

ACCION DE REPETICION, INEFICAZ RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN COLOMBIA

AUTORA

LESLIE KATHERINE GONZÁLEZ BONILLA

COD. 3500544

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN DE POSTGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN II

BOGOTÁ D.C.

2015

ACCION DE REPETICION, INEFICAZ RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN COLOMBIA

AUTORA

LESLIE KATHERINE GONZÁLEZ BONILLA

COD. 3500544

PROPUESTA PARA LA ELABORACIÓN DE UN ARTICULO DE REFLEXIÓN
COMO OPCIÓN DE GRADO

PRESENTADO AL:

DOCENTE DIEGO ESCOBAR

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN DE POSTGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN II

BOGOTÁ D.C.

2015

ACCION DE REPETICION, INEFICAZ RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN COLOMBIA

Leslie Katherine González Bonilla¹

Resumen

La responsabilidad patrimonial del Estado ha aumentado en virtud de los daños antijurídicos que a título de dolo o culpa grave, provocan sus agentes en ejercicio de sus funciones públicas. El objetivo de este estudio consiste en aislar las causas por las cuales la acción de repetición no ha sido eficaz en la recuperación del erario, así como determinar cuáles han sido las causas por las que ha resultado ineficaz esta acción respecto de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y cuáles podrían ser las soluciones más plausibles para este dilema.

Palabras Claves

Acción de repetición, Administración, Eficiencia, Funcionario Público, Patrimonio, Responsabilidad.

Abstract

The State liability has increased under wrongful damage by way of fraud or gross negligence, have caused by its agents in the exercise of their public duties. The aim of this study is to isolate the causes why the action for indemnity has not been effective in the recovery of the treasury, and to determine what were the reasons why this action has been ineffective respecting off to the liability of the public servants and what might be the most plausible solutions to this dilemma.

¹ Abogada, egresada de la Universidad Militar Nueva Granada, candidata a especialista de la misma universidad.

Key Words

Action for recovery, management, efficiency, Public Official, Heritage Responsibility.

Introducción.

Planteamiento del problema. Con el artículo 90 constitucional y la ley 978 de 2001, Colombia adopta del derecho francés un concepto ávido y profundo de la repetición en contra de los funcionarios públicos que cometan faltas en uso de sus funciones, no obstante, se observa con preocupación el hecho de que el Estado Colombiano, ha visto cómo se han incrementado los fallos condenatorios en su contra, sin que esta medida de sus frutos en la búsqueda de llenar el vacío fiscal que se produce con todas esas condenas.

Hipótesis. Los vacíos legales respecto de la acción de repetición en Colombia, sumado a la ignorancia y falta de interés en este instrumento, pueden haber conducido a que dicha medida no prospere como herramienta eficaz para la recuperación de los dineros producto de fallos condenatorios o conciliaciones administrativas.

Enfoque metodológico. Este trabajo adopta una forma predominantemente investigativa y explicativa desde una óptica socio-jurídica, la cual se desarrolla en un enfoque cualitativo, en el que se enuncian las características de cada uno de los conceptos a tratar, recurriendo a fuentes primarias tales como la revisión del material bibliográfico y documental, así como la observación directa del problema.

Estructura. Se busca además, estudiar los elementos que delimitan la responsabilidad, aclarar y realizar las precisiones necesarias para el adecuado manejo de los conceptos y describir la evolución y el desarrollo que ha tenido en Colombia jurisprudencial y doctrinariamente la acción de repetición. Todo esto con

el fin de depurar el tema de análisis que le compete a esta investigación para finalmente, abordar el estudio de la necesidad de la modificación o la implementación de un nuevo sistema que le permita a la administración incrementar los índices de eficacia y eficiencia respecto de la aplicación de la acción de repetición a los funcionarios responsables.

1. Marco Teórico

La principal característica de la Acción de Repetición es la de ser un mecanismo con el que cuenta el estado colombiano para recuperar aquellos recursos que fueron pagados en virtud de sentencias condenatorias o conciliaciones, ya por dolo, ya por culpa grave en el actuar de sus servidores, a los cuales les serán cobrados tales dineros; no obstante esta figura no siempre es el medio más idóneo para alcanzar esta meta, pues por lo general el camino al resarcimiento de los daños es demasiado costoso, debido a que poner en funcionamiento el aparato judicial puede resultar muy riesgoso para la entidad interesada, bajo el entendido de que si al final la sentencia llegase a declarar improcedente la imputación de responsabilidad patrimonial al funcionario, las pérdidas serían mayores a las sufridas por la entidad al principio.

