

EFICACIA DE LA ACCIÓN DE REPETICION

Presentado Por:
VÍCTOR JOSÉ GOMEZ SERRANO
CESAR GREGORIO ARGEL CORTES

Docente:
DOCTOR. JORGE CARVAJAL M.
Abogado, Sociólogo.



UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
Especialización En Derecho Administrativo
Valledupar, Cesar, Colombia
2016

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
Palabras Clave.....	4
TEMA DE INVESTIGACIÓN	5
TITULO	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
Pregunta Problema	6
HIPOTESIS	7
OBJETIVOS	8
Objetivo General	8
Objetivos Específicos.....	8
ESTADO DEL ARTE	9
DISEÑO METODOLÓGICO	19
Tipo de Investigación	19
Diseño de Investigación	19
INTRODUCCIÓN	20
CAPITULO I	21
PRESUPUESTOS QUE DAN LUGAR A LA ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA FUNCIONARIOS O EXFUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	21
CAPITULO II	25
CAUSAS QUE INCIDEN DE MANERA NEGATIVA EN LOS PROCESOS DE REPETICIÓN EN VÍA JUDICIAL.....	25
Falta de objetividad del Comité de Conciliación de la entidad demandante.	25
La Congestión Judicial o mora judicial en la jurisdicción contencioso administrativa.	26
La debilidad probatoria dentro de los procesos de repetición en vía judicial.	27

La omisión de demandar a todos los servidores o ex servidores responsables del daño patrimonial a la entidad condenada.	27
CAPITULO III	29
MEDIDAS TENDIENTES A LOGRAR LA EFICACIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE LOS DINEROS PÚBLICOS	29
CONCLUSIONES.....	31
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

RESUMEN

La Constitución Política de 1991 consagró el principio de responsabilidad en su artículo 90. Esta responsabilidad no es sólo de las entidades y autoridades públicas sino también de los servidores del Estado ya que estos deben actuar bajo estricta sujeción a los principios constitucionales que guían el ejercicio de la función pública y además propender por la preservación del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública así como también ser cuidadosos del patrimonio público y cuando sea del caso, actuar en defensa del mismo. El medio de control de Repetición se ha consagrado como una figura garante de los derechos del Estado mismo, y su finalidad apunta a la recuperación de las sumas de dinero que el Estado ha debido pagar por el actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus servidores o ex servidores públicos.

Palabras Clave: Eficacia, Responsabilidad, servidores públicos, acción de repetición, condenas judiciales.

TEMA DE INVESTIGACIÓN

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

TITULO

EFICACIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los principios de la función pública es el de Responsabilidad; el Estado y sus agentes están en el deber legal de realizar todas sus actividades con miras a materializar este principio en todas sus formas; así, cuando por culpa grave o dolo de alguno de sus agentes, el Estado es compelido al pago de una suma dineraria bien sea mediante sentencia judicial, conciliación o cualquier otra forma de terminación de un proceso contencioso administrativo, la entidad condenada debe entrar a estudiar los presupuestos de la acción de repetición que se podrá interponer contra el funcionario o exfuncionario responsable de tal pago.

La figura jurídica de la repetición introducida al ordenamiento colombiano mediante sentencia de 22 de marzo de 1974 proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del expediente 1.335, ha sido ignorada por las diferentes entidades públicas que han sido condenadas o han suscrito conciliaciones después de que se les solicitara mediante reclamación administrativa pago de daños materiales e inmateriales o pago de acreencias laborales, entre otros.

Las causas de esta nefasta situación que además pone en duda la capacidad de las entidades de ejercer su defensa y salvaguardar el patrimonio público dan lugar a la presente investigación que se direccionara a determinar la eficacia o ineficacia del medio de control de repetición actualmente consagrado en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 inciso final y que se ejerce contra servidores o ex servidores públicos para lograr la recuperación de los dineros pagados por la administración por concepto de conciliaciones, sentencias judiciales u otra forma de terminación de conflictos.

Pregunta Problema

¿Ha sido eficaz el medio de control de repetición que se ejerce contra servidores públicos para lograr la recuperación de los dineros pagados por la administración por

concepto de conciliaciones, sentencias judiciales u otra forma de terminación de conflictos?

HIPOTESIS

El medio de control de Repetición contra funcionarios públicos que desplegaron conductas dolosas o gravemente culposas no es eficaz porque las entidades no cumplen con los mandatos legales y constitucionales de responsabilidad que se deben adoptar por parte de éstas al momento en que se condena judicialmente, se concilia o la administración termine de cualquier modo un conflicto y que por ello se haya pagado sumas provenientes del erario.

OBJETIVOS

Objetivo General

Determinar la eficacia del medio de control de repetición que se ejerce contra servidores o ex servidores públicos para lograr la recuperación de los dineros pagados por la administración por concepto de conciliaciones, sentencias judiciales u otra forma de terminación de conflictos.

Objetivos Específicos

- ✓ Analizar los presupuestos que dan lugar a la acción de repetición contra funcionarios o exfuncionarios públicos.
- ✓ Enumerar las causas que inciden de manera negativa en los procesos de repetición llevados a cabo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- ✓ Proponer medidas tendientes a lograr la eficacia del medio de control de repetición para la recuperación de los dineros públicos.

