se refiere el artículo 54 del C.P.C., en concordancia con el artículo 19 de la ley 678 ibídem, hace relación a la demostración del vínculo jurídico de orden legal o contractual del que se pretende derivar el llamado, circunstancia por la cual no es posible afirmar que los hechos fundados y razonados de la demanda o de la contestación sustituyan en sus efectos a aquélla.
- b. El escrito de llamamiento proviene directamente de una de las partes procesales, motivo por el que no es posible que el juez la reconozca como prueba sumaria, como quiera que independientemente de que la prueba sumaria no haya sido controvertida, ésta al menos conduce a la certeza del funcionario judicial, así pudiera ser sólo temporalmente.
- c. En ese contexto, el requisito de la prueba sumaria a que se refiere el artículo 19 antes citado, no se satisface con la exposición seria y razonable de los hechos del escrito de llamamiento.
- d. En materia del llamamiento que efectúa el Estado a sus agentes o funcionarios, de conformidad con los preceptos de la ley 678 de 2001, el inciso segundo del artículo 90 constitucional en ningún momento releva de la prueba siquiera sumaria para que se legalice dicha vinculación procesal.
- e. La ley 678 lo consagra de modo tal que resulta ineludible aplicar el precepto.

“Las anteriores reflexiones son los que han permitido a la Sala reformular su tesis jurisprudencial en relación con los requisitos que se deben cumplir para la procedencia del llamamiento en garantía que efectúa el Estado frente a sus funcionarios; indefectiblemente se concluye que, para que proceda legalmente el llamamiento en garantía se deben cumplir a cabalidad no sólo el conjunto de requisitos formales y sustanciales de que tratan los artículos 57, 56, 55 y 54 del C.P.C., sino que, adicionalmente, resulta indispensable que se aporte la prueba sumaria a que hace referencia el artículo 19 de la ley 678 de 2001 que sea, al menos, indicativa de la existencia de la relación jurídico sustancial de responsabilidad en que se fundamenta la pretendida vinculación del tercero.”⁸

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 11 de octubre de 2006, exp. 32324, y auto de 25 de octubre de 2006, exp. 33054, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Como se aprecia, la jurisprudencia ha fluctuado entre dos puntos distinguibles, en cuanto concierne al tratamiento de la prueba sumaria a que hace referencia expresa el artículo 19 de la ley 678 de 2001, posiciones jurídicas que deben ser morigeradas, a efectos de no incurrir en extremos inamovibles que puedan afectar la procedencia o improcedencia de la figura de vinculación procesal de terceros.

En efecto, ambas posturas conceptuales parten de supuestos ciertos, pero cualquiera de las dos, se tornan en demasiado rígidas y, por consiguiente, la tesis amplia en relación con el requisito de prueba sumaria, puede llegar, eventualmente, a transgredir el artículo 90 de la Carta Política; sucede lo propio con la tesis restrictiva toda vez que al entender la prueba sumaria de responsabilidad como la necesidad de aportar un medio de prueba –no sometido a la contradicción de la parte contraria– del dolo y de la culpa grave del agente estatal, se vuelve prácticamente imposible formalizar un llamamiento en garantía.

En esa perspectiva, se hace imperativo abordar nuevamente el análisis del artículo 19 de la ley 678 de 2001, con el fin de determinar si las dos lecturas o interpretaciones mencionadas son las únicas que se derivan del referido texto jurídico o, si por el contrario, a partir de una labor hermenéutica sistemática, y con apoyo en las herramientas de interpretación con que cuenta el operador judicial, es factible arribar a un enfoque ecléctico que sirva de punto intermedio a las posiciones hasta el momento brindadas.

El análisis del precepto permite arribar a las siguientes conclusiones:

a) La prueba sumaria a que hace referencia el artículo 19 *ibídem*, no se puede confundir con la regulada en el artículo 54 del C.P.C., por cuanto, esta última hace énfasis en la necesidad que tiene el llamante de demostrar, al menos sumariamente, el nexo legal o contractual que le sirve de basamento a la solicitud de vinculación, mientras que la primera se refiere a la acreditación al menos sumaria –prueba no sometida a contradicción–, de la responsabilidad del agente estatal. En otros términos, el requisito del artículo 54 del C.P.C., para el caso de los agentes o ex agentes públicos, se configura con la demostración del vínculo legal, mientras que la exigencia del artículo 19 atiende a la comprobación mínima de un principio de responsabilidad del funcionario.

b) Como se aprecia, la disposición del artículo 19 no hace imperativo que se aporte prueba sumaria del dolo o de la culpa grave, simplemente, se requiere de aquélla frente a la eventual responsabilidad del agente estatal.

c) Por consiguiente, la prueba sumaria de la norma objeto de análisis, debe entenderse como el imperativo que vincula a la entidad pública llamante, de no sólo limitarse a formular de manera seria y razonada la petición de llamamiento, sino también, de acompañar la petición con las pruebas sumarias tanto del vínculo legal (art. 54 C.P.C.) como de la ocasional responsabilidad que pueda afectar a su agente (art. 19 ley 678 de 2001).