Al respecto, Carlos Mario Molina y Martha Cecilia Cañón (2008, p. 65) en su libro *La Acción de Repetición*, plantean lo siguiente:

Nos quedan dudas, sin embargo, respecto a la inclusión del término “eficiencia”, dejando por fuera también el término eficacia que debe revestir toda actuación de la Administración, por cuanto, los dos términos son muy subjetivos y el uno sin el otro no arroja resultados y puede comentarse lo mismo respecto a la moralidad, en el sentido de que también es inherente a la función pública a la manera de desempeñarse en el cargo, pero no puede desprenderse de la acción, ya que tan sólo es un mecanismo procesal.

Se considera entonces, que hoy en día no hay discusión en cuanto a que la finalidad o la razón de ser de la acción de repetición está enfocada principalmente a evitar el menoscabo o detrimento patrimonial de carácter público, usando como medios para lograrlo dos pasos concretos, los cuales son:

1) Obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial del (los) servidor(es) o ex servidor(es) públicos, y en general de los agentes estatales a causa del ejercicio de la función pública que forma dolosa o culposa, lesione los derechos de los administrados.

2) Reintegro efectivo al patrimonio estatal de la suma a que fue condenado por causa del agente estatal.

Algunos autores, prefieren ver a la acción de repetición como un mecanismo de corrección y prevención en procura de la salvaguarda de la función pública. Según Israel Soler Pedroza y William Guillermo Jimenez, en su artículo La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras, el constituyente del 91, creyó firmemente que la Acción de Repetición, elevada a canon constitucional según el artículo 90 superior, conduciría a hacer efectiva la recuperación de los dineros pagados en fallos condenatorios, situación que había sido apenas una intentona de cobro coactivo a cargo de los funcionarios públicos, situación que lamentablemente no se concretó y que a la postre terminó por minar la confianza ciudadana en la función pública y en la administración de justicia por verse maniatada frente a la recuperación de los dineros del erario.

2. Derecho Comparado

En el contexto latinoamericano, se ha tomado información de Chile, Argentina y Ecuador, con el ánimo de verificar la regulación de la acción de repetición, se pudo establecer que no en todos los países se establece este instrumento jurídico para preservar el patrimonio público económico:

Chile. La Constitución chilena (art. 6º), tiene previsto que la infracción de esta norma superior generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. Adicionalmente, respecto de la Acción de Repetición contra el fiscal o funcionario del Ministerio Público, el inciso final del artículo 5º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público –LOCMP–, contempla la acción de repetición,

una vez que el Estado haya respondido por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del fiscal o funcionario. (Soler y Jiménez, 2008, p. 76-77). Así como en Chile, en Colombia, respecto de los funcionarios públicos pertenecientes a regímenes especiales, como la Rama Judicial o la Justicia Penal Militar, no están exentos de la responsabilidad patrimonial, lo cual está dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 2° de la Ley 678 de 2001.

Ecuador. Según Marcela Rubiano Cifuentes, en el artículo de reflexión “*La acción de repetición en Ecuador*”, (citada por Duque, C. 2013), expresa que dentro del ordenamiento jurídico de este país, la Administración Pública está obligada a reparar cualquier lesión que puedan sufrir los ciudadanos en sus bienes o derechos que sea imputable al Estado, siempre y cuando se verifique la existencia del hecho o acto y una relación de causalidad con el daño generado.

Ecuador, en semejanza a la normatividad colombiana, ha contemplado la acción de repetición, figura que presta la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad civil de los servidores públicos, que con ocasión de sus funciones, por medio de conductas dolosas o gravemente culposas, causen perjuicio a un particular, el cual debe ser pagado por el Estado.

Rubiano, concluye que a pesar de lo anterior, en Ecuador la acción de repetición no es eficaz debido a la falta de un procedimiento específico que permita establecer la responsabilidad de los funcionarios públicos, siendo necesaria una ley que lo adecúe a las disposiciones constitucionales y se complemente con el Código Orgánico de la Función Judicial.

Argentina. Finalmente, y a diferencia con Colombia y con los países estudiados en párrafos anteriores, en Argentina, la responsabilidad patrimonial, respecto de todos los funcionarios públicos, se consagra como responsabilidad civil prevista en el art. 1112 del Código Civil, cuando cumplen de manera irregular sus funciones y la conducta es desplegada con culpa. Es una responsabilidad distinta de la del Estado aunque algunas veces conlleve también la

responsabilidad del Estado. Si actúa irregularmente, pero en el ejercicio de sus funciones, el particular puede demandar al funcionario por el art. 1112 y al Estado por el art. 43 del C.C., pero no por régimen de solidaridad, sino de concurrencia. Si actúa por fuera del ejercicio de sus funciones, responde por el régimen civil común (art. 1109 C.C.).

De otro lado, la ley 24.156 sobre responsabilidad civil, art. 130, establece que toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación, responderán de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones, sufran los entes mencionados, siempre que no se encuentre comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial. Agrega que la acción prescribe en el plazo señalado en el Código Civil argentino. (Soler & Jiménez, 2008, p. 76-77).

