

**“ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE
LOS AGENTES MUNICIPALES DE SEXTA CATEGORÍA”**

LUIS ALFREDO MAYORGA MALAGÓN

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ DC.
2010**

RESUMEN

Teniendo en cuenta que la acción de repetición se constituye en un mecanismo judicial dispuesto por la Constitución, y desarrollado por la ley, para efectos de que el Estado recupere de sus servidores o ex-servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas, declarados patrimonialmente responsables, los dineros que ha pagado en razón de las condenas o conciliaciones, este ensayo contiene un análisis de reflexión que parte desde su introducción, en el entendido de expresar la importancia y proposición que esta figura tiene en los entes municipales, en especial los de sexta categoría.

Se aprecia en el desarrollo temático una profundización de la figura accionaria, haciendo énfasis en la responsabilidad tanto del funcionario, como la pública, de la misma manera se pormenoriza el análisis de la ley 678/01 y su enfoque en las entidades municipales.

Así mismo se trae a colación conceptos importantes que la doctrina y la jurisprudencia han emitido frente al tema y que son importantes para la reflexión y análisis del de la figura estudiada, tales como la conducta dolosa y gravemente culposa de los agentes municipales y sus causas generadoras.

En el mismo sentido se analiza la acción de repetición y su inaplicabilidad en los entes municipales de sexta categoría, así como la adopción de medidas en caminadas a la prevención del detrimento patrimonial de estos municipios.

Se concluye vislumbrando la realidad de nuestros municipios frente a la norma en comento y su inaplicabilidad por parte de funcionarios bien sea por desconocimiento o por omisión.

INTRODUCCIÓN

El equilibrio fiscal y presupuestal de los municipios en especial los de sexta categoría puede advertirse que se encuentra, si no gravemente afectado, si en inminente riesgo por los valores o sumas que se pagan en demandas y conciliaciones, que llegan a cifras exorbitantes y que ponen de presente el mal manejo de los recursos municipales, la inversión social y la infraestructura de aquellos.

Puede decirse que las informaciones dadas a conocer por los entes de control, (Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación, Contaduría General de la Nación) las entidades de orden territorial, para nuestro caso los municipios de sexta categoría han ejecutado recursos por concepto de pagos de conciliaciones y condenas derivadas de sentencias y laudos condenatorios; con una preocupante situación, pues existen municipios en los cuales las pretensiones por demandas en su contra superan en varios de ellos sus ingresos fiscales.

Panorama crítico que debe convocar los entes de control a hacer mayores esfuerzos en materia preventiva, específicamente en control de gestión y en la verificación de cumplimiento de procedimientos y actuaciones administrativas de los agentes municipales, lo que se traduce en la adopción de medidas para que no se presente un daño antijurídico de los recursos y optimización de la defensa judicial de los intereses generales de las entidades municipales de de Sexta Categoría.

Con este ensayo me propongo aportar a la investigación, conocimientos acerca de un tema que desafortunadamente ha sido relevante para los recursos de las entidades de derecho y en este caso para los municipios de sexta categoría,

partiendo de una realidad existente sobre el manejo irresponsable de los recursos de los municipios.

De la misma manera profundizar en algunas reflexiones críticas no solo a la acción de repetición como tal, sino a las condiciones de orden moral que los funcionarios municipales de sexta categoría visualicen frente a cada una de sus actuaciones y sus repercusiones patrimoniales, tanto para la entidad municipal, como también en su propio pecunio.

Para tal efecto, es necesario utilizar técnicas de recolección de información, basado en los últimos documentos publicados y aportados sobre la acción de repetición y sus aportes a los procesos adelantados en las entidades municipales, al igual que conferencias y seminarios que los entes de control han llevado a cabo en sus intervenciones, máxime, cuando muestran la realidad de esta acción jurídica en cuanto a su aplicación.

