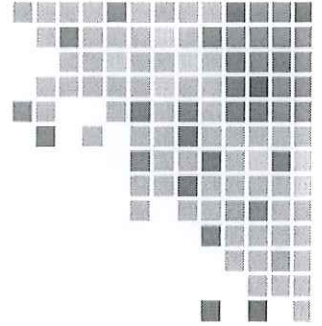




**La Santiago
transforma
tu mundo**



**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
ACTA DE SUSTENTACIÓN NO. 96**

En Cali, a los (19) días del mes de octubre del año 2017, en la oficina de la Dirección de los Postgrados en Derecho de la Universidad Santiago de Cali, se reunieron en calidad de evaluador, el profesor: **HERNEL PEREA BONILLA** y (los) estudiantes (s) **LEYDIS AMPUDIA SANCHEZ** identificado (da) con **C.C 1.129.044.554** con el trabajo titulado: **“CUALES SON LOS FACTORES QUE INFLUYEN EN LA NO APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN CONTRA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA”**

Inicialmente el (los) autor (es) hizo (hicieron) una exposición de su trabajo explicando el contenido y el método investigativo; luego los jurados interrogaron ampliamente a los alumnos sobre el tema y sus respuestas fueron satisfactorias, razón por la cual le fue dada la aprobación al trabajo y declarado debidamente sustentado.

Se declara entonces cumplido con el requisito de grado.


HERNEL PEREA BONILLA
Evaluador

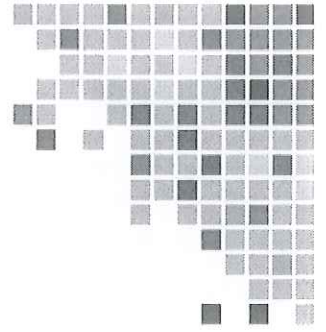

LEYDIS AMPUDIA SANCHEZ
Examinado


VIVIANA MARCELA GONZÁLEZ MUÑOZ
Coordinadora
Especialización en Derecho Administrativo





La Santiago *transforma tu mundo*



NOTA DE ACEPTACIÓN

[Handwritten signature]

Evaluador Trabajo de Grado

[Handwritten signature]

Coordinadora de la Especialización



ISO 9001: 2008

BUREAU VERITAS Certification



ASESORIA
HONORARIA
SIN
DESCUENTO

Calle 5a Carrera 62 Campus Pampalinda A.A. 4102 / Teléfono: PBX 5183000
web: www.usc.edu.co / Nit. 890.303.797-1 / Santiago de Cali - Colombia



¿Cuáles son los factores que influyen en la no aplicación de la Acción de Repetición en contra de los funcionarios públicos en Colombia?*

LEYDIS AMPUDIA SANCHEZ**

Universidad Santiago de Cali

Santiago de Cali, Agosto 30 de 2017

RESUMEN

La acción de repetición enmarca su origen en la necesidad de poder sancionar aquellos funcionarios públicos que por sus acciones u omisiones daban lugar al detrimento patrimonial del estado, sin embargo actualmente dicha figura jurídica no ha obtenido el objetivo propuesto. Con este trabajo de investigación se busca establecer a ciencia cierta cuales son los factores que dan lugar a que no se aplique de manera efectiva la Acción de Repetición en Colombia y quienes son los responsables de tan degradante omisión en el sentido de que no hacen uso de las herramientas dadas por el ordenamiento jurídico para que dicha acción surta su verdadero efecto.

