

¿Se justifica la Acción de Repetición?

Comentarios críticos a la
Ley 678 de 2001
y propuestas de reforma

Leonardo Augusto Torres Calderón

**¿SE JUSTIFICA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN?
COMENTARIOS CRÍTICOS A LA LEY 678 de 2001 Y PROPUESTAS DE
REFORMA**

AUTOR: Leonardo Augusto Torres Calderón
DIRECCIÓN: cisj@unab.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: marzo 2008

RESUMEN: El ensayo formula críticas a la Ley 678 de 2001 que implementa la acción de repetición y establece alternativas para su reforma que busque una protección del derecho de defensa del servidor público, así como una real efectividad desde el punto de vista económico de la acción de repetición.

PALABRAS CLAVE: Ley 678 de 2001, Acción de repetición, Servidor público, Requisitos de procedibilidad, Restricción al llamamiento en garantía.

ABSTRACT: This essay exposes the author's critics to Law 678 enacted in 2001 to implement the "indemnity action", the author also proposes alternatives to reform this law in order to Project the right of defense of the public servant as well as to attain an adequate economic effectiveness of this particular action.

KEY WORDS: Law 678/2001, repetition action, government employee, proceedings requisites, restriction to the warranty call.

¿Se justifica la Acción de Repetición?

Comentarios críticos a la Ley 678 de 2001 y propuestas de reforma

Leonardo Augusto Torres Calderón*

INTRODUCCIÓN



los abogados y estudiosos del derecho nos han enseñado a considerar a la ley como si se tratara de la verdadera “*expresión de la voluntad general*”¹. Esto es, como si fuera un texto sagrado, que por haber sido aprobado por el Congreso, debe ser venerado y acatado por todos. Sin embargo, las leyes como toda obra humana, pueden contener errores, y aún, pueden ser perfectibles.

Por esta razón, el jurista y politólogo inglés, Jeremías Bentham², considera que el jurista y estudioso del derecho no debe limitarse a aprender de memoria la ley y a recitar fielmente sus artículos, sino que también debe ser un crítico de la ley, es decir, le compete analizar la ley, para establecer si la misma es eficaz en la solución de los problemas sociales, de suerte que si la ley ya no satisface las necesidades del conglomerado social, los juristas propongan al legislador las reformas a la ley que sean necesarias.

En el presente ensayo me propongo presentar algunas reflexiones críticas a la ley 678 de 2001, para formular unas propuestas de reforma que contribuyan a mejorar la eficacia y la justicia de la acción de repetición.

*Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profesor universitario y doctor de estado de la Universidad de Aix Marsella III, Francia.

1 Juan Jacobo Rousseau en su obra “El Contrato Social”, consideraba que la ley por ser expresión de la voluntad general, era la suma manifestación de la soberanía de un Estado, y que por su naturaleza, no podía considerarse como injusta e inequitativa.

2 Este filósofo y jurista inglés de principios del siglo XIX se caracterizó por ser muy crítico de la obra de Blackstone, famoso jurista inglés que quizás fue el primero que elaboró un manual o lecciones de enseñanza del derecho inglés.

En consecuencia, en este artículo comenzaré por formular algunas críticas basadas en mi experiencia como administrador de justicia, y luego presentaré alternativas de reforma, para que estas reflexiones no se queden en el plano de la crítica, sino que también se busque una formulación propositiva.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVIDAD DE LA LEY DE REPETICIÓN

1 EN CUANTO A SU NATURALEZA: A PESAR DE QUE LA LEY LA CALIFICA 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, por las siguientes razones:

- a. Las acciones civiles son por naturaleza voluntarias, y de contenido patrimonial, pues ningún particular está obligado a demandar en defensa de sus intereses patrimoniales, y aún puede renunciar a estos derechos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Código Civil³. 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. Si el Representante de la entidad perjudicada no lo hiciere en un término de 6 meses, incurrirá en falta disciplinaria, causal de destitución⁴, y en tal caso, podrá ser interpuesta por el Ministerio Público o por la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio del Interior y del Derecho. Para exonerarse de la obligatoriedad de su formulación, el representante legal de la entidad pública deberá obtener concepto del Comité de Conciliación de la entidad, en el cual se expresen las razones por las

3 El artículo 15 del C.C., dispone: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

El artículo 16 del C.C., establece: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

4 El párrafo segundo del artículo 8 de la ley 678 de 2001, dispone: “Si el Representante Legal de la entidad directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero a que se refiere este artículo no iniciare la acción en el término estipulado, estará en curso de causal de destitución”.

cuales el Comité consideró que no existe dolo o culpa grave de algún funcionario en los hechos que motivaron la condena o la conciliación⁵.

- b. Las acciones civiles ordinarias son por regla general desistibles⁶, mientras que la acción de repetición no es desistible⁷.

2. EL ACTA DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, RESTRINGE INDEBIDAMENTE LA OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN.

Para que proceda la acción de repetición es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

- a. Que exista una sentencia o conciliación proferida en un proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado⁸, (artículo 7 de la ley 678 de 2001).
- b. Que la sentencia o la conciliación haya sido integralmente pagada por la entidad pública, puesto que la caducidad de la acción se cuenta a partir de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública (artículo 11 de la ley 678 de 2001).
- c. Que por acta del Comité de Conciliación de la entidad pública, se haya conceptuado la procedencia de la acción expresando las razones por las cuales el Comité considera que existe dolo o culpa grave de algún funcionario, o del contratista o de un interventor o de un particular que ejerza funciones públicas (parágrafo primero del artículo 2 de la ley 678 de 2001).

5 El inciso segundo del artículo 4 de la ley 678 de 2001, dispone: “El Comité de Conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el Representante Legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta”.

6 El artículo 342 del CPC, establece: “El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso...”.

“El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada...”.

7 El artículo 9 de la ley 678 de 2001, establece: “Ninguna de las entidades legitimadas para interponer la acción de repetición podrá desistir de ésta”.

8 No puede tratarse en consecuencia de una conciliación o sentencia proferida en un proceso que no sea un proceso ordinario de responsabilidad civil (como por ejemplo, en un proceso ejecutivo, en un proceso de restitución, en un proceso disciplinario, en un proceso de responsabilidad fiscal, en un proceso de pérdida de investidura, etc.). Debe en consecuencia tratarse de un proceso ordinario de responsabilidad, como podría ser un proceso ordinario laboral o civil, una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, una acción de reparación directa, una acción contractual, puesto que en estos procesos el juez se pronuncia sobre la responsabilidad del demandado.

El hecho que el acta del Comité de Conciliación de la entidad pública condenada constituya un requisito de procedibilidad, hace que necesariamente la decisión del Comité no sea muy objetiva, por cuanto el Comité está conformado integralmente por funcionarios del nivel directivo, designados por el Jefe de la entidad pública⁹. La conformación misma del Comité puede conducir a las siguientes situaciones inequitativas:

- a. No será frecuente que el Comité conceptúe por la procedibilidad de la acción de repetición contra funcionarios de alto rango de la entidad, y menos contra el Jefe de la entidad, pues al estar integrado por funcionarios directivos, estos tendrán vínculos de dependencia o de amistad con el Jefe de la entidad o con otros funcionarios de alto nivel.
- b. El Comité tendrá tendencia para conceptuar por la procedibilidad de la acción de repetición contra ex-jefes de la entidad, o contra ex-funcionarios de la misma, sobre todo cuando se han presentado cambios de naturaleza política en la dirección de la entidad.
- c. El Comité tendrá tendencia a conceptuar favorablemente sobre la procedibilidad de la acción de repetición contra funcionarios operativos y de bajo rango, tales como soldados rasos, agentes de policía, celadores, operarios, secretarios, auxiliares administrativos, etc., y en general, todos aquellos que ostenten la calidad de subalternos.

