

## **ACCION DE REPETICION - Régimen legal**

La acción de repetición fue consagrada en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000, como un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente en razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo, pueda solicitar de éste el reintegro de lo que ha pagado como consecuencia de una sentencia. De conformidad con la disposición anotada, el particular afectado o perjudicado con el daño antijurídico por la acción u omisión estatal, se encuentra facultado para demandar bien a la entidad pública o bien a esta y su respectivo(s) funcionario(s). En este último evento, la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso. Esta posibilidad ha sido consagrada también en ordenamientos especiales tales como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, la cual en su artículo 71 consagró que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”, norma referida, en este caso, a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

## **ACCION DE REPETICION - Régimen jurídico**

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. Dicha ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

## **ACCION DE REPETICION - Marco legal**

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

## **ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo**

Sin embargo, los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra funcionarios o exfuncionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían

un régimen integrado por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política. Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual la norma nueva rige hacia el futuro, de manera que aquella sólo rige para los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; sólo excepcionalmente las leyes pueden tener efecto retroactivos.

### **ACCION DE REPETICION - Aplicación de ley en el tiempo**

Lo anterior da a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público acaecida con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada como dolosa o gravemente culposa. De manera que si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquella y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

### **ACCION DE REPETICION - Régimen aplicable**

En este caso, los hechos o actuaciones que dieron lugar a la acción de repetición fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, de manera que las normas sustanciales aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado, casos en los cuales resulta necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que plantea el Código Civil. Por su parte, en relación con los aspectos procesales previstos en la Ley 678, se encuentra que dichas normas, al tener la naturaleza de derecho y orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con el artículo 6º del C. de P. C., son, por regla general, de aplicación inmediata en los términos del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. En el presente caso, toda vez que la demanda se presentó cuando ya estaba vigente la Ley 678 de 2001 -4 de febrero de 2009-, se encuentra que son aplicables las disposiciones procesales previstas en la citada normatividad. En consecuencia, en relación con los aspectos sustanciales que regulan la acción de repetición, son aplicables al presente asunto las disposiciones jurídicas vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001; por su parte, tienen plena aplicación los aspectos procesales previstos en esta última normatividad.

### **ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo / ASPECTOS SUSTANCIALES - Régimen aplicable**

Así las cosas, puesto que los aspectos sustanciales previstos en la Ley 678 no resultan aplicables al presente asunto, tampoco lo son las causales dispuestas en dicha normatividad, las cuales, con su configuración, hacen presumir el dolo y la

culpa grave, razón por la cual, basta este sólo argumento para desvirtuar algunas de las razones de inconformidad manifestadas por el demandante contra el auto impugnado, en el sentido de que para que se decretaran las medidas cautelares solicitadas se encontraba relevado de probar la culpa grave con la cual, al parecer, habrían actuado los ex funcionarios demandados, dada la supuesta configuración en el presente caso de una de las causales consagradas en el la Ley 678 que permiten presumir dicha culpa, toda vez que la normatividad en la cual se sustenta esa argumentación no resulta aplicable en el asunto sub examine.

### **MEDIDAS CAUTELARES - Clases**

Las medidas cautelares se clasifican, dependiendo del objeto sobre el cual recaen, en reales, personales y probatorias. Las primeras se refieren a bienes objeto del litigio, sea en aquellos casos, por ejemplo, en los cuales se discute la titularidad del derecho de dominio de un inmueble y se registra la demanda o en aquellos en los cuales aún cuando los bienes no sean objeto del litigio, van a quedar afectados en virtud del decreto de un embargo con el cual se busca asegurar el pago de una obligación, cuyo cobro se presente en un proceso ejecutivo. Las personales, como su nombre lo indica, dicen relación con las personas que son parte del proceso o que se encuentran vinculadas al mismo, como por ejemplo en los procesos de familia, disponer la custodia provisional de los hijos dentro mismo proceso. Por su parte, las medidas cautelares de índole probatoria se refieren a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas, aún cuando frente a este aspecto la doctrina no se muestra pacífica. En relación con las medidas cautelares reales, se encuentra que todas ellas consisten en la imposición de una restricción, limitación o un gravamen al uso, goce y disposición del bien objeto de la medida, sea poniéndolo fuera del comercio, con su aprehensión material y administración por parte de un tercero a órdenes del juez o simplemente con la vinculación del bien objeto del litigio al proceso, independientemente de su titular, a través del registro de la demanda.

### **MEDIDAS CAUTELARES - Juicio de ponderación para su procedencia**

Para cada caso concreto, le corresponde al juez efectuar un juicio de ponderación, a través del cual se pueda definir, de manera racional y razonable, acerca de la necesidad del decreto de determinada medida cautelar con el fin de garantizar, en sus justas proporciones, el equilibrio entre el derecho del demandante a alcanzar una tutela judicial efectiva y la menor afectación a los derechos sustanciales y procesales del demandado.

### **ACCIONES DE REPETICION - Medidas cautelares / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Medidas cautelares**

De conformidad con lo anterior [artículos 23 y 24 de la Ley 678 de 2001], resultan procedentes las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes según las reglas del Código de Procedimiento Civil, así como el decreto de la inscripción de la demanda en el registro de los bienes sujetos a tales formalidades, las cuales podrán solicitarse al momento de presentar la demanda y el juez, antes de la notificación del auto admisorio del libelo, dispondrá, en tanto reúnan los requisitos previstos en el ordenamiento vigente, aquellas medidas que se hubieren solicitado. Tratándose de las medidas cautelares en las acciones de repetición y en el llamamiento en garantía con fines de repetición, se encuentra que el papel del Juez Administrativo, lejos de limitarse al examen puramente formal del contenido de las normas que regulan estos aspectos, comprende la realización de una tarea hermenéutica razonable y sistemática que de forma proporcional,

independiente y autónoma, conjugue tales aspectos y garantice el cumplimiento de las finalidades de la referida institución procesal, entendida como un medio para alcanzar la efectividad de las decisiones judiciales, pero sin que pueda desconocerse de forma arbitraria, innecesaria e irracional, los derechos sustanciales y procesales que le asisten a la parte demandada.

### **ACCIONES DE REPETICION - Procedencia de medidas cautelares / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Procedencia de medidas cautelares**

Una interpretación armónica y sistemática de la norma que dispone la procedencia del decreto de medidas cautelares en los procesos de repetición desde el momento de la presentación de la demanda, con la finalidad y la forma como en general se encuentra regulado el tema de las medidas cautelares en el ordenamiento legal vigente, permite a la Sala concluir que la admisión de las medidas preventivas en estos eventos sólo podrá realizarse en tanto existan razones objetivas que las justifique tales como la presencia de prueba sumaria, pero plena, del dolo o de la culpa grave respecto de la conducta de los demandados -incluso en aquellos procesos en los cuales sean aplicables los aspectos sustantivos de la Ley 678 de 2001 y, por ende, aún cuando se apliquen las presunciones a las cuales se refieren los artículos 5° y 6° de dicha normatividad- así como tales medidas preventivas serían procedentes cuando el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada, previa solicitud de tales medidas preventivas, por su puesto, de la parte interesada.

### **ACCIONES DE REPETICION - Medidas cautelares / LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Medidas cautelares / PRUEBA SUMARIA DEL DOLO O CULPA GRAVE - La procedencia de la medida cautelar no sólo se agota con esa prueba sumaria**

Cabe resaltar que la Sala en otras oportunidades ha puntualizado, con argumentos similares a los expuestos en la presente providencia, la necesidad de aportar prueba sumaria del dolo o culpa grave cuando se solicita el decreto de medidas cautelares al momento de la presentación de la demanda. Si bien la Sala reitera el anterior pronunciamiento, se precisa en esta oportunidad que el decreto de las medidas cautelares no se agota con o no se circunscribe únicamente al aporte de prueba sumaria del dolo o la culpa grave, puesto que el mismo efecto, como ya se advirtió, puede producirse, por ejemplo, cuando medie sentencia de primera instancia favorable al demandante, o cuando se haya recaudado en debida forma prueba de confesión o admisión de responsabilidad proveniente del demandado.

### **PRUEBA SUMARIA DEL DOLO O CULPA GRAVE - No la constituye la sentencia definitiva del proceso primigenio que declaró nulo el acto administrativo y que dio origen a la condena en contra del Estado**

Para acceder al decreto de las medidas cautelares solicitadas en este momento procesal, según lo expuesto, se requeriría que el demandante pruebe de manera sumaria pero plena el dolo o la culpa grave con la cual habrían actuado los demandados, sin que ello implique, claro está, prejuizgamiento alguno en relación con la decisión final que se vaya a proferir, puesto que lo que se pretende en esta instancia es lograr el convencimiento del juez de que las medidas preventivas a decretar son justas, proporcionales y necesarias, más allá de la sola presencia de los argumentos consignados en el libelo demandatario y adicional a la caución que

para estos efectos debe constituirse. Como anexo de la demanda se aportó copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el 18 de octubre de 2007, mediante la cual se condenó a la parte demandante al pago de unas sumas dinero, lo cual constituye el fundamento que dio lugar al inicio de la presente acción de repetición. Al respecto, esta Sala, en otras oportunidades, ha advertido acerca de la improcedencia de tener como prueba en los juicios de repetición, la sentencia definitiva del proceso primigenio que declaró nulo un acto administrativo y que dio origen a la condena en contra del Estado, para efectos de acreditar el dolo o culpa grave con la cual habría actuado el funcionario o ex - funcionario demandado, comoquiera que si bien de la mencionada providencia se podría deducir la existencia de un proceso, la naturaleza del acto administrativo, la Corporación que la profirió y la fecha y decisión final correspondiente, lo cierto es que no sirve para probar los hechos que fundamentaron la expedición del respectivo acto administrativo, ni mucho menos puede constituir prueba del dolo o de la culpa grave del funcionario que lo hubiere expedido, puesto que, de ser ello posible, comportaría la ocurrencia de situaciones incompatibles con el debido proceso, en la medida en que se estarían teniendo en cuenta medios probatorios en relación con los cuales el demandado en el juicios de repetición no intervino en su producción o contradicción, además de que ello supondría que el juez no sería a quien le correspondería valorar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, dado que estaría obligado a aceptar el juicio realizado por otro funcionario judicial, sumado al hecho de que la finalidad que persigue el proceso primigenio y la valoración de las pruebas que allí se realiza, no se encuentra encaminada a enjuiciar la conducta asumida por el funcionario que expidió el acto administrativo cuya legalidad allí se debate.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá D.C., marzo tres (3) de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00062-01(37590)**

**Actor: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA Y OTROS**

**Demandado: MARIA CAROLINA BARCO ISACKSON Y OTRO**

**Referencia: APELACION DE AUTO-ACCION DE REPETICION**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 5 de agosto de 2009, mediante la cual se denegó el decreto de unas medidas cautelares solicitadas por dicha parte.

## I. ANTECEDENTES :

### 1. Antecedentes procesales

1.1. En escrito presentado el 4 de febrero de 2009, el Distrito Capital de Bogotá D.C., actuando mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción de repetición contra los señores Juan Francisco Forero Gómez y María Carolina Barco Isackson, con el fin de que restituyeran los dineros pagados por el ente demandante, como consecuencia de la condena que le fue impuesta por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 18 de octubre de 2007(fl. 3 a 28 del Cd 1°).

1.2. En la misma fecha y en escrito independiente, la parte demandante solicitó el decreto y práctica de las siguientes medidas cautelares:

*“1. **Embargo y retención** de la quinta parte del salario, que exceda del mínimo legal, que mensualmente devenga la doctora MARIA CAROLINA BARCO ISACKSON, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.638.295 de Bogotá, en su condición de EMBAJADORA de Colombia ante la Embajada de los Estados Unidos de América.*

*En consecuencia, ruego al Honorable Magistrado ordenar que por secretaría se oficie al señor PAGADOR, o a quien esté encargado de la nómina del personal diplomático, del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, para que proceda a dar cumplimiento a la medida cautelar de embargo y retención de salarios, que su despacho decrete, y por consiguiente se pongan a su disposición por cuenta del proceso.*

*2. **Embargo y retención** de la quinta parte del salario, que exceda del mínimo legal, que mensualmente devenga el doctor JUAN FRANCISCO FORERO GOMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.226.003 de Bogotá, en su condición de servidor público de la COMISION NACIONAL DE TELEVISION.*

*(...)”.*

### 1.5. El auto apelado.

Mediante auto proferido el 5 de agosto de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, negó la solicitud de medidas cautelares, con fundamento en que a pesar de que el artículo 23 de la Ley 678 de 2001 no condiciona el decreto de medidas cautelares a la presentación de prueba

sumaria del dolo o culpa grave con la cual hubiere actuado el demandado, como sí se exige en relación con el llamado en garantía con fines de repetición, lo cierto es que el mencionado presupuesto obedecía a un criterio de razonabilidad que había sido aceptado por la jurisprudencia de esta Corporación, según el cual la acción de repetición, a diferencia de lo que ocurre en un proceso ejecutivo, es un proceso declarativo y de conocimiento, de manera que en el evento en el cual se decretaren en todos los casos las medidas cautelares que se llegaren a solicitar, se podrían cometer enormes perjuicios en contra del demandado, más aún cuando en todos los casos la caución podría no cubrirlos en su totalidad.