De otra parte, no resulta de recibo el criterio según el cual, la prueba sumaria de responsabilidad supone una mayor exigencia para el llamante, que la que implica la prueba sumaria del dolo o de la culpa grave, como quiera que la norma, al referirse a la *“prueba sumaria de la responsabilidad al haber actuado con solo o culpa grave...”* no se refiere a la acreditación sumaria del dolo o la culpa grave, sino a la comprobación, al menos *prima facie*, de la eventual responsabilidad del agente o servidor estatal.

En consecuencia, una prueba sumaria de responsabilidad, en los términos del artículo 19 de la ley 678 de 2001, tiene que estar referida, necesariamente, a un medio de convicción que, sin haber sido sometido al principio de contradicción, dé cuenta de la participación de una determinada persona en la concreción del hecho por el cual se depreca la responsabilidad del Estado. Una tesis que partiera de la interpretación exegética del articulado, conllevaría a la conclusión de que para la materialización del llamamiento se requiere prueba sumaria de la responsabilidad por dolo y culpa grave, lo cual presupondría que la parte llamante obtuviera una prueba definitiva de los elementos que, precisamente, son objeto de acreditación a lo largo del proceso, esto es, los requisitos de la responsabilidad del agente o funcionario público, así como su actuar doloso o gravemente culposo.

En otros términos, dada la redacción ambigua del artículo, se requiere un trabajo hermenéutico riguroso que permita la formulación de una teoría que no se ubique en cualquiera de los extremos inamovibles antes vistos, es decir, que no impida la vinculación del tercero dada su complejidad y rigidez, o que no se flexibilice el llamamiento, al grado tal que el solo escrito de llamamiento haga las veces de prueba sumaria.

En los anteriores términos, definiendo una postura intermedia, basada en el análisis sistemático del artículo 90 de la Constitución Política, de manera conjunta con el cuerpo normativo de la ley 678 de 2001, de tal forma que el entendimiento del artículo 19, suponga exigir un requisito consistente en la prueba sumaria de la responsabilidad del agente estatal, comprobación que supondrá el acompañamiento junto con el escrito de vinculación, de un medio de convicción que, sin haber sido controvertido, derive de él la convicción de que el agente o servidor público, participó en los supuestos fácticos que se demandan, y que, por lo tanto, es posible que su responsabilidad se vea comprometida.

El dolo o la culpa grave son elementos que, indefectiblemente, hacen parte del tema de la prueba a lo largo del proceso judicial; exigir un medio probatorio que demuestre dolo o culpa grave, junto con el escrito de llamamiento, implica trazar una cortapisa que hace nugatoria la posibilidad de formular la vinculación de terceros a partir de la mencionada figura procesal.

d) Así las cosas, situación aparte será la prueba del dolo y de la culpa grave que corresponderá a la administración pública en los casos en que los mismos no se presuman (artículos 5º y 6º *ibídem*).

e) Podría decirse que la interpretación suministrada corresponde a un simple giro lingüístico o de palabras, pero es lo cierto que, a todas luces, es muy diferente la exigencia de acreditar sumariamente el dolo o la culpa grave del funcionario, que la que comporta demostrar, en los mismos términos, su posible responsabilidad frente a los hechos. La primera apunta a la acreditación del elemento subjetivo o culpabilístico de la responsabilidad, mientras que, el segundo supone, tal y como se precisó anteriormente, la acreditación sumaria de que el llamado desplegó conducta relacionada con los hechos que se debaten en el proceso, en otros términos, a la demostración sumaria de la objetividad de la responsabilidad.

f) La anterior interpretación acoge los parámetros mínimos para la procedencia del llamamiento en garantía, toda vez que respeta las exigencias trazadas en los artículos 57, 56, 55 y 54 del C.P.C. y, de otro lado, parte de la necesidad de demostrar sumariamente, con un principio de prueba no controvertido, la responsabilidad del agente llamado en garantía, requisito que, de ninguna manera, puede entenderse satisfecho con la simple formulación seria y razonada del

llamamiento en tanto tal documento no es por sí mismo medio de prueba; se requiere, por lo tanto, allegar algún medio de convicción que sea al menos indicativo de la posible o eventual responsabilidad; esta última, la cual deberá interpretarse en el sentido de participar de un hecho o conducta que, bajo determinados supuestos, puede desencadenar el deber de reparar un daño.

