

LA ACCIÓN DE REPETICIÓN, OPORTUNIDAD Y CONSECUENCIAS

ALEXANDER VALENCIA BACCA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

LA ACCIÓN DE REPETICIÓN, OPORTUNIDAD Y CONSECUENCIAS.

ALEXANDER VALENCIA BACCA

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
Especialista en Derecho Administrativo**

**Asesora:
ANA MARIA JURADO
Doctora**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo de grado, son responsabilidad del autor”

Artículo 1 del acuerdo N° 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación:

Presidente de tesis

Jurado

Jurado

San Juan de Pasto, Abril de 2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	8
1. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.....	9
2. CONCLUSIONES	22
BIBLIOGRAFÍA.....	24
NETGRAFÍA	25

RESUMEN

En Colombia se ha fundamentado nuestro ordenamiento jurídico en el acatamiento, obediencia del imperio de la ley, considerada esta como si en verdad fuese una verdadera voluntad general de la comunidad a la que debemos siempre estar sometidos, aunque contrarié de manera absurda la realidad social, en la que desempeñamos nuestros distintos roles y la que está en una constante transformación. Desafortunadamente la ley es estática no continúa con esa misma dinámica de cambio si no que ella sigue en un estado de quietud, de parquedad y anquilosamiento, logrando una desactualización en su regulación y tornando las normas aunque válidas en cuanto a su fuente de producción, ineficaces y en ocasiones injustas en su aplicación.

ABSTRACT

In Colombia our juridical classification has been based in the observance, of the empire of the law, considered this as if truly was a true general will from the community to which should be always subjected, although I thwarted in an absurd way the social reality, in the one that we carry out our different lists and the one that is in a constant transformation. Unfortunately the law is static it doesn't continue with that same dynamics of change if not that she continues in a state of still, of parsimony and paralysis, achieving a desactualización in its regulation and the norms although valid as for its production source, ineffective and in unjust occasions in its application.

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos con que el derecho es el emanado del estado y concretamente el derecho legislado, dictado por el órgano que tiene la competencia para hacerlo, es decir, el poder legislativo. De esta forma la actividad judicial se ve cada vez más reducida porque el juez al momento de dictar sentencia tiene que seguir los lineamientos y parámetros que previamente ya se han establecido.

La legislación colombiana ha establecido una serie de acciones, que regulan las relaciones entre los particulares y el Estado y esas acciones son de carácter administrativo, pero en el presente ensayo se pretende hacer una serie de reflexiones sobre la acción de repetición la cual se encuentra consagrada en la ley 678 de 2001. Reflexión que pretende abordarse desde una realidad objetiva y tomando la experiencia que aportó el trabajo realizado en el proyecto denominado: *“OBSERVATORIO DE JUSTICIA EN NARIÑO”*, evidenciando grandes falencias que tiene esta acción en su fundamento legal tales como la categoría que le da la misma ley a esa acción de carácter civil más aun cuando en nuestra actividad judicial nos hemos dado cuenta que es una acción pública por el objetivo para al cual fue concebida, con esto genera una serie de diferencias con la civil la cual es de carácter privado.

El modesto ensayo, presenta el origen y noción de la acción de repetición en el marco del debate crítico sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus agentes o ex agentes, o particulares investidos de funciones públicas; Se aborda

1. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública y responsabilidad patrimonial: un problema de validez, eficacia y justicia.....

La acción de repetición y el llamamiento en garantía nacen en el derecho civil, y es precisamente el Código Civil Colombiano que desde tiempos inmemoriales, tenía establecido la figura de la repetición como acción en cabeza del deudor o acreedor. A continuación por la necesidad de buscar los antecedentes más remotos de la acción legal objeto de estudio, citamos algunos ejemplos:

“Artículo. 2313.—Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.

Artículo. 2314.—No se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural, de las enumeradas en el artículo 1527.

Artículo. 2315.—Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural”.

Por su parte, el Código de procedimiento civil, consagra la figura del llamamiento en garantía como una forma de repetición en el proceso. El sentido literal de la norma es el siguiente:

Artículo. 57.—Llamamiento en garantía. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.

