

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

¿CUÁL ES EL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR AL ESTADO EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN? ESTUDIO METODOLÓGICO PARA LA APLICACIÓN DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*

WHAT IS THE AMOUNT TO BE REIMBURSED TO THE STATE IN THE ACTION OF REPETITION? METHODOLOGICAL STUDY FOR THE APPLICATION OF JURISPRUDENTIAL CRITERIA ON THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

QUAL É O MONTANTE A SER REINTEGRADO AO ESTADO NA AÇÃO DE REPETIÇÃO? ESTUDO METODOLÓGICO PARA APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

GUILLERMO ERNESTO POLANCO JIMÉNEZ**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a16

* Agradezco a Jaime Andrés Polanco Jiménez quien me colaboró para poder expresar las ideas que tenía sobre este artículo, en términos de funciones matemáticas.

* Abogado; Especialista en Derechos Humanos y Sistemas de Protección; Especialista Derecho Sancionatorio; Magister en Derecho Administrativo; Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá, D.C.). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad

Resumen

La determinación del monto que se debe reintegrar al Estado por parte del agente estatal en la acción de repetición implica tres fases fundamentales. En primer lugar, se debe identificar el valor real atribuible al agente estatal, evitando la inclusión de aspectos ajenos a la conducta del servidor público. En segundo lugar, se procede a distribuir el monto de acuerdo con el grado de participación del agente en los hechos. En tercer lugar, atenuando el monto cuando la conducta del agente estatal sea calificada a título de culpa grave. En estos tres momentos, es posible evitar la imposición de cargas que al ser desproporcionadas puedan afectar injustificadamente derechos individuales. En cuanto a la metodología para la aplicación de los criterios jurisprudenciales que aseguren el principio de proporcionalidad, este artículo propone dos funciones matemáticas que pueden contribuir con su estudio y discusión. Estas son:

1. El cálculo de la base del monto que se debe reintegrar según el factor temporal.
2. La distribución del monto que se debe reintegrar según el grado de participación y jerarquía funcional a partir de criterios objetivos.

Finalmente, a partir de decisiones del Consejo de Estado, es expuesta la metodología para la aplicación de la atenuante. Desde un enfoque universalista, la investigación sugiere la necesidad de la obligatoriedad y seguimiento de los precedentes jurisprudenciales, a menos que surja una solución que proteja de mejor manera los derechos subjetivos del ser humano.

Palabras clave: acción de repetición, principio de proporcionalidad, metodología jurídica, proporcionalidad.

Militar Nueva Granada – Sede Campus, Colombia. Docente y Director del Programa de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1208-9730>. CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001820247. Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=6Kb6G_QAAAAJ&hl=es. Correo electrónico: guillermopolancoj@gmail.com

Abstract

The determination of the amount to be reimbursed to the State by the state agent in the action of repetition involves three fundamental phases. First, it is necessary to identify the real value attributable to the state agent, avoiding the inclusion of aspects unrelated to the conduct of the public servant. Second, the amount to be reimbursed is distributed according to the degree of the agent's participation in the events. Third, the amount to be reimbursed is attenuated when the conduct of the state agent is classified as gross negligence. At these three moments, it is possible to avoid the imposition of burdens that, being disproportionate, may unjustifiably affect individual rights. Regarding the methodology for the application of jurisprudential criteria that ensure the principle of proportionality, this article proposes two mathematical functions that can contribute to its study and discussion.

1. The calculation of the base of the amount to be reimbursed according to the temporal factor.
2. The distribution of the amount to be reimbursed according to the degree of participation and functional hierarchy based on objective criteria.

Finally, based on decisions of the State Council, the methodology for the application of the mitigating factor is exposed. From a universalist approach, the research suggests the need for the obligatory nature and follow-up of jurisprudential precedents, unless a solution arises that better protects the subjective rights of the individual.

Keywords: action of repetition, principle of proportionality, legal methodology, proportionality.

Resumo

A determinação do montante a ser reintegrado ao Estado pelo agente estatal na ação de repetição envolve três fases fundamentais. Primeiramente, deve-se identificar o valor real atribuível ao agente estatal, evitando a inclusão de aspectos alheios à conduta do servidor público.

Em segundo lugar, procede-se à distribuição do montante a ser reintegrado de acordo com o grau de participação do agente nos fatos. Em terceiro lugar, atenua-se o montante a ser reintegrado quando a conduta do agente estatal for qualificada como culpa grave. Nestes três momentos, é possível evitar a imposição de ônus que, ao serem desproporcionados, possam afetar injustificadamente direitos individuais. Quanto à metodologia para aplicação dos critérios jurisprudenciais que assegurem o princípio da proporcionalidade, este artigo propõe duas funções matemáticas que podem contribuir com seu estudo e discussão.

1. O cálculo da base do montante a ser reintegrado segundo o fator temporal.
2. A distribuição do montante a ser reintegrado segundo o grau de participação e hierarquia funcional a partir de critérios objetivos.

Por fim, com base em decisões do Conselho de Estado, é exposta a metodologia para aplicação da atenuante. A partir de uma abordagem universalista, a pesquisa sugere a necessidade da obrigatoriedade e seguimento dos precedentes jurisprudenciais, a menos que surja uma solução que proteja de maneira mais eficaz os direitos subjetivos do ser humano.

Palavras-chave: ação de repetição, princípio da proporcionalidade, metodologia jurídica, proporcionalidade.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, el artículo 90 de la Constitución Política establece que en caso de “condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto” (en lo sucesivo “condena”)¹ en donde surja a cargo del Estado la obligación de pagar determinada suma de dinero, la entidad pública condenada deberá intentar recuperar lo pagado cuando la “condena” tenga origen en la conducta dolosa o gravemente culposa de al menos uno de sus agentes estatales.² El mecanismo procesal para que el Estado intente recuperar lo pagado es conocido como “acción de repetición”, o lo que es lo mismo “medio de control de repetición”.³ También es posible intentarlo a través del llamamiento en garantía con fines de repetición.⁴

1 El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, expresamente se refiere a la procedencia de la acción de repetición solamente por “condenas” derivadas del actuar doloso o gravemente culposo del agente. El artículo 2 de la Ley 678 de 2001 amplió el concepto de condena por el de “condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto”. Incluso, sin necesidad de “condena” cuando la pretensión de repetición se intenta mediante el llamamiento en garantía con fines de repetición (Ley 678 de 2001, art. 19). Ampliación conceptual respaldada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-388 de 2006 conforme la interpretación literal y teleológica.

Argumento conforme la interpretación literal: “el constituyente no introdujo en el texto término alguno que denote exclusividad o taxatividad”, por lo que el término “condena” es enunciativo y no taxativo. En consecuencia, puede hacer alusión a otros eventos distintos al de la condena. Por otra parte, puede encontrarse que los efectos de la condena son parecidos, en cuanto a sus efectos, a los de la conciliación.

Argumento conforme la interpretación teleológica. El propósito del inciso segundo del artículo 90 constitucional es establecer herramientas para lograr la responsabilidad patrimonial del agente del Estado cuando actúa con dolo o culpa grave. Así, de prescindirse de la herramienta legislativa ocasionaría que el Estado renuncie a la posibilidad de recuperar lo pagado, cuando la obligación no provenga propiamente de una condena. Por otra parte, limitar la repetición cuando tiene origen en la conciliación “llevaría a las entidades a renunciar a la conciliación, renunciado a su vez al mecanismo que el mismo Estado impulsa para la solución de conflictos”.

Por las anteriores razones, la Corte Constitucional encuentra ajustada a la Constitución la ampliación conceptual.

2 El concepto de agente estatal es el mismo dado por el legislador en la Ley 678 de 2001, entendiéndose por tal al 1) servidor público, 2) exservidor público o 3) particular que ejerce función pública (arts. 1 y 2).