ESTADO DEL ARTE

Para el desarrollo de la presente investigación se analizaron las siguientes obras que son relevantes, pertinentes y relacionadas con el tema objeto de estudio:

En primera medida traemos a colación el artículo publicado en la Revista Diálogos de Saberes No. 36 de coautoría de los Doctores William Guillermo Jiménez e Israel Soler Pedroza, *Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos*. El objetivo general de esa investigación consistió en establecer cuáles han sido las causas por las que la acción de repetición no ha obtenido los resultados esperados, tanto en número de condenas que profiere la jurisdicción contencioso administrativa, como en el monto de los recursos que se deben recuperar.

Indican los autores que la acción de repetición tiene una finalidad reparatoria, no obstante, en la mayoría de los casos, el dinero no se recupera porque el condenado o bien se insolventa o bien, sencillamente no tiene cómo pagar esa suma. Las causas son variadas, tal como se indica en la investigación analizada:

En el estado del arte también se encontraron posiciones acerca del temor que existe en algunos funcionarios para adelantar la acción de repetición, para evitar represalias, o que se les devuelva la acción; algunos autores consideran innecesaria la evaluación por parte de los comités de conciliación, porque estos organismos no garantizan imparcialidad. (Jimenez & Soler Pedroza, 2012, pág. 78)

Sobre la estrategia metodológica, el trabajo adopta la forma de investigación aplicada o socio-jurídica, asumiendo un tipo de estudio predominantemente explicativo. En cuanto al enfoque metodológico, se privilegia el método cualitativo, recurriendo a fuentes primarias y secundarias mediante las técnicas de la entrevista, la revisión bibliográfico-documental y la observación directa. Dentro de la revisión se analizó una

importante muestra de procesos de acción de repetición adelantados en la Sección Tercera del Consejo de Estado durante el periodo 2006-2010.

La siguiente obra analizada es la titulada *Acción de Repetición en Colombia, una tarea pendiente en la Administración Pública*, su autora Lina Clemencia Duque Sánchez lo presentó como avance del proyecto de grado para la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomas de Bogotá D.C. La estrategia metodológica del trabajo se centró en el método hermenéutico cualitativo de investigación, correspondiendo a un tipo de investigación socio-jurídica.

Indica su autora que la ley 678 de 2001, reglamentó la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos como de los particulares que desempeñan funciones públicas, permitiendo que el Estado a través del ejercicio de la Acción de Repetición pudiera recuperar lo pagado en virtud de las condenas por perjuicios causados por los agentes estatales en ejercicio de sus acciones dolosas o gravemente culposas.

Dicha norma dio respuesta a las políticas de prevención del daño antijurídico como estrategia de protección a los dineros públicos, pues si bien existen diversas fórmulas para exigir de los agentes estatales la protección del patrimonio público, la responsabilidad penal, fiscal o disciplinaria no permiten una fórmula de reclamación directa contra el funcionario que con su actuar doloso o gravemente culposos haya causado perjuicios. Por lo tanto, la implementación de la ley que exige la responsabilidad civil del agente estatal ha permitido la gestión de las entidades públicas y el deber legal de iniciar la Acción de Repetición como estrategia para exigir los dineros pagados en calidad de perjuicios por el actuar u omisión dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales. (Duque Sanchez, 2012, pág. 142)

Concluye la tratadista que la ineficacia del medio de control de repetición está relacionada el desarrollo procesal de estas demandas en la jurisdicción contenciosa

administrativa, pues su investigación se basó en estudios de sentencias proferidas por esta jurisdicción en las cuales se observaban incumplimiento de cargas procesales por parte de la entidad demandante, falta de contestación de la demanda, la no presentación de alegatos de conclusión, la ausencia de intervención en la práctica de pruebas, el desconocimiento del precedente judicial y la insuficiencia numérica y formativa de los abogados defensores del Estado.

Con todo, el factor común es la alta incidencia que tiene la carencia de material probatorio, toda vez que las entidades omiten la presentación de las pruebas suficientes que permitan demostrar la responsabilidad del agente estatal para condenarlo en Repetición, en especial para acreditar la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o para probar el pago realizado por la Entidad Estatal.

La obra *La perspectiva doctrinal sobre los orígenes y viabilidad de la Acción de Repetición en Colombia*, escrita por Yohana Mercedes Moreno Gómez como tesis de grado para acceder al título de abogada en la Universidad Militar Nueva Granada, aborda el tema de la viabilidad de la acción de repetición en Colombia; en el mismo, la autora indica que las Acciones de Repetición, como los llamamientos en garantía, no surten los efectos deseados en la Ley 678, pues con ello, en su mayoría, no se logra la restitución patrimonial de los dineros que, por actos de sus funcionarios, el Estado ha terminado por pagar.

Otra de las tesis de grado analizadas es la denominada Llamamiento en garantía con fines de Repetición: problemas en su aplicación en el derecho colombiano, de autoría de Shirley Niño Palacios, estudiante de la Universidad del Rosario, quien concluye en su investigación que:

El reducido éxito del llamamiento en garantía con fines de repetición también se debe parcialmente y en menor medida a factores externos a él, como serían por ejemplo, la falta de claridad y unificación de los criterios para determinar la responsabilidad del Estado y consecuentemente la de sus

agentes. El sistema de responsabilidad vigente, basado en el artículo 90 constitucional no es claro, ya que el concepto de daño antijurídico ha sido reinterpretado por las Altas Cortes en el sentido de hacerlo perder su identidad al combinarlo con los regímenes de responsabilidad previstos antes de la Constitución de 1991. (Niño Pacheco, 2013, pág. 70).