Antecedentes.

El referente histórico de la figura de la Acción de Repetición puede dividirse en dos etapas: la primera consiste en una etapa caracterizada por la ausencia de responsabilidad patrimonial del estado, la cual dejaba desamparados a los administrados para acceder ante la administración, a fin de que se repararan los daños ocasionados por la actividad pública.

En esta primera etapa no existía la Acción de Repetición, toda vez que para su existencia se hacía requisito *sine quanon* el reconocimiento *a priori* de la responsabilidad del Estado, por tanto en este punto, los agentes estatales no respondían patrimonialmente por sus actuaciones lesivas a los derechos de los administrados ya que sus actos se entendían como realizados por la misma administración, todo esto dentro del auge de las monarquías absolutistas dado entre los siglos XVI al XVIII, lo que reforzó así, la idea de la “irresponsabilidad del gobernante”. (Soler y Jiménez, 2008, p. 75).

Posteriormente, se desarrolló una segunda etapa impulsada por el derecho francés, derecho imbuido por los albores de la revolución francesa y que dentro de sus contenidos más ilustres, hacía alusión a los principios de la misma, entre esos, la abolición del estado déspota. Visto de este modo, era de esperarse que la postura francesa del derecho en este punto se viese fuertemente inclinada a realizar un viraje sobre la responsabilidad del Estado, incorporando con la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano y con los célebres fallos Blanco y Cadot, dictados en Francia en los años de 1873² y 1889³ la materialización de la figura jurídica de la responsabilidad del Estado.

Eventualmente, y como lo señala Libardo Rodríguez en su libro Derecho Administrativo (Citado por Mestre & Garcés, 2004) con el reconocimiento de la responsabilidad estatal, se dio la necesidad de materializar dicha responsabilidad en los funcionarios de la administración, lo que devino en la posición asumida dentro del denominado *Fallo Laurelle*, del 28 de julio de 1951, dictado por el Consejo de Estado Francés, en dicha providencia, se estableció que el agente debe responder patrimonialmente por sus faltas o culpas personales ante el Estado, es por medio de este fallo, que surge la figura jurídica de la acción de repetición *per se*.

La Responsabilidad del Estado y de sus servidores.

² El fallo Blanco, fue dictado por el Tribunal de Conflictos de Francia, el 8 de febrero de 1873, dentro de la acción impetrada por el señor Agnes Blanco, en contra del prefecto del departamento de la Gironde, representante del Estado, su objeto era el de hacer declarar al Estado civilmente responsable, por los perjuicios causados con ocasión de las heridas sufridas por su hija, ocasionadas por empleados de la administración de tabacos. (Zuñiga & Infante. 2013)

³ El fallo Cadot, fue emanado del Consejo de Estado de Francia, el 8 de diciembre de 1889, litigio nacido entre la ciudad de Marsella y el Sr. Cadot siendo director de la vía de Las Aguas, empleo que fue suprimido, por lo cual reclamó por los daños e intereses, solicitando la declaración de nulidad del acto. Zuñiga & Infante. 2013)

Se denomina responsabilidad del Estado a la obligación que pesa sobre éste de reparar los daños causados por el hecho ilícito de sus órganos. La responsabilidad del Estado se basa en el principio de que todo daño causado ilícitamente por él, debe ser reparado de buena fe.

También se basa en el principio de igualdad ante las cargas públicas, una variante de la igualdad ante la ley, en el sentido de que nadie puede soportar más exacciones o perjuicios de parte del Estado que aquellos que la ley expresamente señala como obligatorios o lícitos.

Actualmente se considera como un principio general de Derecho público que el Estado debe reparar todos los daños ilegítimos que cause a los ciudadanos, pero el tema está generalmente tratado en las legislaciones a propósito de los daños provocados por la Administración del Estado. En el campo del derecho internacional, el Estado además puede tener responsabilidad internacional derivada de actos ilícitos y crímenes internacionales, independientemente de la respectiva responsabilidad individual de aquellos funcionarios comprometidos en la falta. (Aizenstatd, 2012).

Las teorías sobre la responsabilidad del Estado son de un reciente desarrollo, de las cuales, según Rodríguez (2002), pueden estar representadas en resaltar tres etapas a saber: la 1° etapa es caracterizada por una ausencia de responsabilidad del Estado para con los particulares, en la 2° etapa, dicha situación cambiaría a mediados del siglo XIX con el denominado *Fallo Blanco*, en el que el Derecho Francés, esbozo la teoría general de la Responsabilidad del Estado, acuñando también la noción de la *falla en el servicio*, finalmente, una tercera etapa, en la cual se establecieron los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva del estado.

La acción de repetición.