3 La norma especial contenida en la Ley 678 de 2001 define el mecanismo procesal como “acción de repetición”. La disposición procesal contentiva en la Ley 1437 de 2011 la define como “medio de control de repetición”. Para efectos conceptuales es lo mismo. Es decir, es el mecanismo procesal por medio del cual el Estado busca recuperar lo pagado producto de una “condena” en términos amplios, cuando pueda ser atribuible a alguno de sus agentes por haber actuado con dolo o culpa grave se denomina acción o como medio de control de repetición.

4 La acción de repetición supone un proceso nuevo, luego de concluido el proceso mediante el cual el Estado fue condenado. El llamamiento en garantía con fines de repetición busca que en el

No es el propósito en este momento tratar los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición.⁵ Tampoco profundizar en juicios valorativos sobre el dolo o la culpa grave.⁶

Si no, una vez establecida la responsabilidad patrimonial del agente estatal (vía repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición), abordar lo relacionado con el principio de proporcionalidad sobre el monto que el agente estatal debe reintegrar al Estado.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

El principio de proporcionalidad en relación con el monto que se debe reintegrar por parte del agente estatal en la acción de repetición tiene como objetivo mantener la “vigencia de la prohibición de exceso”. En últimas, la acción de repetición “no pretende imponer cargas desproporcionadas a quienes asumen el ejercicio del servicio público” (Corte Constitucional, Sentencia SU354 de 2020, punto 5.30).

Según la Corte Constitucional, cuatro criterios son los garantes del principio de proporcionalidad al momento de establecer el monto que se debe reintegrar.

El primero está relacionado con la distribución del monto que se debe reintegrar según el grado de participación del agente de los hechos, incluso teniendo en consideración criterios objetivos relativo a las “funciones y jerarquías” dentro de la entidad. Excluyendo, de esta manera, lo que pueda ser

mismo proceso donde se estudia la responsabilidad del Estado, en la misma sentencia, se resuelva tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad del agente estatal. Al respecto, véase el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 modificado por el artículo 44 de la Ley 2195 de 2022. Sobre la oportunidad procesal y los requisitos véase el artículo 172 y 225 de la Ley 1437 de 2011.

5 Los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional SU354-20 son: 1) la existencia de una “condena” en términos amplios que imponga la obligación de pagar una suma de dinero; 2) la calidad del demandado como agente estatal, 3) el pago de la “condena” y 4) la condena en contra del Estado sea atribuible al agente estatal a “título de dolo o culpa grave”. El elemento subjetivo sobre el dolo y la culpa grave ha merecido a la jurisprudencia estudios adicionales que implican una mayor profundidad sobre el tema. Aspecto que no es del caso en este momento.

6 Al respecto, véase presupuesto 2 al 5 de la sentencia de la Corte Constitucional SU354 de 2020.

atribuible a otros agentes o incluso a fallas estructurales de la entidad que provocaron que fuera condenado, pero que no atribuibles a la persona en contra de quien se repite. Siendo así la determinación del monto que se debe reintegrar por el hecho propio, pero no por el hecho ajeno.

El segundo criterio está asociado con atenuar el monto que se debe reintegrar cuando la responsabilidad al agente estatal sea atribuida a título de culpa grave. De manera que el actuar doloso o gravemente culposo “sí influye en el monto del reintegro que debe efectuar el servidor”. La justificación está dada por el grado de mayor reproche que tiene el actuar doloso y el menor grado de reproche que tendría entonces el actuar gravemente culposo.

El tercer criterio que se debe considerar pretende que el valor que se debe reintegrar no sea “mayor a la obligación impuesta al Estado”. Por lo que no se deben incluir valores que correspondan a “factores ajenos a la voluntad del servidor”. Excluyendo, por ejemplo, intereses de mora, atribuibles al pago inoportuno por parte de la entidad y que incrementan el valor que el Estado debe pagar producto de una condena.⁷

Para finalizar, identificar realmente el valor atribuible al agente del Estado, por cuanto no siempre todo el valor de la condena en contra del Estado es susceptible de trasladarse al agente Estatal contra quien se dirige la acción de repetición. Ejemplo, los aumentos de la condena por el tiempo que tarda en resolverse un proceso judicial o por condenas que superan la compensación equivalente al daño, cuando se establecen “medidas de no repetición dirigidas a superar problemáticas institucionales” (Corte Constitucional, Sentencia SU354 de 2020, punto 5.81, presupuesto 6).

Criterios que no son absolutos dada la existencia de una salvedad de índole legislativa. Si la “condena” en contra del Estado tiene origen en “sobrecostos en contratación y otros hechos irregulares”, por unidad de materia, interpretado como “otros hechos irregulares” en contratación, la obligación de reintegro de las sumas de dinero en favor del Estado por parte del agente del Estado ordenador del gasto es solidaria con “las demás personas que

7 Las condenas en contra del Estado a pagar determinada suma de dinero generan intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF durante los primeros 10 meses desde la ejecutoria de la obligación contenida en una providencia. Vencido el mes 10, generan intereses moratorios a la tasa comercial (Ley 1437 de 2011, art. 195.4).

concurran al hecho” (Ley 1474, art. 119).⁸ También cuando en materia de contratación el delegante y el delegado incurran en dolo o culpa grave en la producción de la condena en contra del Estado (Ley 678, art. 2, par. 4 y Sentencia C-372-02). De manera que no podrá invocarse la posibilidad de división o distribución de la condena.⁹

PROBLEMA Y OBJETIVO

Los criterios que garantizan el principio de proporcionalidad al establecer el valor que el agente del Estado debe reintegrar si es condenado en repetición presentan los siguientes interrogantes: ¿Cuál es la metodología para su estimación? Por ejemplo: ¿Cómo se distribuye la condena según las funciones y jerarquía dentro de la entidad? ¿Cómo se puede establecer el valor real que se debe reintegrar? o ¿qué tanto se disminuye el valor que se debe reintegrar cuando opera el atenuante por culpa grave?

De manera que el objetivo es proponer una función matemática que aporte en algo a estas dudas. Además, recopilar criterios jurisprudenciales sobre la forma en que se atenúa el monto que se debe reintegrar en materia de repetición.

Tratar el problema propuesto nos lleva a la presentación de las siguientes metodologías.

- El arbitrio judicial y seguimiento de precedentes a falta de derecho legislado.
- Propuesta de una función matemática sobre el monto que se va a reintegrar.
- Aplicación del precedente sobre la atenuación del monto que se debe reintegrar.

8 El derrotero constitucional para establecer el monto que se debe reintegrar conforme el grado de participación en los hechos no tuvo en consideración lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011. De manera que es mencionado como excepción (Ley 1474 de 2011, art. 119).

9 Sobre obligaciones solidarias el artículo 1571 del Código Civil colombiano señala que el acreedor, en este caso el Estado, “podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por este pueda oponérsele el beneficio de división”.

Metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad

Los cuatro criterios de proporcionalidad están dados por la Corte Constitucional. Ahora, lo que buscamos es la metodología para establecer criterios objetivos que permitan establecer que tanto más o que tanto menos debe reintegrar el agente del Estado en la acción de repetición.

Los criterios objetivos en los ordenamientos jurídicos son necesarios en la medida en que con ellos se garantizan que las personas reciban “la misma protección y trato de las autoridades” (Constitución Política, 1991, art. 13) interpretando el derecho de la misma manera. En términos de “igualdad política”, las personas tienen derecho a recibir por parte de las autoridades del Estado “la misma consideración y el mismo respeto que se han asegurado para los miembros más poderosos” (Dworkin, 1977, p. 295). De manera que la igualdad política estaría en riesgo si, por ejemplo, dos casos similares, en la aplicación de la atenuante por culpa grave, llegan a conclusiones distintas sobre el monto que debe reintegrar cada agente estatal. Si el atenuante es el mismo, en términos universalistas, la consecuencia jurídica debería ser igual como parámetro de protección de las personas que van a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades de la república.