Para el tratadista HERNAN FABIO LOPEZ BLACO, todas las disposiciones aplicables a la denuncia del pleito se aplican de manera idéntica a los eventos del llamamiento en garantía; en palabras del autor:

(...) y es que, para ver lo redundante de las disposiciones, basta advertir que cuando el artículo 57 menciona para permitir el llamamiento en garantía, a quien tenga derecho legal o contractual de exigir de un tercero la indemnización o el reembolso del perjuicio que llegare a sufrir, dentro de ese concepto queda cobijado, precisamente por ser uno de los eventos donde el

derecho surge de la ley, el del saneamiento por evicción (...) de ahí que está próxima la oportunidad para efectuar la regulación prescindiendo de la innecesaria repetición cuyo origen, la limitada interpretación jurisprudencial de la corte, está más que superada (...)¹.

Pero ya adentrándonos en el estudio de la acción de repetición, es referente obligatorio y se constituye en el principal es el Estatuto Contencioso Administrativo, quien advertía desde antes de la expedición de la Constitución de 1991, la posibilidad en cabeza de las entidades públicas condenadas por los daños que sus funcionarios en ejercicio de sus competencias y actuando con culpa grave o dolosa, hubieren hecho posible esa condena, repitiendo contra aquel. Los artículos 77 y 78 del C.C.A., en sentido literal, enseñan:

ART. 77.—De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, **los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones**².

*“ART. 78.—Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexas. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso **la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere**”.* (subraya fuera de texto).

El Código Contencioso Administrativo, y antes, el Decreto 222 de 1983 establecía la posibilidad de repetir contra el funcionario que originó la condena por su actuar³, en una acción que en doctrina se denomina consecencial y sucesiva, en el sentido de impetrarse luego de la sentencia que impone la condena contra la entidad de derecho público perjudicada patrimonialmente.

¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I – Parte General. Bogotá: DUPRE Editores, 2005. p. 336.

² CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Bogotá: Legis, p. 132.

³ Los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran esencialmente en el artículo 6º: los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; El artículo 121: ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley; El artículo 123: los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento; El artículo 124: la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, y por supuesto el citado artículo 90.

La acción de repetición, consagrada en los artículos en cita, es una acción con pretensión resarcitoria o indemnizatoria en la cual la administración se subroga en los derechos de la víctima frente al causante directo del daño, de la misma manera que en las obligaciones solidarias cuando el deudor paga la deuda o la extingue por alguno de los medios equivalentes al pago (art. 1579 del Código Civil). Se trata como advertíamos *ab initio*, de una acción de reparación que tiene como propósito el reintegro de los dineros que por los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular investido de una función pública y que han salido del patrimonio Estatal para el reconocimiento de una indemnización, previamente decretada por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación.

Con posterioridad, la jurisprudencia del Consejo de Estado en armonía con el artículo 217 del C.C.A., permitió que las entidades públicas que figuraban como demandadas en un proceso litigioso, y dentro del término de fijación en lista, tengan la posibilidad de vincular por la vía del *“llamamiento en garantía”* o de la *“denuncia del pleito”*, al funcionario que con su comportamiento (doloso o gravemente culposos) pudiera ser causa de una futura condena. *“(…) Igualmente se aceptó que ese llamamiento pudiera hacerlo el ministerio público con apoyo en el artículo 277, numeral 7 de la Carta. Así mismo se definió que por esa vía se lograba no solo la finalidad pretendida por la norma constitucional (art. 90) sino que se satisfacía la regla de la economía procesal⁴”*.

Si bien los artículos 77 y 78 citados son anteriores a la Constitución de 1991 y en particular a su artículo 90 y a la Ley 678 de 2001, su vigencia se mantiene incólume incluso superando juicios de constitucionalidad propuestos en la acción pública, por la simple razón que no solo coinciden con lo enunciado por el artículo 90, *“(…) sino porque se ajustan a su mandato el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal, como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicios (…)⁵”*

Para 1991, la Constitución Política, siguiendo los lineamientos de la responsabilidad de los agentes del Estado, funcionarios como los denomina el C.C.A., o empleados públicos o particulares que cumplan funciones públicas, consagra en forma diáfana en su artículo 90, la responsabilidad patrimonial del

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 8565 de octubre 10 de 1994. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 14882 de noviembre 27 de 2006. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Estado, al establecer en forma expresa: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)”*.