No puede dejarse de lado el aporte que la jurisprudencia y la doctrina día a día emiten, en todas y cada una de sus sentencias, conceptos y publicaciones sobre la acción de repetición y sus implicaciones sobre los agentes del estado; en nuestro caso, municipales que constituyen aporte valioso para este ensayo.

La Corte Constitucional, La Corte Suprema de Justicia y El Consejo de Estado, son en esencia vitales en la revisión de la constitucionalidad, aplicabilidad, análisis e interpretación de las normas de la ley 678 de 2001, las cuales serán consultadas como complemento significativo de este ensayo.

Aunado a lo anterior, se tomara como instrumento importante de este ensayo, un análisis documental y normativo, que se acerque a nuevos conceptos que clarifiquen el alcance y contenido de la acción de repetición.

En términos generales, La **ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS AGENTES MUNICIPALES DE SEXTA CATEGORIA**, busca determinar las causas de las conductas dolosas o gravemente culposas de servidores públicos, ex – servidores públicos y particulares que desempeñan funciones públicas en los municipios de sexta categoría, previendo si las mismas son errores inexcusables en la emisión del acto administrativo que comprometa el presupuesto de la entidad municipal para repetir contra su responsable.

En tal razón, si por la omisión de los procedimientos y las formas sustanciales y esenciales de los actos administrativos que en razón de su cargo deben emitir o cumplir, determinen detrimento patrimonial y futuros recursos para el municipio por condena o conciliación.

DESARROLLO DEL TEMA

Para referirnos a profundidad sobre la acción de repetición, es casi que obligatorio hacer alusión a la Responsabilidad, entendida, como la obligación que tiene un sujeto de reparar o de responder por el daño causado. Esta responsabilidad patrimonial presupone la existencia de un daño que ha afectado al patrimonio de un sujeto y la existencia de un derecho o interés protegido

En cuanto a la responsabilidad Pública Estatal está definida en Nuestra Constitución, en el sentido, que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este¹

Precisa frente a lo anterior el Honorable Concejo de Estado que la responsabilidad patrimonial del agente estatal y, por tanto, el ejercicio de la acción de repetición y sus consecuencias jurídicas no pueden catalogarse en términos de sanción punitiva, pues es un mecanismo procesal de naturaleza netamente resarcitoria, a través del cual el estado persigue únicamente, la reparación de su patrimonio, concluyendo que la acción de repetición tienen naturaleza resarcitoria o indemnizatoria de carácter público, cuya finalidad es la protección del patrimonio y de la moralidad pública, y la promoción del ejercicio de la función pública con eficiencia.²

¹ **Constitución Política de Colombia**, artículo 90, 1991

² **Consejo de Estado**, Sentencia de 23 de noviembre de 2005. Exp. 15.745. C. P. **SAAVEDRA BECERRA, Ramiro**

A pesar de que la ley la califica la acción de repetición como una acción civil, en realidad es una acción de Derecho Público.

El artículo segundo de la ley 678 de 2001, establece que la acción de repetición es de naturaleza civil, sin embargo, si se analiza más detenidamente la naturaleza de la acción de repetición se puede deducir que no es una acción civil, sino una acción regida en un todo por el derecho público, en razón a que las acciones civiles son por naturaleza voluntaria y de contenido patrimonial, pues ningún particular está obligado a demandar en defensa de sus intereses patrimoniales y aun puede renunciar a estos derechos; por el contrario la acción de repetición es obligatoria, de conformidad con lo señalado en el artículo 4 de la ley 678 de 2001 y debe ser entablada por el representante legal de la entidad pública condenada a pagar una suma de dinero mediante una sentencia judicial o en una conciliación, so pena de incurrir en falta disciplinaria.³

Las acciones civiles ordinarias son por regla general desistibles, mientras que la acción de repetición no es desistible.

Pese a la existencia de unas presunciones legales de dolo y culpa en la ley de repetición, necesariamente los Tribunales Administrativos y el Honorable Consejo de Estado, no pueden considerar que las condenas en repetición sean automáticas, y que exista una responsabilidad objetiva del funcionario demandado, pues en nuestro derecho está proscrita la responsabilidad objetiva, en aplicación del artículo 29 de la Constitución.