Afirmó que en el presente caso no se encontraban los elementos suficientes que hubieren permitido el decreto de las medidas cautelares *“que no se tornaran en irracionales, arbitrarias e injustificadas”*.

Señaló, en este sentido, que de la sentencia de responsabilidad proferida por el Consejo de Estado, la cual dio origen al presente proceso, no se señaló en ningún aparte que los funcionarios demandados hubieren actuado con dolo o culpa grave, conductas que tampoco pueden presumirse por la sola circunstancia de la existencia de una sentencia condenatoria en contra de la Administración, al igual que ocurre con el acta del Comité de Conciliación de la entidad demandante, en la cual si bien se consideró que resultaba claro que el actuar de los mencionados funcionarios habría sido gravemente culposo por violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, lo cierto es que también se señaló que sería esta Jurisdicción la que determinaría el grado de culpa en relación con la actuación de cada uno de ellos.

Así las cosas, concluyó que para el decreto de las medidas cautelares dentro de un proceso iniciado en ejercicio de la acción de repetición se requería acreditar un *“grado de certeza”* que permitiera determinar, de manera inequívoca, que la medida cautelar correspondiente resulta procedente, situación que en principio se demostraría con el aporte de prueba sumaria del dolo o culpa grave en las cuales, eventualmente, pudieron incurrir los demandados.

## **2. El recurso de apelación.**

El 24 de agosto de 2009, la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación contra la anterior providencia, con el fin de que se revocara y, en su lugar, se accediera al decreto de las medidas cautelares solicitadas.

Indicó que le sorprendió la decisión proferida por el Tribunal *a quo*, dado que previamente, mediante auto del 22 de abril, el Despacho del Magistrado Ponente del presente asunto había fijado el monto de la caución respectiva, la cual fue constituida por la parte demandante, situación que suponía que el paso siguiente era el decreto de las mencionadas medidas cautelares.

Adujo que no entendió la razón por la cual el Tribunal exigió el aporte de prueba sumaria del dolo o de la culpa grave, cuando este requisito no lo exigía la norma, sumado al hecho de que de conformidad con la Ley 678 de 2001, tanto el dolo, como la culpa grave se presumen a partir de las causales taxativamente señaladas en la misma normatividad, dentro de las cuales, para el caso en particular, se configuraba la causal prevista en el numeral 1° del artículo 6°, puesto que la sentencia del Consejo de Estado que dio origen a la presente acción de repetición se basó en la omisión en la aplicación de una norma de derecho, cuando se estaba en la obligación de hacerlo, lo cual se debía entender como una violación manifiesta e inexcusable de una disposición jurídica, razón por la cual el Distrito Capital de Bogotá se encontraba relevado de presentar prueba alguna sobre la culpa grave, en virtud de la presunción establecida en la ley para estos efectos.

Sostuvo que una de las funciones del Comité de Conciliación es la de realizar los estudios pertinentes para determinar la procedencia de la acción de repetición, estudio que se realizó, debidamente, al analizar el contenido de la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, en la cual se evidenció la violación manifiesta, por parte de los funcionarios demandados, de una norma jurídica, la cual se estaba en la obligación de aplicar.

Manifestó que la labor de determinar los elementos subjetivos del dolo o de la culpa grave correspondía al juez de conocimiento, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso y que, en este momento procesal, el demandante sólo estaba ejerciendo el privilegio que le otorgaba el artículo 6° de la Ley 678, al prever, como presunción legal, la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho,



lo cual le permitía presentar la demanda y relevarlo de la presentación de pruebas al respecto. Por lo anterior, podía solicitar el decreto de medidas cautelares sin que se le pudiese exigir otro requisito que el de la constitución de la caución respectiva, como sucedió y se cumplió en el presente asunto.

De forma adicional argumentó que el Tribunal *a quo* no podía exigir un requisito que no había sido previsto por el legislador para la acción de repetición –prueba sumaria del dolo o culpa grave–, más aún cuando de conformidad con el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo está sometidos al imperio de la ley y, según el artículo 17 del Código Civil, la jurisprudencia sólo es obligatoria respecto de las causas en las cuales fueron pronunciadas.

De manera que, afirmó, el Tribunal *a quo* no podía apartarse de la regulación especial prevista en la Ley 678, para acudir a la aplicación de las disposiciones normativas propias de la acción de reparación directa, de extinción del dominio, de la acción fiscal y mucho menos de jurisprudencias que no tenían la misma fuerza obligatoria o que fueron dictadas con ocasión del ejercicio de otro tipo de acciones, contrariando lo dispuesto por el legislador.

3. Mediante auto del 16 de diciembre de 2009, este Despacho admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y ordenó el traslado del escrito de sustentación de la impugnación a la parte contraria y al Ministerio Público, por el término de 3 días, lapso durante el cual el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado indicó que en el presente caso no resultaba aplicable la Ley 678 de 2001, puesto que los hechos por los cuales se cuestiona la conducta de los ex funcionarios demandados ocurrieron el 30 de abril de 2001, esto es con anterioridad a la expedición de la citada ley, lo cual ocurrió el 4 de agosto del 2001.

En este orden de ideas, para el Ministerio Público no resultan aplicables las normas previstas en la Ley 678 que prevén los eventos en los cuales se presume el dolo y la culpa grave, de manera que la determinación de responsabilidad de los demandados deberá hacerse de conformidad con las normas vigentes al momento de ocurrir los hechos en los cuales se funda la demanda.

## **II. CONSIDERACIONES :**

Procede la Sala a determinar la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante consistentes en el embargo y retención de una parte del salario que actualmente devenga cada una de las personas que integran la parte demandada.

Para resolver el anterior cuestionamiento, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos: **a)** la legislación aplicable; **b)** La procedencia de medidas cautelares en las acciones de repetición o en el llamamiento en garantía con fines de repetición; **c)** el caso concreto.

#### **a. La legislación aplicable.**

La acción de repetición fue consagrada en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000, como un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente en razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo, pueda solicitar de éste el reintegro de lo que ha pagado como consecuencia de una sentencia. De conformidad con la disposición anotada, el particular afectado o perjudicado con el daño antijurídico por la acción u omisión estatal, se encuentra facultado para demandar bien a la entidad pública o bien a esta y su respectivo(s) funcionario(s). En este último evento, la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso.

Esta posibilidad ha sido consagrada también en ordenamientos especiales tales como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, la cual en su artículo 71 consagró que *“en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”*, norma referida, en este caso, a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la **acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición**”*.

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

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos, asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

Sin embargo, los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra funcionarios o exfuncionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual la norma nueva rige hacia el futuro, de manera que aquella sólo rige para los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; sólo excepcionalmente las leyes pueden tener efecto retroactivos.

Lo anterior da a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada como dolosa o gravemente culposa.

De manera que si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquella y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

En este caso, los hechos o actuaciones que dieron lugar a la acción de repetición fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001<sup>1</sup>, de manera que las normas sustanciales aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado, casos en los cuales resulta necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que plantea el Código Civil.

Por su parte, en relación con los aspectos procesales previstos en la Ley 678, se encuentra que dichas normas, al tener la naturaleza de derecho y orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con el artículo 6º del C. de P. C., son, por regla general, de aplicación inmediata en los términos del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor:

---

<sup>1</sup> Como se advirtió en la demanda, se pretende la declaración de responsabilidad por culpa grave en su actuar de los doctores María Carolina Barco Isackson y Juan Francisco Forero Gómez, al haber expedido la Resolución No. 0182 del **30 de abril de 2001**, por su parte según el Diario Oficial No. 44.509, la Ley 678 entró en vigencia el **4 de agosto de 2001**, esto es entonces, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que dieron lugar al inicio de la presente acción de repetición.

*“ARTICULO 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”*

Como se observa, la norma en cita prevé un régimen de transición respecto de la aplicabilidad de las normas procesales en relación con aquellos procesos que se hubieren iniciado bajo el imperio de una norma procesal anterior, eventos en los cuales se dispone que en aquellos procesos iniciados al momento de expedirse la nueva ley en los cuales existieren términos que hubieren empezado a correr y actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, éstos se regirán por la ley anterior.

En el presente caso, toda vez que la demanda se presentó cuando ya estaba vigente la Ley 678 de 2001 -4 de febrero de 2009-, se encuentra que son aplicables las disposiciones procesales previstas en la citada normatividad.

En consecuencia, en relación con los aspectos sustanciales que regulan la acción de repetición, son aplicables al presente asunto las disposiciones jurídicas vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001; por su parte, tienen plena aplicación los aspectos procesales previstos en esta última normatividad.

Así las cosas, puesto que los aspectos sustanciales previstos en la Ley 678 no resultan aplicables al presente asunto, tampoco lo son las causales dispuestas en dicha normatividad, las cuales, con su configuración, hacen presumir el dolo y la culpa grave, razón por la cual, basta este sólo argumento para desvirtuar algunas de las razones de inconformidad manifestadas por el demandante contra el auto impugnado, en el sentido de que para que se decretaran las medidas cautelares solicitadas se encontraba relevado de probar la culpa grave con la cual, al parecer, habrían actuado los ex funcionarios demandados, dada la supuesta configuración en el presente caso de una de las causales consagradas en el la Ley 678 que permiten presumir dicha culpa, toda vez que la normatividad en la cual se sustenta esa argumentación no resulta aplicable en el asunto *sub examine*.

No obstante lo anterior, la discusión de fondo no radica en la aplicación, o no, de las normas legales que disponen las causales cuya observancia dan lugar a la presunción del dolo o de la culpa grave, sino que el problema a resolver consiste

en determinar si, de conformidad con el ordenamiento vigente, existe la carga en la parte demandante de aportar prueba sumaria del dolo o de la culpa grave con las cuales habrían actuado los ex funcionarios demandados para acceder al decreto de las medidas cautelares que se llegaren a solicitar o si, por el contrario, la sola constitución de la caución resulta suficiente para lograr este efecto jurídico, por lo cual resulta pertinente realizar un estudio del conjunto de las normas que regulan estos aspectos.

**b. La procedencia de medidas cautelares en las acciones de repetición o en el llamamiento en garantía con fines de repetición.**

Las medidas cautelares han sido definidas *“como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado”*<sup>2</sup>.

Asimismo, las medidas cautelares se clasifican, dependiendo del objeto sobre el cual recaen, en reales, personales y probatorias. Las primeras se refieren a bienes objeto del litigio, sea en aquellos casos, por ejemplo, en los cuales se discute la titularidad del derecho de dominio de un inmueble y se registra la demanda o en aquellos en los cuales aún cuando los bienes no sean objeto del litigio, van a quedar afectados en virtud del decreto de un embargo con el cual se busca asegurar el pago de una obligación, cuyo cobro se presente en un proceso ejecutivo<sup>3</sup>.

Las personales, como su nombre lo indica, dicen relación con las personas que son parte del proceso o que se encuentran vinculadas al mismo, como por ejemplo en los procesos de familia, disponer la custodia provisional de los hijos dentro mismo proceso.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. MP: Jaime Araujo Rentería. Ver también Consejo de Estado. Auto del 31 de agosto de 2001. Expediente No. 16952. MP: Alier Hernández Enríquez.

<sup>3</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Novena Edición. Ediciones Dupré. Bogotá 2005. Pág. 1054.

Por su parte, las medidas cautelares de índole probatoria se refieren a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas, aún cuando frente a este aspecto la doctrina no se muestra pacífica<sup>4</sup>.

En relación con las medidas cautelares reales, se encuentra que todas ellas consisten en la imposición de una restricción, limitación o un gravamen al uso, goce y disposición del bien objeto de la medida, sea poniéndolo fuera del comercio, con su aprehensión material y administración por parte de un tercero a órdenes del juez o simplemente con la vinculación del bien objeto del litigio al proceso, independientemente de su titular, a través del registro de la demanda.

De ahí que exista una continua tensión entre la necesidad de que existan mecanismos que tiendan a garantizar la efectividad y el cumplimiento de los efectos de una decisión judicial y el hecho de que tales medidas puedan eventualmente generar un daño injustificado, no proporcional y arbitrario a los derechos del demandado, a través del ejercicio abusivo de tales mecanismos.

Respecto de la aludida tensión entre la necesidad de la existencia de medidas cautelares y los derechos del demandado, así como la labor del legislador y del juez en la configuración y aplicación de dichas figuras, la Corte Constitucional ha dicho:

*“Sobre este particular, la Corte ha señalado que las medidas cautelares desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229).<sup>5</sup>*

*Por otra parte, también ha señalado la Corte que como las medidas cautelares, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio, “... el legislador, aunque goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente...”, en atención a que las mismas pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso<sup>6</sup>. Agregó la Corte que existe una tensión entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar los derechos del demandado, razón por la cual “... **la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo***

---

<sup>4</sup> Ibidem. Pág. 1055.

