



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



ANÁLISIS CUANTITATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

DIRECCIÓN DE POLÍTICAS Y ESTRATEGIAS

2018



ANÁLISIS CUANTITATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Contenido

Introducción	3
1. Contexto normativo y requisitos de procedencia de la acción de repetición	5
2. Demandas interpuestas por las entidades públicas del orden nacional por acción de repetición	7
2.1. Número de procesos y valor de las pretensiones.....	7
2.2. Procesos terminados	10
3. Procesos terminados y fallados a favor: recuperación del recurso ..	12
4. Análisis jurisprudencial	14
4.1. Falta de la prueba del pago	15
4.2. Falta de prueba de la existencia de dolo o culpa grave.....	18
4.3. Caducidad	21
5. Conclusiones	24



ANÁLISIS CUANTITATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Introducción

La acción de repetición es el medio de control mediante el cual las entidades públicas que hayan sido condenadas a la reparación patrimonial de un daño antijurídico causado por acción u omisión de alguno de sus agentes (también ex agentes y particulares que cumplen o cumplían funciones públicas), pueden solicitar a estos el reintegro de lo cancelado producto de una sentencia, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto de carácter indemnizatorio en contra de los intereses del Estado, siempre que el daño haya sido ocasionado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de los agentes.

Con el fin de determinar la efectividad de la acción de repetición como mecanismo de recuperación de recursos, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-ANDJE realizó un análisis cuantitativo y cualitativo encaminado a conocer: *(i)* el uso y aplicabilidad de la acción de repetición; *(ii)* el monto recuperado en el caso de los fallos favorables al Estado; y *(iii)* ante los casos desfavorables, las causas por las cuales se niegan las pretensiones de las demandas. El presente documento contiene los resultados del análisis realizado y se encuentra organizado en cinco capítulos posteriores a esta introducción.

El primer capítulo presenta el contexto normativo que regula la acción de repetición, estableciendo los aspectos sustanciales y los requisitos de procedencia de este medio de control; el segundo contiene la descripción de los 1.664 procesos interpuestos durante el periodo 2012-2017 por las entidades públicas del orden nacional y contenidos en la base de datos del Sistema Único de Gestión de Información de la Actividad Litigiosa del Estado-eKOGUI¹. El tercer capítulo presenta los resultados de una encuesta realizada a entidades públicas con procesos terminados y fallados a favor, donde se indagó sobre el monto que se ha logrado recuperar a través de este medio de control. El cuarto contiene el análisis jurisprudencial de 53 sentencias

¹ La base de datos utilizada tiene corte a 31 de agosto de 2017.



desfavorables proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado entre los años 2014 y 2017, presentando una descripción de las razones por las cuales el Consejo de Estado niega las pretensiones de las demandas. El quinto capítulo presenta las conclusiones de los análisis realizados.



1. Contexto normativo y requisitos de procedencia de la acción de repetición

La acción de repetición actualmente se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual señala que en caso que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes podrá repetir contra aquel. Igualmente, está regulada en la Ley 678 de 2001 *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”* que desarrolló los aspectos sustanciales y procesales del medio de control.

Igualmente, la acción de repetición fue contemplada en el artículo 4º numeral 7 de la Ley 80 de 1993, en el artículo 72 de la Ley 270 de 1996 y en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011. De manera adicional y según la fecha en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto, pueden ser aplicables los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y el artículo 63 del Código Civil.

Como toda acción regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, la acción de repetición está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos de procedencia, como por ejemplo, la caducidad, la legitimación en la causa, la competencia, entre otros; sin embargo, adicional a ellos, el artículo 2º de la Ley 678 de 2001 al definir la acción de repetición previó que ésta debía ejercerse en contra del servidor, ex servidor o particular investido de función pública, que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya ocasionado un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

Las entidades que promuevan la acción de repetición tienen la obligación de probar, además de los requisitos generales de toda demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que: (i) existió una condena judicial o un acuerdo conciliatorio que le impuso a la entidad estatal el pago de una obligación de carácter indemnizatorio; (ii) la entidad realizó el pago; (iii) el demandado tiene o tenía la calidad de agente, ex agente o particular investido



con funciones públicas; y (iv) la condena impuesta al Estado tuvo origen en el actuar doloso o gravemente culposo del agente, ex agente o particular investido con funciones públicas.