3 ES INJUSTO QUE LA PRETENSIÓN SEA IGUAL AL MONTO DE LA CONDENA Y NO SE TENGA EN CUENTA EL GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL AGENTE EN LA CONDENA.

El párrafo del artículo 11 de la ley 678 de 2001¹⁰, estableció que el monto de la cuantía de la pretensión de la demanda de repetición estaría determinado por el valor total de la condena que pagó la entidad, más el

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

10 Declarado exequible por la H. Corte Constitucional (sentencia C-394 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis)

valor de las costas y agencias en derecho, si fueron ordenadas en la respectiva sentencia.

Esta disposición de la ley es injusta, porque en muchos casos la conducta dolosa o culposa del agente no fue la causa exclusiva de la condena, así por ejemplo, pueden darse las siguientes situaciones:

- a. En un hecho dañoso pueden participar dos o tres servidores públicos, y si en una misma sentencia se condenó al Estado al pago de una indemnización por el actuar doloso o gravemente culposo de dos o más de sus funcionarios, no es lógico que la pretensión de repetición contra cada uno de ellos sea por el monto total de la condena; en este caso, debía la pretensión dividirse según el número de funcionarios en el hecho que originó la condena.
- b. En las acciones contractuales, por regla general, la condena en contra de las entidades estatales es por mora en el pago de las obligaciones adquiridas por la entidad estatal. En consecuencia, en estos casos la pretensión de repetición debería limitarse a los intereses de mora pagados por la entidad pública contratante, y no al monto del capital y actualización, pues el capital y su actualización tenía como causa el incumplimiento contractual, y no la culpa del funcionario en obtener la disponibilidad presupuestal para que se hubiera hecho oportunamente el pago de la obligación contractual.
- c. En muchos casos, la condena contra la entidad estatal se debe en gran parte a la falta de una adecuada defensa dentro del proceso de responsabilidad, pues algunas de las entidades estatales se defienden muy mal, dejan de contestar la demanda, no aportan pruebas en su defensa, y no hacen uso de los recursos correspondientes. En estos casos, en que hubo falta de defensa técnica en el proceso de responsabilidad patrimonial, no es justo que se proceda en repetición por el total de la condena contra el funcionario que por su dolo o culpa grave dio origen a la misma.

4. ES INJUSTO QUE LA CONDENA PROFERIDA EN SENTENCIA DE REPETICIÓN SEA IGUAL AL MONTO DE LA CONDENA PAGADA POR EL ESTADO SIN TENER EN CUENTA LAS CONDICIONES PERSONALES DEL AGENTE DEL ESTADO Y LA POSIBILIDAD REAL DE QUE LA CONDENA SEA EFECTIVAMENTE PAGADA

El artículo 14 de la ley 678 de 2001, en su redacción inicial, permitía la cuantificación de la condena de conformidad con el grado de participación

del agente en la producción del daño, y atendiendo a sus condiciones personales.

La H. Corte Constitucional, en sentencia del C-484 de 2002, analizó la constitucionalidad del artículo 14 de la ley 678 de 2001, y consideró que la frase “a sus condiciones personales” era inexecutable, considerando que el artículo 90 de la Constitución ordenaba repetir por todo el monto de la condena. Sin desconocer las respetables motivaciones que haya tenido la H. Corte Constitucional para proferir la decisión de inexecutable de la frase en comento, lo cierto es que el hecho que la condena sea por el todo de lo pagado por la entidad pública, en la mayoría de los casos hace imposible el pago efectivo de la condena de repetición, pues la gran mayoría de los servidores públicos 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.