<sup>5</sup> Sentencia C-490 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>6</sup> Ibid.

**cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados.”<sup>7</sup>**

Dijo la Corte:

“... en algunos ordenamientos, como el español, la ley establece tres exigencias<sup>8</sup> para que pueda decretarse la medida cautelar, a saber, que (i) **haya la apariencia de un buen derecho (“fumus boni iuris”)**, esto es, **que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia;** (ii) que haya un peligro en la demora (“periculum in mora”), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que el demandante preste garantías o “contracautelas”, las cuáles están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas.”<sup>9</sup>

La realización de esa ponderación que debe hacerse entre los distintos intereses en tensión corresponde al legislador y debe cumplirse bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

A ese respecto, el legislador cuenta con una amplia potestad de configuración para establecer las medidas cautelares que resulten aplicables en los distintos procesos. Es así como la ley debe definir el tipo de medidas cautelares que pueden decretarse, la oportunidad en que ello puede hacerse y los procedimientos aplicables para el efecto.

**El legislador ha previsto distintas medidas cautelares, que varían en su naturaleza, la oportunidad para decretarlas y la efectividad en la protección de los derechos amenazados.** Así, por ejemplo, el registro de la demanda, previsto en el literal a del numeral 1º del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, implica cierta protección para los derechos del demandante y, aunque la medida no es tan efectiva a ese propósito como otras, resulta, a su vez, menos gravosa para el demandado. Las medidas de embargo y secuestro, por su parte, son mucho más efectivas en el propósito de garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante, pero comportan un gravamen mayor para el demandado que debe soportarlas.

**De este modo, tanto el legislador como el juez, en el momento de ponderar la procedencia de las medidas cautelares, deben atender, no solo a los criterios que de manera general se predicán de todas ellas, sino también a la consideración del tipo medida que resulta aplicable en cada caso. Tal consideración comporta la realización de un juicio sobre proporcionalidad de la medida preventiva en relación con las limitaciones que la misma impone a los derechos del demandante y el tiempo previsible en que dichas limitaciones se mantendrán en vigencia, extremos, estos últimos, entre los cuales existe, en principio, una relación**

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, I Diez-Picazo Giménez. “Medidas Cautelares” en **Enciclopedia Jurídica Básica**, Madrid, Civitas, 1995, Tomo III, pp 4227 y ss.

<sup>9</sup> Sentencia C-490 de 2000



*inversa; esto es, a mayor duración de la medida, menores niveles de afectación de los derechos del demandado resultan admisibles.*

*De este modo, en el Código de Procedimiento Civil, por ejemplo, como regla general, las medidas de embargo y secuestro, se reservan para los procesos ejecutivos, en la medida en que los mismos suponen la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, lo que a su vez permite presuponer que el proceso –y con ello la vigencia de la medida cautelar– no tendrá una duración prolongada.*

*Por el contrario, para algunos procesos civiles declarativos, cuya complejidad y duración son de ordinario mayores, la ley prevé como medida cautelar el registro de la demanda, que no implica sacar del comercio los bienes afectados con la medida y entraña un menor gravamen para los derechos del demandado que no ha sido vencido en juicio. En tales procesos la ley contempla la posibilidad del embargo y secuestro de bienes del demandado cuando se ha dictado sentencia condenatoria de primera instancia y la misma ha sido apelada, como medida de protección mientras se obtiene el pago o se inicia el proceso ejecutivo, de ser ello necesario.”<sup>10</sup> (Resalta la Sala).*

De manera que, para cada caso concreto, le corresponde al juez efectuar un juicio de ponderación, a través del cual se pueda definir, de manera racional y razonable, acerca de la necesidad del decreto de determinada medida cautelar con el fin de garantizar, en sus justas proporciones, el equilibrio entre el derecho del demandante a alcanzar una tutela judicial efectiva y la menor afectación a los derechos sustanciales y procesales del demandado.

En cuanto a la procedencia y oportunidad del decreto y práctica de medidas cautelares en las acciones de repetición y en el llamamiento en garantía con fines de repetición, los artículos 23 y 24 de la Ley 678 de 2001 previeron lo siguiente:

**ARTÍCULO 23. MEDIDAS CAUTELARES.** *En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se podrá decretar la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro.*

*Para decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado.*

**ARTÍCULO 24. OPORTUNIDAD PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES.** *La autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, decretará las medidas de inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro, embargo y secuestro de bienes, que se hubieren solicitado.*

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 2004. MP: Rodrigo Escobar Gil.

De conformidad con lo anterior, resultan procedentes las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes<sup>11</sup> según las reglas del Código de Procedimiento Civil, así como el decreto de la inscripción de la demanda en el registro de los bienes sujetos a tales formalidades, las cuales podrán solicitarse al momento de presentar la demanda y el juez, antes de la notificación del auto admisorio del libelo, dispondrá, en tanto reúnan los requisitos previstos en el ordenamiento vigente, aquellas medidas que se hubieren solicitado.

Ahora bien, según el aparte jurisprudencial antes transcrito, se puede advertir que la regulación legal que se ocupa de la procedencia de las medidas cautelares en el C. de P. C., -normatividad a la cual refiere expresamente el artículo 23 de la Ley 678-, obedece a la adopción de diferentes criterios entre los cuales se encuentran aquellos que determinan que entre mayor sea la duración de la medida cautelar, menores deben ser los niveles de afectación de los derechos del demandado, de manera que las medidas preventivas más gravosas para el extremo pasivo de la litis son procedentes para los procesos cuya duración no sea prolongada, tales como los ejecutivos, así como las medidas menos restrictivas, en principio, están contempladas para los procesos cuya complejidad y duración son por lo general mayores, como los de conocimiento.

En otras palabras, del análisis de la forma en la cual el legislador configuró el establecimiento de las medidas cautelares en los procesos judiciales –tratándose de aquellas que recaen sobre bienes–, se encuentra, al tenor de lo expuesto por la Corte Constitucional, que en principio y de manera general, no resulta procedente el decreto de medidas cautelares al inicio de un proceso de conocimiento, por la sencilla razón de que en estos eventos se parte de una total incertidumbre acerca del resultado del proceso, es decir, se desconoce si las pretensiones de la demanda van, o no, a prosperar, razón por la cual imponer una medida cautelar desde el principio de la litis podría resultar en extremo gravoso para el demandado, dada la duración prolongada que generalmente supone un proceso

---

<sup>11</sup> Aún cuando el artículo 23 de la Ley 678 de 2001, se refiere sólo a las medidas de embargo y secuestro de bienes **sujetos a registro** de conformidad con las reglas del C. de P. C., con lo cual podrían pensarse en principio que este tipo de medidas cautelares únicamente podría recaer sobre esta clase de bienes, lo cierto es que el artículo 27 siguiente prevé, de manera expresa, la posibilidad de decretar el embargo y secuestro de bienes **no** sujetos a registro, razón por la cual, una interpretación sistemática y armónica de las dos disposiciones aludidas, integrantes de un mismo cuerpo legal, permite entender que en los procesos regulados en la Ley 678 de 2001 proceden las medidas cautelares de embargo y secuestro de toda clase de bienes, esto es sujetos o no a registro.

ordinario al tiempo que podría comportar una vulneración al derecho al debido proceso y a la igualdad que debe existir entre las partes que intervienen en un asunto judicial.

Es por ello que el decreto de medidas cautelares, cuando se prevé esta posibilidad en procesos de conocimiento, parte de la existencia de criterios objetivos a través de los cuales se evidencie que la imposición de una medida restrictiva a la parte demandada se justifica en tanto sea necesario y pertinente, a partir de dichos criterios, para asegurar la efectividad y el cumplimiento de una decisión judicial.

Así, por ejemplo, las medidas de embargo y secuestro, en principio, estarían llamadas a ser aplicadas en los procesos ejecutivos, en la medida en que en esos casos se parte de la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a cargo del deudor, lo cual, sin duda, genera seguridad acerca de la existencia y exigibilidad del derecho que se pretende hacer valer, cuestión que por igual podría predicarse en relación con aquellos procesos ordinarios de responsabilidad civil contractual o extracontractual, en los cuales el demandante hubiere obtenido ya *sentencia favorable de primera instancia* y ésta hubiere sido apelada u objeto de consulta, caso en el cual, por razones obvias, se justifica el decreto de la medida cautelar para asegurar el cumplimiento de la decisión judicial que pueda proferirse, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia.

Y es que aún cuando el C. de P. C., permite el decreto de medidas cautelares en procesos ordinarios desde el momento de presentación de la demanda, lo cierto es que la procedencia de tales medidas se circunscribe a ciertas circunstancias y eventos especiales que de manera alguna admiten su generalización a cualquier tipo de proceso, puesto que esos mecanismos precautelares tienen por objeto bienes muebles o inmuebles sobre los cuales, en el asunto correspondiente, se discuta el derecho de dominio u otro derecho real principal, medidas que apenas se justifican puesto que, si lo que se trata es de definir la existencia y la titularidad de un derecho que recae sobre un bien determinado o sobre una universalidad de bienes, resulta pertinente la existencia y regulación de mecanismos encaminados, precisamente, a otorgar a esos bienes seguridad jurídica para permitir la efectividad y el cumplimiento de la decisión final que recaiga sobre éstos.

En este sentido, la regla general en relación con la procedencia de las medidas cautelares no incluye los procesos de conocimiento, dada la incertidumbre que

existe respecto de la prosperidad de las pretensiones desde el inicio del proceso, con la sola presentación de la demanda.

En consecuencia, la procedencia de medidas cautelares en el C. de P. C., teniendo en cuenta que todas éstas suponen la imposición de un gravamen en contra de la parte demandada, parten de contemplar la existencia de circunstancias de hecho y de derecho objetivas, adicionales a la sola presentación de la demanda o de las medidas cautelares, que permitan concluir que su decreto no se torne en irracional, arbitrario o injustificado respecto de los derechos procesales y sustanciales del extremo pasivo de la litis, en casos tales como aquellos en los cuales medie la existencia de una sentencia favorable de primera instancia o los que se apoyan en un título ejecutivo, o los procesos en los cuales se ha recaudado en debida forma prueba de confesión o de reconocimiento del derecho del demandante por parte del demandado.

Similar esquema se presenta tratándose de la justicia laboral, toda vez que sólo se permite el embargo y secuestro de bienes muebles del deudor o el mero embargo de los inmuebles en desarrollo de un proceso ejecutivo<sup>12</sup>, mientras que en el ordinario únicamente resulta procedente la imposición de una caución al deudor que garantice las resultas del proceso en todos aquellos eventos en los cuales el demandado efectúe actos que el juez estime encaminados a configurar su insolvencia, a impedir la efectividad de la sentencia o cuando se considere que se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones<sup>13</sup>, hipótesis, como se observa, aplicables en espacialísimas circunstancias.

Por su parte, en el proceso penal la situación no resulta del todo diferente, puesto que, según el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, son procedentes el decreto de medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, siempre y cuando existan *“motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros”*. Además, en este tipo de procesos es posible el decreto de medidas cautelares

---

<sup>12</sup> Artículos 101 y siguientes del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>13</sup> Artículo 85A ibidem.

sobre bienes del imputado o acusado necesarias para proteger el derecho a la indemnización de perjuicios causados con el delito, pero en todo caso el juez competente, como criterio para decretar las medidas solicitadas deberá atender, en primer lugar, las reglas previstas en el C. de P. C., para la limitación de los embargos y secuestros; asimismo deberá abstenerse de ordenar medidas cautelares cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios; ello sumado a la circunstancia de que el juez deberá también examinar, a solicitud del imputado, acusado o condenado, la necesidad de las medidas cautelares y, si lo considera pertinente, sustituirlas por otras menos gravosas o reducirlas cuando sean excesivas<sup>14</sup>.

En consecuencia, según la forma en la cual se encuentra configurado el sistema para la procedencia y el decreto de medidas cautelares en el ordenamiento legal vigente, puede llegarse a la conclusión, como principio general, que la sola presentación de la demanda, la sola solicitud de medidas cautelares o la sola constitución de la caución –la cual en algunos casos puede ser insuficiente para cubrir los perjuicios que se llegaren a causar al demandado con la medida– no resultan suficientes para acceder a su decreto, teniendo en cuenta que, en atención a la constante tensión que existe entre el derecho del demandante a hacer efectiva la decisión judicial que se llegare a proferir, frente a los derechos procesales y sustanciales del demandado, se impone la necesidad de contar con criterios objetivos y tangibles superiores a la simple enunciación de pretensiones que conduzcan a la conclusión de que la admisión de las medidas cautelares resulta necesaria y proporcional.

Tratándose de las medidas cautelares en las acciones de repetición y en el llamamiento en garantía con fines de repetición, se encuentra que el papel del Juez Administrativo, lejos de limitarse al examen puramente formal del contenido de las normas que regulan estos aspectos, comprende la realización de una tarea hermenéutica razonable y sistemática que de forma proporcional, independiente y

---

<sup>14</sup> Código de Procedimiento Penal. Artículo 93. *Criterios para decretar medidas cautelares*. El juez al decretar embargos y secuestros los limitará a lo necesario, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

El juez a solicitud del imputado, acusado o condenado, deberá examinar la necesidad de las medidas cautelares y, si lo considera pertinente, sustituirlas por otras menos gravosas o reducirlas cuando sean excesivas.

