

OBSERVATORIO JURISPRUDENCIAL ACCIÓN DE REPETICIÓN: EN BÚSQUEDA DE SUS LÍMITES EN MATERIA CONTRACTUAL PÚBLICA



Gonzalo Suárez Beltrán*
Académico correspondiente

Resumen¹: De conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Política, los particulares pueden ejercer funciones públicas, según el régimen que determine la ley, lo que implica la posibilidad de responder en el marco de la acción de repetición, cuando en los términos del artículo 90 constitucional², por su comportamiento doloso o gravemente culposo, se ocasionen daños que deba reparar el Estado. No obstante, lo anterior, reciente jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado como civilmente responsables a particulares (contratistas) que fueran

* Académico correspondiente. Catedrático de postgrados en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Conjuez de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

¹ El autor desea agradecer la colaboración en la elaboración de este artículo, del consagrado abogado administrativista SEBASTIÁN BARRETO, Juan.

² Artículo 90. 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.

demandados por el Estado, en ejercicio de la Acción de Repetición, sin que se hubiese acreditado que los mismos estuvieran investidos de funciones públicas, bastándole solamente con el hecho de que estuvieran vinculados con la celebración, ejecución o liquidación de un Contrato Estatal. La preocupación que genera tal postura, en términos de inseguridad jurídica para el contratista del Estado, lleva a la escritura de estas líneas. ¿En qué queda el medio de control contractual entonces?, ¿en dónde el valor de la liquidación que declaró a “paz y salvo” a un contratista?, ¿es suficiente argumento para esa extensión de responsabilidad, el carácter de “colaborador de la administración” del contratista estatal?

Se avizora que esta tendencia jurisprudencial podría conducir a una alteración significativa, en la igualdad de trato hacia el contratista del Estado, a una distorsión *ad infinitum* de los costos de transacción y, en el corto plazo, a un deterioro de la calidad y cantidad de quienes deseen competir por la ejecución de un contrato con recursos públicos. En suma, una involución en los objetivos de eficiencia y transparencia que busca la regulación contractual pública, que ve dramáticamente interferido su campo de acción por la irrupción, en su ámbito, de una figura propia de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

Palabras clave: Acción de Repetición. Contratista. Responsabilidad Extracontractual.

JURISPRUDENTIAL OBSERVATORY THE RECOURSE FOR RESTITUTION: IN SEARCH OF ITS LIMITS IN THE AREA OF PUBLIC CONTRACTS LAW

Abstract: In accordance with the provisions of our Political Constitution, individuals can exercise public functions according to the regime determined by Law; when in this public function their actions cause damages due to their malicious or seriously culpable behavior, these must be repaired by the State. This entails the possibility of responding within the framework of the *recourse for restitution*, under the terms of Article 90 of the Charter. Nonetheless, recent jurisprudence of the Third Section of the Council of State has declared individuals (contractors) who were sued by the State in its exercise of the recourse as civilly responsible, without it having been proven that they were vested in a public function; the fact that they were linked to the formalization, execution, or liquidation of a State Contract was sufficient proof. The concern generated by such a position, in terms of the legal insecurity it represents for the State contractor, led the author to write these lines. What are the means of contractual control then? Where is the value of a settlement that declared a contractor “held safe and harmless” from indemnity? Is the character of “collaborator in management” of the state contractor a sufficient argument for this extension of responsibility?

It’s worrisome that this jurisprudential trend could lead to a significant alteration in the equality of treatment towards the State contractor, to an *ad infinitum* distortion of transaction costs and, in the short term, to a deterioration in the quality and

quantity of those who might look to compete for the execution of a contract for work financed with public resources. In short, it would mean an involution in the objectives of efficiency and transparency that the public contractual regulation seeks, which would see its field of action dramatically interfered by the irruption of extra *contractual civil liabilities*.

Key words: Recourse for restitution. Contractor. Tort Liability.

Introducción

En el presente artículo se expondrá una posición crítica en relación con el entendimiento y alcance que se le ha pretendido dar, en los últimos años, a la posibilidad de ejercer la llamada acción de repetición en contra de particulares contratistas, al amparo del párrafo primero del artículo 2º de la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, y se olvida que, por regla general, los mismos no cumplen función pública.

Algunas nociones sobre la Acción de Repetición

Previo al estudio del entendimiento jurisprudencial en frente de la acción de repetición contra contratistas, interventores, consultores y asesores, se desarrollarán, a modo de antecedente, algunas nociones relevantes en frente de esta acción que darán cuenta de su importancia y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Consagración normativa de la Acción de Repetición

Previo a su consagración constitucional en 1991, existía un desarrollo conceptual de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, que la jurisprudencia del Consejo de Estado recuerda de la siguiente manera:

La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado ha sido contemplada en diversas normas de carácter legal, las cuales se han referido, también, al derecho con que cuentan los entes públicos para repetir en contra de sus funcionarios, que en razón a sus conductas han generado una condena en su contra. Es así como, en el año 1976, los artículos 194 y ss. del decreto-ley 150, regulaban lo concerniente a la responsabilidad civil de los “empleados públicos y trabajadores oficiales en ejercicio de la actividad contractual de las entidades públicas [...]”.

[...]

Posteriormente, y relacionado de igual forma con la responsabilidad en el desarrollo de la actividad contractual, el decreto-ley 222 de 1983 -derogado expresamente por la Ley 80 de 1993-, -en condiciones similares a la regulación dispuesta por el decreto 150 de 1976-, determinó en su artículo 290 que los empleados oficiales, e incluso quienes ya no contaban con tal calidad, responderían por los perjuicios que causaron a las entidades públicas, a los contratistas o a terceros, por la celebración de contratos sin plena observancia de los requisitos y exigencias legales. Estableció, además, en el artículo 296 la procedencia de la acción de repetición, a efectos de que la entidad que hubiere pagado alguna suma de dinero imputable al agente o ex-agente, repitiera en su contra por dicho concepto.

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

[...]

Así mismo, se estableció que de resultar condenada la entidad, o ésta y el funcionario, la primera pagará la condena, pero repetirá contra el responsable, siempre y cuando haya actuado con dolo o culpa grave, de acuerdo con un juicio subjetivo de responsabilidad [...]"³

Se tiene entonces, que, como punto culminante de esta evolución, la Constitución Política de 1991 consagró, con rango constitucional, la acción de repetición, como parte del principio de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes⁴, al disponer en su artículo 90 lo siguiente:

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Radicación No. 25000-23-26-000-1998-01148-01(16335). C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁴ *“Es de anotar que, antes de la consagración a nivel constitucional de esta institución, el ordenamiento jurídico en el nivel legal había regulado la responsabilidad patrimonial del servidor público en relación con los perjudicados y las entidades por los daños causados a éstas (...)”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación No. 25000-23-26-000-2003-00300-01(28448). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

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^(*).