Por su parte, la acción de repetición se define como la acción civil de carácter patrimonial que debe ejercer la Institución en contra del servidor o ex servidor público, que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, haya dado lugar a reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

Susana Buitrago (2002), plantea un concepto de acción de repetición que se ha venido posicionando como el más aceptado entre doctrinantes y la define así de la siguiente manera:

(...) un mecanismo judicial de naturaleza civil por su carácter retributivo patrimonial, dirigido a recuperar para el Estado, del servidor o ex servidor público, del particular en ejercicio de funciones públicas, obrante dolosa o culposamente en la expedición del acto, en la producción del hecho o en la omisión que dio lugar a la indemnización resarcitoria patrimonial asumida por el Estado, la devolución de tales sumas que haya tenido que sufragar, ya sea como consecuencia de una condena, conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto.

En contraste con este concepto, la Corte Constitucional en sentencia C-430 de 2000, sostuvo que los perjudicados por un hecho antijurídico pueden demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no solo a la entidad causante del perjuicio, sino al funcionario o a ambos. Pero, en cuanto a la efectividad de la responsabilidad del funcionario concluyó que, en desarrollo del inciso segundo del art. 90 de la Constitución, los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño, garantizando con ello, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurado con el respaldo patrimonial del Estado, y de otro, que se logre establecer dentro del proceso administrativo, el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la acción de repetición a que diere lugar.

De lo anterior, se podría decir que las características que componen a la acción de repetición son:

- a). Es una Acción Constitucional⁴;
- b). Es de Carácter Legal
- c). Es Obligatoria
- d). Es Autónoma

Para reforzar lo anterior., Héctor Arévalo (2006), 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.

Considera la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 15 de marzo de 2001, que a pesar de que la acción de repetición haya sido objeto de consagración constitucional no quiere decir que la acción es constitucional, ya que esta acción no es preferente ni oponible de forma popular directa, como sí lo son la tutela, la de cumplimiento o la acción popular o de grupo; pero tampoco significa que no existiera y que no fuera regulada antes de la Carta Política.

Lo anterior por cuanto algunas veces se le atribuye un rango constitucional a algunas figuras procesales, lo que no significa que sean acciones constitucionales, por el contrario, lo que sí se puede afirmar claramente es que se trata de un logro jurídico importante para que el estado recupere sus bienes perdidos indebidamente, pero dicha herramienta se pudo haber materializado en otro tipo de acciones y no en el que la ley estableció como acción de repetición. (Molina C, & Cañón M, 2008).

⁴ A partir de la Constitución de 1991, la primera norma que se refiere expresamente a la acción de repetición es la ley 80 de 1993, de ahí en adelante se desarrolla de con la siguiente normativa: resolución R-14 del 21 de julio de 1993, ley 142 de 1994, ley 201 de 1995, decreto 2252 de 1995, ley 270 de 1996, ley 446 de 1998, decreto 1818 de 1998, ley 472 de 1998, directiva presidencial No. 09 de 1999, decreto 1122 de 1999, ley 522 de 1999, decreto 1214 de 2000 y leyes 678 de 2001 y 734 del 05 de febrero de 2002. Aunado a lo anterior, antes de la expedición de la Carta ya había sido expuesta en las siguientes normas: Código civil, artículo 2341; decreto 1400 de 1970; decreto 150 de 1976; decreto 01 de 1984 (CCA); decreto 1222 de 1983; decreto 1333 de 1986. (Molina C, & Cañón M, 2008, p. 48)

Naturaleza de la acción de repetición

La ley 678 de 2001, en su artículo 2º, define a la acción de repetición como una acción de carácter civil⁵, lo que significa que se configura en un ámbito puramente patrimonial, pues el objetivo principal se convierte en recuperar los dineros que fueron pagados por el Estado a título indemnizatorio a favor de los afectados por el daño antijurídico atribuido al actuar doloso o gravemente culposo de sus funcionarios.

Es importante señalar, que en la propuesta inicial del proyecto de ley 131 de 1999, se le daba un trato de acción pública hasta que en el segundo debate se convierte en acción civil., pues es allí donde se argumenta que la definición de “pública” puede llegar a confundirse con la legitimación por activa, lo cual no hace de ella una acción popular. Aunque no sería correcto entender esta acción solamente desde el ámbito de la legitimación, es importante su estudio desde la perspectiva de la irrenunciabilidad, por ser una acción que se entabla en interés público y conlleva la defensa de los dineros del Estado. Al respecto y fundamentando lo anterior, Ricardo Hoyos Duque, en su intervención en el IX Encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señala lo siguiente:

Ninguna de las entidades legitimadas para interponer la acción de repetición podrá desistir de ésta, lo cual significa que se trata de una acción que se interpone en interés público, pero que no tiene carácter popular, esto es, no puede ser formulada por cualquier persona.