Artículo 94. *Proporcionalidad*. No se podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios.

autónoma, conjugue tales aspectos y garantice el cumplimiento de las finalidades de la referida institución procesal, entendida como un medio para alcanzar la efectividad de las decisiones judiciales, pero sin que pueda desconocerse de forma arbitraria, innecesaria e irracional, los derechos sustanciales y procesales que le asisten a la parte demandada.

En este sentido, resulta claro que la ley prevé la posibilidad de solicitar y decretar medidas cautelares desde el momento de presentación de la demanda, sin embargo, de conformidad con lo antes expuesto, permitir que con las solas razones de hecho y de derecho contenidas en el libelo demandatorio, se abra paso la admisión de tales medidas, podría representar un perjuicio excesivo e injustificado para el demandado, en la medida en que resulta obvio y elemental que la regla general en los procesos de conocimiento obliga a partir del principio de que el Juez, dada su neutralidad e imparcialidad ha de ubicar en un punto de total incertidumbre acerca del que puede llegar a ser el resultado final y definitivo del proceso, razón por la cual, la aplicación de esos mecanismos preventivos desde el inicio del proceso y con la sola presentación de la demanda, lejos de asegurar el cumplimiento de la finalidad para la cual fueron instituidos tales mecanismos comportaría una restricción injustificada, arbitraria y abusiva a los derechos del demandado.

Por lo anterior, una interpretación armónica y sistemática de la norma que dispone la procedencia del decreto de medidas cautelares en los procesos de repetición desde el momento de la presentación de la demanda, con la finalidad y la forma como en general se encuentra regulado el tema de las medidas cautelares en el ordenamiento legal vigente, permite a la Sala concluir que la admisión de las medidas preventivas en estos eventos sólo podrá realizarse en tanto existan razones objetivas que las justifique tales como la presencia de prueba sumaria, pero plena, del dolo o de la culpa grave respecto de la conducta de los demandados -incluso en aquellos procesos en los cuales sean aplicables los aspectos sustantivos de la Ley 678 de 2001 y, por ende, aún cuando se apliquen las presunciones a las cuales se refieren los artículos 5° y 6° de dicha normatividad- así como tales medidas preventivas serían procedentes cuando el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada, previa solicitud de tales medidas preventivas, por su puesto, de la parte interesada.

Cabe resaltar que la Sala en otras oportunidades ha puntualizado, con argumentos similares a los expuestos en la presente providencia, la necesidad de aportar prueba sumaria del dolo o culpa grave cuando se solicita el decreto de medidas cautelares al momento de la presentación de la demanda:

*“Por ello **las conductas indicadas, en la demanda o en el memorial de citación, a título de culpa grave o dolo** son extremos, fácticos y jurídicos, objeto de averiguación en el juicio, debido a que los procesos de cognición tienen como finalidad definir la verdad jurídica de las pretensiones y excepciones procesales, las cuales, por lo general, se edifican en afirmaciones definidas, que por su naturaleza deben demostrarse (art. 177 del C. P. C.). A este sentido de la finalidad de los procesos de conocimiento, se debe que en los de repetición o con fines de repetición - que son sub especie de los juicios de cognición - se interprete que la prueba sumaria de dolo o culpa grave, prevista en la ley 678 de 2001, es necesaria sólo para solicitar medidas cautelares y no como requisito de anexo de la demanda; así lo ha sostenido de la Sección Tercera del Consejo de Estado.*

*¿Y por qué esa exigencia, de prueba sumaria, para las medidas cautelares?. La respuesta se dilucida atendiendo a la finalidad y al objeto de dichas medidas, toda vez que están instituidas para amparar el patrimonio del demandante o del llamante, según el caso, pues buscan evitar que los bienes del demandado -en repetición o del llamado en garantía- se sustraigan de su patrimonio y se haga ilusoria la obligación reclamada en el proceso<sup>15</sup>; son pues, las medidas cautelares, actos de aseguramiento<sup>16</sup> que dicta el juez para proteger una situación jurídica o un derecho “así en el momento en que se hacen necesarias sean éstos solamente verosímiles o solo presumibles”<sup>17</sup>; decisiones en las cuales no se juzga ni se prejuzga sobre el derecho del peticionario<sup>18</sup>.” (Resaltado del texto original).*

(...)

*En este caso, con la solicitud de medidas cautelares la Nación no allegó prueba sumaria de culpa grave o de dolo del demandado en repetición (exfuncionario), pues la prueba documental que allegó, que es la sentencia condenatoria que se le dictó en contra, no es prueba sumaria de las imputaciones de “culpa grave y dolo” contra el demandado (...), toda vez que dicha sentencia sólo refirió a la obligación legal de las entidades públicas de repetir contra su ex Agente (...)<sup>19</sup>.*

---

<sup>15</sup> AZULA CAMACHO. Jaime. *Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo IV. Procesos ejecutivos.* Bogotá. Temis. 1994. Pág. 126.

<sup>16</sup> QUIROGA. Enrique. *Procesos y Medidas Cautelares.* Okey impresores. Bogotá. 1991. Págs. 278 y siguientes.

<sup>17</sup> GARCÍA Sarmiento. Eduardo. *Medidas Cautelares. Introducción a su estudio.* Librería El Foro de la Justicia. Bogotá. 1981. Pág. 9.

<sup>18</sup> COUTURE Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1990. Pág. 326.

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Auto del 2 de julio de 2004. Expediente 11001-03-26-000-2003-00001-01(24187). MP: María Elena Giraldo Gómez.

Si bien la Sala reitera el anterior pronunciamiento, se precisa en esta oportunidad que el decreto de las medidas cautelares no se agota con o no se circunscribe únicamente al aporte de prueba sumaria del dolo o la culpa grave, puesto que el mismo efecto, como ya se advirtió, puede producirse, por ejemplo, cuando medie sentencia de primera instancia favorable al demandante, o cuando se haya recaudado en debida forma prueba de confesión o admisión de responsabilidad proveniente del demandado

### **c. El caso concreto.**

El demandante solicitó el decreto de la medida cautelar de embargo y retención de la quinta parte del salario que exceda del mínimo legal, que actualmente devengan los funcionarios o ex - servidores demandados.

Por lo anterior, para acceder al decreto de las medidas cautelares solicitadas en este momento procesal, según lo expuesto, se requeriría que el demandante pruebe de manera sumaria pero plena el dolo o la culpa grave con la cual habrían actuado los demandados, sin que ello implique, claro está, prejuzgamiento alguno en relación con la decisión final que se vaya a proferir, puesto que lo que se pretende en esta instancia es lograr el convencimiento del juez de que las medidas preventivas a decretar son justas, proporcionales y necesarias, más allá de la sola presencia de los argumentos consignados en el libelo demandatario y adicional a la caución que para estos efectos debe constituirse.

Como anexo de la demanda se aportó copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el 18 de octubre de 2007<sup>20</sup>, mediante la cual se condenó a la parte demandante al pago de unas sumas dinero, lo cual constituye el fundamento que dio lugar al inicio de la presente acción de repetición.

Al respecto, esta Sala, en otras oportunidades, ha advertido acerca de la improcedencia de tener como prueba en los juicios de repetición, la sentencia definitiva del proceso primigenio que declaró nulo un acto administrativo y que dio

---

<sup>20</sup> Si bien en las copias que se enviaron a esta Corporación para surtir la impugnación –puesto que la apelación fue concedida en el efecto diferido– no se aportó la copia de la referida sentencia, lo cierto es que la Sala, con fundamento en los datos suministrados en la demanda, pudo consultar la providencia en las bases de datos que se encuentran a su disposición, sin necesidad de requerir al Tribunal *a quo* el envío del mencionado proveído.



origen a la condena en contra del Estado, para efectos de acreditar el dolo o culpa grave con la cual habría actuado el funcionario o ex - funcionario demandado, comoquiera que si bien de la mencionada providencia se podría deducir la existencia de un proceso, la naturaleza del acto administrativo, la Corporación que la profirió y la fecha y decisión final correspondiente, lo cierto es que no sirve para probar los hechos que fundamentaron la expedición del respectivo acto administrativo, ni mucho menos puede constituir prueba del dolo o de la culpa grave del funcionario que lo hubiere expedido, puesto que, de ser ello posible, comportaría la ocurrencia de situaciones incompatibles con el debido proceso, en la medida en que se estarían teniendo en cuenta medios probatorios en relación con los cuales el demandado en el juicios de repetición no intervino en su producción o contradicción, además de que ello supondría que el juez no sería a quien le correspondería valorar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, dado que estaría obligado a aceptar el juicio realizado por otro funcionario judicial, sumado al hecho de que la finalidad que persigue el proceso primigenio y la valoración de las pruebas que allí se realiza, no se encuentra encaminada a enjuiciar la conducta asumida por el funcionario que expidió el acto administrativo cuya legalidad allí se debate<sup>21</sup>.

Con todo, aún estudiando la sentencia proferida en el proceso primigenio que dio origen a la presente acción de repetición, se encuentra que si bien se accedió a las súplicas de la demanda, lo cierto es que, tal como lo advirtió el Tribunal *a quo*, no se emitió juicio alguno respecto de la conducta de los funcionarios demandados en el presente asunto, quienes al parecer profirieron las resoluciones impugnadas en aquél proceso, lo cual permite concluir que la sentencia –aún valorándose– no constituye prueba sumaria del dolo o la culpa grave con la cual habrían actuado los demandados, razón por la cual advierte la Sala que en el presente caso no se dan los presupuestos para acceder al decreto de las medidas cautelares solicitadas.

En consecuencia se confirmará el acto impugnado proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B.

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

---

<sup>21</sup> Ver entre otras: Consejo de Estado. Sentencia del 7 de mayo de 2008. Expediente: 540012331000199800869-01 (19.307), MP: Enrique Gil Botero.

## **R E S U E L V E :**

**Primero: Confirmar** el auto del 5 de agosto de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante el cual se denegó el decreto de las medidas cautelares solicitadas.

**Segundo:** Ejecutoriada esta providencia, **enviar** el expediente al Tribunal de origen para que continúe con el trámite del proceso.

### **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**  
**Presidenta de la Sección**  
Con aclaración de voto

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Con salvamento de voto

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

### **SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**ACCION DE REPETICION - Medidas cautelares / MEDIDAS CAUTELARES –  
No requieren la acreditación del dolo y la culpa grave**

Estoy convencido de que las medidas cautelares en acciones de repetición no requieren la acreditación del dolo y la culpa grave del demandado porque precisamente ese será un supuesto que integre el tema y el objeto de la prueba a lo largo del proceso y, de otro lado, que una interpretación estricta de las normas contenidas en los artículos 23 y siguientes de la ley 678 *ibidem*, no permite decretar las medidas precautelares de embargo y secuestro de bienes que operan para los procesos ejecutivos; lo anterior, con el razonamiento que se desarrolla a continuación.

## **ACCION DE REPETICION - Improcedencia de medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes**

El artículo 23 de la ley 678 de 2001, establece la posibilidad con que cuenta la parte demandante, en un proceso promovido a partir del ejercicio de la acción de repetición, de solicitar que se decreten medidas cautelares que procuren el cumplimiento de lo decidido en la respectiva sentencia. Como se aprecia, el legislador consagró de forma expresa las medidas cautelares procedentes en los procesos de repetición, y consisten en la posibilidad de decretar el embargo y secuestro de bienes del demandado, así como la inscripción de la demanda sobre los bienes que se encuentren sometidos a registro público. De otro lado, para el decreto y práctica de estos instrumentos precautorios resulta necesaria la constitución de caución que garantice los eventuales perjuicios que se le puedan irrogar al demandado y, además, la misma ley remite normativamente a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil a la hora de establecer la procedencia y perfeccionamiento. Del análisis de los artículos 23 y siguientes de la ley 678 de 2001, fuerza concluir que las medidas cautelares procedentes en los procesos de repetición, son las mismas estatuidas por el C.P.C. para los procesos ordinarios.