No obstante, la pretensión universalista en todos los casos puede resultar deseable, más no real si partimos de la idea de que la ley no ha adquirido la capacidad de regularlo absolutamente todo, dando lugar a que los sistemas jurídicos sean complementados a través de otras fuentes como la jurisprudencia (Gény, 2000, pp. 91-93, 155, 524, 530; Josserand, 1938, pp. 102-106; Marinoni, 2012, pp. 252-253; Reichel, 1921, p. 145).¹⁰

10 Montesquieu, al defender la tesis de la tridivisión del poder en el siglo XVIII, asignaría al juez el rol de una especie de ser “inanimado” aplicador de la ley, distinguiendo la función judicial de la del legislador para evitar caer en la arbitrariedad de un juez, que a la vez es legislador. Ello como mecanismo de protección de las libertades de las personas al evitar la concentración de distintos poderes en una sola persona o en un solo poder (Montesquieu, 2016, pp. 327-339). Luego, la ley, como única fuente del derecho, entraría en crisis al evidenciar que no tenía la capacidad de regularlo absolutamente todo (Gény, 2000, pp. 91-93, 155, 524, 530; Josserand, 1938, pp. 102-106; Marinoni, 2012, pp. 252-253; Reichel, 1921, p. 145). Por otra parte, porque los ordenamientos jurídicos además de reglas también cuentan con principios que pueden dar paso a escenarios como el de inaplicar alguna regla para favorecer algún principio, o requieren de la jurisprudencia como mecanismo para determinar su contenido y alcance (Alexy, 1978, pp. 342; 2017, p. 65; Dworkin, 1977, pp. 91-92; Vedel, 1980, p. 46).

En la jurisprudencia como fuente del derecho es posible observar tres situaciones, que se enumeran a continuación:

La primera tiene como escenario la necesidad por parte del juez de decidir, pero se encuentra con la ausencia o insuficiencia de reglas o jurisprudencia que le aporte herramientas para la solución del caso desde la subsunción jurídica. Evento en el cual, el ordenamiento jurídico autoriza al juez la aplicación del “arbitrio judicial”. Aportar a ello es lo que motiva la proposición de las dos funciones matemáticas para determinar el monto que se debe reintegrar, sin que la pretensión sea brindar una sola respuesta; más bien, aportar elementos de juicio para la discusión metodológica.

La segunda establece el seguimiento por parte del juez de la interpretación tradicionalmente aceptada para la solución de casos similares —seguimiento del precedente—.

Por último, la posibilidad de apartarse de los precedentes si surge una norma que lo derogue o surja nueva interpretación mediante la cual el juez ofrezca una solución jurídica mejor¹¹ a la que en el pasado ha servido de pauta para la solución de casos similares.

A continuación, profundizamos sobre cada una de estas situaciones, a manera introductoria, y luego mediante la consolidación de la metodología para establecer el monto que se debe reintegrar en la acción de repetición.

ARBITRIO JUDICIAL

El arbitrio judicial es el “margen de apreciación con que cuentan los jueces y tribunales para decidir sobre las interpretaciones más correctas de las normas en relación con las controversias que deben resolver” (Real Academia Española).

En Colombia, el margen de maniobra judicial inicialmente está concebido desde finales del siglo XIX, gracias al artículo 48 de la Ley 153 de 1887, que busca evitar la “denegación de justicia” por el “silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley”. De manera que el poder judicial se encuentra convocado a decidir, incluso ante la insuficiencia normativa, evento en el cual el

11 En este punto, la mejor solución, desde el concepto de “derechos básicos” que hacen parte de la esfera de “inviolabilidad de la persona” y que hoy en día se encuentran contenidos en los catálogos de derechos humanos (Nino, 1985, pp. 95-97). Así, la mejor solución sería aquella que protege el derecho humano en discusión.

arbitrio judicial es la solución con la que el legislador dotó a los jueces para resolver los casos puestos a su consideración.

Hoy en día (2024), este margen de maniobra se encuentra establecido en las reglas procesales actuales, en donde los jueces están llamados a decidir incluso cuando “no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta”, pudiendo acudir para hacerlo a otras fuentes del derecho (Ley 1564, art. 42.6). También para dotar a los principios de contenido y alcance (Vedel, 1980, p. 46) como es posible observar, por ejemplo, en algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana.

Margen de apreciación para decidir casos, que no debe confundirse con arbitrariedad o capricho, pues dejaría de ser arbitrio judicial. De manera que está supeditada a una adecuada fundamentación.¹²

Seguimiento de los precedentes jurisprudenciales

Las reglas del discurso jurídico sugerirán que “cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse”(Alexy, 1978, p. 307). De manera que el precedente adquirirá fuerza gravitacional bajo el “paradigma universalista” que “exige que los jueces que actúan con posterioridad a él se ajusten a las normas o principios establecidos en el caso anterior como si estuvieran establecidos en la ley” (Dworkin, 1977, p. 442; Taruffo, 2020, p. 621).

En el derecho colombiano, el precedente es vinculante por razones de coherencia del sistema jurídico y seguridad jurídica, “por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles”, como mecanismo de protección de las libertades individuales, en garantía del principio de igualdad, “puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez” y por razones de control de la propia actividad judicial que “impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los

12 Alexy presenta reglas que sirven de ayuda para la fundamentación. Inicia con las reglas del discurso práctico general y las complementa con las reglas del discurso jurídico. Al respecto, véase *Teoría de la argumentación jurídica* (Alexy, 1978, p. 302-307). Vigo distingue distintos tipos de razonabilidad para justificar lo que podría entenderse como “adecuada fundamentación”. Entre ellos se encuentra la racionalidad orgánica y procedimental, la racionalidad sistémica o por coherencia, la racionalidad lógico lingüística o de fácil comprensión, la racionalidad teleológica, la racionalidad científica o conforme a las verdades evidentes, la racionalidad sociológica, la racionalidad fáctica y, por último, la racionalidad intencional o recta intención (Vigo, 2012; 2016).

obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente” (Sentencia SU047, punto 43).

Obligatoriedad de seguir los precedentes, que se concreta a través de las consecuencias por no seguir la jurisprudencia. Ellas podrían ser de índole sancionatorio para el juez que se aparta del precedente. Aunque ello no es frecuente, y además es extraño que sea la principal consecuencia. Entonces, la principal consecuencia estaría dada por la invalidez de la decisión a través de dos mecanismos procesales que ofrece el ordenamiento: el primero, mediante los recursos en sede ordinaria contra la providencia que se aparta del precedente; el segundo, mediante la tutela contra providencia judicial con el propósito de asegurar la disciplina para seguir los precedentes (Angulo-Name y Polanco-Jiménez, 2022, p. 563; López-Medina, 2006, pp. 124,130; Núñez, 2021, pp. 340, 345, 360). Otro mecanismo surge con la posibilidad de la activación de mecanismos internacionales de protección. Por ejemplo, cuando no se sigue el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con ello surge el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado respecto de alguno de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³

Separación de los precedentes

El seguimiento de los precedentes judiciales no es absoluto. En todo, caso existe la posibilidad para apartarse del precedente con la única condición que “quien quiera apartarse de un precedente asuma la carga de la argumentación” (Alexy, 1978, p. 307).