Fruto de la implementación de la obligación patrimonial que la nueva Carta impone, se establece lo que en doctrina se denomina: *“CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO”*, cuya materialización es posible con el cumplimiento de dos requisitos a saber:

Por un lado, la existencia de un daño antijurídico, que en el entendido de la Corte Constitucional y siguiendo la jurisprudencia trazada por el Consejo de Estado, es toda lesión patrimonial o extra patrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar⁶. El segundo presupuesto imprescindible es que ese daño antijurídico sea imputable a la acción u la omisión de una autoridad pública.

Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza precisamente porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de vía gubernativa, ni similares, para en esa forma, demandar como se hace en el sub judice, en forma directa el pago indemnizatorio que el Estado realizó y por el que debe ahora responder el funcionario o el ex funcionario en este proceso, según claras voces del artículo 86 del C.C.A., sin que esta apreciación varíe por la circunstancia de que la administración actúe como demandante.

Pero es el segundo inciso del artículo 90 de Estatuto Superior, que eleva a rango constitucional la acción de repetición, la cual años más tarde vendría a ser reglamentada por el Legislador colombiano.

La norma en comento determina:

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

Ahora bien, fruto de lo señalado en el Código Contencioso Administrativo, en particular de los artículos 77 y 78, en el decreto 222 de 1983, en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, de la jurisprudencia de Consejo de Estado y Corte Constitucional, el Legislador colombiano, expide la Ley 678 de agosto tres (3) 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”*.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En la ley 678 de 2001, se consagra la acción de repetición como una acción de naturaleza civil⁷ y patrimonial dirigida contra los servidores o ex servidores públicos y del particular⁸ que ejerza funciones públicas que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, fruto de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, cuyo objetivo primordial, es garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella. En palabras del Consejo de Estado:

La acción de repetición, como mecanismo judicial que la Constitución y la ley otorgan al Estado, tiene como propósito el reintegro de los dineros que, por los daños antijurídicos causados, como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público, e incluso del particular investido de una función pública, hayan salido del patrimonio estatal, para el reconocimiento de una indemnización impuesta por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La finalidad de dicha acción es la protección del patrimonio estatal, necesario para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho⁹.

Ahora bien, la Ley 678 de 2001, en su artículo 5, consagra unas presunciones sobre el dolo¹⁰ y la culpa grave¹¹ del agente estatal que en doctrina se denominan *iuris tantum*, es decir que admiten prueba en contrario.

Y es importante referirse a ellas, pues es responsabilidad de los Comités de Conciliación de las entidades públicas estudiar la causa que originó la responsabilidad indemnizatoria a cargo del Estado, entre ellas las presunciones legales, para determinar con posterioridad si ella se encuentra en el actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus agentes, ex agentes o particulares que desempeñan funciones públicas.

⁷ El artículo segundo de la ley 678 de 2001, establece que la acción de repetición es de naturaleza civil, en el entendido de la responsabilidad patrimonial mas no de la jurisdicción y competencia, pues se trata de una acción eminentemente regulada en todo por el derecho público, siendo su juez natural el contencioso administrativo.

⁸ PARÁGRAFO 1o. Ley 678 de 2001. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 19.376 (R-9796) de noviembre diez (10) 2005. M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

¹⁰ ARTÍCULO 5o. Ley 678 de 2001. Dolo: La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

¹¹ ARTÍCULO 6o. Ley 678 de 2001. Culpa Grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Pero además del estudio del documento que reconoce la obligación (sentencia, acta de conciliación, etc.), el comité debe revisar todas las pruebas que permitan determinar si la causa del daño se encuentra en el obrar de un agente estatal, pues la calificación no puede ser caprichosa o arbitraria ya que la convertiría en temeraria sino que debe obedecer a un estudio serio y juicioso sobre la actuación del funcionario.