A juicio de los autores de la presente investigación, las entidades públicas son presa de la ignorancia para darle aplicación a la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición.

En el trabajo de grado *La acción de repetición como herramienta de sanción disciplinaria en el servidor público colombiano*, las estudiantes Susana Esperanza Rojas Álvarez y Ena Carolina Daza Peralda, aborda el tema del derecho disciplinario frente a la responsabilidad de los agentes estatales en el cual se indica que la situación común que se da respecto de las entidades públicas, es sean sancionadas pecuniariamente por decisiones tomadas por sus directivos de manera acelerada y sin el mínimo calculo legal, estas situaciones pueden ser despidos laborales, incumplimientos contractuales, falta de reconocimientos de derechos a terceros entre otros. “Estas situaciones vistas desde el punto de vista del derecho civil conllevan a que la entidad repita la acción sobre el funcionario que tomó tal decisión y que afectó de manera real el patrimonio público de ésta”. (Rojas Alvarez & Daza Peralda, *La acción de repetición como herramienta de sanción disciplinaria en el servidor público colombiano*, 2012, pág. 15); nuevamente se denota la inoperancia de las entidades públicas para cuidar su peculio y la desidia para ejercer acciones pertinentes y a tiempo.

También expusieron como conclusiones que la principal falencia de la acción se presenta por el “desconocimiento de la normatividad por parte de quienes debieran aplicarla (parte activa) y por parte de aquellos quienes serían destinatarios de ella (parte pasiva)”; además, determinaron que “la acción de repetición debe ser entendida esencialmente como una herramienta para conseguir la moralidad y la eficiencia de la

función pública y generar un efecto preventivo sobre el actuar de los servidores públicos” (Rojas Alvarez & Carolina, 2012), sin perjuicio del fin retributivo que cumple, tendiente a la recuperación de los dineros que el Estado ha pagado por la conducta gravemente culposa o dolosa de sus agentes.

Otra de las investigaciones estudiadas para desarrollar la presente es *La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras*, este artículo de autoría de Israel Soler y William Jiménez, deduce:

a) La necesidad de evitar las dilaciones en la tramitación y fallo de los procesos; b) que se dejen pruebas anticipadas, previendo la posibilidad de la demora en el trámite de las actuaciones; c) la formulación de una política de incentivos para los funcionarios encargados de adelantar los procesos; d) que sea más racional y esté acorde con los conocimientos de los abogados, la asignación de trabajo a los funcionarios de las entidades públicas. (Soler Pedroaza & Jiménez, 2009, pág. 55)

Analizado lo anterior, es necesario una reestructuración profunda al interior de cada una de las entidades públicas para así poder estar en consonancia con las acciones que se deben impetrar para cuidar el patrimonio público así como el personal que se debe contratar para realizar estas tareas.

En el artículo científico Análisis de la aplicación de la acción de repetición en las entidades del sector defensa, justicia y seguridad 2010-2014, desarrollado por la Contraloría General de la República, se indica que la problemática de las condenas contra el Estado y los cuantiosos recursos que por este concepto se han debido destinar para cumplir con estas obligaciones, son una constante preocupación para la Contraloría General de la República, lo cual, sumado al hecho de que las mayores ejecuciones presupuestales de la última década corresponden a las entidades del Sector Defensa, Justicia y Seguridad.

Para este organismo de control y vigilancia, lo anterior radica en no se hace un análisis pormenorizado de las acciones que se pueden adelantar en contra de los servidores o ex servidores públicos cuando existe un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado; lo cual hace que la herramienta de la acción de repetición ha sido por demás, obviada, abandonada e ignorada a pesar de haber transcurrido más de 10 años desde la expedición de la Ley 678 de 2001, con la cual el Estado procuraba llevar a cabo la recuperación de los dineros por condenas en su contra, originados por los daños antijurídicos causados con dolo o culpa grave por las acciones u omisiones de sus agentes.

En el trabajo de grado desarrollado por Gloria Esperanza Navas González como estudiante de la Universidad de La Sabana bajo la denominación *La acción de repetición y su finalidad*, la autora concluye que la acción de repetición no cumple con la finalidad para la cual fue creada esta herramienta jurídica que es la protección del patrimonio público, “pues aunque se dan los presupuestos técnicos, normativos y facticos para impetrarla los administradores no cumplen con sus funciones de accionarla” (Navas González, 2008, pág. 18). Es posible fáctica y jurídicamente la recuperación de los dineros que por concepto de indemnizaciones deba pagar el Estado, debe ser entonces la voluntad del administrador de interponer la acción correspondiente.