## **ACCION DE REPETICION - Sólo proceden las medidas cautelares previstas para los procesos ordinarios**

Según lo determinan los artículos 23 y 24 de la ley 678 de 2001, las medidas cautelares procedentes en los procesos de repetición son las de: i) embargo de bienes; ii) secuestro de bienes y, iii) inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro. Las medidas que se hubieren deprecado, además, pueden ser decretadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda. Al ser el proceso de repetición uno de naturaleza ordinaria, declarativo y de conocimiento, lo lógico es que las medidas cautelares sean restringidas y, precisamente, se evite así la generación de daños y perjuicios que puedan afectar a los demandados, máxime si, se itera, el derecho que se debate al interior del proceso es incierto y todavía no es exigible. Por consiguiente, si bien es viable que se decida acerca de su procedencia antes de la notificación del auto admisorio de la demanda (art. 24 ley 678 de 2001), las medidas de embargo, secuestro e inscripción de la demanda están circunscritas a determinados y específicos bienes, en armonía con la regulación contenida en el C.P.C., para los procesos de tipo declarativo o de conocimiento. Como se aprecia, las medidas cautelares contenidas y reguladas en los artículos 23 y siguientes de la ley 678 de 2001, coinciden con las permitidas y avaladas en el artículo 690 del C.P.C., sólo que a diferencia de esta última regulación, tratándose de la acción de repetición su decreto se deberá surtir antes de la notificación del auto admisorio de la demanda.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá D.C., marzo tres (3) de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00062-01(37590)**

**Actor: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA Y OTROS**

**Demandado: MARIA CAROLINA BARCO ISACKSON Y OTRO**

**Referencia: APELACION DE AUTO. ACCION DE REPETICION**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales me aparto de lo resuelto en el auto del 3 de marzo de 2010, mediante el cual se confirmó la providencia apelada, esto es, la que negó las medidas cautelares solicitadas por la demandante.

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

Si bien comparto la decisión que quedó plasmada en la parte resolutive, discrepo y me aparto por completo de las razones expuestas en la parte motiva del proveído, tal y como lo puse de presente en la respectiva deliberación que se originó en la Sala al momento de votar el proyecto que finalmente recibió el aval de la mayoría.

En efecto, entre otros aspectos, la Sala puntualizó:

**“De conformidad con lo anterior, resultan procedentes las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes<sup>22</sup> según las reglas del Código de Procedimiento Civil, así como el decreto de la inscripción de la demanda en el registro de los bienes sujetos a tales formalidades, las cuales podrán solicitarse al momento de presentar la demanda y el juez, antes de la notificación del auto admisorio del libelo, dispondrá, en tanto reúnan los requisitos previstos en el ordenamiento vigente, aquellas medidas que se hubieren solicitado.**

“En otras palabras, del análisis de la forma en la cual el legislador configuró el establecimiento de las medidas cautelares en los procesos judiciales –tratándose de aquellas que recaen sobre bienes–, se encuentra, al tenor de lo expuesto por la Corte

---

<sup>22</sup> Aún cuando el artículo 23 de la Ley 678 de 2001, se refiere sólo a las medidas de embargo y secuestro de bienes **sujetos a registro** de conformidad con las reglas del C. de P. C., con lo cual podrían pensarse en principio que este tipo de medidas cautelares únicamente podría recaer sobre esta clase de bienes, lo cierto es que el artículo 27 siguiente prevé, de manera expresa, la posibilidad de decretar el embargo y secuestro de bienes **no** sujetos a registro, razón por la cual, una interpretación sistemática y armónica de las dos disposiciones aludidas, integrantes de un mismo cuerpo legal, permite entender que en los procesos regulados en la Ley 678 de 2001 proceden las medidas cautelares de embargo y secuestro de toda clase de bienes, esto es sujetos o no a registro.

Constitucional, que **en principio y de manera general, no resulta procedente el decreto de medidas cautelares al inicio de un proceso de conocimiento, por la sencilla razón de que en estos eventos se parte de una total incertidumbre acerca del resultado del proceso, es decir, se desconoce si las pretensiones de la demanda van, o no, a prosperar, razón por la cual imponer una medida cautelar desde el principio de la litis podría resultar en extremo gravoso para el demandado**, dada la duración prolongada que generalmente supone un proceso ordinario al tiempo que podría comportar una vulneración al derecho al debido proceso y a la igualdad que debe existir entre las partes que intervienen en un asunto judicial.

**(...) Así, por ejemplo, las medidas de embargo y secuestro, en principio, estarían llamadas a ser aplicadas en los procesos ejecutivos**, en la medida en que en esos casos se parte de la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a cargo del deudor, lo cual, sin duda, genera seguridad acerca de la existencia y exigibilidad del derecho que se pretende hacer valer, cuestión que por igual podría predicarse en relación con aquellos procesos ordinarios de responsabilidad civil contractual o extracontractual, en los cuales el demandante hubiere obtenido ya *sentencia favorable de primera instancia* y ésta hubiere sido apelada u objeto de consulta, caso en el cual, por razones obvias, se justifica el decreto de la medida cautelar para asegurar el cumplimiento de la decisión judicial que pueda proferirse, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia.

“Y es que aún cuando el C. de P. C., permite el decreto de medidas cautelares en procesos ordinarios desde el momento de presentación de la demanda, lo cierto es que la procedencia de tales medidas se circunscribe a ciertas circunstancias y eventos especiales que de manera alguna admiten su generalización a cualquier tipo de proceso, puesto que esos mecanismos precautelares tienen por objeto bienes muebles o inmuebles sobre los cuales, en el asunto correspondiente, se discuta el derecho de dominio u otro derecho real principal, medidas que apenas se justifican puesto que, si lo que se trata es de definir la existencia y la titularidad de un derecho que recae sobre un bien determinado o sobre una universalidad de bienes, resulta pertinente la existencia y regulación de mecanismos encaminados, precisamente, a otorgar a esos bienes seguridad jurídica para permitir la efectividad y el cumplimiento de la decisión final que recaiga sobre éstos.

“En este sentido, la regla general en relación con la procedencia de las medidas cautelares no incluye los procesos de conocimiento, dada la incertidumbre que existe respecto de la prosperidad de las pretensiones desde el inicio del proceso, con la sola presentación de la demanda.

**(...) En este sentido, resulta claro que la ley prevé la posibilidad de solicitar y decretar medidas cautelares desde el momento de presentación de la demanda, sin embargo, de conformidad con lo antes expuesto, permitir que con las solas razones de hecho**

**y de derecho contenidas en el libelo demandatorio, se abra paso la admisión de tales medidas, podría representar un perjuicio excesivo e injustificado para el demandado,** en la medida en que resulta obvio y elemental que la regla general en los procesos de conocimiento obliga a partir del principio de que el Juez, dada su neutralidad e imparcialidad ha de ubicar en un punto de total incertidumbre acerca del que puede llegar a ser el resultado final y definitivo del proceso, **razón por la cual, la aplicación de esos mecanismos preventivos desde el inicio del proceso y con la sola presentación de la demanda, lejos de asegurar el cumplimiento de la finalidad para la cual fueron instituidos tales mecanismos comportaría una restricción injustificada, arbitraria y abusiva a los derechos del demandado.**

“Por lo anterior, una interpretación armónica y sistemática de la norma que dispone la procedencia del decreto de medidas cautelares en los procesos de repetición desde el momento de la presentación de la demanda, con la finalidad y la forma como en general se encuentra regulado el tema de las medidas cautelares en el ordenamiento legal vigente, permite a la Sala concluir que la admisión de las medidas preventivas en estos eventos sólo podrá realizarse en tanto existan razones objetivas que las justifique tales como la presencia de prueba sumaria, pero plena, del dolo o de la culpa grave respecto de la conducta de los demandados -incluso en aquellos procesos en los cuales sean aplicables los aspectos sustantivos de la Ley 678 de 2001 y, por ende, aún cuando se apliquen las presunciones a las cuales se refieren los artículos 5° y 6° de dicha normatividad- así como tales medidas preventivas serían procedentes cuando el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada, previa solicitud de tales medidas preventivas, por su puesto, de la parte interesada.

**(...) Por lo anterior, para acceder al decreto de las medidas cautelares solicitadas en este momento procesal, según lo expuesto, se requeriría que el demandante pruebe de manera sumaria pero plena el dolo o la culpa grave con la cual habrían actuado los demandados,** sin que ello implique, claro está, prejuizgamiento alguno en relación con la decisión final que se vaya a proferir, puesto que lo que se pretende en esta instancia es lograr el convencimiento del juez de que las medidas preventivas a

decretar son justas, proporcionales y necesarias, más allá de la sola presencia de los argumentos consignados en el libelo demandatario y adicional a la caución que para estos efectos debe constituirse.

“Como anexo de la demanda se aportó copia de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, el 18 de octubre de 2007<sup>23</sup>, mediante la cual se condenó a la parte demandante al pago de unas sumas dinero, lo cual constituye el fundamento que dio lugar al inicio de la presente acción de repetición.

“(...)” (negrillas y subrayado del original).

## 2. Fundamentos del disentimiento

Considero respetuosamente que el proveído incurre en dos significativos yerros: el primero, referido a la contradicción insalvable que se comete al señalar, de un lado, que las medidas de embargo y secuestro –propias de los procesos ejecutivos– son procedentes en la acción de repetición desde antes de la admisión de la demanda y, de otra parte, precisar que las mismas no son propias de los procesos de conocimiento o declarativos, y que, por consiguiente, al momento de su decreto el juez debe atender a los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad; el segundo, que en el caso concreto se hizo depender la medida cautelar de la acreditación, al menos sumaria, del dolo y la culpa grave del demandado, ingrediente que opera para la materialización del llamamiento en garantía pero no para que se decrete una medida de tipo cautelar en el proceso de repetición. Por lo tanto, considero que se hizo una aplicación extensiva del requisito del artículo 19 de la ley 678 de 2001, a un aspecto del proceso que no lo exigía.

En ese orden de ideas, estoy convencido de que las medidas cautelares en acciones de repetición no requieren la acreditación del dolo y la culpa grave del demandado porque precisamente ese será un supuesto que integre el tema y el objeto de la prueba a lo largo del proceso y, de otro lado, que una interpretación estricta de las normas contenidas en los artículos 23 y siguientes de la ley 678 *ibidem*, no permite decretar las medidas precautelares de embargo y secuestro de

---

<sup>23</sup> Si bien en las copias que se enviaron a esta Corporación para surtir la impugnación –puesto que la apelación fue concedida en el efecto diferido– no se aportó la copia de la referida sentencia, lo cierto es que la Sala, con fundamento en los datos suministrados en la demanda, pudo consultar la providencia en las bases de datos que se encuentran a su disposición, sin necesidad de requerir al Tribunal *a quo* el envío del mencionado proveído.

bienes que operan para los procesos ejecutivos; lo anterior, con el razonamiento que se desarrolla a continuación.

El artículo 23 de la ley 678 de 2001, establece la posibilidad con que cuenta la parte demandante, en un proceso promovido a partir del ejercicio de la acción de repetición, de solicitar que se decreten medidas cautelares que procuren el cumplimiento de lo decidido en la respectiva sentencia.

La disposición en comento preceptúa:

“En los procesos de acción de repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes **según las reglas del Código de Procedimiento Civil**. Igualmente, se podrá decretar la inscripción de la demanda de los bienes sujetos a registro.

“Para decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado.” (Se destaca).

Como se aprecia, el legislador consagró de forma expresa las medidas cautelares procedentes en los procesos de repetición, y consisten en la posibilidad de decretar el embargo y secuestro de bienes del demandado, así como la inscripción de la demanda sobre los bienes que se encuentren sometidos a registro público. De otro lado, para el decreto y práctica de estos instrumentos precautorios resulta necesaria la constitución de caución que garantice los eventuales perjuicios que se le puedan irrogar al demandado y, además, la misma ley remite normativamente a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil a la hora de establecer la procedencia y perfeccionamiento.

La Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la norma citada y declaró su exequibilidad, a partir del siguiente razonamiento:

“3.2. Desde luego, las medidas cautelares han de ser expresamente autorizadas por el legislador, quien no sólo define cuales son ellas, sino además fija requisitos de oportunidad para solicitarlas, en que procesos son procedentes, determina cuando se decretan, cómo se practican y, dado que pueden ocasionar perjuicios al demandado, habrá de dictar las normas para resarcirlos en caso de que ello fuere necesario, asuntos estos sobre los que ejerce con amplitud la potestad de dictar las leyes.



**“13.3. No son pues, las medidas cautelares exclusivas de los procesos de ejecución, como tampoco lo son tan sólo de una rama del Derecho en particular. Ellas pueden ser establecidas por el legislador según su propia apreciación de la conveniencia de hacerlo por política legislativa, e inclusive puede si así lo considera pertinente, utilizar la técnica de la remisión a leyes o a códigos de una materia determinada, para aplicarlos en otra, nada de lo cual vulnera la Carta Política.**

“13.4. Sentado lo anterior, no se ve entonces que resulten afectados de inconstitucionalidad los artículos 23 a 29 de la ley acusada, por cuanto en el primero de ellos se instituyan como procedentes al ejercer la acción de repetición el embargo y el secuestro de bienes, así como la inscripción de la demanda conforme a las reglas del procedimiento civil y se ordene al juez o magistrado la fijación de una caución judicial a cargo de la entidad demandante para garantizar los eventuales perjuicios que se le pudieren ocasionar al servidor público llamado en garantía, es decir, demandado para reembolsar eventualmente; **tampoco resulta contrario a la Carta Política que esas medidas precautorias se puedan decretar antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, pues precisamente su naturaleza y finalidades permiten hacerlo sin que eso signifique vulneración de las reglas propias del debido proceso; las formalidades para decretar el embargo de bienes sujetos a registro de que trata el artículo 25, así como las establecidas para la práctica del secuestro de esos bienes, se regulan, en lo esencial, por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y ello no quebranta disposición alguna de la Constitución;** tampoco la quebranta lo dispuesto en el artículo 26 con respecto a la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro antes de la notificación del auto admisorio de esta o del que admita el llamamiento en garantía, con indicación de las partes, clase de proceso, identificación del bien, número de matrícula y orden de registro, con efectos iguales a los que esta medida cautelar tiene en el procedimiento civil; en nada se quebranta la Carta Política por el artículo 27 de la ley en cuanto dispone, como en los demás procesos, que el embargo de bienes no sujetos a registro se perfecciona con el secuestro y que éste ha de recaer sobre los bienes que se denuncien como de propiedad del demandado; y, del mismo modo, es ajustado a la Constitución el artículo 29, en cuanto por la ley se establecen causales de procedencia de la petición que haga el demandado para el levantamiento de las medidas cautelares, ya sea porque fuere absuelto de la pretensión de repetición o, por la prestación de una caución dineraria, bancaria o mediante póliza expedida por una compañía de seguros por el monto que señale el juez para garantizar el pago de la condena, causal que opera tanto en el proceso de repetición que se adelante autónomamente, como en el caso del llamamiento en garantía o durante la ejecución del fallo...”<sup>24</sup> (Negritas adicionales).

