

CIRCULAR 02 \*\*\* DE 2006

CIR06-7865-DJN-0800

PARA:

Miembros de comités de conciliación de las entidades y organismos de derecho público a que se refiere el Decreto 1214 de 2000.

DE:

Director de defensa judicial de la Nación- Ministerio del Interior y de Justicia

ASUNTO:

Estudio de procedencia de la acción de repetición

FECHA:

Bogotá D.C., 24 de mayo de 2006

Ver el Fallo del Consejo de Estado 17600 de 2006

La acción de repetición es un mecanismo moralizador y de mejora de la eficiencia de la administración pública con que el constituyente de 1991 dotó a la administración, a efectos de que esta pueda recuperar los dineros que tuvo que pagar como consecuencia de una sentencia o una conciliación cuya causa se encuentra en el actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus agentes.

Son, según la jurisprudencia<sup>1</sup>, tres los requisitos para su viabilidad jurídica:

(i). que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar un daño antijurídico causado.

(ii). que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público.

(iii). que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.

Para el estudio de su viabilidad el decreto 1214 de 2000, que reglamentó el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 678 de 2001, asignó a los comités de conciliación creados por el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 la responsabilidad de estudiar, para cada caso en particular, la existencia de los tres requisitos mencionados, y, de encontrarlos presentes, la obligación de interponer la correspondiente acción en contra del funcionario de quien se presume su responsabilidad.

A efectos de facilitar<sup>2</sup> el examen de la conducta desplegada por los funcionarios públicos, tanto por parte de los Comités como de los jueces que estudiarán los procesos, el legislador estableció unas circunstancias que hacen presumir de hecho que ciertas conductas han sido cometidas en modalidad dolosa o gravemente culposa, que solo pueden ser desvirtuadas ante la Jurisdicción por parte del funcionario o ex funcionario demandado.

Nótese que la decisión del comité no es obligatoria para el juez, pues dentro del proceso el demandado tiene a su alcance todos los medios procesales para demostrar que su conducta no fue dolosa o gravemente culposa, y el juzgador la mas amplia libertad para analizar los medios de prueba que se le presentan para llegar a la conclusión que en derecho corresponda.<sup>3</sup>

Por ello cuando se estudie una sentencia condenatoria para un ente estatal o un auto aprobatorio de una conciliación, los miembros del comité de conciliación deberán examinar los supuestos de derecho que sirvieron de base al fallador para proferir la condena, de manera tal que cuando se encuentren expresamente con una de las causales que por virtud de la Ley 678 de 2000 hacen presumir la responsabilidad dolosa o gravemente culposa del agente público como razón para haber declarado la prosperidad de la acción, junto con los otros requisitos de prosperidad de la acción, deberán conceptuar favorablemente sobre la procedencia de la repetición tal y como ha conceptuado el Consejo de Estado:

"Desde luego, que el cumplimiento de la función de los comités de conciliación, de evaluar los procesos fallados en contra de la entidad, con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición, no puede invadir la competencia que por ley está atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como sería cuestionar los argumentos que sirvieron de fundamento al fallador para declarar la nulidad del acto administrativo."4

Cuando del texto de la sentencia no se desprenda explícitamente que la conducta del agente se enmarca dentro de una de las presunciones de que tratan los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2000, el examen que deben hacer los miembros del comité de conciliación deberá estar dirigido a revisar la situación fáctica que rodeó la actuación u omisión de la administración que fue fuente de responsabilidad, a efectos de determinar si en ella sus agentes obraron con dolo o culpa grave, a la luz de las presunciones que contiene la propia ley. Dejarán constancia expresa y motivada de la decisión tomada.

Consideramos importante recordar, tal y como ha dicho la Corte Constitucional, que el fundamento de responsabilidad del agente público a través de la acción de repetición es sustancialmente diferente al fundamento de responsabilidad del Estado, por lo cual no siempre que haya una condena a una entidad pública ésta tiene la obligación de iniciar acción de repetición para buscar el recobro de lo pagado:

"Ahora bien, el mismo constituyente estableció el deber del Estado de repetir contra el agente que generó la declaración de responsabilidad estatal pero claramente le dio a la responsabilidad personal de las autoridades públicas un fundamento diferente del que le imprimió a aquella. Así, sólo permitió la derivación de responsabilidad personal para el agente en los casos en que la declaración de responsabilidad estatal haya sido consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa. De ello se infiere con claridad que no existe identidad entre el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado y el fundamento de la responsabilidad personal de sus agentes pues en tanto que ella procede por la producción de un daño antijurídico, esta procede únicamente en aquellos eventos en que el daño antijurídico y la condena sobreviniente son consecuencia del obrar doloso o gravemente culposo del agente."

"En el primer caso, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.

En consecuencia si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables."5

En conclusión se recuerda a los comités de conciliación, en relación con la acción de repetición, lo siguiente:

1. Es obligatorio el estudio de la procedencia de la acción de repetición en todos los casos en que el ente público haya debido cancelar una obligación pecuniaria cuya fuente sea una sentencia o una conciliación, dentro de los términos de que trata la Ley.6
2. Si en la sentencia o el acuerdo conciliatorio textualmente se señala que la conducta del agente público se enmarca en algunas de las presunciones de que tratan los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2000, tendrá que recomendar el inicio de la acción de repetición pues no tiene facultad para desvirtuar las conclusiones a que ha llegado una autoridad jurisdiccional.
3. Si no se está en presencia de la situación descrita en el anterior párrafo, el comité deberá examinar la conducta del agente público en los términos de la Ley 678 de 2000 para determinar si actuó o no con dolo o culpa grave, y en consecuencia determinará la procedencia o no de la acción de repetición.
4. El sólo hecho de que una entidad estatal resulte demandada o condenada no faculta al comité de conciliación para llamar en garantía o iniciar la acción de repetición, si no cuenta con suficientes elementos de juicio, serios y razonados que le lleven al convencimiento de que el funcionario o ex funcionario actuó con dolo o culpa grave.

5. Es importante tener en cuenta los términos de caducidad de la acción de repetición, los cuales fueron aclarados en la primera circular emitida por esta dirección.

Cordialmente,

Dionisio Enrique Araujo Angulo

Director Defensa Judicial de la Nación

#### NOTAS PIE DE PÁGINA

1 Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

2 Corte Constitucional, sentencia C-374 de 2002.

3 Corte Constitucional, sentencia C-374 de 2002.

4 Consejo de estado, sala de consulta y servicio civil, concepto de 28 de abril de 2005, radicación 1.634, Consejera ponente Dra. Gloria Duque Hernández.

5 Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

6 De conformidad con los artículos 8º y 11º de la Ley 678 de 2000, el término durante el cual la entidad que ha pagado puede estudiar la procedencia de la acción e intentar su ejercicio es de dos años, sin embargo si ello no se hace en el término de seis meses se estaría incurriendo en falta disciplinaria.

\*\*\* NOTA: El número se incluye para efectos de su incorporación al Régimen Legal de Bogotá D.C.