Con el propósito de facilitar el estudio y la calificación de la actuación del funcionario, la ley 678 de 2001 enumeró un serie de conductas que hacen presumir que el agente actúo de manera dolosa o gravemente culposa, resultando suficiente para que la parte demandante demuestre el supuesto de hecho de la causal que alega para que haga próspera la acción.

Se presume que existe dolo del servidor o ex servidor público o del particular que ejerza funciones públicas por las siguientes actuaciones:

- a. Obrar con desviación de poder.
- b. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
- c. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
- d. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
- e. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Por su parte, se presume que la conducta o comportamiento de los agentes del Estado es gravemente culposa por las siguientes causas:

- a. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
- b. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
- c. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

- d. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Deben verificar las entidades públicas al presentar las demandas, que se aporta la prueba del hecho en que descansa la presunción, pues aun cuando en la sentencia se haga referencia a una de las presunciones de que trata la ley 678 como fundamento de la condena al Estado, el Comité de Conciliación debe revisarla cuidadosamente para determinar si la estructuración del cargo es de la trascendencia suficiente, de conformidad con las demás pruebas, para que sea previsible obtener una sentencia favorable a la entidad que repite.

Sin perjuicio de lo anterior, los Comités de Conciliación deben tener en cuenta que las presunciones enumeradas por la ley 678 no son suficientes para encuadrar en ellas todas las posibles conductas dolosas o gravemente culposas que los funcionarios estatales puedan desplegar por lo que deberán hacer uso de las definiciones de dolo o culpa grave dadas por la ley 678 por el código Civil y por el Código Penal y tener en cuenta otros elementos de prueba que puedan aplicarse de manera específica al caso como los manuales y reglamentos propios de cada entidad y/o función.

Como consecuencia de encontrarse en el proceso de responsabilidad patrimonial del Estado, probada una de las presunciones legales del actuar doloso o gravemente culposo del Estado, se genera para el Comité de Conciliación o para la entidad pública condenada en caso de no contar con él, la disyuntiva en el entendido que por un lado, éste asume la competencia para realizar los estudios conducentes a determinar la procedencia o improcedencia de la acción de repetición, o por el contrario, el encontrarse en el proceso de responsabilidad contra el Estado, una presunción de dolo o grave culpa, debe entenderse que la acción debe operar en forma automática.

Al respecto, el Consejo de Estado, ha determinado por vía jurisprudencial que el estudio de los Comités de Conciliación es obligatorio en todos los caso en que el Estado resulte condenado a reparación patrimonial como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, pues las disposiciones legales que fijan sus funciones, no prevén ninguna excepción al respecto, sino que señalan como competencia general, adoptar la decisión motivada de iniciar o no el proceso de repetición y de dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.

Por lo tanto, cuando se está en presencia de una causal de dolo o culpa grave, surge para la entidad la obligación de iniciar el respectivo proceso, lo cual no significa *per se* la culpabilidad del servidor o ex servidor público o del particular investido de funciones públicas, pues nada impide que en ejercicio

del derecho de defensa puedan desvirtuarla, correspondiéndole al Estado demostrar los hechos que le dieron origen¹².

Antes de pasar a realizar un análisis de la realidad más próxima y de la ineficiencia de una acción que a pesar de ser válida en su expedición y justa en sus propósitos no alcanza sus cometidos últimos, cual es salvaguardar los recursos públicos y sancionar patrimonialmente a sus responsables, se hace conveniente dedicar unas cuantas líneas a los elementos y requisitos de procedibilidad y los cuales pueden resumirse y que mejor para ello en las propias palabras del Consejo de Estado.