³ Comentarios críticos a la ley 678/01 y propuestas de reforma, **TORRES CALDERON, Augusto**, Magistrado Tribunal Ad/vo de Cund.

Por esta razón, el juez de la acción de repetición debe tener en cuenta, que se trata de un nuevo proceso, que implica todo un debate probatorio sobre la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario demandado en el ejercicio de sus funciones, y que el dolo o la culpa grave del demandado es una carga procesal que le compete demostrar a la entidad demandante, tomando en cuenta las actuaciones que efectivamente haya realizado el funcionario demandado y las funciones que efectivamente ejercía en el momento de los hechos.

En consecuencia, el operador de justicia en acción de repetición, no puede convertirse en un mero agente pasivo, que se limite a repetir lo que ya han expresado el Tribunal o el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de condena contra la entidad pública, sin evaluar la conducta del funcionario y su real participación.⁴

Ahora bien en lo atinente a los entes municipales, según la información estadística dada a conocer por la Contaduría General de la Nación, las entidades y organismos del orden nacional y territorial, durante el año 2007, ejecutaron recursos por más de un billón ciento noventa y siete millones de pesos (\$1.197.000.000,00) por concepto de pago de conciliaciones y condenas derivadas de sentencias y laudos condenatorios; con una preocupante situación, pues existen municipios en los cuales las pretensiones por demandas en su contra superan sus ingresos fiscales.

En palabras del señor Procurador este panorama crítico convoca a los entes de control y al Ministerio del Interior y de Justicia a hacer los mayores esfuerzos en materia preventiva, específicamente en el control de gestión y en la verificación del

⁴ **Revista Electrónica de Difusión Científica**, Universidad Sergio Arboleda Bogotá-Colombia
<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar.recuperadoenjuniode2005>

cumplimiento de políticas públicas. A través de dichas acciones se logrará el fortalecimiento de la denominada gerencia jurídica pública, lo que se traducirá en la adopción de medidas de prevención del daño antijurídico y en la optimización de la defensa judicial de los intereses de las entidades de derecho público ⁵

Ahora bien para direccionar el campo de acción en lo que respecta a nuestro estudio es importante tener en cuenta el PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL en lo que al régimen de los municipios corresponde, máxime cuando en estos, la Constitución de 1991 cimentó las bases del proceso de descentralización, de modo que las entidades territoriales quedaron como responsables de la promoción del desarrollo en sus territorios, asignando a los municipios la competencia directa sobre la planificación y administración del suelo urbano.

Estos principios fueron desarrollados por la Ley 152 de 1994 -Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, y la Ley 388 de 1997 -Ley de Desarrollo Territorial, las cuales adoptaron nuevas figuras de planeación para las ciudades y municipios: (i) el Plan de Desarrollo que hace concreto en programas y proyectos el programa de gobierno de cada alcalde durante su período; y, (ii) el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) como instrumento de planificación territorial. El Plan de Ordenamiento Territorial incorpora el marco normativo de las ciudades, el régimen

de suelo que otorga derechos y deberes a los propietarios de los suelos, y los instrumentos de planeación, gestión y financiación del desarrollo urbano, situación esta que debe estar acorde con la proyección del presupuesto y el manejo adecuado de los recursos por parte de quienes tienen en sus manos la aprobación y orden de gasto, que sin duda alguna genera responsabilidad en su actuación fiscal.

⁵**ORDOÑEZ MALDONADO Alejandro**, Procurador General de la Nación, SEGUNDA CONFERENCIA INFORMATIVA SOBRE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, 4 de Marzo de 2009.

Definiciones.

Para ahondar en el estudio propuesto es necesario reafirmar conceptos que clarifiquen el alcance y contenido de la acción de repetición.