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia C-484 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Del análisis de los artículos 23 y siguientes de la ley 678 de 2001, fuerza concluir que las medidas cautelares procedentes en los procesos de repetición, son las mismas estatuidas por el C.P.C. para los procesos ordinarios, tal y como pasa a explicarse:

2.1. Según lo determinan los artículos 23 y 24 de la ley 678 de 2001, las medidas cautelares procedentes en los procesos de repetición son las de: i) embargo de bienes; ii) secuestro de bienes y, iii) inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro. Las medidas que se hubieren deprecado, además, pueden ser decretadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda.

2.2. Al ser el proceso de repetición uno de naturaleza ordinaria, declarativo y de conocimiento, lo lógico es que las medidas cautelares sean restringidas y, precisamente, se evite así la generación de daños y perjuicios que puedan afectar a los demandados, máxime si, se itera, el derecho que se debate al interior del proceso es incierto y todavía no es exigible. Por consiguiente, si bien es viable que se decida acerca de su procedencia antes de la notificación del auto admisorio de la demanda (art. 24 ley 678 de 2001), las medidas de embargo, secuestro e inscripción de la demanda están circunscritas a determinados y específicos bienes, en armonía con la regulación contenida en el C.P.C., para los procesos de tipo declarativo o de conocimiento.

2.3. Como se aprecia, las medidas cautelares contenidas y reguladas en los artículos 23 y siguientes de la ley 678 de 2001, coinciden con las permitidas y avaladas en el artículo 690 del C.P.C., sólo que a diferencia de esta última regulación, tratándose de la acción de repetición su decreto se deberá surtir antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, en línea de pensamiento con lo defendido desde hace varios años por un sector de la doctrina procesal civil colombiana que ha sostenido:

“Sin embargo, en los procesos declarativos y en especial en el ordinario, no son frecuentes las medidas cautelares, porque se parte del errado supuesto de que como el derecho no está delimitado con claridad no deben darse las mismas, motivo por el que tienen un carácter totalmente excepcional y restringido, pues sólo se permiten en algunos de ellos y con un carácter más amplio sólo luego de fallo favorable de primera instancia, que como se verá en poco ayudan.”<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> LÓPEZ, Hernán Fabio “Procedimiento Civil – Parte Especial”, Ed. Dupré, 2004, Bogotá, Octava Edición, pág. 127.

La anterior posibilidad encuentra su sentido y justificación, en que la acción de repetición tiene como finalidad la protección del patrimonio público, es decir, su objeto consiste en el restablecimiento o recuperación del derecho colectivo mencionado que, además, tiene rango y protección constitucional en los términos establecidos en el artículo 88 superior. En esa medida, existen criterios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la posibilidad contemplada por el legislador en el artículo 23 de la ley 678 de 2001, al permitir que las medidas cautelares establecidas para los procesos ordinarios de naturaleza civil sean decretadas, inclusive, desde antes de la admisión de la demanda, a efectos de garantizar el pago de la eventual condena, e impedir conductas tendientes a la insolvencia, que puedan afectar la liquidez del patrimonio del sujeto como garantía general del Estado en calidad de acreedor.

Así las cosas, existiría una aparente antinomia entre los artículos 23 y 24 de la ley 678 de 2001, cuando el primero regula la procedencia de las medidas cautelares de embargo, secuestro o inscripción de la demanda en los mismos términos establecidos para los procesos ordinarios de responsabilidad civil del C.P.C. (numeral 8 del artículo 690)<sup>26</sup>, y el segundo fija una oportunidad para su decreto y práctica disímil a la regulada en el citado ordenamiento procesal civil; no obstante, esa supuesta contradicción puede ser solucionada a partir de una hermenéutica o interpretación armónica.

En efecto, el punto de distinción –justificada y razonable en los términos de la Corte Constitucional– entre uno y otro ordenamiento se encuentra en la específica protección que ostenta el patrimonio público como derecho colectivo, razón por la cual se permite que en un proceso de carácter declarativo o cognoscitivo sean decretadas y/o practicas medidas cautelares inclusive con anterioridad a la admisión de la demanda, previa constitución de caución por parte de la entidad demandante a efectos de garantizar los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandante, sin que lo anterior signifique una patente de curso para

---

<sup>26</sup> "(...) **8. En los procesos ordinarios donde se solicite el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia** y esta fuere apelada o consultada, aquél podrá pedir el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado, para lo cual el juez conservará competencia en lo relacionado con el decreto y práctica de tales medidas, y se procederá como se indica en el inciso segundo del artículo 356.

"Para decretar estas medidas, previamente se deberá prestar caución que garantice el pago de los perjuicios que con ellas se causen.

"La solicitud también podrá formularse ante el superior en la segunda instancia mientras éste no haya dictado sentencia..." (Negritas y subrayado adicionales).

abrir la gama de medidas cautelares consagradas para los procesos ejecutivos – contenidas y reglamentadas en los artículos 681 y 682 del C.P.C.

En otros términos, se insiste, la gama o haz de bienes o derechos embargables o secuestrables en sede de la acción de repetición, no puede ser aplicado bajo el prisma contenido en las disposiciones del C.P.C. para los procesos de ejecución, razón por la que, su aplicación debe estar circunscrita a bienes muebles, inmuebles, o sujetos a registro público de propiedad del demandado, pero no para otro tipo de derechos o bienes como, por ejemplo, los salarios u honorarios devengados por el funcionario o agente que integra el extremo pasivo de la litis.

Así mismo, vale la pena destacar que el funcionario o agente demandado podrá, en los términos del inciso final del numeral 8 del artículo 690 del C.P.C., constituir caución para solicitar el levantamiento del embargo o secuestro, u ofrecerla para impedir su práctica.

Por consiguiente, es la relevancia que ostenta el patrimonio público, la que permite la aplicación integrada del precepto sobre oportunidad contenido en el artículo 24 de la ley 678 de 2001, en concordancia con el tipo, naturaleza y trámite de las medidas cautelares reguladas en el numeral 8 del artículo 690 del C.P.C., sin que ello signifique el desconocimiento del principio de aplicación integral de la norma, máxime si como se precisó la remisión normativa de la ley 678 *ibidem*, no comprende el tipo de medidas ni la oportunidad, como quiera que estos son aspectos que cuentan con regulación propia y, por consiguiente, priman por especialidad sobre las disposiciones del C.P.C. En consecuencia, el envío normativo al C.P.C., debe entenderse en relación con el tipo de bienes sometidos a las medidas cautelares, y la posibilidad de constituir caución para impedir o levantar las medidas.

En ese orden de ideas, a efectos de analizar la hermenéutica de los artículos 23 y siguientes de la ley 678 de 2001, no resultan en esta ocasión aplicables las consideraciones trazadas por la Sección Tercera en el proveído del 24 de enero de 2007, expediente AG 2005-1295, en el que se solucionó la incongruencia normativa que opera entre las normas de artículos 58 y 60 de la ley 472 de 1998, en relación con la procedencia de medidas cautelares en acciones de grupo. En esa oportunidad se puntualizó<sup>27</sup>:

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 24 de enero de 2007, exp. 2005-1395, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“El efecto útil de las normas sobre medidas cautelares contenidas en la ley 472 de 1998 sólo puede lograrse si se aplica íntegramente el artículo 690 numeral 8 del Código de Procedimiento Civil y, por consiguiente, entender que las medidas procedentes en las acciones de grupo son las de embargo y secuestro posteriores a la sentencia de primera instancia favorable al demandante, cuando la misma sea objeto de apelación o de consulta, sin que tales medidas puedan ser decretadas en el auto admisorio de la demanda y practicadas antes de su notificación, porque la ley en cita remitió a unas medidas cautelares específicas, que aparecen contenidas en una disposición diferente y señalan la oportunidad y la forma de su práctica.

“En otros términos, como la ley 472 de 1998 no estableció de manera explícita cuáles serían las medidas cautelares procedentes en la acción de grupo sino que remitió a las medidas reguladas para procesos específicos en el Código de Procedimiento Civil, serán esas medidas y no otras y en las oportunidades procesales que esa normativa señale, las que podrán practicarse en las acciones de grupo. **En relación con este tipo de acciones, el legislador no defirió al juez la facultad de elegir el tipo de medidas cautelares procedentes sino que las señaló concretamente, por remisión que hizo al estatuto procesal civil, y no debe perderse de vista que tratándose de normas que señalan restricciones para las partes, no le es dable al juez imponer a su arbitrio y en la oportunidad que lo considere conveniente medidas que no han sido previstas por el legislador**<sup>28</sup>.

**“(...) 5. Se observa que el legislador ha sido reiterativo en su decisión de diferir para la etapa posterior a la sentencia de primera instancia la procedencia de medidas cautelares en los proceso de responsabilidad extracontractual. Así se observa, por**

---

<sup>28</sup> A este respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-484 de 2002, consideró: “...las medidas cautelares han de ser expresamente autorizadas por el legislador, quien no sólo define cuales son ellas, sino además fija requisitos de oportunidad para solicitarlas, en que procesos son procedentes, determina cuando se decretan, cómo se practican y, dado que pueden ocasionar perjuicios al demandado, habrá de dictar las normas para resarcirlos en caso de que ello fuere necesario, asuntos estos sobre los que ejerce con amplitud la potestad de dictar las leyes”.

ejemplo, que en el inciso segundo del artículo 146 de la ley 769 de 2002, *“por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”* que a juicio de la Corte Constitucional subroga el numeral 6º del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, se regula de idéntica manera la oportunidad en la cual pueden imponerse en los procesos de responsabilidad civil por perjuicios causados en accidentes de tránsito, en tanto señala que las medidas cautelares de embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño proceden una vez se dicte sentencia de primera instancia, siempre que el solicitante preste caución que garantice el pago de los perjuicios que la medida pueda causar<sup>29</sup>.

“6. Como se advierte, en la determinación de las medidas cautelares procedentes para los distintos juicios, el legislador ha tenido en cuenta la mayor o menor certeza sobre la existencia del derecho y, además, la naturaleza del derecho pretendido, de tal manera que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte intereses que son de mayor valía para la comunidad como lo es el patrimonio público. Es por esto que en algunos procesos de responsabilidad en los cuales se pretenda la reparación de perjuicios causados a las entidades públicas se aplican medidas cautelares antes de la notificación de la demanda o del auto de apertura del proceso, en su caso.

**“Así, por ejemplo, la ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, prevé en el artículo 12 la imposición de medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes del investigado en cualquier estado del proceso y el ordinal 7 del artículo 41 establece que el auto de apertura de responsabilidad fiscal deberá contener el decreto de las medidas cautelares, que deberán hacerse efectivas antes de la notificación de dicho auto a los presuntos responsables<sup>30</sup>.**

---

<sup>29</sup> Establece la norma. “En los procesos que versen sobre indemnización de perjuicios causados por accidentes de tránsito, una vez dictada la sentencia de primera instancia, sin importar que ésta sea apelada o no, el juez decretará el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño, siempre y cuando el solicitante preste caución que garantice el pago de los perjuicios que con la medida puedan causarse. Tal medida se regirá por las normas del libro IV del Código de Procedimiento Civil, y se levantará si el condenado presta caución suficiente, o cuando en recurso de apelación se revoque la sentencia condenatoria o si el demandante no promueve la ejecución en el término señalado en el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil, o si se extingue de cualquier otra manera la obligación”.

<sup>30</sup> “Artículo 12. Medidas cautelares. En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe. “Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

“Al estudiar la demanda que se formuló contra la última disposición, la Corte Constitucional la declaró exequible, por considerar que en el proceso de responsabilidad fiscal dichas medidas estaban justificadas por la finalidad que se perseguía con el proceso, que no es otra que la preservación del patrimonio público mediante el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal, con lo cual se buscaba evitar que el investigado se insolventara con el fin de anular o impedir los efectos del fallo que se dictara dentro del mismo, todo sin dejar de advertir la obligación en que se encontraban las contralorías frente al principio de la necesidad de la prueba, y llegado el caso, de adelantar la indagación preliminar prevista en el artículo 39 de la misma ley<sup>31</sup>.