De este artículo constitucional se desprende lo siguiente:

- En primer lugar, que por lo dispuesto en el inciso primero del artículo 90 *ejusdem*, existe consagración expresa en la Constitución de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, ya sea contractual o extracontractual, por los daños antijurídicos que le resulten imputables y;
- en segundo lugar, que, por lo establecido en el inciso segundo del mismo artículo superior, existe también consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial y subjetiva del *agente del Estado* que, por su actuar gravemente culposo o doloso, dio lugar a la ocurrencia del daño en virtud del cual fue declarado patrimonialmente responsable al Estado⁵.

En efecto, frente al artículo 90 de la Constitución, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

4.1. Como es suficientemente conocido, la Constitución de 1991, a diferencia de la anterior, de manera específica se ocupa de la responsabilidad del Estado y, al efecto, establece en el artículo 90 que el Estado responderá

(*) Subrayado propio.

⁵ “5.13. En concreto, este Tribunal ha señalado que la inclusión del concepto de “daño antijurídico” en el inciso primero del artículo 90 de la Constitución derivó en la transformación del eje central de la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que la misma no tiene que fundarse necesariamente en la demostración de una falla en el servicio, pues, a efectos de obtener el resarcimiento de un perjuicio, lo determinante es comprobar que: (i) la persona objetivamente padeció una lesión que no estaba en el deber jurídico de soportar, así como que (ii) la misma sea imputable a una autoridad pública, sin importar que esta haya actuado o no de forma irregular. 5.14. En cambio, esta Corte ha entendido que la antijuridicidad estipulada en el inciso segundo del artículo 90 constitucional para el caso de la responsabilidad de los servidores públicos le otorgó una especial relevancia al factor subjetivo, porque es preciso que la conducta del agente estatal sea imputable a título de culpa grave o dolo para que puedan configurarse los presupuestos de la pretensión de repetición, con lo cual la misma resulta improcedente cuando la acción u omisión de la persona no puede catalogarse como negligente o arbitraria.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU – 354 de 2020.

patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, tanto por la acción como por la omisión de las autoridades públicas.

[...]

[...] el artículo 90 de la Constitución Política, en su segundo inciso establece que si al Estado se le impone condena a la reparación patrimonial por daños antijurídicos causados por servidor público que obra con dolo o culpa grave, deba repetir contra éste en defensa de los intereses generales que se verían seriamente afectados si la comunidad tuviera que soportar la disminución patrimonial que se le ocasiona con la condena y nada pudiera hacer contra el responsable directo y personal que a ella dio origen por su actuar doloso o gravemente culposo⁶.

Con base en tal escenario normativo, no fue sino hasta la expedición de la Ley 80⁷ de 1993 en donde se hizo por primera vez referencia normativa al término acción de repetición⁸, al establecer en su artículo 54 lo siguiente: “Artículo 54. En caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad, el ministerio público, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciarán la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquél no hubiere sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”.

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991 pasaron diez años para que el legislador, con la expedición de la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, reglamentara 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 establecida en el inciso segundo del artículo 90 Superior. Con la entrada en vigor de esta norma, además de derogar lo expresado en el artículo 54 de la Ley 80, el legislador estableció tanto elementos tanto sustanciales como procesales, buscando regular de manera íntegra la figura de la acción de repetición⁹.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 484 de 2002.

⁷ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Radicación No. 25000-23-26-000-1998-01148-01(16335). C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁹ *Ibid.*

Naturaleza, objeto y finalidad de la acción de repetición

Hecho el anterior recuento de los antecedentes de la acción de repetición, es claro que la misma es la expresión del principio de responsabilidad de los *agentes del Estado*, que no pueden pasar indemnes frente a conductas que, a título de dolo o culpa grave, generaron declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado. **Es entonces una clara expresión de Responsabilidad Civil Extracontractual a favor del Estado afectado, que tiene como extremo de legitimación por pasiva a un sujeto calificado: el agente del Estado.**

Bajo la anterior concepción se debe hacer referencia a la naturaleza de la acción de repetición, su objeto y finalidad, ya que estos elementos darán cuenta de la condición necesaria para que el Estado pueda repetir contra un particular cuando, siendo *agente del Estado*, causa un daño a título de culpa grave o de dolo, del que pueda ser declarado como patrimonialmente responsable.

Naturaleza de la acción de repetición

De conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, así como por lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición es una acción civil, lo que suyo implica que es de carácter eminentemente patrimonial. En efecto, el Consejo de Estado señala lo siguiente en relación con la naturaleza de esta acción: “La Ley 678 de 2001 calificó la acción de repetición como una acción de carácter civil –art. 2–, lo cual implica que su fundamento y propósito se circunscriben a un ámbito netamente patrimonial [...]”¹⁰.

Adicionalmente, se trata de una acción autónoma en frente de otro tipo de responsabilidades subjetivas de los *agentes del Estado*:

[...] esta acción constituye un mecanismo judicial constitucional y de desarrollo legal, con pretensión civil (resarcitoria), cimentada en la responsabilidad subjetiva del agente público que se deduce exclusivamente a título de dolo o culpa grave, de manera autónoma e independiente a las demás responsabilidades en que puede incurrir (disciplinaria, fiscal, penal), como

¹⁰ *Ibíd.*

secuela o prolongación de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción, y de carácter obligatorio para las entidades públicas (artículos 4 y 8 parágrafo 2 de la Ley 678 de 2001).¹¹

Ahora bien, el hecho de que sea diferente a las demás responsabilidades guarda un elemento en común con ellas¹² y es, precisamente, la necesaria existencia de un *agente público* o estatal, vale decir, un sujeto investido de funciones públicas.

Objeto de la acción de repetición

De conformidad con la naturaleza de la acción de repetición, se desprende que su objeto “[...] consiste en reembolsar el dinero pagado por el Estado a título de indemnización a favor de la víctima del daño antijurídico, causado por el actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.”¹³ Se trata entonces de una acción acción de Responsabilidad Civil Extracontractual que pretende la indemnización del daño causado al erario público, mediando eso sí una condición de imputabilidad específica, cual es la conducta dolosa o gravemente culposa del agente.