Por último, se analizó la tesis de grado *La acción de repetición dentro del contexto de la moralidad y eficiencia en la función pública en Colombia*; su autor Edgar Miguel Acero Sánchez, indica que teniendo en cuenta la desidia de las instituciones al momento de entrar a defender el patrimonio público, los autores del trabajo estudiado indican que haciendo uso de herramientas jurídicas nacionales e internacionales para combatir el desangre del ingresos públicos, es que se debe tener en cuenta la aplicación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Para que no se sigan realizando actos en pro de la corrupción al interior de las entidades públicas es plausible la proposición que hacen los autores en el sentido de

hacer que la Convención Interamericana conozca la situación de estas entidades y lo que ocurre al interior de las mismas con respecto a la acción de repetición y el cuidado del patrimonio público por ésta vía.

Por vía jurisprudencial, ha indicado el alto tribunal de lo contencioso administrativo que “la acción de repetición es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado”. (Sentencia de Reparación Directa -REPETICION- 17482, 2006)

No obstante, para haya lugar a una repetición existen unos presupuestos que deben cumplirse, esto es, que ese reconocimiento indemnizatorio impuesto al estado se haga mediante una condena judicial, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, y que éste sea producto de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular que desarrolle funciones públicas.

La acción de repetición está consagrada constitucionalmente en el artículo 90 de la Carta Política inciso segundo y legalmente en el artículo 78 de la Ley 1437 de 2011, no obstante, el poco conocimiento que se tiene de ésta hace que sea relegada a letra muerta dejando de lado los principios que ésta figura jurídica desarrolla como lo son los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, y es así en la medida en que se constituye en un instrumento jurídico con que cuenta el Estado para disuadir e intimidar a los servidores públicos y demás agentes suyos, “con el objetivo de que no obren de manera ostensiblemente negligente (culpa grave) o dolosamente y, por ende, no infieran daños a las personas o a su patrimonio o vulneren sus derechos”, (Sentencia de Reparación Directa -REPETICION- 17482, 2006), en absoluto desconocimiento de la misión y funciones que les asignan la Constitución Política y la ley.

El medio de control de Repetición encuentra su desarrollo en la Ley 678 (Congreso de la República de Colombia, 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” y en la misma se definió la repetición como:

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

En el artículo 4 de la norma ibídem se indica la obligatoriedad de ejercer por parte de las entidades públicas la acción de repetición y que el incumplimiento de tal disposición legal constituye falta disciplinaria, texto que fue declarado exequible mediante sentencia de constitucionalidad C-484 (Sentencia C-484, 2012). En la misma sentencia se declara la constitucionalidad del artículo 9 de la norma en comento que habla sobre el desistimiento de esta acción, indica el alto tribunal constitucional lo siguiente:

La acción de repetición persigue la protección del patrimonio del Estado para que el funcionario que dio origen a una condena con su actuar doloso o gravemente culposos, reembolse lo pagado, por lo que en nada se quebranta la Carta Política, sino que al contrario, se defiende el interés general, cuando a la autoridad pública legitimada para interponer la acción se le impide desistir, pues ello equivaldría a autorizarla para consentir un detrimento patrimonial abandonando los instrumentos procesales que conforme al artículo 90 de la Constitución se le otorgan, máxime si se tiene en cuenta

que ésta norma impone como un deber el ejercicio de la acción en las hipótesis ya mencionadas, pues sería abiertamente contradictorio imponerle ese deber y autorizar a la entidad pública para no cumplirlo.

En la ciudad de Valledupar, existen dos casos puntuales que se han analizado por cuenta de los autores de la presente investigación y arroja como resultado lo siguiente:

El proceso con radicación No. 20-001-23-31-003-2009-00112-00 llevado a cabo por la Universidad Popular del Cesar, ente autónomo del orden central que demandó mediante acción de repetición al señor Roberto Daza Suarez. En primera instancia el proceso fue conocido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Valledupar que en sentencia de fecha 27 de mayo de 2013 declaro probada la excepción de ausencia de los requisitos de prosperidad de la acción de repetición, teniendo en cuenta que la entidad pública “no acreditó la calificación de dolosa o gravemente culposa de la actuación del agente estatal” (Sentencia de Acción de Repeetición, 2013).

No obstante lo anterior, la entidad demandante apeló la decisión del A quo y el Tribunal Administrativo del Cesar en su condición de superior funcional y jerárquico del Juzgado Administrativo, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2013 revoca en todas sus partes la mencionada sentencia y condena al señor Roberto Daza Suarez, según consideraciones de este cuerpo colegiado porque se encontraban plenamente acreditados los requisitos que tienen que concurrir para que se pueda impetrar la demanda por repetición, y se hizo especial énfasis en las presunciones legales sobre el dolo y la culpa grave del demandado, es decir, que el dolo y la culpa grave se presumen, situación que automáticamente invierte la carga de la prueba, trasladándose al demandado quien debe probar que no fue así.

La sala encontró que se configuraba dicha presunción legal establecida en el artículo 5 (Dolo) numeral 3 (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), de la Ley 678 de 2001. Este fallo obliga al demandado “a...reembolsar a la UPC la suma de \$202.723.616.00, debidamente indexada, porque fue responsable por dolo de la condena impuesta por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Valledupar el 19 de abril del 2007, a favor del señor Jhonny de Jesús Meza Orozco...”. (Sentencia de Segunda Instancia , 2013).