**“De igual manera, la ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta la 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, estableció la procedencia de medidas cautelares de embargo, secuestro e inscripción de la demanda antes de la notificación de lademanda<sup>32</sup>. Las normas que establecieron dichas medidas fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional<sup>33</sup>.**

---

“Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida.

“Parágrafo. Cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios”.

“Artículo 41. Requisitos del auto de apertura: El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.”

<sup>31</sup> Sentencia C-840 de 2001.

<sup>32</sup> Artículo 23. *Medidas cautelares*. En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se podrá decretar la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro.

Para decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado.

Artículo 24. *Oportunidad para las medidas cautelares*. La autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, decretará las medidas de inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro, embargo y secuestro de bienes, que se hubieren solicitado.

Artículo 25. *Embargo y secuestro de bienes sujetos a registro*. A solicitud de la entidad que interponga la acción de repetición o que solicite el llamamiento en garantía, la autoridad judicial decretará el embargo de bienes sujetos a registro y librárá oficio a las autoridades competentes para que hagan efectiva la medida en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.

**“Pero se advierte que en los procesos de responsabilidad a que se ha hecho alusión, el interés tutelado es el patrimonio público, en tanto que en los procesos de responsabilidad que se adelanten en acciones de grupo el interés tutelado es el patrimonio individual,** y aunque es cierto que la Constitución protege la propiedad privada (art. 58) y que entre las finalidades reconocidas a dicha acción están las de *“optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración pública y de los grupos económicamente más fuertes”*<sup>34</sup>, lo cierto es que el riesgo de que el derecho pretendido pueda verse burlado por la insolvencia voluntaria del demandante, es, al menos, mucho menor tratándose de acciones de responsabilidad dirigidas contra entidades públicas.

“(…)” (Negritas y subrayado fuera del texto original - cursivas del original).

Como se aprecia, la Sección en la referida providencia recalcó la diferencia que existía en el objeto de los procesos de responsabilidad civil originados en acciones de tipo indemnizatorio, a diferencia de los trámites o procedimientos de responsabilidad patrimonial a favor del Estado como el fiscal o el originado en la acción de repetición, como quiera que en estos últimos el bien jurídico tutelado es

---

El secuestro de los bienes sujetos a registro se practicará una vez se haya inscrito el embargo y siempre que en la certificación expedida por las autoridades competentes aparezca el demandado como su titular.

Artículo 26. *Inscripción de la demanda respecto de bienes sujetos a registro.* La autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, antes de notificar la demanda o el auto que admita el llamamiento, debe oficiar a las autoridades competentes sobre la adopción de la medida, señalando las partes en conflicto, la clase de proceso y la identificación, matrícula y registro de los bienes.

El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien los adquiera con posterioridad estará sujeto a lo previsto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. Si sobre aquellos se constituyen gravámenes reales o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los titulares de los derechos correspondientes.

En caso de que la sentencia de repetición o del llamamiento en garantía condene al funcionario, se dispondrá el registro del fallo y la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones del dominio efectuados, después de la inscripción de la demanda.

Artículo 27. *Embargo y secuestro de bienes no sujetos a registro.* El embargo de bienes no sujetos a registro se perfeccionará mediante su secuestro, el cual recaerá sobre los bienes que se denuncien como de propiedad del demandado.

Artículo 28. *Recursos.* El auto que resuelve sobre cualquiera de las medidas cautelares es susceptible de los recursos de reposición, apelación y queja de acuerdo con las reglas generales del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 29. *Causales de levantamiento de las medidas cautelares.* La petición de levantamiento de medidas cautelares procederá en los siguientes casos:

1. Cuando terminado el proceso el agente estatal sea absuelto de la pretensión de repetición.
2. Cuando los demandados o vinculados al proceso presten caución en dinero o constituyan garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez señale para garantizar el pago de la condena. Esta causal procederá dentro del proceso de repetición, del llamamiento en garantía, así como en el de ejecución del fallo”.

<sup>33</sup> Sentencia C-484 de 2002.

<sup>34</sup> Así lo ha considerado la Corte Constitucional al resolver sobre las normas demandadas de la ley 472 de 1998, ver sentencias C-215 de 1999, C-1062 de 2000 y C-569 de 2004.



el patrimonio público, razón que justifica el trato diferencial en la oportunidad para el decreto de las medidas cautelares en los procesos de repetición.

Ahora bien, esa importante facultad o potestad asignada a los jueces de la acción de repetición conlleva una significativa responsabilidad, como quiera que, en cada caso concreto, el operador judicial valorará la procedencia, justificación, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, así como, en cumplimiento del artículo 23 de la ley 678 de 2001, garantizará que previa constitución o decreto de la misma se hayan otorgado las cauciones necesarias para cubrir los posibles daños o perjuicios que se puedan llegar a desprender del instrumento cautelar.

2.4. En esa perspectiva, el embargo y secuestro de bienes, así como la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro son medidas cautelares que deben ser aplicadas e interpretadas desde la perspectiva del artículo 690 del C.P.C., como quiera que, al margen de la oportunidad procesal para decretarlas y practicarlas –que según la ley es antes de la notificación del auto admisorio de la demanda–, la acción de repetición sigue siendo una acción de conocimiento y declarativa, razón por la que no se le pueden hacer extensivas las disposiciones relativas a las medidas cautelares para los procesos ejecutivos contenidas en los artículos 681 a 689 del C.P.C.

2.5. A la anterior conclusión se arriba luego de analizar en detalle el artículo 27 de la ley 678 de 2009, que regula el embargo y secuestro de bienes no sujetos a registro, en los siguientes términos:

“El embargo de bienes no sujetos a registro se perfeccionará mediante su secuestro, el cual recaerá sobre los bienes que se denuncien como de propiedad del demandado.”

Así las cosas, el legislador limitó el embargo y secuestro de bienes a aquellos de naturaleza muebles o inmuebles, sujetos o no a registro, que se denuncien como de propiedad del demandado. Ahora, valga aclarar que de la redacción de la norma podría pensarse que los salarios se encuentran incluidos dentro de la categoría de bienes muebles no sujetos a registro, no obstante, las disposiciones del C.P.C., al momento de diferenciar los bienes que son pasibles de las medidas de embargo y secuestro en los procesos ejecutivos hace mención expresa a los salarios del demandado.

En efecto, el numeral 10 del artículo 681 de esa codificación preceptúa:

“Para efectuar embargos se procederá así:

“(…) 10. El de salarios devengados o por devengar, se comunicará al pagador o empleador en la forma indicada en el inciso primero del numeral 4º, para que de las sumas respectivas retenga la proporción determinada por la ley y haga oportunamente las consignaciones a órdenes del juzgado, previniéndole que de lo contrario responderá por dichos valores e incurrirá en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales.

“Si no se hicieren las consignaciones el juez designará secuestre que deberá adelantar el cobro judicial, si fuere necesario.”

Por su parte, el numeral 3 de la misma disposición regula el escenario en que el embargo recae sobre bienes muebles no sujetos a registro, circunstancia que es demostrativa del diferente tratamiento que el C.P.C. brinda a los salarios devengados por el demandado, respecto de los bienes muebles de su propiedad no sujetos a registro, en relación con las medidas cautelares procedentes y su forma de perfeccionamiento en los procesos ejecutivos.

Es posible precisar, entonces, que las medidas cautelares a que hace referencia la ley 678 de 2001, procedentes en los procesos de acción de repetición, son las de embargo y secuestro de bienes, así como la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro, pero siempre circunscritas a los eventos y escenarios regulados en el artículo 690 del C.P.C., norma que no contempla los salarios devengados por el demandado a la hora de la determinación de los bienes embargables o secuestrables en cuanto se refiere a los procesos ordinarios de conocimiento.

Por consiguiente, se insiste, esa norma es la llamada a definir los bienes embargables y secuestrables en procesos ordinarios de conocimiento (acción de repetición), salvo en lo relacionado con la oportunidad para el decreto y práctica de las medidas que tiene una regulación especial en el artículo 24 de la ley 678 de 2001, sin que sea posible hacer extensiva la aplicación de las disposiciones relativas a los procesos ejecutivos.

2.6. En efecto, una lectura sistemática de las disposiciones contenidas en los artículos 25 a 27 de la ley 678 de 2001, permite arribar al aserto señalado, esto es, que los salarios o prestaciones no pueden ser embargados en el trámite de la acción de repetición, sino que lo serán dentro del proceso ejecutivo que, en caso

de no pago voluntario, pretenda materializar el cobro de la sentencia judicial respectiva una vez se encuentre en firme.

El análisis sistémico de los preceptos, comprende los siguientes aspectos:

i) El artículo 25 regula el embargo y secuestro de bienes muebles o inmuebles sujetos a registro de propiedad del demandado, cuyo perfeccionamiento se surte una vez quede inscrita la medida en el respectivo documento público, para lo cual el juez previamente libra el oficio en el que ordena registrar la limitación al derecho de dominio. En consecuencia, objeto de esta medida puede ser el embargo de vehículos, naves, aeronaves, entre otros.

El secuestro se adelanta o practica una vez se haya inscrito o registrado el embargo, y previamente se hubiere constatado que el bien es de propiedad del demandado.

ii) La inscripción de la demanda respecto de los bienes muebles o inmuebles sujetos a registro de propiedad del demandado, se perfeccionará una vez efectuada la anotación en el respectivo folio o documento público.

La diferencia con el embargo consiste en que este tipo de medida cautelar no coloca los bienes fuera del comercio, pero quien los adquiere con posterioridad a su registro, queda cobijado por los efectos de la sentencia, sin que pueda alegar su inoponibilidad.

iii) El embargo y secuestro de bienes muebles no sujetos a registro, en los términos del artículo 27 de la ley 678 de 2001, se perfecciona con el secuestro, el cual recaerá sobre los bienes que se denuncien como de propiedad del demandado.

Como se aprecia, ninguna de las normas analizadas comprende la posibilidad de embargar salarios, como quiera que, de encontrarse habilitada esta posibilidad, se perfeccionaría en los términos de lo ordenado en el numeral 10 del artículo 681 del C.P.C., según el cual: *“el de salarios devengados o por devengar, se comunicará al pagador o empleador en la forma indicada en el inciso primero del numeral 4º, para que de las sumas respectivas retenga la proporción determinada por la ley y haga oportunamente las consignaciones a órdenes del juzgado...”*

Entonces, la ley 678 de 2001, al establecer el secuestro como requisito necesario para el perfeccionamiento del embargo de bienes muebles no sujetos a registro de propiedad del demandado, excluyó la posibilidad de que este específico tipo de

medidas cautelares recayera sobre los salarios o prestaciones devengados; si la finalidad hubiera sido otra, la regulación o remisión normativa se habría efectuado en idénticos términos a los del numeral 10 del artículo 681 del C.P.C., esto es, con la comunicación del oficio respectivo al pagador de la empresa, sociedad, o entidad en la que trabajara el demandado<sup>35</sup>.

Inclusive, un sector de la doctrina ha criticado la regulación referida, precisamente, por haber excluido de manera injustificada la procedencia de las medidas cautelares sobre los salarios o prestaciones del demandado. Sobre el particular, se ha sostenido:

“En el artículo 23 de la ley 678 de 2001, se previó la posibilidad que con la demanda de repetición o el llamamiento en garantía se solicite medidas cautelares de embargo de bienes sujetos a registro, las cuales serán ordenadas por la autoridad judicial competente. **La norma en comento es totalmente insuficiente**, pues hoy en día la riqueza mobiliaria, representada en bienes muebles no sujetos a registro, es mucho más importante que el patrimonio inmobiliario de una persona. **En concreto, consideramos conveniente que se permita el embargo y secuestro de salarios, honorarios, acciones, bonos, utilidades, y demás fuentes de ingreso, de conformidad con las normas y limitaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil, para garantizar la efectividad de las condenas en repetición.**”<sup>36</sup>

Así las cosas, no resulta procedente decretar el embargo de salarios o prestaciones del demandado, ya que la regulación de las medidas cautelares contenida en la ley 678 de 2001, limitó esa posibilidad a los bienes muebles o inmuebles que estuvieran sometidos a registro, o que no estándolo pudieran ser secuestrados para el perfeccionamiento de la medida, escenarios que, se insiste, no admiten según la regulación vigente, la posibilidad de decretar el embargo de salarios ya que este tipo de bienes son de aquellos que no están sometidos a registro y cuyo embargo no se perfecciona con el secuestro sino con la

---

<sup>35</sup> “Se cumple [se refiere el autor al embargo de salarios] mediante un oficio en que se comunica el embargo al pagador de la entidad o al patrono del demandado... Una vez entregado el oficio de embargo, el empleador debe consignar el dinero a órdenes del juzgado (en la cuenta de depósitos judiciales)... Se debe designar secuestro, sólo cuando las medidas coercitivas directas que puede emplear el juez no han tenido efecto, pues no debe olvidarse que éste puede aplicar la sanción de multas con valores que oscilen entre dos y cinco salarios mínimos al empleador, por cada acto de desacato.” LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio “Procedimiento Civil – Parte Especial”, Tomo II, Ed. Dupré, Bogotá, 2004, Octava Edición, pág. 863.