Finalidad y funciones de la acción de repetición

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado han señalado que la acción de repetición

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación No. 25000-23-26-000-2003-00300-01(28448). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² “Cabe destacar que la Corte tiene ya por sentado que esa responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado no es de carácter sancionatorio, sino reparatorio, tal como se dijo, entre otras, en la sentencia C-309 de 2000, en la cual a propósito de la responsabilidad fiscal de aquellos, se expresó que: “...esta responsabilidad no tiene carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, pues la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria”, lo cual resulta igualmente predicable en relación con la acción de reembolso que consagra el artículo 90 de la Constitución para que el Estado la ejerza con el único propósito de reintegrar a las arcas públicas el valor de la condena que hubo de pagar como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 484 de 2002.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Radicación No. 25000-23-26-000-1998-01148-01(16335). C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

[...] sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, en la medida en que se constituye en un instrumento jurídico con que cuenta el Estado para disuadir e intimidar a los servidores públicos y demás agentes suyos, con el objetivo de que no obren de manera ostensiblemente negligente (culpa grave) o dolosamente y, por ende, no infieran daños a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos, en absoluto desconocimiento de la misión y funciones que les asignan la Constitución Política y la ley [...] ¹⁴

De esta consideración se desprende que de los fines de la acción de repetición surgen tres funciones claramente identificadas por la Honorable Corte Constitucional, a saber:

- (i) Una función resarcitoria, puesto que, sin perjuicio del pago de la condena por parte del Estado a efectos de asegurar el derecho a la reparación de la víctima, implica que el verdadero responsable del daño sea quien, en última instancia, asuma el valor de la indemnización del mismo a cuenta de su patrimonio;
- (ii) Una función preventiva, porque busca disuadir a los agentes del Estado de incurrir deliberadamente o con manifiesta negligencia o imprudencia, en conductas susceptibles de generar daños, pues su patrimonio puede llegar a verse afectado para resarcir los costos de sus comportamientos cuando los mismos se encuentran por fuera de los márgenes propios de la adecuada gestión administrativa; y
- (iii) Una función retributiva, dado que la obligación de reparar lo pagado por el Estado, si bien se configura como una responsabilidad civil de tipo patrimonial, surge también de un juicio de reproche al proceder del servidor público que, con sus actuaciones u omisiones dolosas o gravemente culposas, dio lugar a la condena al Estado ¹⁵.

La finalidad y funciones, ya anotadas, de la acción de repetición, en todo caso, no cambian su naturaleza de acción civil eminentemente patrimonial, en tanto su objeto sigue siendo, única y exclusivamente, la reintegración de los recursos del erario por parte del agente estatal o público que, por su

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación No. 25000-23-26-000-2003-00300-01(28448). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU – 354 de 2020.

actuar doloso o gravemente culposo, es el responsable del hecho dañoso que da lugar a la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado.

Presupuestos de la acción de repetición

Habiendo expuesto de manera sumaria tanto la naturaleza, objeto, fines y funciones de la acción de repetición, regreso o reembolso, es necesario entrar al estudio de los presupuestos necesarios para que la misma sea procedente, en tanto de los mismos también surgirán elementos para concluir que la acción de regreso contra particulares sólo será procedente si los mismos, ya sean como contratistas, interventores, consultores o asesores, están investidos y ejercen funciones públicas. Entonces:

Del entendimiento de la norma constitucional (art. 90) como de lo establecido en el artículo 2º de la Ley 678 de 2001, la jurisprudencia nacional ha determinado una serie de presupuestos necesario para la procedencia de la acción de repetición, a saber: “a) la existencia de una condena judicial o de un acuerdo conciliatorio que impuso a la entidad estatal demandante el pago de una suma de dinero; **b) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular que cumple funciones públicas;** c) que el pago se haya realizado y d) la culpa grave o el dolo en cabeza del demandado”^{16 17(*)}.

En relación con el primer requisito, esto es, la existencia de condena judicial o de un acuerdo conciliatorio (o medio de solución alternativo de conflictos) que impuso a la Entidad demandante la obligación de pago de

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia del 4 de marzo de 2019. Radicación No. 76001-23-31-000-2003-04977-02 (52106). C.P. Dr. Alberto Montaña Plata.

¹⁷ Estos requisitos determinados por el Consejo de Estado han sido reiterados en diferentes ocasiones, entre las cuales resaltamos las siguientes: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia del 15 de diciembre de 2017. Radicación No. 20001-23-33-003-2013-00155-01(57472) A. C.P. Dr. Guillermo Sánchez Luque; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Radicación No. 41001-23-31-000-2010-00166-01(60423). C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de agosto de 2018, Exp. 47.466, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Asimismo, estos requisitos fueron determinados como presupuestos de la acción de repetición por la Corte Constitucional en Sentencia SU – 354 de 2020.

(*) Subrayado y negrillas propias.

una suma de dinero, se trata simplemente de probar la existencia de tal obligación¹⁸.

El segundo requisito es la prueba del pago de la condena impuesta a la Entidad. Es decir, que la Entidad debe probar el pago efectivo de la suma dineraria resultante de la condena impuesta, de la conciliación o de cualquier otra forma de terminación del conflicto¹⁹.

El tercer requisito, esto es, la cualificación de la conducta del agente del Estado, es el que define claramente el carácter subjetivo de la acción de repetición, en tanto la Entidad demandante debe demostrar que el agente estatal actuó con dolo o culpa grave, de conformidad con las normas aplicables al momento de la ocurrencia de los hechos, es decir, si los mismos ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, corresponderá atender a las definiciones contenidas en el Código Civil, así como lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política; pero, si los hechos ocurrieron después de la entrada en vigencia de la Ley 678, se debe acudir a las definiciones contenidas en los artículos 5º y 6º de la misma²⁰.

Finalmente, la entidad demandante debe acreditar la calidad de agente del Estado y que su conducta fue determinante para la imposición de la condena, de la conciliación o medio de terminación de conflictos que generó la obligación de pagar una suma de dinero por el Estado²¹.

En relación con este punto, es claro que la entidad debe demostrar que el agente del Estado es un funcionario o exfuncionario, o si se trata de un particular investido y en ejercicio de funciones públicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 678 de 2001²². Se debe tener en

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia el 12 de septiembre de 2016. Radicación No. 68001-23-31-000-2009-00362-01(54394). C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Artículo 2º. Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que **deberá ejercerse en contra del servidor o exservidor público** que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. **La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una**

cuenta que, en el ejercicio hermenéutico, el Consejo de Estado ha señalado que el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política se debe entender de la siguiente manera:

[...] la responsabilidad se estructura en la acción u omisión a título de dolo o culpa grave que **le es imputable al agente público en nexo con el servicio, o sea en ejercicio o con ocasión de sus funciones, y de la cual se desprende una relación obligacional entre el Estado (acreedor) y su agente (deudor).**

En resumen, el primer inciso de la norma constitucional (artículo 90), regula la responsabilidad patrimonial e institucional del Estado frente a la víctima; y **en el inciso segundo, la responsabilidad patrimonial y personal del agente público frente al Estado**^{23(*)}.