Se hace necesario a través de este artículo además preguntarse si es viable la existencia en el ordenamiento jurídico colombiano de la figura de la acción de repetición toda vez que la misma ha entrado en desuso. El legislador colombiano tendría en su poder entrar a hacer un análisis de dicha situación por cuanto es de público conocimiento que el detrimento patrimonial del estado se ha convertido en un pan de cada día y requiere se enfrentada con una herramienta que acredita total efectividad en su aplicación

Palabras Claves: *acción de repetición, ordenamiento jurídico, patrimonio público, funcionario público.*

* Artículo desarrollado en el marco del proyecto de investigación para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

** Abogada egresada de la Universidad Santiago de Cali. Profesional Universitaria Oficina Jurídica Departamento del Chocó. Correo electrónico: laflakampudia@hotmail.com

ABSTRACT

The action of repetition frames its origin in the need to be able to sanction those public officials who by their actions or omissions gave rise to the patrimonial detriment of the state, nevertheless at the moment this juridical figure has not obtained the proposed objective.

This work of research seeks to establish to a certain extent what are the factors that give rise to the effective application of the Action of Repetition in Colombia and who are responsible for such a defiant omission in the sense that they do not make use of The tools given by the legal order for such action to have its true effect.

It is necessary through this article to ask if it is viable the existence in the Colombian legal order of the figure of the action of repetition since it has entered into disuse. The Colombian legislator would have to enter to make an analysis of this situation because it is public knowledge that the patrimonial detriment of the state has become a daily bread and requires a confrontation with a tool that proves total effectiveness in its application

Introducción

La acción de repetición es una figura jurídica creada para que el estado busque recuperar los recursos que con ocasión al mal desempeño de los funcionarios públicos y de aquellos particulares que cumplen funciones públicas, han sido sustraídos del peculio dando así lugar al detrimento del patrimonio de la nación.

No obstante a la existencia de dicha figura, es dable afirmar que, la misma no está cumpliendo a cabalidad su finalidad, toda vez que son más los procesos en donde se vincula al estado y que representan una suma interminable de dinero para el mismo, que los procesos que en aras de aplicar la acción de repetición se inician en contra de los funcionarios que han dado lugar a las diferentes condenas en contra del estado.

Un caso puntual que ejemplifica la situación planteada anteriormente es que se despida de manera injustificada a un determinado funcionario, sin cumplir los requisitos legales a sabiendas de que dicho procedimiento representara un detrimento inminente para la respectiva entidad.

Dicha situación desdibuja la finalidad de lo pretendido por el ordenamiento jurídico, debido a que el estado busca cumplir unos determinados fines y el recurso humano utilizado para obtener dicho fin de manera efectiva y directa termina siendo el menos interesado en que los mismos se cumplan.

Tal situación deja ver un “estado sin dolientes” de quien solo se espera otorgue legitimidad, esto con relación a los mandatarios quienes a través de las mismas leyes creadas por el estado al agotarse el respectivo procedimiento quedan revestidos, para de manera aparente, cumplir con los fines propuestos por el estado, pero que finalmente lo que hacen es desdibujar dichos propósitos para obtener beneficios propios dejando así a un lado el verdadero fin que es el bien común y colectivo, para el cual fue instituido el estado social de derecho al cual pertenecemos.

Objetivo General

El objetivo general de este artículo es determinar cuáles son los factores que influyen en la no aplicación de la acción de repetición en contra de los funcionarios públicos en Colombia.

Objetivos Específicos

Los Objetivos Específicos serán los siguientes:

1. Qué factores desdibujan la figura de la acción de repetición.
2. Identificar qué criterios utilizan las entidades públicas para no decidir vincular a un determinado funcionario público a un proceso de acción de repetición.
3. Determinar si los funcionarios frente a los cuales se inicie dicha acción de repetición en caso de resultar culpables harían devolución de los recursos que dieron lugar a la misma.
4. Determinar si las normas contentivas de la acción de repetición debido a su ineficacia deben continuar haciendo parte del ordenamiento jurídico colombiano.

El método o tipo de investigación sería básico o descriptivo toda vez que lo que pretendo con el presente escrito es hacer una crítica a la forma como a sabiendas de que existe normatividad respectiva para darle aplicabilidad a la acción de repetición, hoy en Colombia dicha herramienta no es utilizada de manera eficaz.