- La acción de repetición es una acción e carácter patrimonial y de interés público, que está instituida para defender el patrimonio del Estado y garantizar que las personas que tienen a cargo el funcionamiento del mismo asuman responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.
- La responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado es de carácter resarcitorio y no de naturaleza sancionatoria, penal ni administrativa.
- Es un medio judicial que la Constitución y la Ley le otorga a la administración pública para obtener de sus funcionarios y ex funcionarios o particulares investidos de funciones públicas, el reintegro del monto de la indemnización que debió reconocer a los particulares, como resultado de una condena por el daño antijurídico causado a consecuencia de su obrar doloso o gravemente culposo.
- De conformidad con el artículo 90 de la Carta Política, cuando el estado es condenado a la reparación patrimonial por los daños antijurídicos causados por las autoridades públicas como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, aquel deberá repetir contra dichas autoridades. Eso significa que la acción de repetición constituye una obligación de las entidades públicas y no una posibilidad facultativa de las mismas, como e ocasiones se ha interpretado.
- La acción de repetición se legitima en la medida en la medida en que el Estado, sea condena a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables.
- Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia Concepto No. 1634 de abril veintiocho (28) de 2005. M.P. Gloria Duque Hernandez.

del funcionario o antiguo funcionario público; iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.

- Las entidades públicas deberán promover la acción cuando resulten condenadas u hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo.

- En los supuestos de responsabilidad estatal no generados en dolo o culpa grave, si bien hay lugar a declaración de tal responsabilidad, el Estado no está legitimado para repetir contra el funcionario.

- El incumplimiento del deber de ejercitar la acción de repetición o hacer el llamamiento en garantía, constituye falta disciplinaria.

Ahora bien, con los argumentos modestamente planteados, enfrentaremos el problema de eficacia o mejor de ineficacia de la acción de repetición, y para ello se hace improrrogable citar uno de los requisitos de procedibilidad y es el acta del Comité de Conciliación de la entidad pública condenada patrimonialmente, en la cual se haya conceptuado la procedencia de la acción expresando las razones por las cuales dicha entidad, considera que existe dolo o culpa grave de algún funcionario, o del contratista o de un interventor o de un particular que ejerza funciones públicas (parágrafo primero del artículo 2 de la ley 678 de 2001).

La dificultad para la acción objeto de estudio, surge cuando en el artículo 4 de la ley 678 de 2001 establece: El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto a la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta. Ahora bien, el decreto 1214 en el parágrafo 1 del artículo 12, impone una obligación a los Comités de Conciliación consistente en decidir sobre la procedibilidad de la acción de repetición e información a la oficina de Control Interno, para que esta a su vez haga la verificación. En el que se fijó un término de seis meses después de la entrada en vigencia del mencionado decreto para dar cumplimiento a dicha obligación.

Después de haber transcurrido casi una década de vigencia la normatividad aplicable al caso, las entidades públicas en su gran mayoría no han conformado aun los comités de conciliación y mucho menos han implementado el Modelo Estándar de Control Interno de Gestión (MECI), oficina encargada de controlar, vigilar el cumplimiento de procesos misionales, de apoyo.

No es extraño encontrar en el país del Sagrado Corazón y de las mariposas amarillas de Gabo, situaciones propias de nuestra estirpe corroída por la corrupción y es el hecho de Comités de Conciliación, que en la mayoría de los

casos no van a realizar una evaluación objetiva de la conveniencia o inconveniencia de la acción de repetición toda vez que los integrantes o miembros pertenecen a la nivel directivo, algunos serán de libre nombramiento y remoción, otros de carrera administrativa y algunos provisionales que son inferiormente jerárquicos al gerente, director, gobernador, alcalde, etc., que en última instancia son los llamados a responder por el detrimento patrimonial del Estado.

En consecuencia, el acta suscrita por el Comité de Conciliación de la entidad pública condenada patrimonialmente, como requisito indispensable de procedibilidad, se convierte en un juicio de valor que no cuenta las garantías e independencia con la que cuenta los dispensadores de justicia.

Pensemos en las situaciones que se pueden presentar al interior de un Comité de Conciliación:

En primer lugar, los integrantes del Comité de Conciliación, que pertenecen al nivel directivo¹³ de la entidad condenada patrimonialmente, se abstendrán de emitir concepto favorable de repetición en contra de un determinado funcionario que en la mayoría de los casos es su jefe inmediato, por ese poder reverencial o de subordinación que existe del inferior al superior, y porque incluso, puede estar en juego la estabilidad laboral en el empleo o función. En esta situación el inferior jerárquico no conceptuará favorablemente sobre la viabilidad de la acción de repetición y menos expondrá las razones por las cuales el Comité considera que existe dolo o culpa grave en el actuar del agente del Estado.