Así las cosas, se tiene que la responsabilidad en el marco de la acción de repetición sólo se puede predicar en relación con la función del agente del Estado (funcionario, exfuncionario o particular investido de función pública). **Esta posición, a mi juicio, pone de presente la necesidad de que el**

función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

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

Parágrafo 1º. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto, estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

Parágrafo 2º. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.

Parágrafo 3º. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Parágrafo 4º. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación No. 25000-23-26-000-2003-00300-01(28448). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

(*) Subrayado y negrillas propias.

Estado, cuando pretenda demandar en repetición a particulares, como contratistas, interventores, consultores y asesores, estén deba probar que los mismos están, efectivamente, investidos de función pública.

Sobre la Acción de Repetición contra particulares

El estudio de la posibilidad de que la acción de repetición pueda ser ejercida por el Estado contra particulares, debe partir del entendimiento del concepto de función pública, por cuanto, en principio, como fuera puesto de presente en el acápite anterior, la acción de repetición sólo procedería contra particulares investidos de función pública. Así las cosas, la Corte Constitucional ha explicado de la siguiente manera la noción de función pública:

3.7. En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123).

El funcionario o empleado, al vincularse al servicio, adquiere una investidura que lo coloca en una relación de dependencia con el Estado, la cual determina que pueda exigírsele, en razón de su conducta, un grado específico de responsabilidad. De este modo, cuando incumple sus deberes o incurre en conductas prohibidas, debe acarrear con las cargas y consecuencias de orden patrimonial, disciplinario, e inclusive penal²⁴.

Por su parte, el Consejo de Estado sintetizó de la siguiente manera las actividades propias de la función pública que desarrolla el Estado:

Dichas actividades se sintetizan así: darse su organización fundamental, regular las relaciones con el mundo exterior (internacional), regular las

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 563 de 1998.

relaciones de sus súbditos, regular lo relacionado con el patrimonio público, la prestación servicios públicos y el fomento a las actividades de los particulares. Estas tareas se asumen por toda organización estatal, cada una de ellas con mayor o menor intensidad, de acuerdo con las orientaciones socio políticas o la ideología de quienes políticamente asumen en un momento histórico su dirección.

Ahora bien, para cumplir cada una de esas tareas el Estado debe agotar un procedimiento, que como todo procedimiento está integrado por etapas, cada una de las cuales constituye lo que se conoce como Función Pública.

Así las cosas, la función pública se identifica como cada una de las etapas del procedimiento que sigue el Estado para la realización de las diferentes tareas a su cargo, una de las cuales es la prestación de servicios públicos. Obsérvese que conceptualmente se establece con claridad la diferencia entre función pública y servicio público.

Desde el punto de vista funcional el Estado se concibe, no por sus estructuras, sino por las funciones que desarrolla para la realización de las tareas o cometidos a su cargo. Puede afirmarse que la principal tarea del Estado, una vez se ha dado su estructura fundamental, es la relacionada con la regulación de conductas, de ahí la importancia de determinar en que consiste ese poder de regulación y como se distingue de la denominada potestad reglamentaria²⁵.

Se colige entonces, que por función pública se hace referencia a los procedimientos y etapas necesarias para cumplir con las actividades propias del Estado, que se realizan en los diferentes órganos que componen las diferentes ramas del poder público. Asimismo, tal función se desarrolla por parte de las personas naturales que adquieren un estatus especial de funcionarios públicos (ya sea como servidores públicos o trabajadores oficiales), de conformidad con las disposiciones atinentes a su tipo de vinculación con el Estado, ya sea legal y reglamentario, laboral o contractual.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 7 de septiembre de 2006. Radicación No. 11001-03-06-000-2006-00034-00(1735). C.P. Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en los artículos 123²⁶ y 210²⁷ de la Constitución Política, la función pública no solo se ejerce por funcionarios públicos, sino también por particulares, quienes se sujetarán a régimen de que determine la Ley. Sobre este punto, la Corte Constitucional enseña lo siguiente en relación con la posibilidad de que los particulares puedan ejercer funciones públicas:

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión autentica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole²⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

De las normas superiores transcritas, en armonía con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 23, y 121 de la Constitución, se puede inferir una primera regla general en esta materia, consistente en que **los particulares pueden ejercer determinadas funciones públicas (no todas ni un grupo**

²⁶ Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

²⁷ Artículo 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 037 de 2003.

indeterminado de ellas) cuando así se los autorice expresamente la ley y en las condiciones que esta señale²⁹ (*).

De las consideraciones jurisprudenciales anteriores se entiende que, en virtud del principio de participación, los particulares pueden estar encargados directamente del ejercicio de funciones públicas, ya sean judiciales (art. 116 C.P.) o administrativas (art. 210 C.P.), cuando así sea autorizado por la Ley y, siempre y cuando, el Estado no se desprenda de la totalidad de ellas.

Fluye por contera que si en ejercicio de las funciones públicas un particular, con ocasión de su actuar doloso o gravemente culposo, causa un daño antijurídico y este lleva a la declaratoria de responsabilidad del Estado, este puede repetir contra aquel, con el fin de responda patrimonialmente y restituya al erario lo pagado.

En efecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente al referirse sobre la constitucionalidad del inciso 2 del artículo 2º de la Ley 678 de 2001, que trata lo referente a quienes puede ser sujetos pasivos de la acción de repetición:

5.2. Queda entonces por establecer si también puede vincularse para ejercer la acción de repetición al particular investido de funciones públicas, cuando en una actuación concreta en esa calidad y con ese propósito, hubiere incurrido en conducta dolosa o gravemente culposa.

Es evidente, que **cuando a un particular se le confía por el Estado el ejercicio transitorio de funciones públicas, aun cuando no abandona por ello su condición de tal, en la medida en que ejerce esas funciones puede llegar a comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, y con su actuación causa un daño antijurídico a alguien.** Por ello, el artículo 123 de la Carta ordena al legislador la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, régimen éste dentro del cual, necesariamente tiene cabida la posibilidad de hacer efectivo respecto de ellos el inciso segundo del artículo 90 de la Carta, pues **no se entendería que quedarán exonerados de responsabilidad al ejercer una función pública con dolo o culpa grave, mientras los servidores públicos si podrían ser llamados a responder,**

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 2405 de 2019. C.P. Dr. Álvaro Namén Vargas.