Cosa distinta será la prueba del dolo y de la culpa grave, lo cual hará precisamente parte del debate probatorio, se repite.

g) La anterior hermenéutica, respeta los últimos criterios de la Sala en relación con el contenido y alcance de prueba sumaria, como quiera que, en reciente oportunidad la Corporación puntualizó:

“Resulta apropiado, por lo tanto, flexibilizar la estructura de la prueba sumaria con el fin de que no se torne nugatoria la posibilidad de uso de la misma, a efectos de materializar los distintos tipos de llamamiento en garantía que permite adelantar el ordenamiento jurídico en materia contencioso administrativa.

“Lo anterior, como quiera que los planteamientos jurisprudenciales recientes, dada su estructura rígida y estricta, limitan el acceso a la administración de justicia, en cuanto se han interpretado los requisitos y exigencias para la formulación de los llamamientos en garantía de forma tan restrictiva que, en ocasiones, se imposibilita la vinculación del tercero, cuando los principios de celeridad y eficacia del derecho procesal moderno tienden a facilitar a las partes y al funcionario judicial la resolución de los conflictos de manera conjunta, de tal forma que las diversas relaciones jurídicas que se derivan de un mismo litigio, puedan ser resueltas de manera mancomunada y armónica.”⁹

h) En conclusión, a partir del anterior examen de la regla jurídica contenida en el artículo 19 de la ley 678 de 2001, resultaría apropiado modificar la actual jurisprudencia de la Sección Tercera, con el fin de trazar una línea conceptual que no se erija, en una estructura rígida e inflexible que torne nugatoria la viabilidad del llamamiento en garantía que puede formular el Estado a sus servidores públicos.

i) Entonces, resulta posible desligar el entendimiento de la prueba sumaria de que trata el artículo 19 de la ley 678 de 2001, de la prueba del dolo y de la culpa grave, como quiera que el señalamiento que hace la norma al hablar de que “(...) *podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que **aparezca prueba sumaria de su responsabilidad** al haber actuado con dolo o culpa grave...*” se refiere a la obligación de la entidad pública de no simplemente formular el llamamiento en garantía, sino de hacerlo en forma seria y razonada, con el acompañamiento de las pruebas mínimas necesarias

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 25 de julio de 2007, exp. 33705, M.P. Enrique Gil Botero.

para la procedencia del llamamiento, esto es la acreditación del vínculo legal que tiene o tenía el agente con la administración pública, y de cualquier medio de convicción –al menos sumario, esto es no sometido al principio de contradicción– que puede ser testimonial, documental, pericial, entre otros, que sea indicativo de la eventual responsabilidad en que pudo incurrir el agente, en virtud de su comportamiento doloso y gravemente culposo, lo cual será objeto de prueba a lo largo del proceso.

j) Es claro el interés que tenía el legislador de facilitar –sin flexibilizar por completo–, la posibilidad del Estado de efectuar el llamamiento en garantía de sus servidores públicos o agentes estatales, como quiera que en la ponencia para el primer debate del proyecto de ley que se convertiría en la 678 de 2001, se permitía incluso al Juez o Magistrado director del proceso judicial, la posibilidad de materializar el llamamiento por sí mismo, sin que las partes lo solicitaran.

Los artículos 8 y 9 del proyecto sometido a consideración del Senado de la República, era del siguiente tenor literal:

“Artículo 8. Obligatoriedad.- Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando la causa del daño obedezca a conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes. El incumplimiento este deber constituye falta disciplinaria. Para el cumplimiento de esta obligación, el Comité de Conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal de aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.

“Artículo 9. Acumulación y vinculación.- Demandado el Estado o cualquier entidad pública, en proceso donde pueda resultar ajustado (sic) el patrimonio público, el Magistrado o juez de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes o tercero que demuestre interés legítimo, podrá:

“a) dentro del mismo proceso llamará en garantía al agente que por su actuar presuntamente con dolo o culpa grave produjo los daños antijurídicos, con el fin de que ejerza su derecho de defensa. En la sentencia que ponga fin al proceso el Magistrado o juez se pronunciará no sólo sobre las súplicas de la demanda principal, sino también sobre la responsabilidad del agente y la repetición que le corresponda al Estado respecto de aquel. Esta sentencia prestará mérito ejecutivo conforme al procedimiento dispuesto en el artículo 70 de esta ley...

“b) Sí (sic) no existe **prueba sumaria aportada con la demanda, contestación de la demanda, o por el tercero interesado sobre la acción u omisión que configuren la conducta dolosa o gravemente culposa** de un agente estatal, optará por esperar los resultados del proceso y si de éste se concluye que el agente estatal obró de manera dolosa o gravemente culposa, ordenará en la parte resolutive de la sentencia que el jefe de la entidad pública o el agente del Ministerio Público inicien la acción de repetición.

“(...)”¹⁰ (negritas adicionales).