Otra situación que puede presentarse al interior del Comité de Conciliación, es el estar integrado por miembros que son contradictores políticos del funcionario, servidor público, contratista, interventor o particular con funciones públicas. En esta situación de seguro que se va a utilizar el requisito de procedibilidad para conceptuar favorablemente la instauración de la acción de repetición.

En tercer lugar, los Comités de Conciliación se ven intimidados en su integridad personal y familiar e incluso puede correr peligro sus vidas por emitir concepto en forma favorable de la pertinencia de la acción y en consecuencia, no existirá una valoración objetiva y razonada. O en el caso contrario, se podrían sentir alagados

¹³ El artículo 75 de la ley 446 de 1998, introdujo un nuevo artículo, el 65B a la ley 23 de 1991, estableciendo que los Comités de Conciliación serán obligatorios en las entidades Nacionales, Departamentales y Distritales, y en sus entes descentralizados, y en las entidades Municipales que sean capital de Departamento, y estarán conformados por funcionarios del personal directivo. El artículo tercero del Decreto 1214 del 29 de junio de 2000, señala que los Comités estarían integrados por los siguientes miembros permanentes: El jefe de la entidad o su delegado, el ordenador del gasto o quien haga sus veces, el jefe de la oficina jurídica o la dependencia que defienda los intereses litigiosos de la entidad, y dos funcionarios de dirección o confianza que designe el jefe de la entidad, de conformidad con la estructura orgánica de cada ente.

por el poder de corrupción que genera los recursos o dádivas laborales a cambio de su voto favorable en el Comité.

También, queda probada la potestad discrecional y arbitraria de los Comités de Conciliación, en su tendencia a conceptuar favorablemente sobre la procedibilidad de la acción de repetición contra funcionarios operativos y de bajo nivel jerárquico, verbigracia: soldados rasos, agentes de policía, celadores, operarios, secretarios, auxiliares administrativos y en general, todos aquellos que ostenten la calidad de subalternos.

Otro de los aspectos que tornan en ineficaz la aplicación y materialización de la acción de repetición se consagra en el párrafo del artículo 11 de la ley 678 de 2001, cuando estableció que el monto de la cuantía de la pretensión de la demanda de repetición estaría determinado por el valor total de la condena que pagó la entidad, más el valor de las costas y agencias en derecho, si fueron ordenadas en la respectiva sentencia.

Norma que aparte de ser ineficaz en el entendido que las condenas en contra del estado son cuantiosas y el patrimonio de los responsables es poco e incluso opera la insolvencia de estos genios estafadores del erario público, es injusta porque en muchos casos la conducta dolosa o culposa del agente no fue la causa exclusiva y por sí autónoma de la condena, toda vez que puede existir la participación de más de un agente o ex agente estatal que dio origen a la condena.

Para el doctor, Leonardo Augusto Torres Calderón, la acción de repetición también es ineficaz e injusta, entre otros aspectos;

De igual forma, en las acciones contractuales, por regla general, la condena en contra las entidades estatales es por mora en el pago de las obligaciones adquiridas por la entidad estatal. En consecuencia, en estos casos la pretensión de repetición debería limitarse a los intereses de mora pagados por la entidad pública contratante, y no al monto del capital y actualización, pues el capital y su actualización tenía como causa el incumplimiento contractual, y no la culpa del funcionario en obtener la disponibilidad presupuestal para que se hubiera hecho oportunamente el pago de la obligación contractual.

En muchos casos, la condena contra la entidad estatal se debe en gran parte a la falta de una adecuada defensa dentro del proceso de responsabilidad, pues algunas de las entidades estatales se defienden muy mal, dejan de contestar la demanda, no aportan pruebas en su defensa, y no hacen uso de los recursos correspondientes. En estos casos, en que hubo falta de defensa técnica en el proceso de responsabilidad patrimonial, no es justo que se

proceda en repetición por el total de la condena contra el funcionario que por su dolo o culpa grave dio origen a la misma¹⁴.