El segundo proceso también se dirigió contra el señor Roberto Daza Suarez, en esta ocasión Tribunal Administrativo del Cesar el 14 de agosto del 2008, profirió sentencia de segunda instancia dentro del proceso con radicación No. 20-001-23-31-003-2009-00366-00, que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar a favor de la Universidad Popular del Cesar quien impetró demanda de repetición contra el antes mencionado porque en su calidad rector, “destituyó caprichosamente de su cargo como docente provisional al señor Oscar Pacheco Hernández” El señor Daza Suárez al momento de la condena fungía como Vicerrector Académico, de esta Institución de Educación Superior y que por el mencionado fallo debe “...reembolsar a la UPC la suma de \$343.394.777,00 porque es responsable por dolo y culpa grave de la condena impuesta por el y confirmada por el Tribunal Administrativo del Cesar”.

De estos dos procesos se colige que la voluntad de la administración es importante para proceder a la recuperación de los dineros cancelados por conciliaciones, sentencias judiciales u otra forma de terminación de procesos y que es necesario que se cumplan los requisitos para que por vía judicial se pueda declarar la responsabilidad de los agentes o ex agentes del Estado en aras de salvaguardar el patrimonio de las entidades públicas.

DISEÑO METODOLÓGICO

Tipo de Investigación

Para la presente investigación se utilizó el método inductivo, el cual intenta ordenar la observación tratando de extraer conclusiones de carácter universal desde la acumulación de datos particulares; por su forma es una investigación socio-jurídica con un tipo de estudio explicativo.

Diseño de Investigación

El diseño está basado en una investigación documental, descriptiva, cualitativo en la cual se ha recurrido a la fuente primaria de observación directa y las fuentes secundarias mediante la revisión bibliográfica y documental apoyados en la norma legal y constitucional así como por la jurisprudencia emanada de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En la presente se realiza un estudio detallado de dos casos que tuvieron lugar en la ciudad de Valledupar del cual se han obtenido datos importantes para el sustento de la misma.

INTRODUCCIÓN

Hasta hace algunas décadas el Estado Colombiano se consideraba “irresponsable” pues ante las faltas cometidas por sus agentes ni el funcionario ni el Estado respondían por las faltas cometidas. Este estadio de irresponsabilidad ha tenido sendos cambios a través de la historia con la aplicación de principios de la responsabilidad civil, principalmente por disposición del Artículo 40 del Código de Procedimiento Civil; después, de conformidad con lo previsto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), y luego, la Constitución Política de 1991 (Art. 90), la Ley 270 de 1996 y la Ley 678 de 2001; actualmente también encuentra asidero legal en la Ley 1437 de 2011, que en su artículo xxx ordenan adelantar la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado.

No obstante de lo anterior y teniendo en cuenta el extenso desarrollo normativo del tema, en el día a día se observa con preocupación la imposición de sendas condenas al Estado por los daños causados por la acción o la omisión de sus agentes, sin que de parte de estas entidades condenadas exista una correspondiente y eficaz actuación conforme al medio de control de repetición tendiente a establecer la responsabilidad del o los agentes responsables y poder así recuperar las sumas pagadas.

En la presente investigación se desarrolla un análisis de los supuestos que deben configurarse para que tenga lugar la acción de repetición, además se hace un estudio sobre las principales causas que inciden de manera negativa en los procesos de repetición que se llevan a cabo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para aterrizar en las medidas tendientes a lograr la eficacia del medio de control de repetición para la recuperación de los dineros públicos.

CAPITULO I

PRESUPUESTOS QUE DAN LUGAR A LA ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA FUNCIONARIOS O EXFUNCIONARIOS PÚBLICOS

En Colombia, todo procedimiento jurídico está positivizado y toda acción a impetrar contempla unos presupuestos que deben configurarse para hacer uso de ella, tal es el caso de la repetición. Para que se pueda impetrar demanda por el medio de control de repetición deben existir unos presupuestos que no se pueden excluir entre sí.

1. Que para el Estado surge una obligación que es de reparar un daño antijurídico; esto puede ser en tres eventos: por conciliación, por sentencia judicial o por otra forma de terminación de un conflicto.
2. Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, lo que, desde luego, le causó un detrimento patrimonial a éste.
3. La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que este valor tiene una leve variación a la alza por lo que no en todos los casos coincide con el valor anterior; y esto se debe a que normalmente las entidades públicas pagan las condenas judiciales y/o conciliaciones de manera tardía lo que hace que se sumen intereses moratorios a dicha obligación.
4. Que el demandado, a quien debe identificar de manera precisa, es o fue servidor del Estado, acreditando de manera probatoria la calidad o cargo que ostentó.
5. Que el demandado actuó con dolo o con culpa grave.
6. Que el daño antijurídico -referido en el primer numeral-, fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.

Grosso modo, estos son los presupuestos que se deben satisfacer para que una entidad pública pueda impetrar la demanda por el medio de control de repetición, empero, todos ellos deben estar debidamente probados.