Se debe aclarar que una acción, cualquiera que esta sea, por involucrar dineros públicos y por ser de interés general, no puede ser de naturaleza privada, puesto que es irrenunciable, pero en cambio puede no ser popular, desde el punto

⁵ Artículo 2. La acción de repetición es una acción de civil 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 reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la acción patrimonial.

de vista de la legitimación, por no estar habilitada cualquier persona para entablarla, lo que cambia completamente la perspectiva de la calificación. (Molina C, & Cañón M, 2008).

Responsabilidad Estatal o de la Administración en Colombia

En el derecho colombiano, la evolución de la Responsabilidad estatal siguió los pasos del Derecho Francés, marcándose una vía similar dentro de dos etapas, una distinguible por la ausencia de responsabilidad y la otra con la figura consolidada de Estado responsable.

Es dentro de esta segunda etapa en la que, a través de un desarrollo jurisprudencial, se da como resultado que a finales del siglo XIX, La Corte Suprema de Justicia de Colombia, mediante sentencia del 22 de octubre de 1896, deja a un lado al Estado no responsable, reconociendo la obligación que tiene éste de reparar los daños producidos por sus agentes, inicialmente de acuerdo al Código Civil y luego cedido al régimen de lo Contencioso Administrativo. (Sentencia C-644 de 2011).

En Colombia, como en Francia, la aplicación de la repetición se inicia en la vía judicial, en ausencia de normas que así lo regulen, es el juez civil, en este caso, que expone la teoría de la responsabilidad del Estado y la consecuente responsabilidad de su agente o servidor, en este sentido lo expresa, Carolina Reina, en su artículo titulado: *“Efectividad de la acción de repetición y protección del patrimonio público”* (citado por Duque, 2013):

En el ordenamiento jurídico Colombiano tenemos como antecedentes de la acción de repetición las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de junio de 1962 y 22 de marzo de 1974, en donde dicha Corporación se pronunció frente a la responsabilidad por falla del servicio, en los siguientes términos: “la responsabilidad conjunta, vale decir responsabilidad de la administración y responsabilidad del agente de esta. En tales circunstancias, el actor podía demandar a aquella o a su agente. Optó por demandar a la administración la cual se dice nuevamente es

responsable por una "falla del servicio" lo cual no quiere decir que está pueda repetir contra su agente por la cantidad a que fuere condenada.

Hacia 1976, con el Estatuto Contractual de la Nación, Decreto Ley 150, se incluyó la responsabilidad patrimonial solidaria por parte de los agentes públicos, y la entidad estatal, pero solo en lo concerniente al tema de contratación (Consejo de Estado, 2007).

El Decreto-Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la vía judicial ya de forma genérica, para que las entidades repitieran en contra de los funcionarios públicos que a razón de su conducta dolosa o gravemente culposa comprometiera la responsabilidad del Estado.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, se consagro el principio de daño antijurídico, aglomerando para ello todos los regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva que hasta tal punto había venido construyendo el Consejo de Estado a través de su Jurisprudencia.

Finalmente, la ley 678 de 2001, estableció tanto los aspectos sustanciales, como procesales de la Acción de Repetición, pero a pesar de la consagración expresa de la responsabilidad de los agentes públicos, concebida como una herramienta para mitigar el impacto de las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales y así contribuir a la eficiencia de la función pública, para que se generara un efecto preventivo en el actuar de los servidores públicos (Torres, 2004)., se ha venido dando el efecto contrario a una aplicación seria de la medida de Acción de Repetición, convirtiéndola en una figura ineficaz.

Críticas a la acción de repetición

El particular mecanismo de la acción de repetición condujo a que esta figura se quedara corta frente a la recuperación de los dineros producto de fallos condenatorios contra el estado. Sin embargo, varios autores apuntan a evidenciar los despropósitos que trajo la ley 678 de 2001, los cuales, según su entender, han creado una figura que además de ineficaz, resulta violatoria de los derechos fundamentales de los funcionarios repetidos. Algunos de los apartes cuestionados son:

a. **Falta de objetividad del comité de conciliación de la entidad pública condenada.** Tal y como lo avizora Leonardo Augusto Torres Calderón en su artículo *¿Se justifica la acción de repetición?* la ley 678 de 2001 condujo a que la calificación de la conducta desplegada por un funcionario público según sea su tipo (dolo o culpa grave) por parte de un comité interino de la entidad condenada, adolezca de falta de objetividad a la hora de conceptuar favorable o desfavorablemente al funcionario. Según el autor, los comités están compuestos por funcionarios que comparten vínculos de dependencia o subordinación que afectan la libre calificación de las conductas, en los casos en que el presunto responsable sea un directivo o funcionario de alto nivel y los calificadores sean sus subordinados.