Existe un gran porcentaje de los procesos de repetición que no han prosperado porque simplemente se presenta la demanda para evitar que el funcionario respectivo sea investigado por una falta disciplinaria¹⁵ tal como lo establece la ley 678 de 2001, dejando de lado el proceso y no se preocupan por darle el impulso procesal correspondiente, no se cancelan los gastos del proceso de tal forma que estos procesos continúan en los despachos haciendo más grande el número de expedientes radicados pero sin un trámite procesal adecuado.

Por otra parte algunas entidades se escudan en la carencia de recursos económicos para adelantar un proceso que se prolonga en el tiempo, otra situación es que a los asesores jurídicos de esas entidades, no les interesa adelantar el correspondiente proceso, por el interés de conservar amistades dentro del grupo de trabajo en la entidad a la cual asesoran y en especial la del representante legal, quien es la persona que lo contrata, por ende no se presentan las demandas y cuando estas se presentan los fundamentos probatorios son escasos, impidiendo demostrar la responsabilidad del funcionario involucrado, entonces el juez tiene que fallar de acuerdo al poco material probatorio que se le ha suministrado, resultando sentencias desfavorables a la parte demandante, pero con un grave precedente que el Estado por esos mismos hechos ya ha pagado unas millonarias sumas de dinero.

En la revisión de procesos realizado por intermedio del Observatorio de Justicia para Nariño y Putumayo, nos hemos encontrado con una gran cantidad de demandas de reparación directa y conciliaciones extrajudiciales en curso de las cuales el Estado, ha tenido que pagar grandes sumas de dinero. Tal es el caso de una indemnización que tuvo que pagar el Ejército Nacional, porque un soldado adscrito al Batallón Boyacá de la ciudad de Pasto, disparo indiscriminadamente contra un grupo de soldados que se encontraban descansando en el alojamiento, causando la muerte a cuatro y dejando heridos a cinco.

Por estos hechos la entidad responsable en audiencia de conciliación, se obliga a cancelar una suma de dinero a los familiares de las víctimas, con el fin de evitar en futuro un litigio y el riesgo de ser condenados a una indemnización de mayor valor en un proceso Judicial. Ante estos hechos, esas entidades, no presentan las correspondientes demandas o acciones de repetición, muchas de las veces fundamentadas en las razones anteriormente expuestas.

¹⁴ Disponible en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar>. Leonardo Augusto Torres Calderón.

¹⁵ Artículo 4o. Ley 678 de 2001. Obligatoriedad. Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria. (subraya fuera de texto).

Esto no quiere decir que la administración deba quedarse de brazos cruzados ante esta situación, sino todo lo contrario debe actuar con sentido de pertenencia y respeto a la institución a la cual representa y lograr de tal manera que el funcionario responda por sus acciones u omisiones, de una manera real, es decir, que de cabal cumplimiento a las causales de presunción de dolo y las de culpa grave, que en su momento serán determinadas por el juzgador.

Sin embargo, no debemos dejar de lado la función del juez y su papel para indagar de manera fehaciente la conducta real del funcionario y entrar a verificar la responsabilidad del mismo, en los hechos que dieron lugar a la condena. En este orden de ideas el ordenamiento jurídico impone a las entidades públicas la obligación de repetir contra el agente que ha dado lugar a la condena en su contra; pero corresponde a la entidad probar que la persona contra quien se intenta la acción de repetición, cometió la conducta que causo la condena y el pago de una suma de dinero en contra de la administración.

Las entidades públicas, cuando son demandadas mediante la acción de reparación directa o de nulidad y restablecimiento del derecho, no hacen efectivo la herramienta jurídica procesal, consistente en el llamamiento en garantía en contra del funcionario, siempre que se tenga al menos prueba sumaria de su responsabilidad, la entidad no podrá solicitar el llamamiento en garantía cuando en el momento de la contestación de la demanda se hubiera propuesto excepción invocando alguna causal de eximente de responsabilidad como es la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor.