Ahora bien, la acción de repetición también cuenta con ciertas características que devienen de su diseño normativo y que deben ser tenidas en cuenta por la entidad que busca con esta acción poder recuperar lo pagado y así aliviar un poco el factor patrimonial de ésta. Entre las principales características, están:

i) Finalidad: Además de sus fines retributivo y preventivo, se orienta a garantizar los principios constitucionales de moralidad administrativa y eficiencia de la función pública.

ii) Naturaleza: Es una acción principal, civil de carácter patrimonial con pretensión indemnizatoria, esto quiere decir, que busca la devolución de los dineros efectivamente cancelados por la entidad bien sea por condena judicial, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

iii) Obligatoriedad: Es deber de los respectivos funcionarios de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición siempre que se verifiquen los presupuestos que la Constitución y la ley establecen para el efecto. (PGN; CGR; MinInterior y Justicia, 2008, pág. 2).

iv) Sujetos activos: La persona jurídica de derecho público que sufrió detrimento patrimonial con motivo del pago de "condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley", está legitimada para ejercer la acción de repetición. Si no lo hace dentro de los seis meses siguientes al pago total, también pueden ejercer la acción: el Ministerio Público, en cualquier caso, o la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la entidad pública perjudicada sea del orden nacional.

v) Sujetos pasivos: La acción de repetición puede dirigirse contra servidores o ex servidores públicos y contra particulares que desempeñen funciones públicas.

vi) Caducidad: El término de caducidad de la acción de repetición es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública. La Corte Constitucional sostuvo que, por tratarse de un asunto de libre configuración del legislador, resulta ajustado a la Carta que dicho término se encuentre determinado por la fecha de pago de la condena, "bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del, Código Contencioso Administrativo". (PGN; CGR; MinInterior y Justicia, 2008, pág. 2).

Un aspecto a destacar es lo que tiene que ver con los principios constitucionales de que se pueden desarrollar con la imposición de acciones de repetición esto es, de un lado, el principio de moralidad administrativa que no es más que la finalidad que inspira el acto del funcionario que la impetra, de acuerdo con la ley. Parafraseando lo expresado por la Corte Constitucional, en otras oportunidades acerca del principio de moralidad administrativa, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que "abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad". (Sentencia (AP-518), 2002).

De otro lado, el principio de eficiencia, que implica la obtención de los mejores resultados para la entidad pública con el menor gasto de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros frente a un mayor ahorro de costos, por lo que la entidad demandante debe realizar desde su comité de conciliación, el análisis a fondo de cada caso en particular pues, no siempre que el Estado haya sido condenado tiene

que instaurarse automáticamente la acción de repetición, sino únicamente "cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes.

CAPITULO II

CAUSAS QUE INCIDEN DE MANERA NEGATIVA EN LOS PROCESOS DE REPETICIÓN EN VÍA JUDICIAL

Al momento de que se inicia un proceso por el medio de control de repetición son muchos los aspectos a tener en cuenta para que llegue a un feliz término, es decir, que la sentencia sea favorable para la entidad que impetra la demanda; no obstante, existen ciertos aspectos que pueden incidir de manera negativa en el desarrollo del mismo, como lo son:

Falta de objetividad del Comité de Conciliación de la entidad demandante.

La expedición del Decreto 1716 (2009), “por medio del cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001”, introduce al ordenamiento jurídico los llamados “Comités de Conciliación”; en virtud de lo cual, las entidades deben conformar equipos conciliadores con el fin de que sean estos los que estudien las posibles solicitudes de conciliación de conflictos con ellas, lo anterior enmarcado en los principios de responsabilidad, celeridad y economía que deben desarrollar las entidades en sus actuaciones.

Como función especial, los comités de conciliación son quienes deberán realizar los estudios pertinentes para determinar la procedencia de la acción de repetición; para ello, dispone el artículo 26 de la norma ibídem que indica que “el ordenador del gasto, al día siguiente del pago del capital de una condena, de una conciliación o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad, deberá remitir el acto administrativo y sus antecedentes al comité de conciliación, para se adopte la decisión motivada de iniciar el proceso de repetición y se presente la correspondiente demanda, cuando la misma resulte procedente, dentro de los tres meses siguientes a la decisión”. Así mismo se puede determinar la procedencia del llamamiento en garantía para fines de repetición en los procesos judiciales de responsabilidad patrimonial (Art. 27).

Y puede que exista falta de objetividad de estos comités debido a que se conforman de servidores que en la mayoría de los casos son subordinados de los que pasan a ser parte demandada en estos procesos, lo que hace que las consideraciones de los primeros para iniciar o no esta acción contra los segundos, estén sujetas a posiciones imparciales teniendo en cuenta el vínculo entre personal que compone el comité de conciliación y el funcionario repetido.

La Congestión Judicial o mora judicial en la jurisdicción contencioso administrativa.

En Colombia es un secreto a voces que el sistema judicial es lento y poco efectivo. Los procesos administrativos no escapan a esto a pesar de la implementación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo expedido mediante la Ley 1437 en el año 2011.

Según cifras obtenidas mediante derecho de petición a la Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al mes de agosto de 2013, se tramitaron ante la Sección aproximadamente doce mil procesos (12.000), de los cuales, trescientos seis (306) de ellos pertenecen a una acción de repetición esto quiere decir, el 2.55% de los procesos vigentes en la Sección Tercera de la Corporación.