(*) Subrayado y resaltado propios.

pues donde existe la misma razón de hecho ha de imponerse la misma solución en derecho, conclusión ésta que además, encuentra como soporte jurídico-constitucional el artículo 124 de la Carta, en cuanto atribuye al legislador la determinación de la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, aplicable en este caso a los particulares que transitoriamente desempeñan funciones públicas, ya que asumen para ese efecto las mismas responsabilidades de los servidores públicos³⁰ (*).

Así las cosas, se entendería que **efectivamente los particulares pueden ser demandados por el Estado en ejercicio de la acción de repetición, pero siempre y cuando se encuentren investidos de función pública**; consideración que, en principio, debería aplicarse también cuando se pretende demandar en repetición a contratistas, interventores, consultores o asesores, que por el hecho de celebrar un contrato con el Estado no necesariamente quedan investidos de función pública. **No obstante, lo anterior, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, como se verá más adelante, ha admitido que, en virtud del parágrafo primero del artículo 2° de la Ley 678 de 2001, los contratistas pueden ser declarados como patrimonialmente responsables en ejercicio de la acción de repetición, sin que se acredite el ejercicio de funciones públicas**, bastándole solamente con el hecho de que se encuentren vinculados con la celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal. **Esta postura jurisprudencial, aún en desarrollo, causa la profunda preocupación que lleva a plantearle este tema a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.**

Evolución de la línea jurisprudencial

En el parágrafo primero del artículo 2° de la Ley 678 de 2001, el legislador estableció que, para efectos de la acción de repetición, tanto el contratista, interventor, consultor y asesor, se consideran como particulares que cumplen funciones públicas, en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos celebrados con entidades estatales. ¿Habrá algún contratista del Estado que pueda sustraerse a esa definición?

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 484 de 2002.

(*) Resaltado y subrayados propios.

En una lectura simple, pareciera que no, en tanto se da a entender que, sin importar si efectivamente esos particulares están investidos o no de función pública, serían sujetos pasivos de la acción de repetición. ¡Absurdo e inconstitucional!

Recuérdese en este punto que la Corte Constitucional declaró exequible tal disposición sólo desde la perspectiva de una demanda ciudadana que planteó la eventual vulneración del principio de unidad de materia en el trámite de la ley respectiva. De esta forma:

6.1. El cargo formulado para impetrar que se declare la inexequibilidad de parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 678 de 2001, esencialmente se hace consistir en que **pese a que el artículo 90 de la Constitución se refiere a los servidores públicos que obren con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, el precepto acusado que desarrolla esa norma constitucional incluye, asimilándolos a servidores públicos a los contratistas, interventores, consultores y asesores, lo cual resulta extraño al contenido mismo de esa norma constitucional y al objeto de la Ley 678 de 2001.**

6.2. Conforme a lo dispuesto por el artículo 158 de la Carta, los proyectos de ley deben referirse a una misma materia, principio éste que impone orden en el contenido de las leyes y evita decisiones sorpresivas y de materias diferentes en una ley determinada.

6.3. **El objeto de la Ley 678 de 2001, es la reglamentación de la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con ese fin, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 90, inciso segundo de la Carta.**

6.4. **Ello significa, entonces, que no se quebranta el principio de la unidad de materia de la legislación, sin que la Corte entre a analizar ahora aspectos diferentes al cargo que fue formulado contra la norma acusada la cual, en consecuencia, resulta exequible, únicamente en relación con el cargo propuesto**^{31 (*)}.

De esta decisión de la Corte Constitucional se desprende que, en relación con el cargo que analizó, relativo a la unidad de materia, la norma es exe-

³¹ Ibid.

(*) Subrayado y resaltado propios.

quible en tanto sí se corresponde con un desarrollo del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política. Indudable. Es consecuencia este planteamiento de la llamada “cosa juzgada relativa”³², que se limita a enfrentar la norma a los argumentos de la demanda. Así las cosas, esperable que, en un examen posterior, la Corte Constitucional se adentre en que una cosa es el contratista como colaborador de la administración, que funge entonces como un instrumento de la entidad estatal para el acometimiento de sus fines, y otra cosa diferente es el sujeto que resulta delegatario o depositario de funciones públicas³³. Será entonces sólo constitucional, en nuestro criterio, enmarcar la acción de repetición contra contratistas en

³² La cosa juzgada puede ser absoluta o relativa. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la cosa juzgada absoluta es aquella que abordó todos los posibles vicios de inconstitucionalidad de la norma y, por lo tanto, cierra la posibilidad de la formulación de otros cargos que permitan un nuevo juicio. **La cosa juzgada relativa es aquella que se limita a los cargos analizados en el juicio anterior, pero que no obstan para que la misma norma pueda ser objeto de nuevas controversias respecto de su validez, pero por cargos diferentes.** La cosa juzgada absoluta se encuentra presente en aquellos casos en el que el control ejercido por la Corte Constitucional es integral y definitivo, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, como ocurre en el control relativo a la constitucionalidad de los decretos legislativos (numeral 7), de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben (numeral 10) y de los proyectos de ley estatutaria (numeral 8), salvo en la hipótesis en la que el vicio ocurra con posterioridad al control integral ejercido: por inconstitucionalidad sobreviniente, porque ha operado un cambio en el referente de control o por inconstitucionalidad sobrevenida, porque el vicio que afecta la constitucionalidad de la norma juzgada ocurrió con posterioridad al pronunciamiento de la Corte y consiste, por ejemplo, en la indebida sanción de la ley. La consideración de cosa juzgada como absoluta, en estos casos, parte de una ponderación realizada por la jurisprudencia entre seguridad jurídica y supremacía constitucional, en la que el control integral se esfuerza por buscar oficiosamente todos los posibles vicios que puedan afectar la norma bajo control, pero una vez declarada la constitucionalidad, opera una presunción de constitucionalidad de la norma juzgada, que no admite prueba en contrario, incluso si el cargo formulado con posterioridad escapó al control oficioso e integral. Por el contrario, la cosa juzgada respecto de las objeciones gubernamentales a los proyectos de ley (numeral 8) es relativa, en cuanto el control no es integral, sino limitado a la objeción y, por consiguiente, no obsta para que la ley finalmente adoptada pueda ser objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, por razones diferentes a las examinadas. Respecto de la cosa juzgada relativa, es decir, aquella presente en sentencias que declaran la exequibilidad de una norma y se predica exclusivamente *de* los cargos juzgados por una decisión anterior, ésta puede ser declarada de manera expresa o explícita en la parte resolutive de la sentencia, a través de expresiones como, por ejemplo, declarar exequible “por los cargos analizados”, pero también puede deducirse del análisis integral del fallo, para concluir que el control no fue integral, sino se contrajo a ciertos vicios de constitucionalidad. Corte Constitucional, Sentencia C-096 de 2017.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 563 de 1998.

este último entendido, que desarrolla el postulado del artículo 90 superior dentro de sus límites.