Además, este tipo de calificaciones están sujetas a apreciaciones personales que varían según las tendencias político-administrativas dentro de la entidad. Por último, afirma que la procedibilidad de la acción de repetición, tiende a ser conceptuada favorablemente cuando se trata de funcionarios operativos y de bajo rango, conduciendo a una inequidad en la aplicación de la figura de repetición.

Respecto de la justificación de los comités de conciliación, el decreto 1214 de 2000, señala que es a éstos a quienes les corresponde el análisis de viabilidad jurídica para presentar demanda de repetición. Tales comités cuentan con autonomía para crear su propio reglamento, pero gran parte de la doctrina jurídica

respalda la idea de que a pesar de que son novedosos, no se están planteando las funciones correctas para lograr los fines para los cuales fueron creados y por lo tanto deberían desaparecer.⁶

b. Desproporcionalidad entre la pretensión de la Acción de Repetición con respecto al fallo condenatorio que la origina. Para Montoya Medina, en su escrito *la presunción de dolo y culpa grave en la acción de repetición contra el servidor público: un desborde del legislador*, el pretender hacer responsable patrimonialmente a un único funcionario resulta desproporcionado por cuanto la conducta dolosa o culposa del agente, no fue causa exclusiva que condujera al fallo condenatorio en contra de la entidad. Por el contrario, se deben observar diversos factores a la hora de valorar la procedibilidad de la acción de repetición en contra del funcionario, dichos factores son entre otros; la participación de varios servidores públicos dentro de la comisión de la conducta y no de uno solo, la graduación de la participación en la conducta del funcionario repetido, la falta de una adecuada defensa técnica por parte de la entidad condenada, el cobro de costas y agencias en derecho, la cuales no son producto directo del daño producido por el agente.

c. Violación del debido proceso y del derecho de defensa de los funcionarios repetidos. La ley 678 de 2001 aparece como la primera norma legislativa que introduce los conceptos de culpa grave o dolo en el contexto administrativo, y como se cita en Molina, C. & Cañón, M., 2008, p. 126, dicha ley

⁶ El estudio probatorio de los comités de conciliación no es tenido en cuenta al momento del estudio procesal, de esta forma, la evaluación de la conducta del funcionario no es significativa ante los jueces y, en la mayoría de los casos, es casi nula. Apenas ahora se comienza a tomar en cuenta el acta del comité o certificación expedida por este órgano como requisito de procedibilidad, pero en estricto sentido no es una práctica corriente. En la forma como están operando actualmente, sólo es un requisito de forma más. Tanto es así que en los comités no se lleva un record de las sentencias que se van produciendo por los estrados judiciales, para ir verificando el análisis efectuado por ellos sobre los casos que se les presentan. Es decir que no existe un estudio de seguimiento de casos para evaluar si la jurisdicción está en concordancia con ellos, o para complementar, evaluar o reevaluar los avances jurisprudenciales, lo que demuestra que estos Comités no operan de forma coordinada y que su existencia no tiene ninguna relevancia para el estudio procesal de la acción de repetición. (Molina C, & Cañón M, 2008)

basándose en el proyecto de ley 131 de 1999 que en su artículo quinto plantea que *“la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”* y para la culpa grave dice que *“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”*.

Con lo anterior se observa que, el hecho de que la ley defina estos conceptos, facilita la labor del juez a la hora de definir responsabilidades de los funcionarios involucrados, y que se conduce a la existencia de una responsabilidad objetiva (proscrita del ordenamiento jurídico colombiano) que figura en contra del funcionario repetido, evitando con ello que se creen valoraciones personales sobre estos conceptos.

Por lo tanto, es necesario tener en cuenta que el proceso que se surte dentro de la acción de repetición, es en su naturaleza un debate probatorio en si y por tanto se exige que además de la presunción de dolo o culpa grave que se predica en contra del funcionario, se aporten las pruebas suficientes y se ejerzan todas las garantías procesales obligatorias para cualquier proceso, dando por entendido que la presunción de culpa grave o dolo, es una carga procesal a cargo de la entidad y que es esta última quien debe probar más allá de toda duda la responsabilidad del funcionario y no este último quien deba correr con la actividad probatoria de descargo.

3. Estado del Arte

Respecto de la eficacia de la acción de repetición en Colombia, se han venido haciendo diferentes estudios para determinar si funciona o no esta herramienta y

si se está cumpliendo con el objetivo del Artículo 90 de la Constitución Política y de la norma que lo reglamente, la Ley 678 de 2001, artículo 2º.

El semillero de investigación “Ius Ex Nunc” de la Universidad Sur colombiana, en el artículo publicado en la revista Piélagus, titulado “*Acción de Repetición en Colombia ¿Eficaz o Ineficaz?*”, concluyó que en Colombia la acción de repetición no es un mecanismo eficaz, porque la ley que la reglamenta presenta diferentes vacíos que obstruyen o impiden la cabal aplicación de este mecanismo jurídico.