1. Origen de la Acción de Repetición

La historia nos dice que hasta el año 1951 los funcionarios públicos, no debían responder ante la administración pública por las faltas cometidas en ejercicio de sus funciones, la responsabilidad de estos solo se veía reflejada ante los particulares cuando sus decisiones o su conducta los perjudicaba.

El Consejo de Estado en 1974, introduce en el Derecho colombiano la acción de repetición (al parecer siguiendo el fallo Laurelle de 1951), al establecer que cuando hay responsabilidad solidaria se puede demandar al funcionario o la administración, pero si la persona perjudicada sólo demanda a la administración y ésta paga, entonces procede la repetición: "...lo cual no quiere decir que esta, no pueda repetir contra su agente por la cantidad a que fuere condenada" (citado en Rodríguez, 2002).

Con base en lo anterior y en aras de contrarrestar la irresponsabilidad de los funcionarios públicos se hizo necesario la inclusión del artículo 40 en el Código de Procedimiento Civil, reglamentado por la ley 270 de 1996 en el capítulo VI.

Dicha normatividad hace referencia a la aplicabilidad de lo que hoy se conoce como la acción de repetición, figura que debe ser utilizada por el estado en aras de poder recuperar recursos que ocasiones a una conducta dolosa o gravemente culposa desarrollada por un empleado público, se ve obligado a cancelar.

Cabe aclarar que la acción de repetición ha sido implementada en el ordenamiento jurídico colombiano inicialmente a través de la Constitución Política de Colombia en su artículo 90 al igual que a través de la ley 678 de 2001 la cual reglamenta actualmente la misma.

1.1 Concepto de la Acción de Repetición

La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles.

Dicha acción deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público. Lo anterior no obsta

para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía.

2. La Acción de Repetición en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

La figura de la acción de repetición fue introducida al ordenamiento jurídico colombiano de la siguiente manera:

Art. 90 Constitución Política de Colombia 1991

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

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

Ley 270 de 1996

Capítulo VI

De la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales

Artículo 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

Artículo 66. Error jurisdiccional. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

Artículo 67. Presupuestos del error jurisdiccional. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

Artículo 68. Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

Artículo 69. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.

Artículo 70. Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.

Artículo 71. De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

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

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

Artículo 72. Acción de repetición. La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles.

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

Artículo 73. Competencia. De las acciones de reparación directa y de repetición de que tratan los artículos anteriores, conocerá de modo privativo la Jurisdicción Contencioso Administrativa conforme al procedimiento ordinario y de acuerdo con las reglas comunes de distribución de competencia entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.

Artículo 74. Aplicación. Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria.

En consecuencia, en los preceptos que anteceden los términos «funcionario o empleado judicial» comprende a todas las personas señaladas en el inciso anterior.

Y finalmente esta la ley 678 de 2001, mediante la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

2.2 Calidad de los destinatarios de la acción de repetición

Desde el punto de vista legal definir las siguientes categorías: Servidor público, funcionario, contratista y consultor, y si las dos últimas categorías son equivalentes a ser servidores públicos.

a) Servidor público: La Constitución Política de 1991, en su artículo 123 define los servidores públicos como aquellos miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, quienes están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La anterior definición fue acogida por la Sala de Consulta y Servicio Civil en su concepto 855 de 1996, al definir al servidor público así:

“Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento".”

b) Funcionario: La Corte Constitucional en la Sentencia C-681 de 2003, contempló la definición de funcionario público en los siguientes términos:

"Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos. Desde el punto de vista general, la definición es simple. Sin embargo, existen diversas formas de relación y por consiguiente diferentes categorías de funcionarios públicos. La clasificación tradicional comprende los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Esta clasificación se remonta a la ley 4a de 1913 la cual siguiendo el criterio finalista definió a los empleados públicos como los que tienen funciones administrativas y los trabajadores oficiales aquéllos que realizan las obras públicas y actividades industriales y comerciales del Estado. El decreto 3135 de 1968 siguió el criterio organicista para definir los empleados públicos, quienes están vinculados a los Ministerios, departamentos administrativos y demás entidades que ejercen la función pública".

c) Contratista. El artículo 6 de la Ley 80 de 1993, establece quienes tienen capacidad para contratar, entre ellos las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, los consorcios y uniones temporales, las personas jurídicas nacionales y extranjeras previo cumplimiento de los requisitos allí previstos y en las normas contractuales.