Como se aprecia, la prueba sumaria en los primeros debates en el Congreso, estaba orientada a que recayera sobre la acción u omisión de la conducta del agente estatal, como quiera que la comprobación del dolo o la culpa grave hace parte del tema y objeto de la prueba a lo largo del proceso.

En la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado, el texto del proyecto, sobre el llamamiento en garantía, quedó consagrado en el artículo 18 en los siguientes términos:

“Dentro de los procesos de responsabilidad contra el Estado relativos a controversias contractuales, de 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 que haya actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y del funcionario.”¹¹

En esa perspectiva, en el segundo debate se prefirió eliminar cualquier referencia a la prueba sumaria de la conducta, o de la responsabilidad, o del dolo o culpa grave, para señalar, simplemente, que el llamamiento del agente estatal para que se decidiera conjuntamente la responsabilidad del Estado con la del funcionario. De ninguna manera se podría entender que la administración pública debería aportar, con el escrito de llamamiento la prueba fidedigna del dolo o la culpa grave, porque tal interpretación no se acompasa con la figura procesal del llamamiento en garantía, según el cual a partir de la comprobación de una relación jurídica, se puede vincular a un tercero ajeno al proceso, para que se haga parte dentro del mismo y responda por la condena que eventualmente le corresponda a la parte llamante. En consecuencia, la responsabilidad del llamado, es un aspecto objeto de prueba que debe ser desarrollado a lo largo del proceso y definido, claramente en la sentencia.

El anterior texto se mantuvo hasta que se sometió la ponencia a la Plenaria de la Cámara de Representantes, con el correspondiente pliego de modificaciones, de tal manera que el artículo 19 del proyecto de ley No. 131 Senado y 307 Cámara de Representantes quedó así:

¹⁰ Ver Gaceta del Congreso No. 14 del jueves 10 de febrero de 2000, Senado de la República, página 6.

¹¹ Ver Gaceta No. 212 del 14 del miércoles 14 de junio de 2000, Senado de la República, página 7.

“Dentro de los procesos de responsabilidad del Estado relativos a controversias contractuales, de reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa graves, para que en el mismo se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.”¹²

Del análisis de las distintas redacciones que tuvo el articulado referente al llamamiento en garantía de los servidores públicos o agentes del Estado, es claro que lo que se pretendió, desde la concepción de la ley, fue respetar el contenido del artículo 90 de la Carta Política, esto es, el énfasis de que la responsabilidad, en estos supuestos, sólo puede endilgarse a título de dolo o culpa grave; lo anterior no es óbice para que si la entidad no tiene la prueba del dolo o la culpa grave al momento de efectuar el llamamiento, aporte un medio de convicción que ilustre al funcionario judicial, en cuanto se refiere a la conducta del agente estatal. Acreditación que significará un principio de responsabilidad y, por ende, será suficiente basamento para avalar la vinculación del tercero, en los términos del artículo 19 de la ley 678 de 2001.

El esquema intermedio que propongo, en conclusión, es el resultado de una interpretación sistemática del artículo 19 *ibídem*, de tal forma que con respeto de los postulados constitucionales y legales, permita materializar el llamamiento con el aporte de cualquier instrumento o medio de prueba que sin haber sido controvertido por las demás partes del proceso, sí evidencie que el funcionario o agente estatal tiene un principio de responsabilidad en los hechos, en cuanto participó de la conducta que se reprocha al Estado; ahora bien, la catalogación de la actuación como dolosa o gravemente culposa, será parte del debate probatorio como es lógico en tratándose de la figura del llamamiento en garantía, lo cual habrá de declararse al momento de proferir sentencia.

En ese orden, el esquema intermedio que se defiende, con fundamento en el texto jurídico, busca dar solución a extremos inamovibles que afectaban, de manera grave, la forma como debe el Estado formular la vinculación de sus agentes cuando el perjuicio que se ha ocasionado, ha sido derivado de su dolo o culpa

¹² Ver Gaceta del Congreso No. 285 del lunes 11 de junio de 2001, Cámara de Representantes, pág. 13.

grave, sin que pueda significar la expresión “prueba sumaria de la responsabilidad”, la exigencia de acreditar todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos de la misma, como quiera que dicha hermenéutica limitaría, por completo, la eficacia de la ley.

En los anteriores términos, dejo formulada mi posición sobre la forma como se ha interpretado la exigencia del artículo 19 de la ley 678 de 2001, ya que la interpretación actual hace improcedente y en la práctica nula la posibilidad de que el Estado llame en garantía a uno de sus agentes, ex agentes, o servidores públicos y, es así como, la ley pierde operatividad y concreción, lo cual afecta la aplicabilidad del cuerpo normativo en tanto el llamamiento en garantía de aquellos, quedaría en el papel, con desconocimiento del principio del efecto útil de las normas.

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra