

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DESDE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 678 DE 2001

Fabio Alberto Mazo Cardona¹

RESUMEN:

Este artículo tiene por objeto analizar la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en materia de acción de repetición, para determinar si ha sido flexible o restrictiva, esto es, si han sido introducidos límites para que el Estado pueda hacer uso de esta figura. Para tal efecto se revisarán algunas de las sentencias sobre el tema, proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional a partir del año 2001. El estudio de las diferentes sentencias proferidas por estas Corporaciones, permite concluir que la aplicación de la acción de repetición no es tan efectiva como se debiera, ello no porque se hayan interpuesto restricciones a su aplicabilidad sino debido a deficiencias de la administración pública al momento de hacer uso de esta figura, lo que se convierte en un obstáculo para el Estado al momento de intentar recuperar recursos públicos.

PALABRAS CLAVE

Acción de repetición, Constitución Política de Colombia, Dolo o culpa grave, Ley 678 de 2001, servidores o ex servidores públicos.

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia. Personero Municipal de Amalfi, Antioquia. famazo89@hotmail.com. Artículo para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

SUMARIO

(I) INTRODUCCIÓN. (II) NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN. (III) ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DESDE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 678 DE 2001. (IV) LAS POSIBLES RAZONES DE LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN. (V) CONCLUSIONES. (VI) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN

Para dar inicio al tratamiento del tema propuesto en este documento, se hace necesario, en primer lugar, esclarecer qué es la acción de repetición, la cual tiene fundamento en el artículo 90 de la Constitución Nacional y es desarrollada por la Ley 678 de 2001. Esta figura es el medio legal por el cual se puede solicitar el reembolso al servidor, ex servidor público o particular que ejerce funciones públicas que, en desarrollo de sus funciones, por conducta dolosa o gravemente culposa, haya provocado un daño antijurídico a los ciudadanos, por el cual el Estado debió responder de forma patrimonial, reparando los daños, por obligación impuesta en condena, en acuerdo de conciliación u otra forma de terminación de los conflictos.

En principio, es una acción obligatoria, y según los artículos 3 y 8 de la Ley 678 de 2001, está orientada a garantizar los principios de eficiencia y moralidad de la función pública, y debe ser instaurada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro

de los seis meses siguientes al pago total de la condena o al último pago de ésta. Si dentro de tal plazo, la entidad pública afectada no hubiere iniciado la acción de repetición, la podrá ejercer el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Antes Dirección de Defensa Nacional del Estado).

La acción de repetición procede contra todo servidor, ex servidor público o contra todo particular que ejerza o haya ejercido funciones públicas o administre o haya administrado dineros del Estado, siempre y cuando se logre demostrar que el daño antijurídico ocasionado se presentó por su responsabilidad, ya sea por su actuar doloso o gravemente culposo, y en el periodo de tiempo en el cual se desempeñaban las funciones.

Sobre la conducta, según los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, ésta es dolosa cuando el agente desea realizar un hecho ajeno a las finalidades del Estado, mientras que es gravemente culposa, cuando el daño es ocasionado por una infracción directa de la Constitución o la ley, o de una omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones que sea inexcusable.

Con base en lo anterior, compete preguntarse ¿Qué tan efectiva resulta esta figura procesal? ¿Cuál es su utilidad real al momento de propender por la recuperación de los gastos en que ha tenido que incurrir el Estado por culpa de sus servidores públicos? A estas y algunas otras preguntas, pretende darse respuesta a través de una revisión de decisiones proferidas, tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional, tratando de determinar, por medio del análisis de las mismas, cuál ha sido el desarrollo de la figura y la eficacia en su aplicabilidad.

En concreto, el objetivo principal del artículo es conocer la postura que tienen las altas cortes respecto del ejercicio de la acción de repetición y cuáles son las condiciones que se han de cumplir o tener en cuenta para hacerlo.

Sobre la metodología utilizada, ésta corresponde a la revisión documental de jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional contenida en los distintos fallos y autos proferidos por estas cortes desde el año 2001, año de expedición de la Ley 678, además de la búsqueda en diferentes bases de datos sobre doctrina aplicable al tema.

En cuando al desarrollo y organización retórica, en primer lugar, se explicará cuál es la naturaleza, características y requisitos de la acción de repetición, posteriormente se abordará el análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional y en un tercer capítulo se tratarán de descubrir cuáles son las razones de la falta de efectividad de la acción de repetición. Finalmente, se presentarán las conclusiones del escrito y las debidas referencias bibliográficas.

II. NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

El Estado, a efectos de cumplir con sus fines y propósitos, desarrolla sus actividades a través de órganos o de personas que son sus agentes, servidores o autoridades públicas, cuyos actos en relación con el servicio resultan imputables directamente a la entidad a la cual se encuentran adscritos.

La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 90 que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos sufridos por los administrados, y que, en consecuencia, debe entrar a responder económicamente por éstos. La finalidad de la

Norma consiste en garantizar a las personas la posibilidad de exigir, de la administración, el resarcimiento de los daños antijurídicos que les sean ocasionados.

Una vez el Estado se ve obligado a indemnizar los daños antijurídicos ocasionados a una persona, ya sea a través de una condena judicial, una conciliación o a través de cualquier otra forma de terminación de los conflictos establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano; se activa para éste la posibilidad de que, en caso que el pago de los perjuicios haya tenido origen en la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, pueda ejercer una acción en contra de ese servidor público, ex servidor público o particular que cumple o cumplió funciones públicas, con la finalidad de que éstos reembolsen al Estado las sumas de dinero que debió pagar como consecuencia de tal actuar. Esta figura procesal está consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, lo cual le otorga un origen o rango supra legal.

Esta acción fue desarrollada en la Ley 678 de 2001, la cual tiene por objeto regular todo lo relacionado con sus aspectos sustanciales y procesales. Conforme lo indica el artículo segundo de tal Ley, la acción de repetición es de naturaleza civil y de carácter patrimonial; por lo que se entiende que la misma busca resarcir los daños económicos causados al Estado con la acción u omisión, dolosa o gravemente culposa, de sus agentes, sin que se pueda calificar como una acción sancionatoria; así lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C 957 de 2014 al señalar:

“(…) la responsabilidad patrimonial de la que habla la segunda parte del artículo 90 superior, no tiene un carácter sancionatorio, sino reparatorio [148] o resarcitorio[149], en la medida que lo que se busca con esa disposición, es que se reintegre al Estado el valor de la condena que éste tuvo que pagar como consecuencia del daño antijurídico causado a la víctima, imputable al dolo o la culpa grave del agente[150], a fin de proteger de manera integral el patrimonio público, ya que es por medio de este patrimonio, entre otros elementos, que se

obtienen los recursos para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho”.

Las características de esta acción han sido también objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia 44.845 del 03 de abril de 2018 proferida por la Sala Plena, en la cual se indicó que la acción de repetición tiene como una de sus características, la de ser una acción autónoma, de carácter obligatorio “que le compete ejercer exclusivamente al Estado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 constitucional”. De tal suerte, este mecanismo, se caracteriza por ser una acción resarcitoria o indemnizatoria, en tanto su objetivo es permitir que el Estado pueda recuperar los dineros que se vio obligado a cancelar con ocasión de una acción u omisión dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, trátase de un servidor público, de un exservidor público o un particular que ejerce o ejerció funciones públicas.

Otra característica de esta acción es el carácter subjetivo de la misma, esto implica que solamente se puede condenar a los servidores o exservidores públicos en la acción de repetición cuando la conducta del agente estatal que dio origen a la condena del Estado haya sido cometida a título de dolo o culpa grave, por lo que no pueden ser condenados los servidores públicos cuando no logre demostrar que sus actuaciones fueron negligentes, excluyendo en consecuencia, cualquier tipo de responsabilidad objetiva.

Los requisitos o presupuestos que deben cumplirse en aras de garantizar su ejercicio son, en primer lugar, la existencia de una condena impuesta, una conciliación celebrada o la presencia de cualquier mecanismo de solución de conflictos, en el cual el Estado haya debido desembolsar una suma de dinero a título de indemnización, en favor de su contraparte. En segundo lugar, que de dicha indemnización o pago por parte del Estado se haya producido con ocasión de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de uno de

sus agentes o de un particular en cumplimiento de funciones públicas. Y como tercer requisito, que el Estado haya pagado efectivamente la suma de dinero a la que fue condenado o a la que se haya obligado en la audiencia de conciliación o en cualquier otro acuerdo ajustado al ordenamiento jurídico.

La acción de repetición puede ser ejercida de manera autónoma o también puede ejercerse bajo la figura del llamamiento en garantía con fines de repetición, que también se encuentra consagrada en los artículos 19 y siguientes de la Ley 678 de 2001 y tiene como finalidad que cuando el Estado es demandado por un presunto daño causado a sus asociados, dentro de ese mismo proceso declarativo, éste pueda llamar en garantía al servidor público o particular que ejerza funciones públicas, frente a los que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad dolosa o gravemente culposa por los daños que se reclaman, con la finalidad de que, de resultar el Estado condenado, la condena se imponga también a este tercero llamado en garantía y, de esta manera, asegurar de una vez el resarcimiento del daño al patrimonio público.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DESDE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 678 DE 2001

La Jurisprudencia del Consejo de Estado es reiterativa en relación con los aspectos que deben acreditarse en el proceso de repetición, a fin de que, efectivamente se logre obtener una sentencia favorable al Estado.

Estas exigencias jurisprudenciales, en realidad corresponden a los mismos requisitos establecidos en la Ley 678 de 2001, los cuales deben acreditarse judicialmente a efectos de obtener un resultado favorable en la recuperación del patrimonio público. Al respecto, es importante recordar que esta acción procede cuando el Estado se ha visto obligado a pagar

a una suma de dinero como consecuencia de una condena judicial, de un acuerdo conciliatorio o de otro acuerdo logrado a través de cualquiera de los mecanismos legales utilizados como formas auto compositivas de terminación de los conflictos.

En este sentido, el Consejo de Estado en la Sentencia 20828 del 20 de septiembre de 2007 estableció:

“Puesto que en la acción de repetición la Administración obra en calidad de parte demandante, le incumbe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 177 del C. de P. C., probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue y, en consecuencia, al ejercer dicha acción, si en verdad existe, como siempre debe existir, el interés de que se despachen favorablemente sus pretensiones, tiene la carga de acreditar oportuna y debidamente:

- i) Que surgió para el Estado la obligación de reparar un daño antijurídico, bien sea por condena judicial debidamente ejecutoriada, por conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto;
- ii) Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, lo cual, desde luego, le causó un detrimento patrimonial.
- iii) La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor anterior;
- iv) Que el demandado, a quien debe identificar de manera precisa, es o fue agente del Estado, acreditando la calidad o cargo que tuvo;
- v) Que el demandado actuó con dolo o con culpa grave;
- vi) Que el daño antijurídico -referido en el primer numeral-, fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.

El pago total y efectivo efectuado por el Estado es uno de los primeros requisitos que deben acreditarse, teniendo en cuenta que es esta la manera de probar realmente el daño causado al Estado.

Otro de los elementos más importantes a acreditar en el proceso judicial de acción de repetición es el dolo o la culpa grave del servidor o ex servidor público o del particular

en ejercicio de funciones públicas, que dio origen a la condena en contra del Estado. Al respecto, el artículo 5 de la Ley 678 de 2001 establece 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 establece unas conductas según las cuales, el agente del Estado que incurra en ellas, hace presumir que su actuación fue dolosa, lo cual no obsta, para que el demandado en el proceso de repetición, pueda desvirtuarlas, ya que, como se indicó en acápites anteriores, la acción de repetición es subjetiva, lo cual implica abolir cualquier tipo de responsabilidad objetiva.

Seguidamente, el artículo 6 del mismo cuerpo normativo establece una definición de culpa grave, según la cual, “la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa de la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”.

Sin embargo, en la Sentencia 49520 del 12 de diciembre de 2019, proferida por la subsección A, de la sección tercera del Consejo de Estado, sobre el concepto de culpa grave, la Corporación explicó que:

La mera inobservancia de la ley o la Constitución no resulta suficiente para demostrar el hecho que le da base a la presunción, en este caso, la del numeral 1° artículo 6 de la Ley 678 de 2001, puesto que resulta necesario, además, que aquel menoscabo tenga la característica de ser manifiesto e inexcusable, toda vez que no cualquier desconocimiento normativo implica la configuración de la causal.

[]

“sólo la torpeza absoluta del funcionario, o aquellos desaciertos que no pueden excusarse, es decir los que no tengan razón válida alguna que puedan exonerarlo o disculparlo, comprometen al juez o magistrado”.

En efecto, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del numeral primero del artículo 6 de la Ley 678 de 2001 –culpa grave-, fue enfática en mencionar que no cualquier error podía comprometer la responsabilidad de un agente estatal, puesto que el yerro debía ser manifiesto e inexcusable

Es de resaltar que, ni aún en los casos en los que el Estado haya sido condenado judicialmente y en la misma sentencia se haya señalado que la condena se debió a una conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, la Entidad pública no se exonera de demostrar el dolo o la culpa grave ante el Juez de la repetición, so pena de que sean negadas sus pretensiones.

La Ley 678 de 2001, en su artículo 5°, establece unas circunstancias taxativas en las cuales se presume que el agente del Estado que incurra en las mismas, actuó con dolo:

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.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

El servidor público que por incurrir en una causal de estas, genere que la Entidad pública se vea obligada a pagar una suma de dinero, se presume que actuó con dolo y en ese sentido estará obligado a reintegrar al Estado la suma de dinero que éste debió pagar. No obstante, tal presunción admite ser desvirtuada por el agente estatal llamado en repetición. En todo caso, a la entidad pública no le bastará afirmar que el agente incurrió en una de estas causales, sino que deberá probar la incursión en la misma.

Algo similar ocurre con el artículo 6° del mismo estatuto, en el cual se establecen unas presunciones de culpa grave, al enunciar que incurre en ella quien actúe con:

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.
4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

No obstante, se reitera, la Entidad pública, en el proceso de repetición, debe encaminar su labor, a demostrar que la acción u omisión del agente estatal está incurra dentro de una de las conductas indicadas, lo cual también puede ser desvirtuado por el agente estatal.

IV. LAS POSIBLES RAZONES DE LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

Revisada y analizada la Jurisprudencia del Consejo de Estado, se evidencian una gran cantidad de Sentencias en las cuales se niegan las pretensiones de las demandas incoadas por las Entidades Públicas en los procesos de acción de repetición en contra de los agentes estatales, por conductas que conllevaron a que el Estado fuera condenado o se viera obligado a pagar una suma de dinero a un administrado.

Por tales razones se cuestiona ¿Cuál es la razón de la poca efectividad de la acción de repetición en el ámbito judicial? Al respecto, y como ya se indicó, las decisiones del

máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, evidencian una serie de situaciones que imposibilitan el éxito de tales pretensiones.

Se evidencia, por ejemplo, debilidad o inactividad probatoria por parte de los representantes judiciales de las entidades, esto es, respecto de la demostración del dolo o la culpa grave del agente estatal, aspecto que resulta de vital importancia, al constituir el elemento subjetivo calificado para la prosperidad del medio de control.

En menor medida, dentro de los procesos que fueron iniciados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, cuando no se requería la constancia del pago de la condena como requisito de procedibilidad, se evidenciaron falencias en punto a la falta de acreditación de tal pago en el trámite del proceso; arrojando como resultado, la desestimación de las súplicas de las demandas.

Finalmente, se ha advertido que el porcentaje de acciones de repetición incoadas por las entidades estatales, previo aval de los comités de conciliación y defensa de las mismas, es irrisorio, comparado con el alto índice de condenas impuestas en procesos de Reparación Directa, Nulidad y Restablecimiento del Derecho y Controversias Contractuales.

Se reitera, en la actualidad, dentro de los procesos de repetición, la entidad pública accionante está obligada a demostrar el dolo o la culpa grave en la que incurrió el agente estatal y que como consecuencia de ello el Estado se vio obligado a pagar una indemnización a un ciudadano. La demostración de esta conducta es un requisito *primordial* para que se pueda acceder en la sentencia a lo solicitado por el Estado. No obstante, es importante recordar que el medio de control de repetición es un proceso autónomo e independiente aquél en el cual se le impuso al Estado la carga de pagar una

indemnización. Ello significa entonces que, si bien las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad del Estado son importantes, pues de allí se deriva el título a favor del Estado para iniciar la acción de repetición, al ser éste un proceso autónomo e independiente se debe demostrar en el mismo, este aspecto subjetivo.

Recuérdese que el proceso de repetición se habilita cuando el Estado haya reconocido una indemnización proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. Cuando el reconocimiento indemnizatorio se plasma en una conciliación, no se establece allí normalmente el ánimo subjetivo del agente estatal en la causación del daño, sino que solamente se hace el reconocimiento de la indemnización como consecuencia de una acción u omisión generadora de un daño, en cabeza del Estado como ente abstracto. Por lo que, en este caso, toda vez que no se ha cuestionado en dicho proceso, la conducta del agente estatal en la comisión de la acción constitutiva del daño, es claro para las entidades públicas que es en el proceso de repetición donde se examinará, o mejor, donde la entidad pública demandante deberá demostrar el dolo o la culpa grave con la que actuó la persona que estaba al servicio del Estado.

El problema, a nuestro juicio, radica en que los funcionarios que ejercen la defensa de las Entidades públicas consideran que no están obligadas a demostrar este aspecto subjetivo, por presumir que el mismo ya quedó evidenciado o probado por el Juez de la responsabilidad.

Sin embargo, no basta con señalar o afirmar que en el proceso de la responsabilidad se evidenció que el agente estatal actuó con dolo o culpa grave, sino que deberá realizarse todo el esfuerzo probatorio en el proceso de repetición para acreditar el mismo.

A manera de ejemplo, se trae a colación la sentencia 54681 del 10 de febrero de 2021, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual se decidió la demanda instaurada contra un ex servidor público y, en cuyo libelo se señaló que en el proceso de la responsabilidad se había afirmado que tal funcionario había actuado con desviación de poder, concluyendo el Juez de la repetición:

De lo anterior puede deducirse que el decreto No. 190 del 12 de septiembre de 1996, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de Mario Hernando Rodríguez Mejía en el cargo de jefe de compras, persiguió razones diferentes del buen servicio público, pues las declaraciones de los testigos logran aportar los elementos de convicción de los cuales se desprende que las razones que llevaron al nominador a retirar al funcionario no propendían a mejorar el servicio público>>>.

Con la copia de la anterior decisión no se acredita que el daño hubiese sido causado con la conducta dolosa o gravemente culposa del agente demandado. No se evidencia que éste hubiese desvinculado al trabajador con el ánimo de causar un daño o que hubiese obrado con una negligencia tal que pudiera presumirse tal intención.

Con esto se evidencia como a pesar de que el Juez de la responsabilidad manifieste que la conducta del agente es reprochable por haber actuado con desviación de poder, el Juez de la repetición no está sometido o no le es vinculante dicha valoración judicial, sino que deberá la entidad pública en este proceso demostrar ese dolo o culpa grave, al margen de lo que se haya decidido en el proceso de responsabilidad del Estado.

También se indicó en la sentencia precitada:

La entidad demandante no podía pretender acreditar la culpabilidad del demandado simplemente con las consideraciones de la sentencia de condena. Por el contrario, tenía a su cargo la obligación de demostrar la culpa grave del demandado; debía ofrecer pruebas que evidenciaran que al declarar insubsistente al trabajador el demandado obró con el ánimo de causarle un perjuicio (conducta dolosa) o que su conducta estuvo acompañada de una negligencia tan extrema que permita deducir tal intención. La prueba testimonial que se practicó a instancias de la entidad demostró todo lo contrario: que el demandado declaró insubsistente al empleado para mejorar el servicio, pues el señor Mario Hernando Rodríguez Mejía no cumplía con sus

labores y daba lugar a que se presentaran constantes quejas sobre el desempeño de su labor. Esto fue plenamente probado por el demandado.