Carga de argumentación que impone que el juez que se aparte del precedente haga mención expresa de la jurisprudencial de la cual se separa

13 Las obligaciones del Estado colombiano respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son respeto, garantía y adopción de disposiciones de derechos humanos en el derecho interno (Ley 16 de 1972, arts. 1 y 2). Obligación que conlleva no solamente el tratado, sino también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el particular, véanse casos como *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006, párrafo 124; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 225; *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011, párrafo 193 y *Caso Gustavo Petro Urrego vs. Colombia*, párrafo 103. La fuerza vinculante de la Convención, desde el punto de vista constitucional, se encuentra regulada en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de 1991. Sobre la activación de mecanismos internacionales de protección en cuanto al sistema interamericano véase la Ley 16 de 1972, artículos 44 y 46.

(principio de transparencia). Por otra parte, los argumentos deben ser claros y razonables (Ley 1564, art. 7 y Ley 1437, art. 103).

Ejemplo para apartarse del precedente puede darse en los eventos en los que la jurisprudencia ofrece más de una solución, por lo que razonablemente podría ser adecuada cualquiera de las respuestas ofrecidas por la jurisprudencia, aceptando una solución y descartando otra; o por causa externa a la jurisprudencia, cuando, por ejemplo, es introducida una nueva norma jurídica que varía la forma tradicional para solucionar determinada controversia, o por necesidad de “corregir” el precedente para beneficiar algún derecho humano, o porque siendo adecuada en un momento determinado dejó de serlo en otro posterior (Corte Constitucional, sentencias SU-047 de 1999, punto 44; C-621 de 2015, punto 3.8.8; C-836 de 2001, puntos 17, 19 y 21).

Metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad sobre el monto que se debe reintegrar en la acción de repetición

Determinar el monto que se debe reintegrar en la acción de repetición, desde el punto de vista que pretende el establecimiento de criterios objetivos, nos hace proponer dos funciones matemáticas que pueden contribuir con su estudio y discusión.

A partir de decisiones del Consejo de Estado es expuesta la metodología para la aplicación de la atenuante. Desde un enfoque universalista, la investigación sugiere la necesidad de la obligatoriedad y seguimiento de los precedentes jurisprudenciales, a menos que surja una solución mejor que proteja los derechos subjetivos del ser humano.

La justificabilidad está dada en contribuir con el estudio y la discusión de criterios objetivos que puedan servir de ayuda para la estimación del monto que se debe reintegrar. Por otra parte, contribuir a que la falta de reglas que determinen cómo debe operar el principio de proporcionalidad no derive en que resulte cercenada la “prohibición de exceso” con la imposición de condenas en repetición en contra del agente estatal que “vulnere los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas” (Sentencia SU 354 de 2020).

CÁLCULO DE LA BASE DEL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR SEGÚN EL FACTOR TEMPORAL

La base del monto que se debe reintegrar no es un asunto que constantemente se tenga que estimar. Si no hay atribución de valores ajenos a la conducta del agente del Estado contra el que se repite, la base será la misma del valor de la condena en contra del Estado.

Luego, el cálculo de la base del monto pretende excluir los valores que corresponden a “factores ajenos a la voluntad del servidor”, como la mora judicial, los intereses moratorios por el no pago oportuno de la condena en contra del Estado (Ley 1437, art. 192) y, en general, cualquier factor que acreciente el valor de la condena pero que no es atribuible al servidor en contra de quien se repite (Sentencia SU354 de 2020).

Ejemplo del aumento de la condena por la demora en un proceso judicial ocurre cuando la condena en contra del Estado se incrementa por el solo paso del tiempo. Imaginemos aquellas condenas que implican el reintegro de un servidor del Estado con el consecuente pago de todo lo dejado de percibir durante el tiempo que duró el proceso. En este caso, la condena será menor si el proceso tiene una duración corta. Pero si el proceso dura mucho tiempo, la condena será mayor. Similar situación ocurre en los procesos tributarios de devolución del pago en exceso, el cual genera intereses desde la negativa de devolución hasta la ejecutoria de la providencia que ordene la devolución (Estatuto Tributario, art. 863). La causa entonces de los intereses causados y, por ende, del monto de la condena, dependerá de la duración del proceso.

En estos eventos, al agente estatal únicamente podría serle atribuible el tiempo normal del proceso como parte del cálculo de la base para establecer el monto que se debe reintegrar, sin que sea dable atribuirle al agente del Estado factores que aumentan el monto de la condena y le son ajenos, como es el caso de la “mora judicial”.

Escenario en donde la regla de tres presta utilidad para estimar la base del monto que se debe reintegrar por parte del agente estatal. A continuación, se expone dicha regla.

$$Br = \frac{Vc * Ta}{Tr}$$

En donde:

Br: Base del monto que se va a reintegrar

Vc: Valor de la condena en contra del Estado

Ta: Tiempo atribuible al agente estatal

Tr: Tiempo real de duración del proceso

El valor desconocido es la Br, pero a través de los demás datos es posible determinarla. Así, el valor de la condena y el tiempo real de duración del proceso son datos con los que contamos. En cuanto al Ta, este valor sería igual al tiempo razonable de duración del proceso sin que sea posible atribuir la ausencia de regulación cuando, por ejemplo, el legislador no fijó un periodo. De manera que solo sería atribuible el plazo razonable y no las consecuencias de la demora judicial en resolver un caso.

La estimación del tiempo razonable está establecida en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia como garantía de ser juzgado “sin dilaciones injustificadas”, y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tendiente a que la determinación de derechos y obligaciones esté dada en un “plazo razonable”.

El plazo razonable, en la Ley 1564 de 2012 —Código General del Proceso—, es de un año para dictar sentencia en primera o única instancia, y de seis meses para dictar sentencia en segunda instancia. Términos contabilizados a partir de la notificación del mandamiento de pago en el caso de procesos ejecutivos o del auto admisorio de la demanda en los demás eventos (art. 121).

La duración del proceso establecido en el Código General del Proceso no ha tenido aceptación dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al ser considerado incompatible con la naturaleza de los procesos en esta jurisdicción, pues cuenta con términos especiales y diferentes a los previstos en la Ley 1564 (Briceño, 2014, p. 9 y Consejo de Estado, 2019, exp. 11001-03-15-000-2019-00766-00/01).

Razón por la cual el término máximo del proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no podría estimarse en 1,5 años en primera y segunda instancia, sino que a partir del acumulativo regulado, el máximo atribuible al agente estatal, sin incluir las variables, correspondería

a máximo 8 meses y 130 días hábiles en primera instancia y 46 días hábiles en segunda instancia.¹⁴

Ahora bien, para establecer la Br es necesario que tanto el Ta como el Tr estén expresados en la misma unidad de tiempo. Es decir, en años, meses, días hábiles o calendario. En cualquier evento, en una misma unidad de tiempo.

En cuanto a los días hábiles, al no representar una unidad fija de tiempo dentro del calendario, se podría estimar en número de meses con la

14 Término máximo para presentar la demanda-medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho: 4 meses (Ley 1437, art. 164), término máximo para la conciliación extrajudicial cuando el asunto es conciliable: 3 meses (Ley 2220, arts. 90, 94.3 y 96.3), admisión de la demanda, traslado de la demanda: 30 días (Ley 1437, art. 172), término para reforma de la demanda: 10 días (Ley 1437, art. 173), traslado excepciones: 2 días luego de la remisión de las excepciones y 3 días para pronunciarse sobre las excepciones (Ley 1437, arts. 172 y 201A), audiencia inicial: 1 mes siguiente (Ley 1437, art. 180.1), audiencia de pruebas: 40 días siguientes para fijar fecha y hora y máximo 15 días para la práctica de pruebas (Ley 1437, art. 180.10), alegatos de conclusión: 10 días (Ley 1437, art. 181.2), sentencia primera instancia: 20 días (Ley 1437, art. 181.2), notificación sentencia: 3 días (Ley 1437, art. 203) y recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia: 3 días (Ley 1437, art. 203).

Recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia: 10 días (Ley 1437, 247-1), concesión y remisión del expediente al superior (Ley 1437, 247.3) ejecutoria: 3 días (Código General del Proceso, art. 302), admisión de apelación en segunda instancia (Ley 1437, art. 243.4) ejecutoria: 3 días (Código General del Proceso, art. 302), paso del expediente al despacho para sentencia: 10 días (Ley 1437, art. 247.5) y sentencia de segunda instancia: 20 días (Ley 1437, art. 247.7).

Variable 1. Término máximo para presentar la demanda. El término máximo para presentar la demanda de manera oportuna varía según el medio de control (Ley 1437, art. 164).

Variable 2. Reforma de la demanda. Si hay reforma de la demanda el traslado se surte durante 15 días (demandados iniciales) o 30 días (nuevos demandados) (Ley 1437, art. 172).

Variable 3. Demanda de reconvenición. Si hay demanda de reconvenición el término de traslado es de 30 días (Ley 1437, art. 177).

Variable 4. Audiencia de alegaciones y juzgamiento. La Ley 1437 de 2011 prevé la posibilidad de prescindir de la presentación de alegatos y sentencia de forma escrita. En tal caso, la etapa de alegaciones y juzgamiento se surte de manera verbal dentro de los 20 días siguientes a la audiencia de pruebas (Ley 1437, art. 181.2).

Si no es posible dictar sentencia de manera verbal, el juez indicará el sentido del fallo y dentro de los 10 días siguientes lo consignará por escrito. Si no es posible indicar el sentido del fallo, la sentencia será proferida dentro de los 30 días siguientes (Ley 1437, art. 182).

Variable 5. Sentencia anticipada. Situación que conforme las causales establecidas por el legislador pueden tener lugar antes de la audiencia inicial (art. 182A.1); en caso de allanamiento o transacción (art. 182A.4 y 176) o en cualquier etapa del proceso (art. 182A.2 y 182A.3).

Variable 6. Pruebas en segunda instancia. En segunda instancia, en algunos eventos es factible el decreto y la práctica de pruebas (Ley 1437, art. 212). En este caso, la segunda instancia contará con el término de 10 días para la práctica de pruebas (art. 212) y 10 días para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia (L. 437, art. 247.5).

contabilización manual, descontando los días feriados y las vacantes según el calendario del año en que inició el caso donde se decidió la responsabilidad del Estado.

Lo mejor sería una regla universal de duración máxima. Podría ser estimar en términos generales que un mes se compone de 30 días. A su vez, de 8 días dentro de un mismo mes corresponden a sábados y domingos. El defecto es la falta de precisión. La ventaja permite, en términos universales, desde una ficción temporal, establecer el término máximo de duración garantizando bajo una misma unidad de medida que 20 días hábiles corresponden a un mes en el calendario.

Ficción para la estandarización que, si bien es arbitrario, en un sistema de gestión judicial garantiza la función de descarga aplicable a la jurisprudencia, por la cual “sin una razón especial, no es necesaria una nueva comprobación” (Alexy, 1978, p. 261, 262). Por lo que el proceso contencioso administrativo, bajo un criterio ficticio para estandarizar, presentaría como término equivalente en meses que el proceso de lo contencioso administrativo tendría una duración aproximada y razonable de 16,8 meses, tanto en primera como en segunda instancia (tabla 15.1).

Tabla 15.1 Duración del proceso

Instancia	Duración	Equivalencia bajo criterios universales en meses
Primera instancia	8 meses y 130 días hábiles	14,5
Segunda instancia	46 días hábiles	2,3
Total		16,8

Fuente: elaboración propia.

Cálculo que, aunque guarda una pretensión universalista, siempre va a ser inexacto. La exactitud se desprende de la contabilización según el calendario del año en que inició el proceso. Lo anterior, por la necesidad de consideración de las variables y particularidades del caso que se pueden extender o reducir en términos de razonabilidad regulatoria o razonabilidad positivista. ¿Cuál debe ser la duración máxima de un proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo?

En cualquier evento, contabilizar el Ta , conforme el plazo razonable según el derecho positivo, permitirá que a través de la adopción de la regla de tres sea posible establecer el monto atribuible al agente estatal.

En términos numéricos, imaginemos un proceso laboral administrativo en el que se ordenó el reintegro y pago de todo lo que el servidor destituido injustamente dejó de percibir. La liquidación de lo dejado de percibir corresponde a cuatrocientos millones de pesos (\$ 400.000.000) como consecuencia que el periodo liquidable es el mismo de duración del proceso, el cual tardó 5 años, o lo que es lo mismo 60 meses. Valor que en nuestro ejemplo el Estado ya pagó. Ahora, imaginemos también que, según la contabilización según el calendario, el proceso máximo tendría que haber durado 16,8 meses.

$$Br = \frac{[Vc = \$ 400.000.000] * [Ta = 16,8 \text{ meses}]}{[Tr = 60 \text{ meses}]}$$

$$Br = \$ 112.000.000$$

Así las cosas, la base del monto que se debería reintegrar no serían los cuatrocientos millones de pesos que el Estado pagó, sino ciento doce millones de pesos (\$ 112.000.000). De manera que la mora judicial no sería atribuible al agente estatal y por tanto tampoco las consecuencias que de ella derivan como el aumento del valor de la condena en contra del Estado, por el cual es promovida la acción de repetición.

Otro ejemplo. Un servidor público de libre nombramiento y remoción es indebidamente desvinculado por el nominador en el marco del periodo electoral (ley de garantías) un 29 de enero de 2010. Lo indebido es porque durante el periodo electoral está prohibida la modificación de la planta de personal de la entidad (Ley 996, art. 38), restricción que el caso concreto transcurriría entre el 29 de enero y el 14 de marzo de 2010. Lo indebido sucedería entre este periodo de tiempo. De manera que la real expectativa de permanencia en el empleo del servidor de libre nombramiento y remoción sería hasta el 14 de marzo de 2010. Por lo que el tiempo posterior al 14 de marzo no sería imputable al agente estatal que produjo la desvinculación y contra quien se repite.

¿Cuál es el monto que se debe reintegrar al Estado en la acción de repetición?
Estudio metodológico para la aplicación de criterios jurisprudenciales
sobre el principio de proporcionalidad

En este caso, el periodo liquidado sobre lo dejado de percibir tiene como extremo inicial la fecha de desvinculación un 29 de enero de 2010, y como extremo final la fecha de ejecutoria de la sentencia que restableció el derecho del servidor desvinculado, esto es, el 12 de marzo de 2014. En meses: 49,43.

El verdadero tiempo atribuible al agente estatal correspondería a la “verdadera expectativa” del servidor de libre nombramiento “de permanecer en el cargo”, esto es, del 29 de enero al 14 de marzo de 2010 conforme la naturaleza del empleo y el tiempo de la restricción para su desvinculación que en meses equivaldría a 1,5.