"Los contratistas, conforme a dicho estatuto, son las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que asumen la ejecución de una labor o actividad, o que deben asumir la realización de una determinada prestación, según las especificidades del objeto del contrato, a cambio de una contraprestación".

d) Consultor. El numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. De igual forma constituyen contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Respecto de la inquietud referida a si el contratista y el consultor son equivalentes a ser servidores públicos, la Corte Constitucional en la Sentencia C-563 de 1998 al resolver el juicio de constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995, expresó:

"En contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos.

En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.

Es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.

Sobre el punto la Corte ha insistido repetidamente que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona. Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos.

No sucede lo mismo en materia penal, pues toda persona, sin importar si es servidor público o particular debe responder por infringir la Constitución o la ley. La competencia para establecer el grado de responsabilidad que se deriva de la conducta desplegada por los particulares o los funcionarios públicos, corresponde al legislador y mientras ésta no sea desproporcionada o exagerada en relación con el interés que se pretende proteger, válido a la luz de la Constitución, no puede existir reproche alguno de constitucionalidad". (Definición extraída de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41867>- concepto 662 de 2011 alcaldía mayor de Bogotá)

Lo anterior para hacer énfasis en que los destinatarios de la acción de repetición son todos aquellos funcionarios que trabaja en favor del estado, es decir, aquellos que prestan un servicio público incluyendo particulares.

3. Competencia para iniciar la acción de repetición

Según lo contemplado en el **Artículo 4° de la ley 678 de 2001. *Obligatoriedad***. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.

El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.

4. La política como limitante de la aplicación de la acción de repetición

Colombia es un país que se ha caracterizado por crear una ley para reglamentar cada situación que un momento determinado de su historia, representa tanta importancia y a la vez vacío jurídico que dan lugar a que el legislador haga uso de sus facultades y pueda en ultimas trabajar en la consecución de los fines esenciales del estado contemplados en la Constitución Política.

No obstante lo anterior muchos de esos innumerables preceptos legales no cumplen a cabalidad el objetivo que esconde el espíritu de los mismos o el querer del legislador, porque en el desarrollo de lo que fuere su aplicación estos pierden su verdadero sentido, es decir, se podría manifestar sin lugar a equívocos que las normas colombianas son elaboradas, redactadas con un fin distinto al que muestra su pobre y débil aplicación.

Tal es el caso de la normatividad contentiva de la acción de repetición en la que sin duda alguna el legislador y hasta la misma jurisprudencia otorgan las pautas para que, a través de un buen uso de la misma, las entidades respectivas puedan hacer uso efectivo de dicha figura jurídica.

Una de las causas que limitan el uso adecuado de dicha prerrogativa legal es el tema político, aquel en el cual los intereses personales juegan un papel demasiadamente importante,

situación que desmejora la búsqueda efectiva del interés general tal y como contempla la norma suprema del Ordenamiento Jurídico Colombiano.

Es claro que un país en donde históricamente la mayoría de los gobernantes de turno, y esto con relación a todas las entidades territoriales, teniendo en la mayoría de los casos claridad sobre cuál es objetivo de cada entidad que representan no realizan su labor 100% conforme lo establece la ley, sino que prefieren sin darle mayor importancia al hecho de que con sus acciones u omisiones estarían llevando al estado colombiano a un abismo de total detrimento económico, “el fin justifica los medios”.