A este respecto, valdría la pena que se hiciera una reforma constitucional limitando el monto de la condena impuesta en repetición, a un monto efectivamente pagable por el servidor público, tal como lo consagra la ley Italiana 117 de 1988¹¹, que limita el monto de la condena impuesta en repetición, a una tercera parte del sueldo neto recibido por el funcionario en un año.

El hecho de que el monto de las condenas en acción de repetición sea tan elevado, y que en la práctica las torna impagables, cuando la condena recae en un servidor público de escasos recursos, excluye de por vida a estos servidores públicos, puesto que de conformidad con el artículo 122 de la Constitución Política, que fue reformado por el artículo primero del Referendo del año 2003, los servidores públicos condenados en 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.

5. LAS PRESUNCIONES DE DOLO Y CULPA GRAVE ESTABLECIDAS EN LA LEY DE REPETICIÓN, SON VIOLATORIAS DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO DE DEFENSA, POR SER LA REPETICIÓN PARTE DEL DERECHO SANCIONATORIO.

Los artículos quinto y sexto de la ley 678 de 2001, establecieron, respectivamente, cinco causales de presunción de dolo y cuatro de

¹¹ Citado en la conferencia dictada por el Exconsejero de Estado, doctor Ricardo Hoyos Duque, titulada “Algunas Reflexiones sobre la Acción de Repetición”, con motivo del Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la ciudad de Cúcuta, en el año 2002.

presunción de culpa grave. Estas normas fueron en su totalidad declaradas exequibles en varias sentencias de la H. Corte Constitucional¹².

Aun cuando respetamos las valiosas motivaciones que haya tenido la H. Corte Constitucional para considerar que las mencionadas presunciones de dolo y culpa grave no eran violatorias de la Constitución, lo cierto es que si en la sentencia de responsabilidad patrimonial que dio origen a la condena del Estado, el Órgano Jurisdiccional Contencioso Administrativo expresamente consideró en su parte motiva, que el acto administrativo anulado en la sentencia fue expedido con falsa motivación, o desviación de poder, o con base en hechos o normas inexistentes, el funcionario que expidió el acto administrativo anulado, muy probablemente será condenado en el proceso de repetición posterior, aún cuando en el proceso de responsabilidad que dio origen a la condena no haya sido parte, y aún cuando para la época en que se le adelante el proceso de repetición, la gran mayoría de la prueba documental y testimonial que le haya favorecido, ya sea muy difícil de recaudar.

Esto es aún más cierto, si se tiene en cuenta que la gran mayoría de los procesos de repetición se adelantan contra funcionarios de muy bajos ingresos, cuya dirección desconoce la entidad pública demandante, y que van a ser “defendidos” por Curadores *Ad-Litem*, que en la gran mayoría de los casos se limitan a contestar a los hechos de la demanda, afirmando “no me consta, que se pruebe”, y proponiendo como excepción la “genérica o innominada”. Casi nunca, estos Curadores *Ad-Litem*, solicitan la práctica de pruebas, y nunca solicitan que se interrogue a los testigos que dieron lugar a establecer la desviación de poder en el proceso de responsabilidad en que fue condenada la entidad pública.

Pese a la existencia de unas presunciones legales de dolo y culpa en la ley de repetición, necesariamente los Tribunales Administrativos y el H. 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. 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

12 Ver sentencias C-778-03 del 9 de septiembre de 2003, C-484-02 del 25 de junio de 2002, C-455-02 del 12 de junio de 2002, C-423-02 del 28 de mayo de 2002 y C-374-02 del 14 de mayo de 2002.

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 H. Consejo de Estado en la sentencia de condena contra la entidad pública, sin evaluar la conducta del funcionario y su real participación en los hechos.

Sobre este particular, el profesor Luis Eduardo Montoya Medina, considera que al establecer las presunciones de culpa y dolo, el legislador desbordó sus atribuciones constitucionales, y desconoció principios como la presunción de inocencia y el debido proceso, por cuanto la acción de repetición pertenece al campo del derecho sancionatorio, y en consecuencia, frente a ella también se aplican los principios constitucionales antes mencionados, que rigen el derecho penal y el derecho disciplinario¹³.