Ahora, si la entidad condenada pagó la suma de \$ 405.092.868 sin contemplar otros valores, la base de atribución de responsabilidad sería de \$ 12.292.925,4, haciendo uso de la metodología matemática propuesta.

$$\text{Br} = \frac{[Vc = \$ 405.092.868] * [Ta = 1,5 \text{ meses}]}{[Tr = 49,43 \text{ meses}]}$$
$$\text{Br} = \$ 12.292.925,5$$

Entonces, la Br, que corresponde al verdadero valor atribuible al agente estatal, sin incluir factores externos como la duración del proceso o factores que exceden la real expectativa del agente, no sería el valor pagado, sino que sería de doce millones doscientos noventa y dos mil novecientos veinticinco con cuatro pesos (\$ 12.292.925,4) (Consejo de Estado, 2019, exp. 11001-03-15-000-2019-00766-00/01).¹⁵

15 Ejemplo que nunca llegó a materializarse y es expuesto de manera ficticia sobre cómo podría haberse dado la sentencia de reemplazo para considerar factores de proporcionalidad. Ello, por cuanto dentro del trámite de la misma acción de tutela el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B”, mediante sentencia del 02 de julio de 2021 con ponencia del consejero Alberto Montaña Plata, resolvió revocar el fallo de tutela que ordenaba dictar una nueva sentencia en cuanto a la liquidación de la condena al considerar que el fallo atacado no desconoció la SU-354 de 2020 al ser una sentencia de la Corte Constitucional “posterior a la expedición de la decisión cuestionada [...] en esa medida, no se puede predicar un desconocimiento de una Sentencia que no existía”. En términos de proporcionalidad, consideró acertada la decisión al tener como parámetros para su cálculo el “1) el valor neto, luego de descuentos y 2) la intervención de otros agentes estatales en la acusación del daño, para reducir la condena que fue impuesta”. En el salvamento de voto, el consejero Martín Bermúdez Muñoz, minoría dentro de la segunda instancia, consideró que el amparo constitucional debía mantenerse para proceder con el estudio de proporcionalidad (expediente 11001-03-15-000-2021-00752-01).

En un caso similar, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional SU354 de 2020, llegaría a conclusión similar en donde consideró desproporcional que el agente estatal en contra de quien se repite tenga que asumir el pago de salarios de ocho años que duró el proceso, cuando conforme la restricción de la ley de garantías (Ley 996, art. 38) esta no se extendería por más de cuatro meses. De suerte que el valor para liquidar la condena no debería ser \$ 714,276,027, sino conforme la real expectativa de permanencia en el cargo de quien se encuentra vinculado en un empleo de libre nombramiento y remoción en ley de garantías, lo que representaría una estabilidad de máximo cuatro meses. De manera que la Br sería solamente por los cuatro meses atribuibles al agente estatal y no los ocho años de duración del proceso, pasando de una condena en repetición de \$ 714,276,027 a \$ 29.884.311, correspondiente a la liquidación de costos laborales; más los intereses que correspondieron a \$ 28.926.499 (Corte Constitucional, Sentencia SU354 de 2020, punto 3.39 al 3.47 y Tribunal Administrativo de Boyacá, 2023, exp. 15001-23-33-000-2016-00344-00).

Último ejemplo, en donde la metodología no fue a través de la aplicación de la regla de tres, sino mediante la liquidación de la nómina correspondiente a 4 meses que para el caso del último evento corresponde al Ta. No obstante, si aplicáramos la regla de tres el resultado sería cercano al presentar una diferencia de \$1 22.809,9, constitutiva en una diferencia tolerable o explicable en datos temporales que podría permitir tener mayor precisión.

$$\text{Br} = \frac{[Vc = \$ 714.276.027] * [Ta = 4 \text{ meses}]}{[Tr = 96 \text{ meses [8 años]}} \\ \text{Br} = \$ 29.761.501,1$$

Si bien no existe una única respuesta, la regla de tres desde la generalidad del valor de la condena permite estimar la particularidad de la Br a un caso concreto que, en aras de mantener la vigencia del principio de

Al margen del criterio de temporalidad o de los efectos prospectivos o retrospectivos del precedente de la Corte Constitucional, consideramos que sirve como parámetro para explorar otras situaciones, que siendo ajenas al agente estatal aumentan el valor de la condena, de manera que no deberían ser atribuibles.

proporcionalidad, resulta importante evaluar al evitar atribuir más de setecientos millones cuando lo justo, en términos proporcionales, sería un poco más de veintinueve millones no más. Como se puede notar, ello permite mantener la “vigencia de la prohibición de exceso”.

DISTRIBUCIÓN DEL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR SEGÚN EL GRADO DE PARTICIPACIÓN Y JERARQUÍA FUNCIONAL A PARTIR DE CRITERIOS OBJETIVOS

Determinada la responsabilidad patrimonial del agente estatal, el juez debe decidir el monto que este debe reintegrar al Estado, pero procurando que “no se convierta en una decisión que, debido a su desproporción, vulnere los derechos fundamentales por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas”. Siendo posible que la condena en contra del Estado tenga origen en el actuar de varios agentes del Estado, o incluso que el valor de la condena en contra del Estado sea atribuible a factores externos como, por ejemplo, por circunstancias como el “riesgo inherente a la actividad” o las “fallas estructurales” de la entidad (Sentencia SU354 de 2020, presupuesto 6).

En estos eventos, la Br, por la cual el Estado repite contra el agente Estatal, se deberá distribuir entre todos los agentes y factores generadores de responsabilidad.

El propósito es evitar que el agente estatal condenado en repetición asuma factores externos a él, como, por ejemplo, los hechos atribuibles a otros agentes, a terceros o incluso al mismo Estado.

La distribución de la Br, según las particularidades del caso y ante la carencia de regla jurídica para su estimación, tiene como solución el arbitrio judicial para que conforme la valoración judicial de las pruebas y se determine la distribución apropiada.

No obstante, es posible observar que, tanto para la atribución de responsabilidad como para la estimación del monto que se debe reintegrar, la Corte Constitucional ha propuesto la necesidad de valorar “las circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración”, así como los requisitos de formación y experiencia del empleo, jerarquía o retribución económica percibida (Sentencia SU354 de 2020, presupuesto 5 y 6).

Este artículo propone una función matemática para la estimación objetiva de la distribución del monto que se debe reintegrar al Estado por parte del agente estatal que sea hallado responsable en repetición, basándose en la jerarquía conforme la retribución percibida, y teniendo en cuenta que el grado de exigencia y responsabilidad no es igual para todos los agentes estatales. Por ejemplo, no es igual el grado de exigencia y responsabilidad de un servidor público del nivel directivo que el de un servidor público del nivel técnico o asistencial. Tampoco su remuneración.¹⁶

Con este propósito, para establecer las “circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración” al momento de distribuir el monto que se piensa reintegrar, se presenta la siguiente función matemática.

$$Res_{AE} = \frac{Salario_{AE}}{\sum_{AE=1}^n Salario_{AE}} \times 100$$

En donde:

Res: Responsabilidad según la distribución del monto que se debe reintegrar según el grado de participación y jerarquía funcional a partir de criterios objetivos según la retribución percibida por el ejercicio de la función pública

AE: Agente Estatal

Salario AE: Salario del Agente Estatal en concreto a quien se le asigna la responsabilidad individual vía repetición

$\sum_{AE=1}^n Salario_{AE}$: Sumatoria del salario de todos los agentes estatales destinatarios de la responsabilidad vía repetición

Así, el monto que se deberá reintegrar será mayor a quien tiene una retribución mayor. Correlativamente, implicará un nivel de exigencia menor a quien tiene una menor retribución.

Imaginémonos el caso de un servidor público del nivel directivo, grado 28, con una asignación básica de \$ 18.226.195. Funcionario que ordena a un servidor del nivel asistencial, grado 5, con una asignación básica de \$

16 La jerarquía de los empleos está distribuida en los siguientes niveles: de mayor a menor: directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial (Decreto 1083 de 2015).

¿Cuál es el monto que se debe reintegrar al Estado en la acción de repetición?
 Estudio metodológico para la aplicación de criterios jurisprudenciales
 sobre el principio de proporcionalidad

1.160.000, que conduzca un vehículo del Estado. Ambos son conscientes de que el conductor no es idóneo (por carecer de la función para conducir vehículos o por no tener permiso de conducción, etc.) y además el vehículo no cuenta con los seguros requeridos. Producto de dicha actividad pensemos en un accidente por el cual el Estado posteriormente es condenado a pagar determinada suma de dinero.