El diccionario de la Real Academia Española define la expresión –repetir- como la acción de reclamar contra tercero, a consecuencia de evicción, pago o quebranto que padeció el reclamante, definición que se adecúa al concepto jurídico que encierra la obligación de repetir en contra de los funcionarios que por su culpa grave o dolo han causado una declaración de responsabilidad en contra del estado.

La acción de repetición es el mecanismo judicial dispuesto por la Constitución, y desarrollado por la ley, para efectos de que el Estado recupere de sus servidores o ex-servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas, los dineros que ha pagado en razón de las condenas impuestas a través de una sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, a efectos de resarcir los daños antijurídicos que le han sido imputados. Considerando que el actuar del Estado se ejecuta a través de personas naturales, éstas podrán declararse patrimonialmente responsables, cuando con sus actuaciones u omisiones, calificadas como dolosas o gravemente culposas, se haya causado un daño antijurídico.

Es la justicia de perseguir el reembolso y/o la indemnización del daño sufrido por el pago de la obligación de otro. En esta medida la acción de repetición, en materia administrativa, es un derecho-deber del estado que busca el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción.

La ley 678 de 2001 determinó que a responsabilidad patrimonial de los agentes del estado se podrán ejercitar a través de la acción de repetición consagrada en

el artículo 90 de la Constitución Nacional y o del llamamiento en garantía con fines de repetición.

Es evidente que el artículo 90 de la C. N. consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del estado y la responsabilidad que es posible deducir a sus agentes. En el primer caso la responsabilidad resulta de la antijuricidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuricidad se deduce de la conducta de estos, vale decir que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo, por tal razón si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el estado ejerza la acción de repetición por que esta solo se legitima en la medida en que este sea condenado a reparar el daño y los agentes (en nuestro caso Municipales) resulten igualmente responsables.

Con anterioridad a la Constitución Política de 1991, esta figura era considerada como una institución de carácter legal pues solo la establecía el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, al respecto La Corte Constitucional afirma que la norma cuestionada habilita al perjudicado para promover la acción resarcitoria frente a la entidad, el funcionario o contra ambos⁶, sin embargo debe

entenderse que la responsabilidad del agente se ve comprometida siempre que prospere la demanda contra la entidad o contra ambos por que la responsabilidad por el daño antijurídico es del estado y no propiamente de su agente, lo que sucede es que la conducta de este es gravemente culposa o dolosa determinante del daño, que tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado.

⁶Corte Constitucional, sentencia del 12 de abril de 2000 M.P. **BARRERA CARBONEL, Antonio.**

Conducta Dolosa y Gravemente Culposa.

Sobre el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, segundo requisito previsto por la Constitución Política frente a la acción de repetición, está relacionado directamente con la responsabilidad del agente estatal, esto es, con el resultado de un juicio subjetivo sobre su conducta -positiva o negativa-, como fuente del daño antijurídico por el cual resultó condenado el Estado.

Bajo este entendimiento, prescribe la norma Constitucional que la prosperidad de la acción de repetición se fundamenta en el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, por tanto, si en el resultado del juicio subjetivo de responsabilidad no se determina que la conducta se realizó bajo estos criterios, el Estado no tiene derecho a la reparación de su patrimonio.

La Ley 678 de 2001 significó un avance importante en cuanto a la definición y aplicación de los conceptos jurídicos de dolo y culpa grave en la acción de repetición, pues, además de construir un concepto -normativo-, señaló algunas circunstancias en las cuales se presume que la conducta ejercida por el agente estatal es dolosa o gravemente culposa.

Conducta Dolosa.

Respecto al dolo, el inciso primero del artículo 5 de la ley prescribe: “La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.” Seguidamente, dispone las situaciones frente a las cuales se presumirá, estas son: 1. Obrar con desviación de poder; 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento; 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; 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento

para la responsabilidad patrimonial del Estado y; 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Conducta Gravemente Culposa.