Resulta casi que imposible que en un país en donde aquellos abanderados del poder político-administrativo que son los encargados de que todo marche en perfectas condiciones por un lado no ejercen con la rigurosidad necesaria su labor, frente al hecho de que aquellos funcionarios que actúan como sus colaboradores para desarrollar las funciones administrativas de un determinado ente lo hagan de manera correcta, inclusive estos mismos (gobernantes) con conocimiento de causa o por simple ignorancia no realizan en debida forma sus propias funciones; y por otro lado en los eventos en que por las acciones u omisiones de dichos funcionarios (gobernantes y colaboradores administrativos) el estado resulta siendo condenado y obligado a pagar sumas bastantes considerables, que representan un detrimento para el patrimonio público, no hacen uso de las herramientas existentes procedentes para efectos de que el estado pueda recuperar aquellas sumas de dinero que han sido sustraídas con ocasión al mal proceder de sus operadores administrativos.

5. El desuso de la ley en Colombia

Es la falta de aplicación de la misma; puede preparar su derogación, pero no la implica. Tampoco se deroga una ley por el hecho de que haya costumbre contra ley, es decir, actividad decididamente opuesta a lo previsto en la ley. La práctica en contrario o actitud gradualmente desgastadora o modificativa de la ley no implica su derogación. En algunas ocasiones, la cláusula derogatoria puede utilizarse para derogar expresamente una ley que derogó otra anterior; la ley que incluye la cláusula derogatoria referida pone en vigor una ley ya derogada y, por ello, se denomina ley restauradora. (Extraído de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/desuso-de-ley/desuso-de-ley.htm>)

La norma en desuso; la relación entre validez y eficacia

La *desuetudo* es la manifestación más importante, en el contexto de la Teoría Pura del Derecho, de la relación entre la validez, como forma de existencia de las normas, y la eficacia, como forma de mantenimiento de la existencia. Kelsen a lo largo de su extensa obra reitera la necesidad de distinguir entre el ámbito del “deber ser” y el ámbito del “ser”. Ahora bien, esta dualidad se trunca en dos puntos concretos: en primer lugar, las propias normas, cuya forma de existencia específica es el “deber ser”, son el resultado de un acto, esto es, de un elemento perteneciente al ámbito del “ser”. Y, en segundo lugar, si bien la existencia específica de una norma es su validez, la posibilidad de que la norma siga existiendo pasa necesariamente por un segundo requisito: que la norma devenga eficaz y que mantenga dicha eficacia. Dicho requisito se define a partir de un hecho o conjunto de hechos, que como tales pertenecen al ámbito del “ser”. Precisamente, los supuestos en los que cabe predicar la eliminación de una norma del sistema por *desuetudo* son aquellos en los que se produce una falta de eficacia de la norma.

Esta situación puede generarse en dos casos: en primer lugar, cuando siendo válida una norma nunca deviene eficaz y en segundo lugar, cuando habiéndolo sido deviene ineficaz.

En resumen, la *desuetudo* o costumbre negativa es la manifestación, en la obra del autor vienes, de la exigencia de la eficacia para el mantenimiento de la existencia de las normas. Ahora bien, si esto es así, entonces la comprensión de esta institución pasa necesariamente por el análisis del concepto de eficacia.

La eficacia de una norma, según Kelsen, se concreta en una doble y disyunta condición: una norma es eficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma, o bien es acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico o bien los órganos jurídicos aplican la sanción que es parte de dicha norma. En términos lógicos, la eficacia vendría definida por una disyunción; ‘p V q’ en donde ‘p’ significa acatamiento y ‘q’ aplicación de la sanción. Esta disyunción tiene carácter incluyente, esto es, el caso en que las normas fuesen acatadas por la generalidad de individuos y aplicadas en los supuestos en que se dé la condición de aplicación de la sanción también sería un supuesto de eficacia de las normas.

La norma en desuso se caracteriza precisamente por ser una norma no eficaz y dado que, como hemos visto en el párrafo anterior, la eficacia se define por la conexión disyuntiva entre dos condiciones, la negación de la eficacia equivale lógicamente a la conjunción de sus elementos negados, esto es, una norma es ineficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma esta no es acatada y tampoco es aplicada la sanción prescrita.