La acción de repetición, una vez establecida la responsabilidad de ambos servidores públicos, conforme el criterio de proporcionalidad jerárquica, nos lleva a determinar un mayor grado de responsabilidad del directivo y menor responsabilidad para el servidor del nivel asistencial. Para determinar qué tanto más o qué tanto menos debe reintegrar al Estado a cada uno se aplica la fórmula matemática propuesta (tabla 15.2).

Tabla 15.2 Fórmulas para calcular los valores que se deben reintegrar

Directivo	Asistencial
Directivo $Res_{AE} = \frac{\$ 18.226.195}{\$ 19.386.195} \times 100$ $Res_{AE} = 94,02 \%$	Asistencial $Res_{AE} = \frac{\$ 1.160.000}{\$ 19.386.195} \times 100$ $Res_{AE} = 5,98 \%$
Salario AE Directivo = \$ 18.226.195 Salario AE Asistencial = \$ 1.160.000 $\sum_{AE=1}^n Salario_{AE} = (\$ 18.266.195 + \$ 1.160.00) = \$ 19.426.195$	

Fuente: elaboración propia.

De manera que el monto que se debe reintegrar al Estado por parte de los agentes estatales se distribuiría así: un 94,02 % del monto de la condena deberá reintegrarlo al Estado el servidor público del nivel directivo. Y un 5,98 % el servidor del nivel asistencial.

Criterio objetivo para garantizar la proporcionalidad jerárquica que presta mayor funcionalidad cuando la participación en los hechos por parte de todos los agentes del Estado es lineal o similar, pero proporcionada de acuerdo con el nivel de exigencia exequible a cada uno a partir de la jerarquía y asignación salarial.

Otro ejemplo puede ser la insubsistencia (retiro del servicio) de un servidor público. La decisión la toma el nominador de la entidad con asignación básica de \$ 18.226.195. Previamente revisada y avalada de acuerdo con

el marco funcional por el asesor con una asignación básica de \$ 14.568.772; por parte del directivo “A” grado 7 con asignación de \$ 5.941.592 y el directivo “B” grado 9 con asignación de \$ 6.297.718 (tabla 15.3).

Tabla 15.3 Cálculos retiro de servidor público

Nominador	Asesor	Directivo “A”	Directivo “B”
$Res_{AE} = \frac{\$ 18.226.195}{\$ 45.034.277} \times 100$ $Res_{AE} = 40,47 \%$	$Res_{AE} = \frac{\$ 14.568.772}{\$ 45.034.277} \times 100$ $Res_{AE} = 32,35 \%$	$Res_{AE} = \frac{\$ 5.941.592}{\$ 45.034.277} \times 100$ $Res_{AE} = 13,19 \%$	$Res_{AE} = \frac{\$ 6.297.718}{\$ 45.034.277} \times 100$ $Res_{AE} = 13,98 \%$
Salario AE Nominador = \$ 18.226.195. Salario AE Asesor = \$ 14.568.772 Salario AE Directivo “A” = \$ 5.941.592 Salario AE Directivo “B” = \$ 6.297.718 $\sum_{AE=1}^n Salario_{AE} = (\$ 18.226.195 + \$ 14.568.772 + \$ 5.941.592 + \$ 6.297.718) = \$ 45.034.277$			

Fuente: elaboración propia.

En este evento, el monto que debe ser retribuido por los agentes al Estado se distribuiría así: nominador el 40,47 %, asesor el 32,35 %, directivo “A” el 13,19 % y directivo “B” el 13,98 %.

No obstante, la función matemática no presta la misma utilidad cuando adicionamos criterios que permitan derivar en una mayor responsabilidad de algún agente del Estado. De manera que el grado de responsabilidad no obedecería únicamente según el nivel de exigencia jerárquica. Por ejemplo, cuando el grado de participación del servidor del nivel asistencial en los hechos que provocan la condena en contra del Estado es mayor que la participación del directivo.

Retomemos el ejemplo del vehículo. Si el servidor del nivel asistencial actúa al margen del servidor del nivel directivo y sin su consentimiento, pero aun así el directivo resulta declarado patrimonialmente responsable, por no extremar el cuidado de los bienes estatales, la respuesta sobre la distribución del monto que se debe reintegrar podría variar.

Aquí la solución de distribución de responsabilidad sobre el monto que se debe reintegrar ya no obedecerá al criterio objetivo jerárquico, pues la mayor atribución sería para el agente del nivel asistencial y no para el

nivel directivo, conforme el mayor grado de participación en los hechos por parte del primero.

Es por ello por lo que la función matemática no pretende cercenar la justicia, sino proporcionar un criterio objetivo en los casos lineales de responsabilidad cuando resulte aplicable. De lo contrario, la función deberá corregirse para el caso concreto a través del arbitrio judicial o margen de maniobra que tiene el juez para decidir al momento de valorar las pruebas.

La distribución aplicable como generalidad, con excepción de las acciones de repetición producto de “condenas” en contra del Estado por “sobrecostos en contratación” u “otros hechos irregulares” en contratación o cuando en materia de contratación el delegante y el delegado incurran en dolo o culpa grave en la producción de la condena en contra del Estado, son eventos en los cuales el valor de la condena puede ser exigible a cualquiera de los agentes sin que sea posible generar divisiones en la atribución del monto que se debe reintegrar al Estado (Ley 1474, art. 119; Ley 678, art. 2, parágrafo 4 y Sentencia C-372-02).

EL ATENUANTE SOBRE EL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR

La Corte Constitucional introduce al derecho colombiano como mecanismo para “mantener la vigencia de la prohibición de exceso” y para distinguir las conductas dolosas de las conductas gravemente culposas por parte de los agentes que con su conducta han provocado condenas en contra del Estado, en la medida en que la conducta dolosa reviste mayor gravedad que quien actuó con culpa grave. En consecuencia, un mayor grado de responsabilidad patrimonial debe atribuirse a quien actuó con dolo y menor a quien actuó con culpa grave.

La pregunta entonces es cuanto menos debe reintegrar el agente estatal que produjo una condena calificable a título de culpa grave. Conocemos el mandato de la Corte que indica que quien actuó con culpa grave debe reintegrar menos que quien actuó con dolo. Luego que tanto menos, en cuanto debe atenuarse.

En este evento, el arbitrio judicial o margen de maniobra judicial, como mecanismo garante de la proporcionalidad, surge como herramienta para facilitar que el juez decida cuando no existe norma expresamente aplicable sobre qué tanto debe atenuarse el monto que se debe reintegrar al

Estado cuando el agente del Estado actuó a título de culpa grave (Ley 153 de 1887, art. 48 y Ley 1564, art. 42.6).

En efecto, el Consejo de Estado, en aplicación del arbitrio judicial, determinó que si la conducta que originó la condena en contra del Estado fue a título de dolo, el monto que se debería reintegrar sería del cien por ciento (100 %). No obstante, si la conducta que originó la condena en contra del Estado fue a título de culpa grave, el monto que se debería reintegrar sería el setenta por ciento (70 %). De manera que el atenuante es de un treinta por ciento (30 %).¹⁷

En lo sucesivo, para garantizar que las personas reciban la misma protección y trato por parte de las autoridades de la República (Constitución Política, art. 13), no tendría sentido que se reviviera el balance de razones para determinar cuanto menos debe reintegrar quien actúa con culpa grave. Como ya se expuso, por cuanto si el atenuante es el mismo, en términos universalistas, la consecuencia jurídica debería ser igual como parámetro de protección de las personas que van a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades de la República.

CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad y los criterios que lo garantizan, aunque sean establecidos en abstracto por la Corte Constitucional, deben concretarse y aplicarse a los casos individuales como mecanismo para “mantener la vigencia de la prohibición de exceso”.