6. INEXISTENCIA DE PERENCIÓN QUE SANCIONE LA NEGLIGENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEMANDANTES EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS CARGAS PROCESALES.

El inciso 4 del artículo 148 del C.C.A., establece un privilegio para las entidades públicas demandantes, consistente en que no es posible decretar la perención de un proceso iniciado por una entidad pública.

El trámite de todo proceso ordinario contencioso, implica para el actor el deber de asumir unas cargas procesales, tales como el pago de los gastos del proceso, gastos de notificación, y asumir el costo de la práctica de las pruebas.

En la actualidad, en un número muy significativo de acciones de repetición, luego de presentar la demanda la entidad pública demandante no asume ninguna de sus cargas procesales, no se pagan los gastos del proceso, los costos de notificación, y estas expensas a veces son considerables, porque en número importante de casos, es necesario vincular al proceso al servidor público demandado, por intermedio de un Curador *Ad-Litem* que lo represente, Curador que tiene derecho a unos gastos y honorarios profesionales por su actuación.

13 Ver al respecto el artículo publicado en la revista de la Universidad Nacional, titulado la “presunción de dolo y culpa grave en la acción de repetición contra el servidor público: Un desborde del legislador”.

Puesto que el Juez Administrativo no está autorizado para dar por terminado el proceso por perención, estas acciones de repetición, en las cuales la entidad pública no asume sus cargas procesales, y únicamente presenta la demanda con el único fin de evitar una sanción disciplinaria, por no interponerla dentro del tiempo, están congestionando la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no tiene instrumentos reales para compeler a los Jefes de las entidades públicas demandantes a que asignen recursos a sus abogados para que puedan cumplir con sus cargas procesales.

7. NO SE JUSTIFICAN LAS RESTRICCIONES AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

El párrafo del artículo 19 de la ley 678 de 2001, previó la posibilidad del llamamiento en garantía del servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave por parte de la entidad pública demandada, o del Ministerio Público. Desafortunadamente, el párrafo de dicho artículo prohibió el llamamiento al agente del Estado, si en la contestación de la demanda, la entidad pública propuso las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor. Estas limitaciones fueron declaradas exequibles por la H. Corte Constitucional¹⁴.

Los condicionamientos al llamamiento en garantía, establecidos en el párrafo en comento, son muy inconvenientes, por cuanto en un hecho dañoso pueden intervenir varias causas eficientes. Así, por ejemplo, puede darse una concurrencia entre un caso fortuito y una culpa del agente, cuando en un accidente de tránsito, el vehículo oficial causa el accidente por exceso de velocidad del conductor, por avería o mal funcionamiento del sistema de frenos. A veces también puede haber concurrencia entre el hecho de un tercero y la culpa o dolo del agente.

Estas restricciones al llamamiento en garantía, son en todo injustificadas, y limitan indebidamente el derecho de defensa de las entidades públicas, pues de existir interés en llamar en repetición a un servidor público, podrían darse instrucciones al apoderado de la entidad pública demandada para que no invoque los mencionados eximentes de responsabilidad, que restringen el llamamiento en garantía, con lo que se limitaría en grado sumo la defensa de la entidad.

A nuestro entender, no deben existir ningunas limitaciones al llamamiento en garantía, pues los abogados de las entidades públicas están en el deber de

14 Ver sentencia C-965-03 del 21 de octubre de 2003. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

proponer todas las defensas posibles de la entidad, lo que incluye un llamamiento en garantía incondicionado del servidor público, causante del perjuicio.