En igual sentido, el artículo 6 de la misma ley, dispuso 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.” Y se presumirá en los siguientes casos: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error -inexcusable y; 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. Cada una de estas presunciones se establecen como criterios de juicio con los que cuentan las entidades públicas y el Juez Contencioso Administrativo, para calificar la conducta del agente estatal. Cabe advertir, que estas causales son de aquellas llamadas “presunciones legales”, esto es, que admiten prueba en contrario durante el respectivo proceso.

Causas Generadoras.

Por su parte la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que la acción de repetición se orienta a la protección del patrimonio del estado y de allí que este se halle legitimado para perseguir una indemnización por parte de aquellos agentes estatales que se han distanciado gravemente de sus deberes y funciones y que han generado una conducta Preparatoria ⁷

⁷Corte Constitucional, sentencia C285 del 23 de abril de 2002, M.P. **CÓRDOVA TRIVIÑO, Jaime**

De acuerdo a esto, podemos analizar que en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave, de la misma forma se requiere establecer si el dolo es la culpa intencional e implica astucia o engaño para obtener el consentimiento de la víctima.

La intención de dañar debe estar acompañada de maniobras mediante las cuales se logre el engaño y por esto la ley habla de intención positiva de inferir injuria, de lo que la jurisprudencia ha manifestado que se debe combinar adecuadamente la intención del engaño con su manifestación externa y que estos medios de engaño deben tener cierto grado de importancia capaz de inducir en error a personas de mediana previsión.

Es claro entonces que se debe establecer una responsabilidad subjetiva para analizar la conducta del agente, por ello no cualquier equivocación, error de juicio, actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos evidenciar que para el legislador no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma y por ello considero necesario graduarlas dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo, en estos casos la culpa grave representaría una menor exigencia, es decir que el examen de la conducta hecha por el juzgador resulta menos riguroso, en tanto que quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia podría tomarse como lo manifiesta la legislación civil con equivalencia al dolo.

En atención a lo anterior no podría ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya estipulado el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual explica la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, sirva para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal.

Acción de repetición, Inaplicabilidad en los Entes Municipales de Sexta Categoría.

Siendo concedores, de las repercusiones de la acción de repetición, es claro que dentro de la organización territorial de la nación, entes como los municipios no escapan a la realidad de la responsabilidad originada por conductas dolosa y gravemente culposas de sus agentes en este caso municipales, que generan detrimento presupuestal de sus tan escasos recursos.

Pero si bien es cierto la gran mayoría de los entes municipales, a través de los funcionarios administradores correspondientes en cada periodo constitucional han incurrido, en gran medida por desconocimiento u omisión en la inaplicabilidad de la acción de repetición, tampoco es menos cierto que adolecen de comités de conciliación, que se erijan como órgano especializado dentro del ente público municipal para coordinar estrategias encaminadas a orientar la correspondiente asunción de responsabilidades por daños imputables a actuaciones de sus agentes municipales.

Es por eso que se encuentran constantes irregularidades en el manejo de la acción de repetición, no solo por la omisión en el estudio de la procedencia del instrumento frente a sentencias condenatorias y conciliaciones canceladas, sino

por el desconocimiento también de los términos para presentar las respectivas demandas.

Dicho panorama crítico, también es censura por parte del concejo de estado, cuya sección tercera, en recientes pronunciamientos ⁸, elevó amonestaciones a entidades de derecho público y a los abogados encargados de la defensa judicial, en el sentido de reiterarles la obligación que les asiste de dar un manejo probatorio y riguroso a las acciones de restitución patrimonial que posibilite el ejercicio eficiente y eficaz de las mismas.

Así mismo, es necesario precisar que constituye un deber tanto del servidor público como del particular – que a través del contrato de prestación de servicios tiene a su cargo la representación judicial- estar atentos a la defensa judicial integral y cabal de la entidad que representan como quiera que con él cumplimiento de dicha función se materializa la protección del patrimonio y recursos de la entidad municipal.