La Sala concluye entonces que la entidad demandante no demostró que la condena judicial impuesta hubiera sido consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa del demandado, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sobre la falta de efectividad de la acción de repetición también es importante mencionar que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, cuando la acreditación del pago se podía hacer durante el período probatorio del proceso y no, como actualmente, en calidad de requisito de procedibilidad, las Entidades Públicas no dirigían sus esfuerzos probatorios para acreditar el pago de la indemnización, pues, es así como se estaría demostrando el daño sufrido por la Entidad.

Lo anterior, salta a la vista, por ejemplo en el trámite de un proceso en el cual se pretendió demostrar el pago (lo que corresponde al daño causado) a través de unas copias simples, al respecto, en la sentencia 20828 del 20 de septiembre de 2007, indicó el Consejo de Estado:

Respecto del valor probatorio de los documentos que son allegados al proceso, el artículo 253 del C. de P. C., determina que *“se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento”*. Por su parte, el artículo 254 del mismo cuerpo normativo establece los casos en los cuales las copias tienen el mismo valor probatorio del original:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

*3. Cuando sean **compulsadas del original o de copia autenticada** en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa”.*

Sobre el particular esta Corporación ha sostenido que *“la ley le da a las copias un valor probatorio similar al del documento original, pero, como es obvio, **la diligencia que da fe de que la copia que se sella corresponde al documento original o a una copia debidamente autenticada**, debe ser cumplida directamente por el funcionario autenticante, sin que pueda suplirse con la adjunción de una simple copia con la atestación original referida. En otros términos, toda copia debe tener un sello de autenticación propia para poder ser valorada como el documento original”.*

Las referidas normas del C. de P. C., resultan aplicables a los procesos que cursan ante esta Jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 168 y 267 del C.C.A., y de ellas se desprende que las copias simples o las *“**fotocopias tomadas de fotocopia**”* aportadas al proceso carecen por completo de mérito probatorio.

Por tanto, puesto que los documentos aportados en el presente asunto respecto de un hecho trascendental -como el pago efectivo de la obligación que surgió para el Estado a raíz de una sentencia debidamente ejecutoriada y cuyo monto se pretende repetir- carecen de valor probatorio, habrá de concluirse que la parte demandante, no logró acreditar el daño que, mediante el proceso que ocupa la atención de la Sala, pretende repetir.

Lo expuesto permite concluir que la falta de efectividad de la acción de repetición responde a una deficiente actuación probatoria por parte de la entidad pública demandante.

Sumado a lo anterior, también se mencionó con anterioridad el fenómeno de la no iniciación de los procesos de repetición por parte de las entidades públicas. Al respecto, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presentó el informe de litigiosidad del tercer trimestre del 2021, del cual se puede extraer que el Estado colombiano tiene 329.373 procesos activos donde éste es parte, por un valor de \$440 billones. De ese total, el Estado es demandante en 31.147 procesos por un valor de \$17,5 billones. De este último total, los procesos de acción de repetición son 2.150 por un valor de \$0,9 billones de pesos.

Esta relación entre los procesos que tiene en contra el Estado y el valor de los mismos, comparado con aquellos en los que el Estado ejerce la acción de repetición y el valor de los mismos implica que solamente en el 0,65 por ciento y el valor que pretende recuperar corresponde al 0,2 por ciento del dinero que se ve obligado a pagar.

Con el agravante que, de ese 0,65 por ciento de procesos de repetición el porcentaje de éxito de las pretensiones por no acreditación del elemento subjetivo, es amplio; dando como resultado, a nuestro parecer, un gran detrimento del erario público.