En este sentido, la norma en desuso es una norma respecto a la cual los sujetos sometidos no realizan los comportamientos mediante los cuales se evita la sanción, es decir, no es acatada, y tampoco genera dicho incumplimiento la aplicación de una sanción por parte de los órganos jurídicos. La concurrencia de cualquiera de estos dos elementos de forma individual no permitiría considerar a la norma como ineficaz.

5.1 Deben continuar haciendo parte del Ordenamiento Jurídico colombiano las normas que contemplan la figura de la acción de repetición a sabiendas de su inaplicabilidad

La discusión final respecto al tema de los factores que influyen para que la acción de repetición no se aplique en debida forma en Colombia, lleva a preguntarse si vale la pena permitir que la normatividad que contempla dicha figura continúe siendo parte del ordenamiento jurídico colombiano, y la respuesta se torna complicada porque el hecho de retirar dicha normatividad dejaría un vacío sobre cuál sería el manejo que debería el estado dar a la situación que sobreviene con el detrimento económico que se genera y que en ultimas viene a ser asumido por el mismo estado, que se mostró incapaz frente a recuperar con las herramientas dadas, aquellos recursos que se vio obligado a pagar como consecuencia de malas actuaciones de sus servidores públicos. La realidad de la no aplicación o falta de efectividad de la acción de repetición deja ver la posición egoísta e indolente que asumen quienes ostentan el poder al manifestar que los errores cometidos durante su periodo de gobierno serán asumidos por el gobierno entrante, situación que en la realidad, aunque se predique legalmente que el funcionario responderá así ya no este asumiendo el cargo correspondiente, se configura de manera natural dado a que en la mayoría de los casos un mandatario decide no acusar al otro para que pueda responsabilizársele de hechos u omisiones cometidos durante su gobierno o mientras presto sus servicios como funcionario público, para efectos de que contra el mismo se inicie la acción de repetición, por que como se dice en el argot

popular “entre bomberos no se pisan la manguera” y toda esa situación la genera el manejo político que se le da a la administración pública en nuestro país.

6. Análisis de un caso en el que no se aplicó la acción de repetición en concreto

El consejo de estado en Sentencia del 27 de agosto de 2015 con radicación número 110010326000201300108-00 (48016), decidió sobre el proceso de acción de repetición adelantado por la Contraloría General De La Republica en contra del señor Julio Cesar Turbay Quintero.

Los hechos de dicha demanda se resumen de la siguiente manera:

“PRIMERO: El señor **JOSÉ TIMOLEÓN JAIMES MORA**, fue nombrado por el Contralor General de la República en el cargo de Auditor Regional nivel ejecutivo grado 05 en la Auditoría de Regional ante la Administración de Aduanas en la ciudad de Cúcuta, mediante Resolución 000988 del 1 de febrero de 1991.

SEGUNDO: En el año 1993, el citado funcionario fue trasladado al cargo de Jefe de Unidad Seccional, nivel ejecutivo grado 16, de la Unidad de Acciones Fiscales y Jurídicas de la Dirección de Norte de Santander de la Contraloría General de la República, cargo en donde se desempeñó hasta el 25 de octubre de 1995, debido a la declaratoria de insubsistencia que se realizó a través de Resolución No. 9585.

TERCERO: El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Norte de Santander, declaró la nulidad de la Resolución No. 09585 y ordenó el reintegro del funcionario al cargo que ocupaba o en otro de mejor categoría.

CUARTO: En cumplimiento de esta orden judicial, la Contraloría procedió a reincorporar al señor **JAIMES MORA**, mediante Resolución 01927 del 22 de octubre de 2002, en el cargo de Coordinador de Gestión, nivel ejecutivo, grado 02; cargo del que tomó posesión el 20 de noviembre de 2002.