Constritio sensu este artículo encuentra simiente en posturas en que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado civilmente –patrimonialmente– responsables a particulares como contratistas del Estado, sin definir si los mismos estaban investidos o no de función pública, restringiendo su análisis a la mera constatación de que el particular era contratista y como tal, “colaborador de la administración”, de la mano de la lectura literal del parágrafo del artículo 2 de la Ley 678 de 2001. Véase:

- En sentencia del 15 de diciembre de 2017, en el marco de la acción de repetición, se estableció la responsabilidad patrimonial del contratista, al no haber cumplido con sus obligaciones contractuales de señalar un resalto en la vía, lo que causó la muerte a un ciudadano:

5. La jurisprudencia de la Sala ha sostenido que los particulares, cuando celebran un contrato, son colaboradores del Estado. Ese criterio jurisprudencial lo hizo suyo la Ley 80 de 1993, que en artículo 3 dispuso que mediante la contratación estatal **los contratistas “colaboran con las entidades estatales en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”**.

“Por este motivo, la acción de repetición se ha hecho extensiva a dichos particulares para que estos respondan civilmente por las condenas impuestas en contra del Estado como consecuencia de su actuar doloso o gravemente culposo”.

XXX “[...] era contratista del Instituto Nacional de Vías-INVIAS, en virtud del contrato n°. 1130 de 1995, cuyo objeto era la construcción por reubicación de la caseta de peaje “La Loma” en la carretera Bosconia-La Mata, según da cuenta copia auténtica del contrato, de la orden de iniciación, de su suspensión, reanudación, adiciones y de la resolución de caducidad del mismo (f. 65 a 109 c. 1)”.

XXX “[...] está legitimado en la causa por pasiva, pues era el contratista que, según la demanda, con su conducta gravemente culposa dio lugar a la indemnización por parte del Estado³⁴.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 15 de diciembre de 2017. Radicación No. 20001-23-33-003-2013-00155-01(57472) A. C.P. Dr. Guillermo Sánchez Luque.

- En sentencia del 10 de diciembre de 2018, al analizar los presupuestos de la acción de repetición en frente de la responsabilidad de dos contratistas (de obra e interventor), el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición puede dirigirse contra los particulares que investidos de funciones públicas hubieren ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, un daño antijurídico que la Administración se hubiere visto obligada a reparar, en virtud de una sentencia condenatoria, un acuerdo conciliatorio u otro medio alternativo de solución de conflictos.

De acuerdo con lo normado en el párrafo 140 del artículo 2 de la ibidem, **dicha categoría incluye a los contratistas, interventores, consultores y asesores, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas, dado que la norma en comento no realizó ninguna distinción.**

[...]

De igual manera, debe tenerse en cuenta que **no todos contratistas, interventores, consultores o asesores son sujetos pasivos de la acción de repetición, sino solo aquellos que desarrollen funciones relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales, dado que es a través de este mecanismo que la Administración confía en esta clase de particulares el ejercicio transitorio de funciones públicas.**

Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que, para la época en que ocurrieron los hechos –14 de mayo de 1996–, XXX S.A. fue contratista del Invías, en virtud del contrato de obra No. 1096 de 199544, cuyo objeto consistió en “la construcción del sector Orrapihuasi –Juntas– Depresión El Vergel, tramo K00+000 al K14+500” de la carretera que de Altamira conduce a Florencia.

Asimismo, ZZZZ S.A., dado que entre esta y el Fondo Nacional Vial (hoy Invías) se celebró el contrato No. 287 de 1985, cuyo objeto fue realizar la interventoría a la construcción del sector “Orrapihuasi –Juntas– Depresión El Vergel”, el cual incluía el tramo “K00+000 al K14+500” de la referida carretera.

Así las cosas, toda vez que XXX S.A. e ZZZZ S.A., en virtud de los contratos No. 1096 de 1995 y No. 287 de 1985, **actuaron como particulares investidos transitoriamente de funciones públicas**, pues tenían a su cargo **la construcción y la interventoría** de la obra donde ocurrió el daño antijurídico por el cual hoy se demanda en repetición, respectivamente, resulta lógico concluir que el tercer presupuesto de la presente acción se encuentra acreditado^{35 (*)}.

Así las cosas, mientras que se constató que tanto el contratista como el interventor desarrollaron funciones relacionadas con la ejecución del contrato, se concluyó que ello implicaba el ejercicio transitorio de funciones públicas, en tanto se les había confiado la construcción y la interventoría.

Esta decisión es problemática, en tanto que, si bien es evidente que, de tiempo atrás, se tiene claro que el interventor de una obra cumple función pública al constituirse en *los ojos* de la administración, no es clara la razón de dar el mismo tratamiento al contratista encargado de la obra. Pertinente enfentar entonces esta preocupación con la doctrina constitucional al decir que...

[...] el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.^{36 (*)}.

En nuestra una respetuosa opinión por la Corporación se debió en mi criterio (a criterio personal), estudiar si la actividad del contratista encargado de la construcción no se agotaba simplemente con la ejecución material de la labor de construcción, sino que, en efecto, la Administración se había desprendido en favor del contratista de funciones públicas para que este

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia del 10 de diciembre de 2018. Radicación No. 41001-23-31-000-2010-00166-01(60423). C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 563 de 1998.

(*) Resaltado y subrayados propios.

las ejecutara. No obstante, tal análisis no se presentó y se determinó que, por el simple hecho de realizar actividades en relación con la ejecución del contrato, el contratista de la obra estaba investido de función pública. No quiere ello, desde luego abogar por la irresponsabilidad civil del contratista, sino todo lo contrario, buscar que la misma se materialice teniendo en cuenta el vínculo contractual y su alcance, porque en tanto NO se cumpla con funciones públicas, el baremo es el del contrato y sus obligaciones, para lo que se tiene un medio de control específico.