Se ha podido establecer por los entes de control como la Procuraduría General de la Nación ⁹ que un amplio número de casos, los abogados que tienen a su cargo la representación de las entidades judiciales entre ellas los municipios, no vienen cumpliendo el deber de justificar la imprudencia del llamamiento en garantía con fines de repetición, en los términos del artículo 13 del decreto 1214 del 2000.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil. 28 (Radicación No. 1634) C.P. Dra. **DUQUE HERNANDEZ, Gloria**, abril de 2005 se deben realizar los comités de conciliaciones de las entidades públicas para determinar la procedencia de las acciones de repetición.

⁹ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Grupo de Fortalecimiento de la Gerencia Jurídica Pública, Resolución No, 381 del 4 de octubre de 2004, modificada por la Resolución 083 del 7 de abril de 2006.

Así mismo, reitera que es deber funcional de los apoderados presentar las demandas de acción de repetición, con el lleno de las formalidades legales y con el sustento probatorio necesario para cada caso, como también presentar los informes sobre la improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.

De esta manera, la gran mayoría de los hechos que dan origen a sanciones, son las omisiones en la que incurren los burgomaestres al no entablar las acciones de repetición en contra, muchas veces, de sus antecesores al resultar condenados los municipios por nulidad y restablecimientos de derechos en varios de los casos y pagar las sumas que se concilian o en su defecto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo falla.

En varias de las ocasiones el deber incumplido por el alcalde municipal, como representante está fijado en la Ley 734 de 2002, que señala como causal de infracción legal: “No instaurarse en forma oportuna por parte del Representante Legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado”.

Para los entes de control esta omisión infringe el deber de conocer la norma que impone la obligación de adelantar la acción de repetición, lo que constituye una violación manifiesta de las reglas de obligatorio cumplimiento y de los deberes como servidor público ya que el ejercicio de tal acción resulta obligatoria, cuando se presenten los respectivos supuestos legales.

Adopción de Medidas Encaminadas a la Prevención del Detrimento Patrimonial de las Entidades (Municipales).

En palabras del señor Procurador “este panorama crítico convoca a los entes de control y al Ministerio del Interior y de Justicia a hacer los mayores esfuerzos en materia preventiva, específicamente en el control de gestión y en la verificación del cumplimiento de políticas públicas. A través de dichas acciones se logrará el fortalecimiento de la denominada gerencia jurídica pública, lo que se traducirá en la adopción de medidas de prevención del daño antijurídico y en la optimización de la defensa judicial de los intereses de las entidades de derecho público.”¹⁰

Igualmente, para garantizar una defensa adecuada del patrimonio público no deja de ser importante resaltar puntos tan importantes que los mismos entes de control proponen, tales como funciones de: (I) diseño de políticas de prevención del daño antijurídico; (II) ejecución de políticas generales de defensa de los intereses litigiosos de la entidad; (III) análisis riguroso acerca de la procedencia de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición, y (IV) adopción de medidas encaminadas al fortalecimiento del uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, con énfasis en la conciliación.

Destacar igualmente las bondades de la conciliación y la nueva función exclusiva para celebrar los acuerdos conciliatorios extrajudiciales en asuntos de lo contencioso administrativo y a partir de la vigencia de la reforma de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, contenida en la Ley 1285 de 23 de enero de 2009, en virtud de la cual ninguna persona que pretenda incoar una acción indemnizatoria contra el Estado, podrá presentar una demanda en sede judicial si antes no ha intentado celebrar una conciliación de sus diferencias con su contraparte.

En virtud de lo anterior podrán conciliar, total o parcialmente, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre

¹⁰ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, **MAYA VILLAZON, Edgardo José**, Aspectos relevantes de la II video conferencia informativa sobre defensa jurídica del estado, Bogotá D.C., 4 de marzo de 2009.

conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción contenciosa se ventilarán mediante el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A. que corresponden a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la de reparación directa y las relacionadas con controversias contractuales.