QUINTO: Una vez se produjo esta vinculación y a través de la Resolución 02059, se ordenó el traslado del señor **JAIMES MORA** a la Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras, donde fue designado como auditor en las entidades **FIDUCAFE**,

FIDUCOLDEX, Fondo del Minjusticiay Derecho, Superintendencia de Notariado y registro, Fiduestado en liquidación, Control Excepcional en el municipio de Rio Negro (Santander).

SEXTO: El día 31 de mayo de 2007, el Contralor General de la República profirió la Resolución No. 00630, mediante la cual declara la insubsistencia del cargo que ocupaba el señor **JOSÉ TIMOLEÓN JAIMES MORA**.

SEPTIMO: Para la fecha de la declaración de insubsistencia, el señor **JAIMES MORA** se encontraba realizando funciones de Responsable de Subsector de once (11) entidades financieras en liquidación, fiduciarias y compañías de seguros.

OCTAVO: Con Resolución 00631 del 31 de mayo de 2007, es decir, en la misma fecha en que se declaró la insubsistencia del señor **JAIMES MORA**; se comisionó a la funcionaria **MARLENE ISABEL BENAVIDES BECQUIS**, profesional universitario grado 2, para realizar las funciones que venía desempeñando el inicialmente citado.

NOVENO: La funcionaria **BENAVIDES BECQUIS**, si bien cuenta con título profesional de Licenciada en Ciencias de la educación y estudios de especialización en Ciencias Sociales y en Ciencias de Recursos Humanos, así como 10 años de experiencia profesional en la Contraloría, no contaba con los requisitos específicos acordes a los que eran necesarios para ejercer la Coordinación de Gestión en la Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras de la Contraloría General de la República.

DÉCIMO: El señor **JOSÉ TIMOLEÓN JAIMES MORA** presentó ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 00630 de 31 de mayo de 2007, por la cual se declaró su insubsistencia en el cargo de Coordinador de Gestión, nivel ejecutivo grado 02, en el Despacho del Contralor General, solicitando como restablecimiento del derecho, la reincorporación en el cargo.

UNDÉCIMO: El Juzgado 2 Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, en sentencia del 31 de enero de 2011 declaró la nulidad del acto atacado y en consecuencia, ordenó el reintegro del señor **JAIMES MORA** al cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo, grado 02 del Despacho del Contralor General, o a uno de igual o superior categoría para el que cumpla los requisitos para acceder al mismo. De igual forma, se ordenó a la Contraloría General el reconocimiento y pago de sueldos y prestaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde la fecha de la insubsistencia, hasta la fecha en que se produzca el reintegro a su empleo, valores que se deberían ajustar de conformidad con el art. 178 del C.C.A.; al considerar que si bien el cargo

que desempeñaba el demandante era de libre nombramiento y remoción, se pudo demostrar en desarrollo del proceso, que la decisión tomada por la administración no tuvo como fin una mejora del servicio público pues la persona que la entidad nombró para reemplazar en las funciones al servidor desvinculado, no reunía las mismas calidades académicas y profesionales de este, de acuerdo con lo objetivamente probado del proceso, por lo cual se concluyó que la desviación del poder con la que actuó la administración fue evidente.

DUODÉCIMO: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda– Subsección F; al resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Contraloría General de la República, en sentencia del 17 de mayo de 2012, decidió confirmar la decisión tomada en primera instancia, porque el acto demandado se produjo con desviación de poder por parte de la Contraloría General de la República.

DÉCIMO TERCERO: En cumplimiento de la orden judicial antes relacionada, la Contraloría General de la República profirió la Resolución 10646 el 20 de diciembre de 2012, por lo cual se ordena el pago a favor del señor JOSÉ TIMOLÉON JAIMES MORA, por valor de **CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$469.934.739,07)**. Documento del cual apporto copia auténtica.

DÉCIMO CUARTO: Mediante orden de pago No. 592257312 del 22 de diciembre de 2012, se ordenó el pago a la cuenta de ahorros del señor JAIMES MORA, por el valor liquidado, menos las correspondientes deducciones legales. Suma recibida a conformidad del citado beneficiario tal como consta en el “paz y salvo” suscrito por el beneficiario el 27 de diciembre de 2012, y la certificación expedida por la tesorera de la Contraloría General de la República el 9 de julio de 2013. Documentos que apporto en original.