Así los jueces se encuentran convocados a aplicar el principio de proporcionalidad, aunque “no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta”, pudiendo acudir para hacerlo a otras fuentes del derecho o incluso al arbitrio judicial para la primera solución y en lo sucesivo facilitar la aplicación de la solución mediante el seguimiento del precedente jurisprudencial.

17 Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2021, exp. 54001-23-31-000-2002-01577-01(58095), punto 6: “una conducta que se considere gravemente culposa, no puede tener la misma consecuencia que una desplegada de manera dolosa [...] al igual que lo consideró la Subsección, en fallos del 12 de diciembre 2019, expediente 49520 y de 4 de diciembre de 2020, expediente 65086, como la conducta desplegada por el demandado fue gravemente culposa, como se concluyó al analizar la imputación, la Sala estima procedente que el reembolso que se efectúe equivalga al 70 % de la condena”. Ley 678 de 2001, artículo 14: “cuantificará el monto de la condena atiendo [...] culpa grave o dolo”.

¿Cuál es el monto que se debe reintegrar al Estado en la acción de repetición?
Estudio metodológico para la aplicación de criterios jurisprudenciales
sobre el principio de proporcionalidad

Para ello el presente estudio logra concluir con la presentación de dos funciones matemáticas. Una para el cálculo de la base del monto que se debe reintegrar según el factor temporal y otra para la distribución del monto que se debe reintegrar según el grado de participación y jerarquía funcional a partir de criterios objetivos con el único propósito de contribuir con su estudio y discusión.

En cuanto al atenuante, a partir del arbitrio judicial del Consejo de Estado, el monto que se debe reintegrar se disminuirá en un 30 % cuando la conducta sea calificable a título de culpa grave. De manera que en lo sucesivo es aconsejable el seguimiento de los precedentes.

Por último, sea oportuno concluir que es posible acumular los diferentes criterios de proporcionalidad en un mismo caso, salvo en los eventos de las acciones de repetición que deriven de hechos irregulares en materia de contratación y que provoquen condenas en contra del Estado, al tratarse del surgimiento en repetición de obligaciones solidarias, que dada su naturaleza no son divisibles.

REFERENCIAS

Alexy, R. (1978). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra Editores. <https://palestra publica.la/reader/teoria-de-la-argumentacion-juridica?location=1>

Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales*. Siglo del Hombre.

Angulo-Name, C. C. y Polanco-Jiménez, G. E. (2022). El precedente jurisprudencial como fuente del ordenamiento jurídico. ¿Por qué razón es obligatoria la jurisprudencia como fuente del derecho colombiano? *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 538-568. <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/3989/3224>

Briceño, M. T. (2014). La vigencia del Código General del Proceso en los procesos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.consejo-deestado.gov.co/documentos/prensa/vigencodi.pdf>.

Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Ariel.

Gény, F. (2000). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Editorial Comares..

Josserand, L. (1938). *Derecho viviel. Tomo 1-Volumen 1*. Ediciones Jurídicas Europa, America Bosch y Cía. Editores.

López-Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis, Unian-des.

Marinoni, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 18(1), 249-266. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>.

Montesquieu, C. de S. (2016). *El espíritu de las leyes*. https://elibro.net/es/ereader/usta/36695?as_all=El_esp%C3%ADritu_de_las_le-yes&as_all_op=unaccent__icontains&prev=as.

Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Editorial Astrea.

Núñez, A. (2021). ¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma constitutiva. En *Teoría y práctica del precedente* (pp. 333-364). Tirant lo Blanch.

Reichel, H. (1921). *La ley y la sentencia. Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del derecho y aplicación del último*. Reus.

¿Cuál es el monto que se debe reintegrar al Estado en la acción de repetición?
Estudio metodológico para la aplicación de criterios jurisprudenciales
sobre el principio de proporcionalidad

Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Temis.

Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. Editorial Aguilar.

Vigo, R. L. (2012). Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico). *Prudentia Iuris*, (74). <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2657>

Vigo, R. L. (2016). *Una teoría de la validez jurídica - Dialnet*. Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, Marcial Pons. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853894>.

REFERENTES JURISPRUDENCIALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006). Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de noviembre de 2010). Sentencia Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2011). Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2020). Sentencia Caso Petro Urrego vs. Colombia. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

República de Colombia (1999). Corte Constitucional. Sentencia SU047 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>.

República de Colombia (2001). Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>.

República de Colombia (2002). Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-372-02.htm>.

República de Colombia (2006). Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2006. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-338-06.htm>.

República de Colombia (2015). Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>.

República de Colombia (2020). Corte Constitucional. Sentencia SU354 de 2020. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU354-20.htm>.

República de Colombia (21 de marzo de 2019). Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “C”. Sentencia de tutela de primera instancia del 21 de marzo de 2019 – Expediente 11001-03-15-000-2019-00766-00. <https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/procesos.aspx>.

República de Colombia (22 de mayo de 2019). Consejo de Estado – Sección Cuarta. Sentencia de tutela de segunda instancia del 22 de mayo de 2019 – Expediente 11001-03-15-000-2019-00766-01. <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=11001031500020190076601&corporacion=1100103>.

República de Colombia (19 de febrero de 2021). Consejo Estado – Sección Tercera – Subsección “A”. Sentencia del 19 de febrero de 2021 – Expediente 54001-23-31-000-2002-01577-01 (58095). <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=54001233100020020157701&corporacion=1100103>.

República de Colombia (15 de abril de 2021). Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia de tutela de primera instancia del 15 de abril de 2021 - Expediente 11001-03-15-000-2021-00752-00. <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=11001031500020210075200&corporacion=1100103>.

República de Colombia (2 de julio de 2021). Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B”. Sentencia de tutela de segunda instancia del 2 de julio de 2021 - Expediente 11001-03-15-000-2021-00752-01. <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=11001031500020210075201&corporacion=1100103>.

República de Colombia (21 de julio de 2023). Tribunal Administrativo de Boyacá – Despacho N.º 5. – Auto que resuelve el incidente de liquidación de la condena el 21 de julio de 2023 Expediente 15001-23-33-000-2016-00344-00. <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=15001233300020160034400&corporacion=1500123>.

REFERENTES NORMATIVOS

República de Colombia (1873). Congreso de la República. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. “Código Civil de los Estados Unidos de Colombia”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 2.867 de 31 de mayo de 1873. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

República de Colombia (1887). Congreso de la República. Ley 153 del 24 de agosto de 1887. “Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 7151 de 28 de agosto de 1887. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1792950>.

República de Colombia (1972). Congreso de la República. Ley 16 del 30 de diciembre de 1972. “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 33780 de 5 de febrero de 1973. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1572401>.

República de Colombia (1989). Congreso de la República. Decreto 624 del 30 de marzo de 1989 [con varias modificaciones]. “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 38.756 de 30 de marzo de 1989. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario_pr035.html#863.

República de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

República de Colombia (2001). Congreso de la República. Ley 678 del 03 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”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 44.509 de 4 de agosto de 2001. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0678_2001.html.

República de Colombia (12 de julio de 2011). Congreso de la República. Ley 1474 del 12 de julio de 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos

de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 48.128 de 12 de julio de 2011. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html.

República de Colombia (18 de enero de 2011). Congreso de la República. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 47.956 de 18 de enero de 2011. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html.

República de Colombia (12 de julio de 2012). Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 48.489 de 12 de julio de 2012. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.htm.

República de Colombia (26 de mayo de 2012). Congreso de la República. Decreto 1083 del 26 de mayo de 2012. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 49.523 de 26 de mayo de 2015. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30019891>.

República de Colombia (18 de enero de 2022). Congreso de la República. Ley 2195 del 18 de enero de 2022. “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 51.921 de 18 de enero de 2022. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2195_2022.html.

República de Colombia (2 de junio de 2023). Presidente de la República. Decreto 905 del 2 de junio de 2023. “Por el cual se fijan las remuneraciones de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C, Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=210830>.