En consonancia con la debilidad probatoria, se considera que esto obedece a que realmente no hay un interés de las entidades públicas en adelantar este tipo de procesos, y en vista de la exigencia contenida en el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, la misma se ejercita casi exclusivamente, con el fin de acreditar una formalidad ante los órganos de control fiscal y disciplinario. Sin embargo, el deber de adelantar este tipo de procesos no se cumple con la simple presentación de la demanda, sino que se requiere una buena defensa jurídica del Estado a fin de llevar a feliz término estos procesos. Si bien la labor del abogado es de medios y no de resultados, si se evidencia poca diligencia en la tramitación de los casos referenciados.

V. CONCLUSIONES

La acción de repetición es una acción civil, la cual tiene por objeto que el Estado pueda recuperar aquellos dineros a los cuales se vio obligado a pagar por acciones dañosas generadas por sus agentes, a saber, servidores públicos, ex servidores públicos y personas particulares que ejercen o ejercieron funciones públicas. Sin embargo, no siempre que hay

una condena en contra del Estado se puede repetir en contra de sus agentes, sino que se requiere que la actuación personal pueda calificarse como una conducta dolosa o gravemente culposa.

El dolo y la culpa grave están definidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 como el querer la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado y cuando la conducta es consecuencia de una infracción directa a la constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones respectivamente. Así mismo, dicho artículo establece unas presunciones de dolo y culpa grave.

Para asegurar al menos un porcentaje de éxito, el Estado debe acreditar 1) que se vio obligado a pagar una indemnización, 2) que dicho pago ya se efectuó, 3) que tal reconocimiento indemnizatorio se efectuó por la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes y 4) que la acción se está adelantando dentro del término legal establecido para ello.

No obstante, una vez los procesos llegan a la jurisdicción, en gran medida, no superan el análisis del dolo o culpa grave del agente estatal, ya que no se despliega por parte de la Entidad demandante la actividad probatoria que le permitan al Juez de la repetición la convicción de que el daño ocasionado al Estado se debió a la actuación ilegal del servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas.

También sucede que no logra el Estado demostrar al Juez, el daño ocasionado, ello en atención a la poca diligencia que se le presta a este tipo de procesos. Lo cual puede obedecer en gran medida al poco interés de las entidades públicas en adelantar este tipo de

procesos, y la necesidad de hacerlo por cumplir formalmente con dicha obligación ante los entes de control tanto fiscal como disciplinarios.

REFERENCIAS BLIBLIOGRÁFICAS

Congreso de la República de Colombia (03 de agosto de 2001). Ley 678.

Congreso de la República de Colombia (18 de enero de 2011). Ley 1437. Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 142.

Diario Oficial N° 47956. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#14

[2](#)

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (03 de abril de 2018).

Sentencia 44.845 (Consejera Ponente Rocío Araujo Oñate). Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85860#:~:text=La%20acci%C3%B3n%20de%20repetici%C3%B3n%20se,una%20condena%20de%20la%20jurisdicci%C3%B3n>

[e%20la%20jurisdicci%C3%B3n](#)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (20 de

septiembre de 2007). Sentencia 20828 (Consejero Ponente Mauricio Fajardo

Gómez).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A

(12 de diciembre de 2019). Sentencia 49520 (Consejera Ponente María Adriana

Marín).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B (10 de febrero de 2021). Sentencia 54681 (Consejero Ponente Martín Bermúdez Muñoz).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A (19 de julio 2018). Sentencia 54.845 (Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico). Recuperado de

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88619>

Constitución Política de Colombia (1991), artículo 90. Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#90

Corte Constitucional, Sala Plena (12 de abril de 2000). Sentencia C – 430 de 2000. (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-430-00.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (31 de enero de 2001). Sentencia C- 100 de 2001. (Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-100-01.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (04 de abril de 2002). Sentencia C- 233 de 2002. (Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-233-02.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (12 de junio de 2002). Sentencia C – 455 de 2002. (Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-455-02.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (25 de junio de 2002). Sentencia C – 484 de 2002.

(Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra). Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-484-02.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (03 de mayo de 2006). Sentencia C – 338 de 2006.

(Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-338-06.htm>

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Documents/Informe_Litigiosidad_tercer_trimestre-DDJI-DG8_311021a.pdf