DÉCIMO SEGUNDO (SIC): Los miembros del Comité de Conciliación de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Acta N. 5/13 del seis (6) de marzo de dos mil trece (2013), luego de un profundo y minucioso análisis conceptuaron, por unanimidad, que debía incoarse pretensión de repetición en contra del doctor JULIO CESAR TURBAY QUINTERO, Ex Contralor General de la república. Documento del cual allego copia auténtica”

Con base en los hechos narrados la CONTRALORIA GENERAL DE REPUBLICA solicito lo siguiente:

“**PRIMERA.** Que se declare civil y administrativamente responsable al señor **JULIO CÉSAR TURBAY QUINTERO**, quien se desempeñaba como **CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**, para la época de los hechos, por los daños y perjuicios ocasionados a éste Órgano de Control, causados con su conducta dolosa al suscribir y expedir y suscribir la Resolución No. 00630 de 2007 expedida por el Contralor General de la República, mediante la cual se declaró insubsistente del cargo de Coordinador de Gestión, nivel ejecutivo grado 02 en el Despacho del Contralor al señor **JOSÉ TIMOLEÓN JAIMES MORA**. Dentro del Proceso No. 2007-00547, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la decisión tomada por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, determinando que en la desvinculación del señor **JAIMES MORA** la administración actuó con desviación de poder, pues si bien su cargo era de libre nombramiento y remoción, tal decisión no podía ser arbitraria y por el contrario, debía obedecer a la necesidad del mejoramiento del servicio público, quedando demostrado en el caso específico, pues en su reemplazo se nombró a una persona que no contaba con los requisitos mínimos para el desempeño del cargo; considerando entonces que dicha desviación fue notoria.

SEGUNDA: Que se le ordene al demandado, reintegrar a favor de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, y se le condene a pagar intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria de la providencia que ponga fin a este proceso, o las resultas del mismo, hasta que dicho pago se haga efectivos(sic), la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$469.934.739,07)** suma de dinero que pagó este órgano de Control a **JOSÉ TIMOLEÓN JAIMES MORA (...)**

El despacho resolvió negar las suplicas de la demanda aduciendo que no se configuro ele elemento dolo de que habla normatividad respecto al trámite de la acción de repetición.

El caso en concreto deja ver que el detrimento patrimonial es notable y considerable por cuanto sin duda alguna ya el estado ha sido condenado a pagar una suma de dinero determinada y difícilmente este volverá a sus arcas.

De ahí que reviste gran importancia la duda que genera el ordenamiento jurídico colombiano en su conjunto, por cuanto las normas existentes creadas por el mismo estado en ocasiones para su beneficio tal y como se plantea con el precepto normativo relativo a la acción de repetición, se

desdibuja o pierde sentido cuando dentro de la misma se encuentran elementos que no permiten lograr su cometido.

Bibliografía

Reyes, Y. (2008, 13 de noviembre). *“La acción de repetición”*. Diario El Espectador.

Rojas Álvarez, S. E. y Daza Peralda, E. C. (2012). *La acción de repetición como herramienta de sanción disciplinaria en el servidor público colombiano*.

Código de Procedimiento Civil. (s. f.). *Artículo 40*, reglamentado por la ley 270 de 1996 en el capítulo VI.

Constitución Política de Colombia. (s. f.). *Artículo 90*, reglamentado por la ley 678 de 2001.

Consejo de Estado. (2015). *Sentencia del 27 de agosto de 2015* con radicación número 110010326000201300108-00 (48016). Proceso de acción de repetición adelantado por la Contraloría General de La Republica en contra del señor Julio Cesar Turbay Quintero.

Enciclopedia Jurídica. (s. f.). *El desuso de la ley en Colombia*. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/desuso-de-ley/desuso-de-ley.htm>