Así mismo, se concluyó que, al analizar los fundamentos procesales y probatorios de la acción, se evidencia que son poco aplicados los requisitos para que prospere el ejercicio de dicho instrumento jurídico, los cuales fueron determinados por el Honorable Consejo de Estado en varias de sus providencias, y es por esto que en los pocos procesos iniciados, al final se deniegan las pretensiones de la demanda por falta de cumplimiento de estos requisitos (Aljach Rayo y cols., 2009).

Calderón y Pérez (2011), en su trabajo “Eficacia de la acción de repetición en las entidades territoriales de la región amazónica de Colombia en los años comprendidos entre el 2001 a 2008”, concluyeron:

Un 17,5% de los integrantes de los comités de conciliación y defensa judicial de los departamentos de la Región Amazónica, no tienen conocimiento de los requisitos establecidos en la ley 678 de 2001, para el trámite o inicio de la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición; de igual forma, se logró establecer, que el cúmulo de trabajo de los integrantes de los comités, los altos costos políticos, y el grado de dependencia jerárquica del ordenador del gasto constituyen las principales causales de inoperancia del estudio de la presente acción en estos comités. Así mismo se identificaron entre otros, la inoperancia de los comités de conciliación, la falta de claridad e información de los casos, los escasos recursos para reparación de daños y el cúmulo de trabajo.

En el país se ha intensificado el estudio e investigación de las consecuencias de las condenas contra el Estado y la recuperación de los recursos económicos por parte de la entidades públicas, Jiménez y Soler (2012), indicaron en su

trabajo: “Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos”, que las principales causas del fracaso de los procesos de repetición se fundamentan en: 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.

Rojas y Daza (2012), en su ensayo “La acción de repetición como herramienta de sanción disciplinaria en el servidor público colombiano”, 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, 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.

En el año 2013, Niño Pacheco, señaló en su tesis titulada “Llamamiento en garantía con fines de repetición: problemas en su aplicación en el derecho colombiano” que:

A pesar de la existencia de presunciones de dolo y culpa grave la prueba del elemento subjetivo continúa siendo de muy difícil demostración para las Entidades, pues la interpretación jurisprudencial vigente señala que no es suficiente la descripción de los hechos o datos que se aportan con el escrito de vinculación para hacer suponer la responsabilidad del funcionario, por lo cual no se satisface el requisito de prueba sumaria señalada en la ley, lo cual hace más gravosa la consecución de la prueba para la demandada en lugar de facilitarla (artículo 19 de la Ley 678 de 2001).

Adicionalmente, es completamente contraproducente pedirle a la misma entidad que aporte prueba plena pero no controvertida (sumaria) de la responsabilidad del funcionario, si eso implica facilitarle la prueba al demandante y además la determinación de la responsabilidad del funcionario es precisamente lo que eventualmente se resolverá en caso de presentarse condena contra la entidad.

4. Resultados

La figura jurídica de la acción de repetición, no ha demostrado ser la medida más eficaz para lograr la recuperación de los dineros pagados por concepto de responsabilidad estatal, por el contrario, según cifras de la Secretaría 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 (Infante, C. & Zúñiga, O. 2013 p. 15).

Como se observa, estas cifras demuestran que el porcentaje de 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.

Así mismo, la Contraloría General de La Republica, en febrero de 2015, publicó un boletín de prensa en el que revela un estudio mediante el cual determina que a pesar de haber trascurrido 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, originadas por los daños antijurídicos causados con dolo o culpa grave por las acciones u omisiones de sus agentes, hasta la fecha se ha demostrado que esta herramienta jurídica ha sido ineficaz en el alcance de su objetivo.

Para la Contraloría la baja eficacia de la acción de repetición puede darse por varias situaciones. La primera es la probable mora judicial en el trámite de las mismas, por cuanto, se observó que existen procesos con más de 10 años de

iniciados, sin que se haya emitido sentencia ejecutoriada alguna.

Como lo ha evidenciado el Consejo de Estado, existen debilidades en el sustento probatorio presentado por las entidades demandantes, a pesar de que en ellas recae la carga de la prueba, es decir, les corresponde demostrar la situación fáctica que afirman, o sea que el daño antijurídico por el cual fueron condenadas se originó en la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes.

Conclusiones

La 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.

En el contexto latinoamericano, se puede establecer que no en todas las naciones se establece la acción de repetición como instrumento que posee la administración para preservar su patrimonio económico.

Los vacíos legales de la ley 678 de 2001, sumado a la falta de interés de los representantes legales de las entidades públicas para iniciar la acción de repetición, han conducido a que dicha medida no prospere como instrumento eficaz para la recuperación de los dineros producto de fallos condenatorios o conciliaciones administrativas.