Hay que destacar que según datos suministrados por el Consejo Superior de la Judicatura, en el año 2007 ingresaron a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (juzgados y tribunales administrativos): 153.095 procesos, de los cuales 86.246 - es decir el 56.3% - poseen un contenido indemnizatorio siendo, por tanto, asuntos de naturaleza conciliable.¹¹

Según la información estadística dada a conocer por la Contaduría General de la Nación, las entidades y organismos del orden nacional y territorial, durante el año 2007, ejecutaron recursos por más de un billón ciento noventa y siete millones de pesos (\$1.197 billones) por concepto de pago de conciliaciones y condenas derivadas de sentencias y laudos condenatorios; con una preocupante situación, pues existen municipios en los cuales las pretensiones por demandas en su contra superan sus ingresos fiscales.¹²

En el tema de entidades territoriales los pagos durante el 2007 por sentencias y conciliaciones fue por \$34.000 millones sobresaliendo los municipios de categoría primera y sexta; por entidades la más demandada es el Ministerio de Defensa Nacional en la que se comprende el ejército, la armada, la fuerza aérea y la policía.

¹¹, PGN, **Consejo Superior de la Judicatura**, Aspectos relevantes de la II video conferencia informativa sobre defensa jurídica del estado, Bogotá D.C., 4 de marzo de 2009.

¹²PGN, **Contaduría General de la Nación**, Aspectos relevantes de la II video conferencia informativa sobre defensa jurídica del estado, Bogotá D.C., 4 de marzo de 2009.

CONCLUSIONES

Tal y como lo ha establecido la jurisprudencia, el dolo es la culpa intencional que implica astucia o engaño para sorprender el consentimiento de la víctima, esto no deja de ser importante al momento de analizar el nexo entre la intención y su manifestación externa, máxime cuando se puede inferir una actuación consciente y voluntaria del agente del estado, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias de su actuar doloso, o si en su actuación pudo prever la irregularidad en la que podía incurrir o el daño a ocasionar, y aun así no lo hizo generando culpa grave. Se erigen estos comentarios como una de las principales causas de responsabilidad de los funcionarios públicos en condenas contra entes estatales, en nuestro caso los Municipales, trayendo consigo el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Teniendo de presente el artículo 14 de la ley 678 de 2001, que permitía la cuantificación de la condena de conformidad con el grado de participación del agente en la producción del daño “atendiendo sus condiciones personales”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional al haber declarado inexecutable la última parte de esta consideración, ha generado que la condena sea por el todo de lo pagado por la entidad pública, en la gran mayoría de los casos, hace imposible el pago efectivo de la condena de repetición pues la gran mayoría de los servidores públicos, municipales en nuestro análisis, condenados en repetición, son personas de muy bajos ingresos, o patrimonio que están en la imposibilidad absoluta de pagar las exorbitantes condenas en repetición proferidas en su contra.

De este modo, sería imprescindible que se analizara el contenido de la norma y se propusiera una reforma, limitando el monto de la condena en repetición, a un monto que sea efectivamente pagable por el servidor público, mas aún cuando se

excluye de por vida a estos servidores públicos, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución Política, reformado por el referendo del año 2003, en donde los servidores condenados en la acción de repetición no pueden inscribirse como candidatos de elección popular, ni ser designados como servidores públicos, ni celebrar contratos con el estado hasta tanto no paguen el valor de la condena, que para nuestro estudio son los alcaldes municipales en los que en su gran mayoría, recae esta acción.

Otros de los puntos a concluir y de los que ya se ha hecho referencia en este ensayo es precisamente, la omisión en la que recaen los entes municipales en la creación legal de los comités de conciliación, máxime cuando estos constituyen un requisito de procedibilidad. Aunque no deja de llamar la atención el hecho de que el acta del comité de conciliación de la entidad pública condenada hace que necesariamente la decisión no sea muy objetiva, por cuanto dicho comité está conformado integralmente por funcionarios del nivel directivo, designados por el jefe de la entidad pública. La conformación misma del comité puede conducir a situaciones inequitativas, en el sentido de que no es frecuente que el comité conceptúe la procedibilidad de la acción de repetición contra funcionarios de alto rango de la entidad y menos contra el jefe de la entidad (Alcalde), pues el estar integrado por funcionarios directivos, estos tendrán vínculos de dependencia o de amistad con el jefe burgomaestre o con otros funcionarios de alto nivel, incluso con contratistas amigos. Igualmente sucede que dicho comité tendrá tendencia para conceptuar la procedibilidad de la acción de repetición contra ex jefes o contra ex funcionarios de la misma, sobre todo cuando se han presentado cambios de naturaleza política en la dirección de la entidad.