<sup>36</sup> TORRES Calderón, Leonardo “¿SE JUSTIFICA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN? - COMENTARIOS CRÍTICOS A LA LEY 678 de 2001 Y PROPUESTAS DE REFORMA”, Universidad Sergio Arboleda, Revista electrónica de difusión científica, junio de 2005. [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/accion\\_repeticion.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/accion_repeticion.pdf) (página web consultada el 26 de noviembre de 2009, a las 4:00 p.m.).

comunicación al respectivo pagador de la entidad o empresa en la que trabaja el demandado.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*

### **ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO**

#### **PRUEBA DEL DOLO O LA CULPA GRAVE DEL FUNCIONARIO - Sí puede acreditarse por medio de la sentencia judicial que declaró la nulidad del acto administrativo por desviación de poder**

Mi discrepancia con el anterior criterio expresado en la decisión adoptada por la mayoría, estriba en que entiendo que es posible acreditar el dolo o la culpa grave del funcionario demandado en acción de repetición por medio de la sentencia judicial en la que se declaró la nulidad de un acto administrativo cuando es dictado con “desviación de poder” y cuando la parte contra quien se aduce no desvirtúa dentro del proceso de repetición esa actuación o prueba móviles diferentes que la justifiquen. En efecto, por sabido tiene la doctrina y la jurisprudencia que la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla. Se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio, ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas. Esta expresión de la legalidad interna del acto administrativo implica la sujeción del poder administrativo al buen servicio y al interés general, para encausar la discrecionalidad de la actuación de las autoridades a estos postulados, y su existencia puede comprometer, incluso, la moralidad de la actuación.

#### **SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR DESVIACION DE PODER - Permiten colegir el aspecto subjetivo en la conducta del demandado en cuanto a la intencionalidad del hecho dañino**

Así las cosas, obsérvese que no se trata de que la desviación de poder equivalga automáticamente al dolo o la culpa grave en el régimen jurídico anterior a la expedición de la Ley 678 de 2001, sino que, tal y como lo señala la jurisprudencia atrás transcrita, los razonamientos de las sentencias condenatorias que declaran la nulidad de los actos administrativos en ellas examinados por “desviación de poder”, o sea, cuando se producen con base en móviles alejados del servicio, permiten colegir el aspecto subjetivo en la conducta del demandado en cuanto a la

intencionalidad del hecho dañino, sino no son desvirtuadas por el demandado, a quien le corresponderá en el juicio de repetición demostrar lo contrario, esto es, que su conducta no fue con desviación de poder. En suma, en mi criterio las providencias que imponen una condena a un ente público como consecuencia de un acto administrativo que es declarado nulo por desviación de poder, sí son una prueba válida e idónea en el juicio de repetición, con el fin de apreciar la conducta personal y subjetiva del agente o ex agente público que lo expidió, esto es, para examinar si en el caso que se juzga en esta sede aquel actuó con dolo o culpa grave y de esta calificación deducir su responsabilidad patrimonial frente al Estado.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá D.C., marzo tres (3) de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00062-01(37590)**

**Actor: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA Y OTROS**

**Demandado: MARIA CAROLINA BARCO ISACKSON Y OTRO**

**Referencia: APELACION DE AUTO-ACCION DE REPETICION**

#### **ACLARACION DE VOTO**

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala en providencia de 3 de marzo de 2010, que confirmó aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se denegó el decreto de las medidas cautelares solicitadas, me permito aclarar voto en relación con la reiteración que la Sala hace de la improcedencia de tener como prueba en los juicios de repetición, la sentencia definitiva del proceso primigenio que declaró nulo un acto administrativo y que dio origen a la condena en contra del Estado.

En esta ocasión me permito repetir los planteamientos que he expuesto en otras oportunidades, entre ellas al aclarar voto a la sentencia proferida el 26 de febrero de 2009, dentro del proceso radicado al No. 33.323, en los siguientes términos:

“Mi discrepancia con el anterior criterio expresado en la decisión adoptada por la mayoría, estriba en que entiendo que es posible acreditar el dolo o la culpa grave del funcionario demandado en acción de repetición por medio de la sentencia judicial en la que se declaró la nulidad de un acto administrativo cuando es dictado con “desviación de poder” y cuando la parte contra quien se aduce no desvirtúa dentro del proceso de repetición esa actuación o prueba móviles diferentes que la justifiquen.

“En efecto, por sabido tiene la doctrina y la jurisprudencia que la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla<sup>37</sup>. Se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio, ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas.

“Esta expresión de la legalidad interna del acto administrativo implica la sujeción del poder administrativo al buen servicio y al interés general, para encausar la discrecionalidad de la actuación de las autoridades a estos postulados, y su existencia puede comprometer, incluso, la moralidad de la actuación. Así, la jurisprudencia de la Corporación a propósito de la configuración de la desviación de poder por desvinculación de servidores públicos en ejercicio de facultad discrecional, ha dicho que:

“...La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 2o. de la Constitución Política y el art. 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser. De suerte que quien alega esta causal de anulación está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos para la moral administrativa...”<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho Administrativo, Edt. Temis, Octava Edición, 1985, Pág. 287.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 16 de octubre de 1997, Exp. 9.264, C.P. Silvio Escudero Castro.

“En otros términos, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto administrativo y posible un resarcimiento por los perjuicios que con su expedición se hayan inferido, pero que también puede dar lugar a su responsabilidad personal en los diferentes regímenes en que el ordenamiento jurídico encaja esa actuación para exigirla (penal, disciplinaria, fiscal, patrimonial, política, etc.).

“Por ello, la Sala, en Sentencia de 3 de octubre de 2007 (Exp. 24.844), a propósito de la expedición por un agente del Estado de un acto administrativo que es ulteriormente declarado nulo por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por “desviación de poder”, advirtió que esa conducta valorada en los juicios de repetición con base en la providencia que la declara, puede comprometer su responsabilidad personal y patrimonial en los siguientes términos:

“...[E]l asunto en examen se enmarca dentro de la primera de las posibilidades en las que la Sala considera que existe responsabilidad del agente público en la expedición de actos administrativos, esto es, la mala fe -que como se explicó equivale a dolo- en la toma de la decisión, porque el funcionario conocía que la medida no la adoptaba para mejorar el servicio -ilegalidad- y no obstante expidió el acto administrativo, a sabiendas de esas circunstancias, buscando obtener con él una finalidad ajena a la legalmente establecida para el ejercicio de esa competencia que le fue conferida y ocasionando así un daño a los funcionarios por la desvinculación injusta del servicio de la que fueron objeto. (...)

“(...)”

“Al respecto, debe precisar la Sala que en el evento de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición se sustenten en la expedición de un acto administrativo que es declarado nulo, dicha declaración ciertamente no implica necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, pues para ello se debe demostrar su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, y luego de un debate probatorio sobre estas modalidades de actuación del agente público que comprometen su responsabilidad.

Sin embargo, no se viola el principio del debido proceso y la presunción de inocencia, cuando el servidor público no haya sido vinculado en el proceso judicial que da lugar a la sentencia en la que

---



se declara la nulidad del acto y la responsabilidad administrativa del Estado, y menos aún, cuando se aduzca esa providencia como soporte y prueba de los elementos de la acción de repetición correspondiente, toda vez que, precisamente, en garantía de dicho derecho, podrá el agente en el proceso de repetición desvirtuar las imputaciones dolosas o gravemente culposas que le endilga la entidad pública demandante con base en esa sentencia condenatoria.

“La Administración tiene siempre la carga de probar la conducta irregular (dolosa o culposa) del agente que ocasionó la condena y el agente público tiene la oportunidad de demostrar en el juicio de la acción de repetición que el acto no fue expedido con dolo o con culpa grave, lo que ocurre, y sin que ello signifique que se estén aplicando las presunciones de dolo o culpa grave que consagra la Ley 678 de 2001, es que no puede desconocerse por el juez de la repetición que las sentencias son pruebas legalmente admisibles y valorables de hechos, en este caso concreto de una desviación de poder que motivó la anulación de unos actos administrativos, y que de acuerdo con las circunstancias y móviles en que se cometió esa conducta alejada de los fines del servicio equivalen a un hecho doloso, motivos y móviles que, pudiendo hacerlo en este juicio, por haber contado con todas las oportunidades y garantías legales para contradecir las pruebas, no fueron desvirtuados por la parte demandada contra la cual se adujeron las providencias, con las pruebas correspondientes.

“De ahí que demostrada la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública), cuya definición entraña una actuación alejada de los fines del servicio público, sin que el servidor público hubiere demostrado en este proceso de repetición que ella realmente no existió (verbigracia no probó una mejora del servicio, o que vinculó en cada caso mejores funcionarios) o que no la hubiere cometido “voluntariamente” bajo esa modalidad de actuación (carga del agente demandado), no puede esperar que sea exonerado de la responsabilidad patrimonial que le atañe.

“Cabe aclarar por la Sala que el hecho de que exista una sentencia condenatoria al Estado no puede tenerse como una responsabilidad patrimonial sin previo juicio del servidor público, sino que su aducción en el proceso de repetición permite que en la actividad probatoria del servidor, aún cuando como en el presente caso aquella señale que hubo una desviación de poder, se pueda demostrar y determinar, contrario a lo pretendido en la respetiva demanda, que dicha conducta no lo fue a título de dolo o culpa grave y, por ende, es posible y viable acreditar la falta de responsabilidad de carácter patrimonial.

“Por lo anterior, contrario a lo aducido por el recurrente, la Sala observa que la causa del daño antijurídico por el que el Estado tuvo que indemnizar en virtud de las sentencias condenatorias al ICBF fue la conducta dolosa de la demandada, quien actuó por móviles diferentes al buen servicio, sin que se observe que para descargar esa responsabilidad patrimonial que le incumbe a la demandada de reintegrar la suma indemnizatoria pagada por la entidad pública a los funcionarios desvinculados, haya probado en este juicio alguna causa

extraña (hecho de la víctima o de un tercero o fuerza mayor).”<sup>39</sup>-  
Subrayado por fuera del texto original-

“Así las cosas, obsérvese que no se trata de que la desviación de poder equivalga automáticamente al dolo o la culpa grave en el régimen jurídico anterior a la expedición de la Ley 678 de 2001<sup>40</sup>, sino que, tal y como lo señala la jurisprudencia atrás transcrita, los razonamientos de las sentencias condenatorias que declaran la nulidad de los actos administrativos en ellas examinados por “desviación de poder”, o sea, cuando se producen con base en móviles alejados del servicio, permiten colegir el aspecto subjetivo en la conducta del demandado en cuanto a la intencionalidad del hecho dañino, sino no son desvirtuadas por el demandado, a quien le corresponderá en el juicio de repetición demostrar lo contrario, esto es, que su conducta no fue con desviación de poder.

“En suma, en mi criterio las providencias que imponen una condena a un ente público como consecuencia de un acto administrativo que es declarado nulo por desviación de poder, sí son una prueba válida e idónea en el juicio de repetición, con el fin de apreciar la conducta personal y subjetiva del agente o ex agente público que lo expidió, esto es, para examinar si en el caso que se juzga en esta sede aquel actuó con dolo o culpa grave y de esta calificación deducir su responsabilidad patrimonial frente al Estado.

“No sobra subrayar, que la postura indicada en nada alteraría la decisión final que adoptó la Sala y que comparto, toda vez que, aun cuando en el caso concreto existe una sentencia condenatoria que declaró la nulidad de un acto administrativo proferido por el demandado cuando fungió como Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca (Síndico), por la causal de “desviación de poder”, el testimonio rendido en este proceso no da cuenta de la existencia de persecución política de los empleados de dicha entidad y, además, en la certificación del Jefe de Recursos Humanos consta que la declaratoria de insubsistencia no fue adoptada y dirigida exclusivamente frente a una persona en particular, lo cual descartaría el dolo o la culpa grave en su actuación, de manera que, en verdad, en este caso concreto, correspondía a la entidad pública actora, para sacar avante sus

---

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de octubre de 2007, Exp. 24.844, Actor: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., Demandado: Alba Diela Calderón de Ramírez, Asunto: Acción de Reparación Directa (repetición), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>40</sup> En tanto en el numeral 1. del artículo 5 de la Ley 678 de 2001, se presume el dolo cuando la realización del hecho se produce al obrar con desviación de poder, presunción en todo caso legal que admite prueba en contrario.

pretensiones, aducir otras pruebas en adición a la sentencia condenatoria con el fin de demostrar la responsabilidad que le endilgó al demandado.”

En este sentido con el mayor respeto de la Sala dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

RUTH STELLA CORREA PALACIO