Lo indicado permite inferir que sobre las pretensiones de la totalidad de los expedientes que cursan en la Sección Tercera de la Alta Corporación, el Estado solo tiene la expectativa y entiéndase bien la mera expectativa, de recuperar el 2.55% de las condenas que surjan de las reclamaciones ante el Consejo de Estado. (Zuñiga & Infante, 2013), a lo que se le suma la congestión de los despachos judiciales en Colombia y más aún de los juzgados y tribunales administrativos, pues la cultura colombiana en general apunta a que las personas prefieren agotar la vía judicial contra el Estado por multiplicidad de hechos. Esto hace que los despachos judiciales estén sobrecargados de procesos que hacen más lento el actuar de los operadores judiciales, siendo esta una grave causa de incidencia de la ineficacia de la figura de la repetición.

Cabe anotar que en los despachos judiciales administrativos se encuentra procesos de repetición de hace más de 10 años de iniciados sin que hasta la fecha se haya sentencia alguna que esté debidamente ejecutoriada.

La debilidad probatoria dentro de los procesos de repetición en vía judicial.

Otro de los factores que influyen en gran medida a la poca acogida del proceso de repetición es la debilidad probatoria al interior de uno de estos procesos que se llevan a cabo en la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que a pesar que es en cabeza de las entidades demandantes que recae la carga de probar el dolo o la culpa grave del funcionario o ex funcionario demandado, éstas entidades no logran probar los hechos que esbozan, es decir, no prueban el nexo de causalidad entre el daño antijurídico por el cual fueron condenadas y la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de uno de sus servidores, lo que indefectiblemente conlleva a una sentencia absolutoria para la parte demandada, dejando de lado la posibilidad de que la entidad pública pueda recuperar lo pagado.

La omisión de demandar a todos los servidores o ex servidores responsables del daño patrimonial a la entidad condenada.

A juicio de los autores, en algunos casos es un error que sólo sea un funcionario el demandado en un proceso de repetición además que éste sea el único que deba pagar por la condena impuesta, la conciliación u otra forma de terminación de un conflicto en el cual se vio involucrada una entidad pública a la cual pertenecía. Y lo es porque en muchas ocasiones las acciones u omisiones que dan origen a una condena administrativa no están sólo en cabeza de una persona sino de varios servidores; no obstante, el estudio de estos factores al momento de determinar la procedencia o no de una acción de repetición recae en el comité de conciliación que debe observar las circunstancias de la acción o la omisión por la cual fue condenada la entidad.

Otras causas que inciden de manera negativa en los procesos de repetición pero que tienen menor injerencia son: la insolvencia de los demandados, “la deficiente presentación de las demandas, la falta de diligencia de las entidades para hacer seguimiento a los procesos, la imposibilidad de pagar la condena o la insolvencia del condenado y, finalmente por la caducidad de la acción” (Soler Pedroaza & Jiménez, 2009).

CAPITULO III

MEDIDAS TENDIENTES A LOGRAR LA EFICACIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE LOS DINEROS PÚBLICOS

Para lograr que una figura jurídica como la repetición de los resultados esperados es necesario desplegar una serie de medidas tendientes a conseguir la finalidad de esta acción por la cual fue puesta a disposición de las entidades públicas,

Las medidas a exponer atacaran una a una las causas que se analizaron en el capítulo anterior, iniciando con Falta de objetividad del Comité de Conciliación de la entidad demandante, a lo que la medida pertinente será vincular al comité de conciliación al personal adecuado e idóneo (abogados especialistas en derecho público), que sean contratistas externos que puedan dar su concepto de manera imparcial y objetiva.

Pensar en una medida tendiente a superar la Congestión o mora judicial en procesos que se llevan a cabo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo sería por demás ambicioso, sin embargo, se propone desde esta investigación que se le dé mayor impulso procesal a las demandas que ya cursan en los diferentes despachos judiciales, con el fin de puedan dirimirse estos procesos de manera pronta.

En el tema probatorio, si bien existen falencias en cuanto a La debilidad probatoria dentro de los procesos de repetición en vía judicial, no es menos cierto que éste factor va íntimamente ligado con el deber de la entidad de utilizar todos los medios de prueba posibles para que se puedan demostrar la configuración de los supuestos de la repetición. Es menester que la entidad demandante asuma su carga de la prueba y salga en busca de esas pruebas con las que se pretenden proteger el patrimonio de las entidades públicas.

Con referencia a la omisión de demandar a todos los servidores o ex servidores responsables del daño patrimonial a la entidad condenada, nuevamente se remite esta

investigación a los comités de conciliación de las entidades públicas pues es allí el estadio donde se debe analizar con profundidad las circunstancias que dieron origen a la imposición de una condena o a terminar de cualquier otra forma un conflicto.

Es necesario por parte de las entidades públicas, entre otras cosas, el fortalecimiento de los Comités de Conciliación y el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que desde allí se lleve a cabo el estudio a fondo no sólo de la aplicación de la repetición como mecanismo para la protección del patrimonio sino la de la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición la cual también se encuentra incluida en el artículo 90 superior y que puede exigírseles a las entidades que sea utilizada de manera obligatoria.

El fortalecimiento de que se habla en el párrafo anterior también hace alusión a mejorar la infraestructura tecnológica, humana y presupuestal de las oficinas jurídicas de las entidades públicas, por lo que es plausible que sea destinado un rubro anual dentro del presupuesto de las entidades con el fin de realizar un mejoramiento continuo en este ámbito.