- En la sentencia, atrás mencionada, se cita como fundamento jurídico el precedente que fuera sentado en la sentencia del 2 de agosto de 2018, Expediente No. 47.466, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, que dice:

Pues bien, de conformidad con lo previsto en la primera parte del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición se estructura a partir de un juicio de responsabilidad patrimonial subjetivo y personal, dirigido contra el servidor o ex servidor público, que con su acción prevalida de culpa grave o dolo dio lugar a la condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de un conflicto en contra del Estado, de manera que, hasta acá, es claro que el sujeto pasivo de la obligación de resarcir el daño (condena que pagó el Estado) es aquella persona natural que ostenta la condición de agente o ex agente de aquel.

“Sin embargo, el referido artículo 2 también considera como sujeto pasivo de la obligación y, en consecuencia, como sujeto de la acción de repetición, **a los particulares que ejercen función pública y, dentro de esta categoría, incluyó a los contratistas, interventores, consultores y asesores (parágrafo primero)**, pero no distinguió la naturaleza de estos, es decir, no distinguió a los particulares (dentro de los cuales se encuentran los contratistas, interventores, consultores y asesores) como personas naturales o como personas jurídicas.

“De manera que, como donde la ley no distingue no le es dable al intérprete hacerlo, principio general de interpretación jurídica no puede concluirse que solo las personas naturales, como agentes o ex agentes del Estado, pueden ser sujetos de la acción de repetición y que, entonces, las personas jurídicas no pueden serlo.

De nuevo, en este precedente se tiene que el Consejo de Estado entiende que los contratistas, interventores, consultores y asesores, por el simple hecho de realizar actividades en la celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal, ejercen funciones públicas, lo cual no es necesariamente cierto, en tanto si la labor del contratista se traduce y agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específica, y no comprende el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, no está investido de función pública.

Bajo este escenario que se presenta, en relación con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la procedencia de la acción de repetición contra particulares contratistas, interventores, consultorios y asesores, es necesario presentar una posición crítica, con el fin de sentar algunas bases doctrinarias para que en materia de la acción de repetición, como ha ocurrido en materia penal, disciplinaria o fiscal, se condicione su procedencia a que el contratista esté efectivamente investido de función pública. Sólo así, se respetará el límite constitucional de la misma.

El ejercicio de funciones públicas como elemento *sine qua non* para la procedencia de la acción de repetición contra contratistas del Estado

Desde una perspectiva personal, la línea jurisprudencial que apunta a decir que la simple condición de contratista hace al sujeto pasible de la acción de repetición, implica de suyo un rompimiento significativo con el principio de igualdad, cuando no se considera si por ese vínculo contractual se encuentra investido o no de función pública el ejecutor. ¿Qué efecto tendrá esta visión en los costos de transacción de la contratación pública?, ¿cómo deforma esta postura el reparto de riesgos y, en consecuencia, la visión del equilibrio económico de los contratos?, ¿en qué queda la aspiración de la Ley 80 de 1993 de tratar por regla general el contrato estatal bajo la óptica del régimen general de las obligaciones y de los contratos y sólo por excepción bajo instituciones de derecho público de alcance preciso y restringido?, ¿se vacía de contenido la liquidación del contrato que ha podido dejar a paz y salvo a un contratista, incluso por la vía judicial?, ¿cuál será, entonces, el ámbito de competencia del juez del medio de control contractual? y ¿reviven los términos de la acción contractual caducada? A

todas estas preguntas se aboca el intérprete, sino se reconduce la reflexión sobre el alcance de la acción de repetición, mediando la existencia de una relación contractual estatal y de un medio de control propio.

Dicho eso, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, han presentado, de manera clara, los derroteros necesarios para entender en qué momento la investidura de servidor público cobija o no al particular. Vale la pena recordarlo, en tanto este entendimiento resultó fundamental para determinar en qué circunstancia el particular contratista puede ser responsable tanto penal como civilmente, a partir de su asimilación a la calidad de *servidor público*. Entonces:

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado cuando el contratista, además de colaborador de la administración, asume funciones públicas y, por lo tanto, asume las responsabilidades propias de los funcionarios públicos:

3.9. Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución.

[...]

En las circunstancias descritas, **el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.**

Sin embargo, conviene advertir que **el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público,**

como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador^{37 (*)}.

Se tiene, entonces, que no puede entenderse que el particular que está vinculado con la administración, en virtud de un contrato estatal, asume por ese simple hecho las responsabilidades que les son propias a los servidores públicos. Para que pueda entenderse que asume las responsabilidades propias del servidor público, por lo menos en materia penal y civil (tanto más en la administrativa), el contratista debe ser depositario de funciones públicas mediante el correspondiente contrato, lo que exige, por parte del juez un análisis detallado de las obligaciones contenidas en el contrato, previo a tomar cualquier decisión sobre la responsabilidad del contratista.

Posteriormente, la Corte Constitucional indicó:

Cabe precisar, que si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual “solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones públicas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos.

No obstante, en esta materia se debe diferenciar el caso de las personas a las que se les asigna el cumplimiento de una función pública en los términos señalados –ley, acto administrativo, convención–, del supuesto de quienes prestan un servicio público, sometido en cuanto tal a un régimen legal especial pero que en sí mismo no implica necesariamente el ejercicio de una función pública.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 563 de 1998.

Por lo demás **ha de tenerse en cuenta el evento de aquellas personas que contratan con el Estado, pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público.**

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, es pertinente afirmar que es **solamente en relación con el ejercicio de funciones públicas por particulares en aquellos casos que establezca y autorice la Constitución y la ley** que se predica el grado especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia, circunstancia que como se verá más adelante, es necesario tener en cuenta para el cabal análisis de las disposiciones acusadas en el presente proceso^{38 (*)}.

Es claro entonces, que la Corte Constitucional siguió su línea jurisprudencial en relación con el entendimiento de que no en todos los casos el contratista (particular) asume las responsabilidades propias del servidor público; siendo posible solamente que atienda a tales responsabilidades si en virtud de la Ley, reglamento o contrato, se radica en cabeza de ese particular el ejercicio de funciones públicas.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia enseña con claridad meridiana lo siguiente:

En este asunto, por tanto, la asignación de tal calidad a quien fue acusado y condenado como coautor de un delito de sujeto activo calificado entraña la problemática propia del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 a cuyo tenor y bajo el supuesto de su vigencia determinada en providencias de abril 27 y junio 13 de 2005, radicados 19562 y 19695 respectivamente, “para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”, pues **aunque en principio la Sala consideró en su providencia de noviembre 10 de 2004, radicación 18158 que con base en dicho precepto y para efectos penales la condición de servidor público la adquiriría todo contratista sin restricción alguna pues dispone “la ley que los particulares en los**

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 037 de 2004.