8. NO SÓLO LOS TRIBUNALES DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SON IDÓNEOS PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR REPETICIÓN CONTRA EL SERVIDOR PÚBLICO

La ley de repetición, en materia de jurisdicción y competencia, establece tres principios:

- La acción es de competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 7 de la ley 678 de 2001);
- El juez competente para conocerla es el mismo juez donde se haya tramitado el proceso de responsabilidad del Estado (artículo 7 de la ley 678 de 2001), de conformidad con las reglas de competencia del C.C.A;
- El procedimiento de la acción es el procedimiento ordinario previsto para las acciones de reparación directa (artículo 10 de la ley 678 de 2001);
- La ejecución de la condena la podrá adelantar la jurisdicción que conoció el proceso de repetición, de conformidad con las normas del ejecutivo ordinario del Código de Procedimiento Civil (artículo 15 de la ley 678 de 2001).

De las normas precitadas se desprende que la finalidad de la ley fue establecer como criterio de distribución de competencias funcionales, que el mismo juez que conoció del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, sea el mismo juez que conoce de la acción de repetición, y que este mismo juez sea el que conozca de la sentencia de ejecución. Estas reglas de atribución de competencias, merecen las siguientes críticas:

- a. El juez de la acción de repetición, al ser el mismo que dictó la sentencia de condena, necesariamente no actúa en forma imparcial en el proceso de repetición, pues ya tiene formado su criterio con base en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, y por esta razón, si en el proceso de responsabilidad se dijo que hubo una desviación de poder o una violación de la ley, va a tener la tendencia a condenar al funcionario demandado en repetición.
- b. La atribución de competencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no se justifica, pues el objeto de la repetición es juzgar

la conducta del funcionario, para determinar si es dolosa o gravemente culposa, actividad de juzgamiento que tradicionalmente vienen ejerciendo los jueces civiles en los procesos ordinarios de responsabilidad civil extracontractual.

- c. El hecho que se considere que la acción de repetición se tramita por el procedimiento ordinario de reparación directa, ha contribuido a la congestión de las Secciones Terceras del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el H. Consejo de Estado, aún cuando la mayor parte de las repeticiones versan sobre condenas contra entidades estatales en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, asuntos que es del ámbito de competencia funcional de las Secciones Segundas de las mencionadas Corporaciones Judiciales.
- d. El hecho que sea el mismo Tribunal que aprobó la conciliación judicial, quien conozca a vez de la acción de repetición, puede incitar o estimular al funcionario judicial a improbar las conciliaciones, para evitar que posteriormente se le aumente su carga de trabajo.
- e. En providencia del 11 de diciembre de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Mauricio Torres Cuervo, radicación número 2007-00433, demandante E.S.E. Hospital La Estrella, al dirimir un conflicto negativo de competencias, entre el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el Juzgado 12 Administrativo del Circuito de Medellín, se consideró que el artículo 7 de la Ley 678 de 2001, derogó en forma tácita los artículos 132 (numeral 10) y 134 b (numeral 8) del C.C.A., en lo referente a la competencia en razón de la cuantía, por lo que debe conocer de la acción de repetición el juez o tribunal que haya tramitado el proceso donde se dictó la sentencia condenatoria, o que haya aprobado el acuerdo conciliatorio, sin tener en cuenta la cuantía de las pretensiones. En consecuencia, solo tendrán aplicación las cuantías señaladas en los artículos 132 (numeral 10) y 134 b (numeral 8) del C.C.A., cuando se trate de procesos de responsabilidad que hubieren sido adelantados ante la jurisdicción ordinaria, caso en el cual conocerá, según la cuantía, el juez (si ésta es igual o inferior a 500 SMMLV) o el tribunal (si ésta es superior a 500 SMMLV) de la jurisdicción contencioso administrativa que sea competente en el lugar donde se haya tramitado el proceso de responsabilidad en que haya sido condenada una entidad estatal.

9. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN ES ONEROSA E INEFICAZ

Tal y como se explicó en los puntos 4 y 5, un número significativo de demandas en acción de repetición no se tramitan en realidad y no pueden llevarse a feliz término, por incumplimiento de las cargas procesales a cargo de la entidad pública demandante, y por no existir ninguna sanción efectiva contra la negligencia de los Jefes de las entidades públicas que no asignan recursos a sus apoderados para atender las demandas presentadas. Además, la gran mayoría de 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 las anteriores razones, son muy pocas las acciones de repetición que se fallan en contra de los servidores públicos demandados, y lo que es peor, en la casi totalidad de los casos, la condena se vuelve totalmente simbólica, por imposibilidad absoluta de 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 exservidor 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 exfuncionarios 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.

SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

A continuación, formularemos algunas posibles soluciones a las críticas reseñadas a la ley de acción de repetición, con miras a plantear reformas legislativas de la misma, con el fin de lograr dos objetivos:

- a. La protección del derecho de defensa del servidor público demandado.
- b. La real efectividad, desde el punto de vista económico de la acción de repetición.

1. OBLIGATORIEDAD DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En los casos en que se advierta que algún funcionario de la administración, con su actuar negligente ha incurrido en dolo o culpa grave, la figura del llamamiento en garantía debe operar en forma obligatoria dentro del mismo proceso de responsabilidad, donde la entidad pública actúa en calidad de demandada. El llamamiento en garantía, debe ser una carga obligatoria del agente del Ministerio Público, quien al notificarse de la demanda de responsabilidad contra la entidad pública, debe evaluar si en ese proceso, existen graves indicios de culpa o dolo de algún servidor público.

Para que sea efectivo el llamamiento en garantía, el agente del Ministerio Público debe contar con los recursos suficientes para asumir los gastos de notificar al llamado en garantía, y asumir los costos de las pruebas que implique demostrar el dolo o la culpa grave del funcionario. Para esta finalidad, sería necesario que se estableciera una tasa obligatoria correspondiente a un porcentaje del valor de las nóminas y de los contratos de prestación de servicios de las entidades públicas, con destinación específica a la Dirección de Defensa Judicial del Estado, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia.

Esta Dirección tendría la naturaleza jurídica de Unidad Administrativa Especial, para que contara con la autonomía presupuestal y financiera para asumir los costos de los honorarios de abogado y de las cargas procesales y probatorias que implique el llamamiento en garantía y las acciones de reparación, sin tener que recurrir a asignaciones presupuestales de las entidades públicas demandadas, y sin pasar por el “filtro” del Comité de Conciliación Prejudicial, el cual por su conformación, no garantiza la suficiente imparcialidad en la decisión de iniciar la acción de repetición.

Para el servidor público demandado en repetición, el llamamiento en garantía ofrece mayor posibilidad de defensa que la acción de repetición posterior, por cuanto por ser hechos relativamente recientes, y en muchos casos, por estar todavía vinculado a la entidad, le es más factible recaudar las pruebas, y en especial solicitar los testimonios para su defensa.

2. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN COMO PROCESO AUTÓNOMO, SÓLO PROCEDERÍA EN CASOS DE CONCILIACIONES PREJUDICIALES, Y COMPETERÍA PRESENTAR LA DEMANDA A LA DIRECCIÓN DE DEFENSA JUDICIAL DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, A SOLICITUD DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Puesto que los agentes del Ministerio Público intervienen en las conciliaciones prejudiciales administrativas, podría pensarse que este funcionario dictara un concepto obligatorio sobre los hechos objeto de la conciliación, y que en caso que se dictaminara que presumiblemente hubo dolo o culpa grave en los hechos objeto de la conciliación, se solicitara a la Dirección de Defensa del Estado, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, que formulara la respectiva demanda de repetición.

