

PRESENTACIÓN

El encuentro de la red académica en Bogotá: la acción de regreso o repetición contra los agentes del Estado. RAICA avanza y se consolida

Andrés Fernando Ospina Garzón

*Magistrado auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.
Docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia*

En la ciudad de Bogotá, el martes 3 de septiembre de 2024, se reunió por segunda vez la Red Académica Internacional de Control de la Administración (RAICA). El encuentro se desarrolló con el apoyo de la Fundación Democracia y Gobierno Local y de la Universidad Externado de Colombia, sede de este segundo encuentro. Las mesas de trabajo se realizaron de manera mixta: siete expertos asistieron de forma presencial y tres mediante conexión remota.

En la instalación del II Encuentro de la RAICA, la decana de la Facultad de Derecho del Externado de Colombia, Emilsen González de Cancino, y el director del Departamento de Derecho Administrativo, Bernardo Carvajal, destacaron la importancia de los lazos académicos del Externado con expertos de prestigiosas universidades americanas y europeas, y subrayaron la utilidad de la discusión para la protección del patrimonio público y la lucha contra la corrupción. Alfredo Galán y Andrés Ospina, directores de la red, expresaron la satisfacción de ver materializado el proyecto que se inició en la ciudad de Madrid el 20 de octubre de 2023.

El segundo encuentro de la RAICA giró en torno al estudio comparado de la acción de regreso o repetición contra los empleados públicos o agentes del Estado, como un mecanismo de control de la actividad administrativa. Los expertos de los diez países miembros de la red –cinco americanos y cinco europeos– recibieron con antelación el cuestionario que debieron responder previamente al encuentro y que sirvió de guía para la discusión.

La jornada se articuló en dos mesas de debate. En la primera se debatieron *los elementos que definen el mecanismo de regreso*: su fundamento normativo, la naturaleza jurídica del instrumento, la oportunidad procesal para ejercerlo, los sujetos pasivos de dicho control y la exigencia de un elemento subjetivo –dolo o culpa– como condicionante de este tipo de responsabilidad patrimonial. En la segunda mesa de debate se profundizó en *la práctica de la acción de regreso y su eficacia*. Se examinaron, entre otros aspectos, el carácter personal o transmisible de esta responsabilidad, las consecuencias que genera ser declarado responsable mediante esta acción y la frecuencia con la que se recurre a este mecanismo, así como los obstáculos que impiden que termine en una condena o que esta pueda ser efectivamente ejecutada.

Los moderadores de cada una de las dos mesas prepararon la discusión, formulando preguntas concretas a los expertos con el fin de resaltar coincidencias y contrastes, o de profundizar en aspectos en los que alguno de los sistemas jurídicos despertara mayor interés. Fue un ejercicio riguroso de derecho comparado, en el que, gracias al talento y esfuerzo de los moderadores, los asistentes pudieron comprobar la utilidad concreta del estudio comparado: entender mejor el sistema propio desde una mirada externa, cuestionar la validez de aquello a lo que se está habituado y vislumbrar nuevas perspectivas ante problemas comunes. Este ejercicio académico permitió enriquecer los informes nacionales de los expertos, que recogieron en sus escritos no solo las ideas iniciales, sino también el fruto de la comparación y el debate. Las conclusiones de los dos moderadores, que también se publican en este libro, son de altísima calidad y contienen reflexiones interesantes derivadas del rico y animado debate.

La jornada concluyó con la relatoría general a cargo de Alberto Montaña Plata, catedrático de la Universidad Externado de Colombia y actualmente vicepresidente del Consejo de Estado de Colombia. Su intervención constituyó una reflexión profunda, construida desde la teoría y la visión comparada, pero, sobre todo, nutrida por su experiencia como magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, encargada de resolver, en última instancia, las acciones de repetición.

Para quien escribe esta presentación, en calidad de anfitrión del II Encuentro de la RAICA, resulta emocionante constatar la calidad de los escritos que se incluyen en esta obra y que renuevan el propósito de la red: realizar estudios comparados sobre temas de interés para el control de la Administración pública desde un enfoque académico y de excelencia. Agradezco a la Fundación Democracia y Gobierno Local su decidido apoyo a este proyecto académico y, especialmente, el esfuerzo que supone la publicación de este libro, que, sin duda, es una pieza única en la literatura jurídica, no solo por su temática, sino también por su enfoque comparado y por el rigor con que se abordaron todos los temas. Gracias a los expertos que realizaron los informes nacionales por su aporte al éxito de esta edición de los *Cuadernos RAICA*.

Finalmente, al redactar estas breves palabras introductorias, no puedo dejar de formular una reflexión personal sobre el tema del encuentro: la acción de regreso o de repetición. Para el derecho colombiano, la acción de repetición es un mecanismo imprescindible de responsabilización de los agentes del Estado, al punto de constituir un mandato constitucional explícito previsto en el artículo 90 de la Constitución. Forma parte de un conjunto de mecanismos de diversa naturaleza, causa y efectos, destinados a hacer responsables a dichos agentes por delitos, faltas disciplinarias y daños al patrimonio público. Con esta previsión normativa, el sistema jurídico busca garantizar la efectividad del Estado de derecho, sometiendo a los agentes estatales a rigurosas consecuencias sancionatorias y patrimoniales. El encuentro de la RAICA en Bogotá permitió poner en duda la idoneidad de esta persecución: el experto alemán destacó que en su país existe un deber constitucional de proteger a los funcionarios públicos, lo que constituye un límite frente a los excesos de responsabilización; mientras que el experto español describió el mecanismo, pero señaló su escasísima utilización, lo que no implica, sin embargo, que la Administración pública española funcione mal o que el patrimonio público esté desprotegido. Las discusiones de la RAICA permitieron, entonces, formular una pregunta cuya respuesta se revelará con mayor claridad a medida que transcurran los años y se sucedan nuevos encuentros de la red: ¿la multiplicación y sofisticación de los mecanismos de control de la Administración conduce necesariamente a un mejor ejercicio de las funciones públicas o puede, en algunos casos, generar una Administración más temerosa, más rígida y, por tanto, menos eficaz? La RAICA seguirá debatiendo sobre este y otros temas de igual relevancia.