CONCLUSIONES

De la anterior investigación podemos extraer las siguientes conclusiones:

- La acción de repetición es una figura jurídica idónea para la recuperación de los dineros que una entidad pública ha debido pagar bien sea por conciliación, sentencia judicial u otra forma de terminar los conflictos.
- La confianza que deposita una entidad pública en un abogado para llevar a cabo una demanda por el medio de control de repetición se encuentra enmarcada en un contexto donde fluctúan diferentes factores, entre ellos, la idoneidad del profesional del derecho, la destreza de éste para probar con los diferentes medios probatorios, los supuestos que se deben satisfacer para que se pueda impetrar la acción y la vigilancia y el impulso procesal que el abogado pueda darle al mismo.
- La eficacia de la figura jurídica de la repetición se ve desdibujada en el entendido de que es un gran número de condenas en comparación con el bajo número de procesos de repetición para recuperar lo pagado por actuar doloso o gravemente culposos de un servidor o ex servidor público.
- Uno de los agravantes de la ineficacia del proceso de repetición contra servidores y ex servidores públicos está en la congestión judicial, puesto que desde que se inicia el proceso hasta que culmina, normalmente pueden pasar uno o dos años, tiempo suficiente para que el agente estatal se declare insolvente, por lo que si es condenado no se le puede hacer efectiva dicha sentencia.
- han pasado sobre el proceso expectativa de recuperación de recursos por parte del Estado es mínima en relación con las posibles condenas que se

lleguen a fallar, adicionalmente esta situación se agrava por la congestión judicial.

- Una opción acertada para combatir la ineficacia de la repetición es que el legislador cree una obligatoriedad del llamamiento en garantía con fines de repetición, así, la entidad pública queda sometida a una obligación inaplazable con la cual va a vincular al agente que por su conducta dolosa o gravemente culposa hace que la entidad sea demandada.

Para reforzar lo anterior, se trae a colación lo indicado por el tratadista Héctor Arévalo (2006), quien considera que con la creación de la acción de repetición, y al concebirse como un deber y no como una facultad con la que cuenta el Estado, se demuestra el interés del legislador por provocar y estimular este tipo de procesos, que podría entenderse, por demás, como uno de los instrumentos de lucha contra la corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arevalo, H. (2006). *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios* (Vol. III Edición). Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Asamblea Nacional Constituyente . (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá D.C. .
- Congreso de la República de Colombia. (3 de Agosto de 2001). Ley 678. *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. , Cundinamarca, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (14 de Mayo de 2009). Decreto 1716. *Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001*. Bogotá D.C. , Cudinamarca, Colombia .
- Congreso de la República de Colombia. (18 de Enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Ley 1437 de 2011*. Bogotá D.C. , Colombia .
- Duque Sanchez, L. C. (Enero-Junio de 2012). Acción de Repetición en Colombia, una tarea pendiente de la administración pública . *Jurid* , 136-153.
- Jimenez, W. G., & Soler Pedroza, I. (Enero - Junio de 2012). Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos. *Diálogos de Saberes*, 10(19), 65-80.
- Moreno Gómez, Y. M. (2015). La perspectiva doctrinal sobre los orígenes y viabilidad de la Acción de Repetición een Colombia. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada .

Navas González, G. E. (8 de Noviembre de 2008). La Acción de Repetición y su finalidad. Chía , Cundinamarca, Colombia: Universidad de La Sabana.

Niño Pacheco, S. (2013). Llamamiento en garantía con fines de repetición: problemas en su aplicación en el derecho colombiano. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Universidad del Rosario .

PGN; CGR; MinInterior y Justicia. (10 de Noviembre de 2008). *Procuraduría General de la Nación; Contraloría General de la República; Ministerio del Interior y de Justicia*. Obtenido de Circular Conjunta 1 de 2008 Procuraduría y Contraloría General de la República: www.coljuegos.gov.co

Rojas Alvarez, S. E., & Carolina, D. P. (2012). La acción de repetición como herramienta de sanción disciplinaria en el servidor público colombiano. Bogotá D.C. : Universidad Militar Nueva Granada .

Rojas Alvarez, S. E., & Daza Peralda, E. C. (2012). La acción de repetición como herramienta de sanción disciplinaria en el servidor público colombiano. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada.

Sentencia (AP-518), 52001-23-31-000-2000-1059-01 (Consejo de Estado 31 de Octubre de 2002).

Sentencia C-484, expedientes D-3824; D-3827; D-3812; y, D-3833, acumulados (Corte Constitucional de Colombia 25 de Junio de 2012).

Sentencia de Acción de Repeetición, 200012331004-2009-00112-00 (Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Valledupar 27 de Mayo de 2013).

Sentencia de Reparación Directa -REPETICION- 17482, 52001-23-31-000-1998-00150-01 (Consejo de Estado 31 de Agosto de 2006).

Sentencia de Segunda Instancia , 200012331004-2009-00112-01 (Tribunal Administrativo del Cesar 21 de Noviembre de 2013).

Soler Pedroaza, I., & Jiménez, W. G. (enero - junio de 2009). La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Sergio Arboleda .

Zuñiga, O., & Infante, C. (2013). La eficiencia de la acción de repetición en Colombia, en el Consejo de Estado como órgano de cierre. Bogotá D.C. : Universidad Militar Nueva Granada.