Con el llamamiento en Garantía, se evitaría iniciar un nuevo proceso judicial que sería el de repetición, logrando así la efectividad del principio de economía procesal y la descongestión de los despachos judiciales.

Por lo anotado anteriormente la ley que regula la acción de repetición, requiere una modificación por parte del legislador, para que se convierta una acción realmente eficaz y pueda cumplir los cometidos que la función pública y los fines del estado social de derecho le imponen a todos los servidores públicos ordenadores del gasto y quienes en últimas terminan cancelando cuantiosas sumas de dinero por la negligencia y el actuar doloso o gravemente culposo de los servidores, ex servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas y de esta manera, lograr el recaudo masivo de las cuantiosas condena que a diario se impone en los tribunales y juzgados contencioso - administrativos en todo el país.

2. CONCLUSIONES

La finalidad de la acción de repetición es la protección del patrimonio estatal del Estado para el cumplimiento de los fines y propósitos que él mismo bajo la denominación de “*social de derecho*” impone. Se ha evidenciado que las sentencias en las que han sido condenadas las entidades públicas son de una cuantía significativa las que afectan y debilitan ostensiblemente la capacidad presupuestal de la entidad, lo que conlleva a un retraso y afectación en la finalidad de la función administrativa y su consecuente disminución en la inversión social.

Para que esta acción sea viable debe cumplir con unos requisitos sustanciales como: la calidad del agente del estado y la conducta desplegada, determinante en la condena, la existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública, el pago realizado por parte de esta y la calificación de doloso o gravemente culposo el actuar del agente estatal, los anteriores elementos deberán estar acreditados claramente para que la acción que se impetra prospere.

La finalidad de la acción de repetición tal y como está consagrada en la ley, es una buena herramienta para la preservación del patrimonio del Estado, pero se hace urgente unos cambios en el procedimiento de la misma para en que en realidad sea efectiva.

El comité de conciliación no debe estar formado por miembros directivos de la entidad, sino por miembros totalmente independientes a esta para que actúen de manera transparente y den cabal cumplimiento a las labores que se les han encomendado, de tal forma se evitara que el estado pague sumas de dinero injustificadamente y nadie salga a responder por esas actuaciones.

Una de las causas para que la acción de repetición, pierda su efectividad radica en el sistema clientelista y de altísima corrupción en la administración pública, que es predominante en nuestro medio, y existió una serie de compromisos y pactos secretos y macabros entre subalternos, jefes, asesores jurídicos y demás que impide iniciar ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el correspondiente proceso de repetición.

El trabajo realizado en Observatorio de Justicia para Nariño, se pudo observar que la presentación de demandas de repetición son escasas, en contraste con las acciones de reparación directa y conciliaciones que son muchas y que el Estado ha sido condenado en perjuicio del erario público.

El llamamiento en garantía contribuye al principio de economía procesal y a la descongestión de despachos judiciales y de igual forma evita iniciar un nuevo proceso de repetición derivado de uno de reparación directa.

Se hace necesario por parte del legislador realizar una reforma a la acción de repetición en los aspectos que se han analizado en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I – Parte General. Bogotá: DUPRE Editores, 2005. p. 336.

Fuentes jurisprudenciales:

ARTÍCULO 5o. Ley 678 de 2001. Dolo: La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

ARTÍCULO 6o. Ley 678 de 2001. Culpa Grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Bogotá: Legis, p. 132.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia Concepto No. 1634 de abril veintiocho (28) de 2005. M.P. Gloria Duque Hernandez.

_____. Sección Tercera. Sentencia 8565 de octubre 10 de 1994. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

_____. Sección Tercera. Sentencia 14882 de noviembre 27 de 2006. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

_____. Sección Tercera. Sentencia 19.376 (R-9796) de noviembre diez (10) 2005. M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

PARÁGRAFO 1o. Ley 678 de 2001.

NETGRAFÍA

Disponible en:

<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar>. Leonardo Augusto Torres Calderón.