(*) Resaltado y subrayados propios.

casos citados si bien no son evidentemente servidores públicos, dada la índole de la relación que en cada uno de sus distintos roles establece y consiguientemente la vinculación contractual que se genera con las diversas entidades estatales mediante el ejercicio de funciones públicas permanentes o transitorias, deben ser puestos en igualdad de trato y de exigencias en el marco de sus responsabilidades a aquellas predicables de los servidores públicos, sin que ello implique, desde luego, modificar la naturaleza que les es propia.

“En efecto, la relación que establecen los contratistas con las entidades estatales –como las denomina la Ley 80– o el ejercicio de funciones públicas por los particulares a título de consultores, interventores o asesores, los sitúa en un orden jurídico distinto al de los demás sujetos no cualificados, como lo ha destacado en copiosas decisiones la Corte Constitucional, lo que justifica plenamente que les sea dado un trato igual al de los servidores públicos en materia de responsabilidad civil y penal.

[...]

Tal concepción empero fue condicionada en posteriores decisiones (Radicados 24833 de marzo 13 de 2006, 23872 de julio 27 de 2006 y 22683 de mayo 9 de 2007, entre otros), de modo que en la actualidad no toda persona que celebra contratos con la administración es considerada servidor público para efectos penales pues “el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, solo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares”.

[...]

“No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.

“Frente a ello es indispensable destacar que, para llegar a dicha conclusión, **se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a**

realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.

“Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.

“En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

[...] **“En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública.**

“En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas adquiridas a través del vínculo contractual público, éste adquiere automáticamente la investidura de servidor público y, por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios. Por su parte, cuando la naturaleza del contrato no conlleva el transferimiento de una función pública al contratista, el mismo continúa manteniendo la calidad de particular”.

[...] ³⁹ (*)

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de marzo de 211. Proceso No. 31797. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

(*) Resaltado y subrayados propios.

De la lectura de esta providencia, es claro que la Sala de Casación Penal se encontró en una situación similar a la de la acción de repetición en relación con el párrafo primero del artículo 2 de la Ley 678 de 2001. La solución que brindó entonces la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal fue inicialmente como la que hoy toma el Consejo de Estado, es decir, no entró a constatar si el particular contratista estaba o no investido de función pública en virtud del contrato. Pero tal entendimiento cambió y evolucionó a uno que consideró más adecuado y apegado a nuestro ordenamiento jurídico, que es precisamente entender que no en todos los contratos que celebra la administración con particulares se radican competencias y funciones públicas en cabeza de éstos, por cuanto los contratos pueden simplemente consistir en la ejecución de actividades materiales y no en el ejercicio efectivo de función pública, Así las cosas, sólo en estos últimos casos es posible determinar que el particular puede ser declarado penal y civilmente responsable por su actuar. En los casos en que no pueda determinarse que el contratista estaba investido de función pública, la única forma de reclamarle será entonces el escenario de la responsabilidad contractual.

En una misma línea, sigue la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, al señalar que:

Ahora bien, impera recordar que en no pocas providencias esta Colegiatura ha acogido el referido criterio, en punto de señalar que si bien el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal carácter se adquiere únicamente cuando en razón del contrato estatal, aquellos, quienes por regla general fungen como particulares, de manera excepcional asumen funciones públicas, esto es, cuando el contrato les transfiere una función de tal naturaleza, no cuando, como ocurre en la mayoría de situaciones, se trata de una labor simplemente material.

En tal sentido ha dicho esta Corporación refiriéndose al caso de un particular contratado por el INAT para realizar la labor de suministrar e instalar material requerido para el funcionamiento de algunas bombas utilizadas en el riego:

“El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en

virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123- 3 y 210-2 de la C. P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, **siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos**”

[...] Más recientemente, en el caso de unos particulares contratados por la Secretaría de Salud del Departamento de Santander para que produjeran un material educativo, capacitaran a la comunidad en la prevención de enfermedades y efectuaran un diagnóstico de la población discapacitada en 16 municipios de la provincia de Soto, dijo la Sala que **tales contratos no tenían por objeto transferir de alguna manera funciones públicas a los contratistas, pues se trató únicamente de la realización de actividades de la entidad oficial en procura de asegurar algunos de sus objetivos públicos en beneficio de la comunidad del citado departamento, y por tanto, aquellos carecían de la condición de servidores públicos.**

[...] Palmario resulta que conforme a la línea jurisprudencial atrás destacada, el contrato que dio lugar a este averiguatorio no tenía por objeto transferir de alguna manera funciones públicas a MARIO ELÍAS FLORIÁN, como que no se trató de figuras tales como la concesión, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos, sino únicamente de la realización de actividades del Fondo Nacional de Caminos Vecinales en procura de cumplir algunos de sus cometidos en beneficio de la comunidad del Departamento de Caldas⁴⁰ (*).

Resulta, entonces, clara también la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual sólo será penal y civilmente responsable aquel contratista que, en virtud del contrato, fue investido efectivamente de función pública.

Este entendimiento tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia es el que, según opinión personal, debe adoptarse sin ambages en la jurisprudencia contenciosa en relación con la acción de repetición. Para ello, el camino es sencillo: el párrafo en comento debe leerse de conformidad con las reglas expuestas tanto por la Corte

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 29 de agosto de 2012. Proceso No. 38695. M.P. Dra. María del Rosario González Muñoz.

(*) Resaltado y subrayados propios.

Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es decir, que para efectos de la acción de repetición el particular, ya sea contratista, interventor, consultor o asesor pueda ser considerado como funcionario público, debe estar, efectivamente investido de la función pública mediante la transferencia de esta en el contrato. Y, ¡quién mejor que el máximo tribunal de lo contencioso para reflexionar sobre el alcance de la función pública!

Sirvan estas líneas de reflexión, al buen propósito de contribuir en el entendimiento y claridad de una acción que representa sin duda un patrimonio en la búsqueda de una administración proba y diligente. Nada de lo aquí dicho pretende debilitarla, sino más bien, fortalecerla, desde la comprensión de sus límites. Ello permitirá, a su vez, que no se desfigure la saludable transformación del contrato estatal, que de construcciones y formas rígidas en el derecho administrativo, ha trasegado hacia un vehículo guiado por regla general por el derecho común de las obligaciones y de los contratos, y que entiende que las intromisiones del derecho público en su concepción y ejecución, son taxativas, limitadas e inspiradas en la protección del interés público, pero que, por lo mismo, deben preservar celosamente la igualdad de trato para los contratistas.

Se somete, respetuosamente, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia estas reflexiones, como foro natural de las preocupaciones jurídicas.

Villa de Leyva, mayo de 2021.