De igual manera, de este análisis es importante concluir que un número de demandas en acción de repetición, no se tramitan en realidad y no pueden llevarse a su término, por incumplimiento de las cargas procesales a cargo de la

entidad pública demandante, y por no existir, como ya lo han reiterados los administradores de justicia, ninguna sanción efectiva contra la negligencia de los jefes de las entidades publicas, quienes no asignan recursos a los apoderados para atender las demandas presentadas.

En su mayoría las acciones de repetición, se fallan denegando las pretensiones de la demanda por falta de actividad probatoria por parte de los apoderados de las entidades públicas demandantes. Por estas razones son muy pocas las acciones de repetición que se fallan en contra de los servidores públicos demandados y lo que es más preocupante, en los casos de condena se vuelve totalmente simbólica por la imposibilidad absoluta del pago del servidor público sancionado.

En muy pocos casos, la condena se produce en contra de un exjefe de una entidad pública, pues cuando la acción se adelanta contra un ex servidor público de alto rango, este contrata muy buenos abogados, y se defiende muy bien, por lo que en muy pocos casos se profieren condenas contra ex funcionarios o servidores públicos que tengan capacidad económica para el pago de las mismas. Bastaría comparar el monto anual de las condenas en acción de repetición, efectivamente pagadas por los servidores públicos condenados, con los gastos administrativos que tienen que asumir las entidades públicas demandantes y la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el trámite de las mismas, para concluir que la acción de repetición, desde el punto de vista de objetivo de recuperación del patrimonio público, es totalmente ineficiente.

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Política de Colombia
- Decreto - Ley 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo.
- Ley 678 de 2001
- Decreto 1333 de 1986. Régimen Municipal
- **ORDOÑEZ MALDONADO, A.** Segunda Conferencia Informativa Sobre Defensa Jurídica del Estado. Procurador General de la Nación, 4 de Marzo de 2009.
- **SOLER PEDROZA, I; JIMENEZ, W.G.** La Acción de Repetición como Mecanismo Moralizador de la función Pública. Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, enero – junio de 2009, de la universidad Sergio Arboleda.
- **CUESTA A. & RONDEROS, A.** 2004 La Ley de Acción de Repetición y El Servidor Público, implicaciones de orden disciplinario, Bogotá; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- **PEREZ, J.** 2003. Responsabilidad Estatal y Acción de Repetición. Bogotá; Leyer 2ª ed.
- **CARTILLA INSTRUCTIVA DE ACCION DE REPETICIÓN Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.** Ministerio de Justicia y del Derecho (s.f). Programa presidencial de la lucha contra la corrupción, dirección de Defensa judicial de la Nación. 22 de febrero de 2008

- **SEGUNDA CONFERENCIA INFORMATIVA SOBRE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO.**ORDOÑEZ MALDONADO Alejandro. Procurador General de la Nación, 4 de Marzo de 2009.
- **LA ACCION DE REPETICION COMO MECANISMO MORALIZADOR DE LA FUNCION PÚBLICA; LUCES Y SOMBRAS. ESTADO DEL ARTE.** Tomado de la revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, enero – junio de 2009, de la universidad Sergio Arboleda.
- **CARTILLA INSTRUCTIVA DE ACCION DE REPETICIÓN Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.** Tomada del Ministerio de Justicia y del Derecho (s.f). Programa presidencial de la lucha contra la corrupción, dirección de Defensa judicial de la Nación. 22 de febrero de 2008.