Es importante que el Estado colombiano, por medio de sus legisladores, busque alternativas para contrarrestar la ineficacia de una acción que en teoría podría ser una buena herramienta para estabilizar el desequilibrio que se genera por culpa de la insuficiente gestión de aquellos funcionarios públicos que no son conscientes que su conducta negligente, o en otros casos omisiva genera un desgaste y un detrimento en el tesoro, que finalmente se verá reflejado en otros

aspectos, llevando poco a poco al país, al quebrantamiento del patrimonio y en lo sucesivo al deterioro general de la misma sociedad.

Referencias Bibliográficas

1. Aizenstatd, N. (2012). La Responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos. Vol. 12. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. México.
2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2014). Cartilla Instructiva para la prevención del Daño Antijurídico. Recuperado de http://soachacundinamarca.gov.co/apc-aa-files//cartilla_dao_antijuridico.pdf el 12 de octubre de 2015.
3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación. (Edición septiembre 2013). Recuperado de http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Documents/informe_gestion_2013.pdf. el 18 de septiembre de 2015.
4. Arévalo, H. (2006). Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Tercera Edición. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
5. Buitrago, S. (2002). Acción de Repetición. Primera Edición, Cúcuta, Colombia: Lyto Impresos S.A.
6. Calderón, P. & Pérez, Y. (2011). Eficacia de la acción de repetición en las entidades territoriales de la región Amazónica de Colombia en los años 2001 a 2008. (Tesis de maestría). Universidad Libre. Bogotá, Colombia.
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 15 de marzo de 2001, Consejero Ponente Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente No. 2000-0059-01.
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Expediente No. 17482.
9. Constitución Política de Colombia, (2014). Legis. Bogotá. Colombia.

10. Contraloría General de la Republica. (2015). Baja eficiencia de la Acción de Repetición en el Estado. Publicado en Boletín de Prensa de Febrero de 2015. República de Colombia.
11. Corte Constitucional, Sentencia C- 430 del 12 de abril de 2000, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, Expediente D-2585.
12. Corte Constitucional, Sentencia C- 644 del 31 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, Expediente D-8422.
13. Consejo de Estado, Sentencia del 31 de mayo de 2007. Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Expediente 16898.
14. Cuestas, A & Cañón, M. (2008). La ley de acción de repetición y el servidor público. Bogotá, Colombia. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
15. Daza, E. & Rojas, S. (2012). La Acción de Repetición como Herramienta de Sanción Disciplinaria en el Servidor Público Colombiano. (Tesis de Especialización). Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.
16. Duque, C. (2013). La acción de repetición y su eficacia en el derecho colombiano y comparado. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
17. Hoyos, R. (2002). Algunas Reflexiones Sobre la Acción de Repetición, En: IX Encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. San José de Cúcuta, Colombia.
18. Infante, C. & Zúñiga, O. (2013). La eficiencia de la Acción de repetición en Colombia, en el Consejo de Estado como Órgano de Cierre. (Tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.
19. León, E. (2003). Acción de repetición. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del profesional.
20. Ley 131 de 2013.
21. Mestre, I. & Garcés, M. La Acción de Repetición y el Llamamiento en Garantía Ley 678 de 2001. (Tesis de grado). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
22. Molina, C. & Cañón, M. (2008). La acción de repetición. Medellín, Colombia: Sello editorial Universidad de Medellín.

23. Montoya, L. (2013). La presunción de dolo y de culpa grave en la acción de repetición contra el servidor público: un desborde del legislador. *Pensamiento Jurídico*. Universidad Nacional de Colombia. Disponible en <http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40002>. Consultado el 18 de noviembre de 2015.
24. Pacheco, S. (2013) Llamamiento en garantía con fines de repetición: Problemas en su aplicación en el Derecho Colombiano. (Tesis de maestría). Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
25. Semillero de Investigación IUS EX NUNC. (2009) Acción de Repetición en Colombia ¿Eficaz o Ineficaz? (Artículo). Publicado en la Revista Digital Piélagus. Universidad Sur Colombiana.
26. Serrano, L. & Tejada C. (2014). La responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá, Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
27. Soler, I. & Jiménez W. (2008). La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: Luces y sombras. Estado del Arte. (Tesis de maestría). Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.
28. Torres, L. (2005). ¿Se justifica la acción de repetición? Comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y Propuestas de reforma. (Tesis de especialización). Revista Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.
29. Torres, T. (2004). La acción de repetición, eficacia en la jurisdicción Contencioso Administrativa en el Departamento de Boyacá 1994-2004. (Tesis de especialización). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.
30. Zuñiga, O, & Infante, C. (2013). La eficiencia de la acción de repetición en Colombia, en el Consejo de Estado como órgano de cierre. (Tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.