3. EL ESTABLECIMIENTO DE GARANTÍAS DE SEGUROS OBLIGATORIAS PARA TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y EN ESPECIAL PARA LOS ORDENADORES DEL GASTO Y LOS NOMINADORES

En la actualidad, únicamente se exige póliza de manejo a los tesoreros y al personal que maneja fondos públicos, pero no se exige una póliza de manejo para los ordenadores del gasto, y en especial, para las autoridades nominadoras. En caso de existir una póliza obligatoria de responsabilidad civil para todos los servidores públicos y contratistas, y en especial, para los ordenadores del gasto y nominadores, pólizas que deberían permanecer vigentes durante el tiempo de ejercicio de sus funciones, y por lo menos cinco años más, se tendría siempre la posibilidad efectiva de cobrar las condenas en repetición, pues el llamamiento en garantía se haría contra el servidor público y la compañía de seguros que lo ampara.

El solo hecho que un servidor público requiriera una póliza de responsabilidad para posesionarse en cualquier cargo público, sería un factor moralizador del Estado, pues un funcionario que registrara varias sentencias en contra, en acción de repetición, ya sería considerado por las compañías de seguros, como un “funcionario de alto riesgo” y probablemente no habría ninguna aseguradora expediera la póliza necesaria para tomar posesión de un nuevo cargo público.

4. AMPLIACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el artículo 23 de la ley 678 de 2001, se previó la posibilidad de que con la demanda de repetición o el llamamiento en garantía se solicite medidas cautelares de embargo de bienes sujetos a registro, las cuales serán ordenadas por la autoridad judicial competente. La norma en comento es totalmente insuficiente, pues hoy en día la riqueza mobiliaria, representada en bienes muebles no sujetos a registro, es mucho más importante que el patrimonio inmobiliario de una persona. En concreto, consideramos conveniente que se permita el embargo y secuestro de salarios, honorarios, acciones, bonos, utilidades, y demás fuentes de ingreso, de conformidad con las normas y limitaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil, para garantizar la efectividad de las condenas en repetición.

5. ESTABLECIMIENTO DE UN MONTO MÁXIMO DE CONDENA EQUIVALENTE A LA TERCERA PARTE DEL INGRESO ANUAL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y LA LIMITACIÓN DEL MONTO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA O DE LA ACCIÓN A LA PARTE DE LA CONDENA EN CONTRA DEL ESTADO QUE EFECTIVAMENTE SEA RESPONSABILIDAD DE LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA DEL SERVIDOR PÚBLICO LLAMADO EN GARANTÍA

Como ya se mencionó en este artículo, las condenas excesivas en acción de repetición contra exservidores públicos de bajos recursos, en la práctica han excluido de por vida a algunos servidores que no merecen sufrir una condena de exclusión irredimible. Así, por ejemplo, muchas veces la condena de responsabilidad en contra del Estado es producto de un accidente de tránsito culposo, o de una manipulación culposa de un arma de fuego, por un agente de policía o un soldado raso, que por esta desafortunada impericia, que le puede suceder a cualquier persona, no merece ser excluido de por vida de la posibilidad de ocupar cargos del Estado o de celebrar contratos con el mismo, más si se tiene en cuenta que en Colombia, el Estado es el mayor empleador, y una de las mayores fuentes de ingreso y de trabajo para los ciudadanos.

6. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y EL CONOCIMIENTO DE LAS ACCIONES DE REPETICIÓN SE ASIGNARÍA DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS GENERALES DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE ACUERDO A LA MATERIA

Como se explicó en el punto 7 del análisis crítico de la ley de repetición, no se justifica que el llamamiento en garantía, la acción de repetición, y la posterior ejecución de la sentencia sean, en principio, de competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y menos sean atribución de las Secciones Terceras del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado. Como se analizó en ese aparte, el llamamiento en garantía debe ser posible ante cualquier juez que adelante una acción de responsabilidad en contra del Estado, y la acción de repetición, independiente en caso de conciliaciones prejudiciales, debe someterse a las normas de reparto y de jurisdicción y competencia, de conformidad con la especialidad de la materia.

Bogotá D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil cinco (2005).