Para concluir, como insumo metodológico importante del ejercicio académico realizado, se transcriben las preguntas que conforman el cuestionario que los expertos debieron responder.

"Cuestionario respecto de la acción de regreso o de repetición"

Explicación: se trata del mecanismo mediante el cual el Estado, luego de haber sido condenado a reparar unos perjuicios o de haberlos reparado por voluntad propia, conciliación, transacción, etcétera, persigue al funcionario público para que le reembolse lo que, por su acción u omisión personal, debió pagar.

1. NORMA ¿Existe alguna norma constitucional o legal que prevea la posibilidad de perseguir la responsabilidad personal de los agentes del Estado, que comprometa su patrimonio privado, por los daños que causen a particulares y que comprometan la responsabilidad del Estado?
2. MECANISMO ¿Cuál es el mecanismo previsto para obtener el reembolso de lo pagado por el Estado? ¿se trata de una acción judicial o de un procedimiento administrativo? Si se trata de una acción judicial, ¿cuál es el juez competente? ¿Cuál es el término (prescripción o caducidad) para ejercer el mecanismo y desde cuándo se cuenta dicho término? La acción de regreso es a instancia de parte o de oficio, según el modelo del proceso penal?;¿el organismo que lleva a cabo la acción de regreso puede utilizar un poder discrecional para reducir la condena, teniendo en cuenta las condiciones subjetivas y objetivas de la conducta ilícita? ¿puede el Estado declarar también una compensación con los derechos salariales del funcionario?
3. CAUSA ¿En qué casos se compromete la responsabilidad civil (personal) de los agentes del Estado? ¿El ejercicio de la acción es obligatorio o discrecional?
4. ELEMENTO SUBJETIVO ¿se requiere algún estándar de culpa, como el dolo o la culpa grave? ¿Sobre quién pesa la carga de probar la culpabilidad? ¿Existen presunciones de dolo o culpa? ¿se justifican limitaciones de responsabilidad de los funcionarios basadas en la condición subjetiva (responsabilidad solo por dolo)? ¿La naturaleza pública de la actividad ejercida justifica la diferencia con la responsabilidad de los empleados privados, que responden también por los daños que causen con culpa leve? ¿La diferencia podría ser

considerada como una forma de discriminación respecto de la responsabilidad de los profesionales privados? ¿Tiene el Estado una obligación constitucional o legal de cuidar (deber de protección) a sus empleados que exija o justifique una limitación de la posibilidad de recurso?

5. **SUJETOS (Pasivo)** ¿Quiénes son los sujetos pasivos de la acción de repetición? ¿únicamente funcionarios públicos o, incluso, particulares que ejercen funciones públicas? ¿todos los funcionarios públicos o se excluye a los elegidos por voto popular? ¿Existen diferentes categorías de “funcionarios públicos” (funcionarios; empleados públicos; particulares investidos de autoridad soberana por o en virtud de la ley; particulares empleados por el Estado para cumplir tareas públicas sin actuar ellos mismos a título soberano; etc.) y difiere la posibilidad de recurso/de reembolso en cada caso? (Activo) ¿Quién se encuentra legitimado para ejercer la acción de regreso? ¿la acción de regreso es centralizada o descentralizada, a través de órganos regionales/locales?
6. **TRANSMISIBILIDAD Y NATURALEZA JURÍDICA** ¿La responsabilidad civil de los agentes del Estado es transmisible *mortis causa* y, por lo tanto, es posible ejercer la acción de reembolso contra los herederos del funcionario público? ¿Podría hacerse valer cualquier recurso contra los herederos mediante un acto administrativo en lugar de una demanda?
7. **CONSECUENCIAS INDIVIDUALES DE LA CONDENA:** ¿las personas condenadas en acción de repetición son inhabilitadas para ejercer cargos públicos? ¿la condena presta mérito ejecutivo? Si el condenado ejerce cargo público ¿se configura una causal de destitución o de terminación de la relación de empleo público? Si el condenado es contratista del Estado ¿se configura una causal de terminación del contrato?
8. **CONSECUENCIAS SISTÉMICAS DE LA CONDENA:** ¿la acción de regreso o de repetición puede generar un desincentivo para la toma de decisiones dentro de la Administración pública, al generar miedo en el órgano de decisión? ¿la acción de regreso puede conducir a que el agente del Estado busque reducir los riesgos de ser condenado, en lugar de buscar satisfacer el interés público?

9. EFICACIA DEL MECANISMO ¿La acción de repetición es ejercida en muchos casos? ¿las demandas terminan con condena? ¿Qué mecanismos existen para que se haga efectivo el pago de la condena (ej. Medidas cautelares o posibilidad de realizar acuerdos de pago, seguros de responsabilidad civil)? ¿Consideró y tuvo en cuenta el legislador constitucional o el legislador ordinario esta posibilidad al redactar sus normas y, en caso afirmativo, cómo?".