Frente a estos requisitos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que *“los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición”*.²

En este sentido, quien promueva la acción de repetición está en el deber de identificar cuál es el marco legal que rige su solicitud, de ahí la importancia de la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, pues de ello depende qué criterio de dolo o culpa grave se aplica y si son procedentes las presunciones que contempla la Ley 678 de 2001.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 05001-23-31-000-2010-00223-01(55025) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia No. 20001-23-31-000-2009-00366-01(45413) del 30 de marzo de 2017 (M.P. Ramiro Pazos Guerrero). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 25000-23-26-000-2001-02839-01(28684) del 23 de julio de 2014 (M.P. Hernán Andrade Rincón (E)). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 25000-23-26-000-2002-01882-01(41232)A del 22 de febrero de 2017 (M.P. Hernán Andrade Rincón). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 11001-03-26-000-2008-00104-00(36162) del 28 de septiembre de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E)).



2. Demandas interpuestas por las entidades públicas del orden nacional por acción de repetición

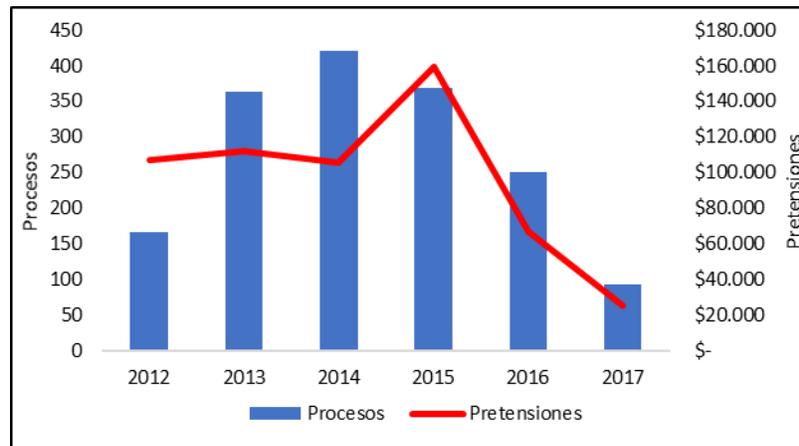
Este capítulo presenta la descripción de los procesos de acción de repetición contenidos en la base de datos e-KOGUI³. Es importante mencionar, que los análisis corresponden a los datos reportados por las entidades, por lo que es posible que la información esté incompleta y no corresponda al universo total de acciones de repetición que cursan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; en ese sentido, lo presentado a continuación es útil como estudio de caso.

2.1. Número de procesos y valor de las pretensiones

De los 11.635 procesos en los cuales las entidades públicas del orden nacional tienen legitimación en la causa por activa, y que están registrados en el Sistema Único de Gestión de Información de la Actividad Litigiosa del Estado e-KOGUI durante el periodo 2012-2017, 1.664 registros entre activos y terminados corresponden a demandas por acción de repetición en contra de agentes, ex agentes o particulares que cumplen o cumplían funciones públicas, por un valor de pretensiones de \$575.788 millones. El gráfico 1 presenta la evolución de estos procesos y el valor de pretensiones registrados por año.

³ La base de datos utilizada tiene corte a 31 de agosto de 2017.

Gráfico 1. Número de demandas y valor de pretensiones por acción de repetición según año de admisión



Fuente: e-KOGUI. Agosto 31 de 2017.

En los años 2012 a 2014 se presenta una tendencia creciente en el número de procesos registrados; sin embargo, se advierte que el aumento de casos durante este periodo puede obedecer a la migración masiva de información de entidades que no reportaban al sistema e-KOGUI y no al aumento de demandas admitidas en este periodo. Esta tendencia creciente cambia a partir del año 2015, donde se registra una disminución de procesos con respecto a los años anteriores.

Respecto al monto de las pretensiones de los procesos admitidos, las cifras refieren una volatilidad relativamente alta, esto se deduce de las oscilaciones que año a año estas presentan, pues van de \$107.149 millones en 2012 a \$66.957 millones en 2016, pasando por \$159.127 millones en 2015.

En relación con el lugar donde se admiten las demandas, Bogotá registra la mayor concentración con 500 procesos, seguido de Antioquia y Cundinamarca con 218 y 73 procesos respectivamente. En pretensiones, Bogotá representa el 23% del total de pretensiones con \$131.492 millones, Cundinamarca el 17% con \$99.310 millones y Antioquia el 12% con \$73.595 millones.

En cuanto al número de procesos por entidad, estos están concentrados en el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Policía Nacional. Las demás entidades que se agrupan en la categoría otras presentan menos de 50 procesos cada una.



Tabla 1. Número de procesos por acción de repetición según entidad

Entidad	Procesos
Ministerio de Defensa Nacional	580
Ministerio de Relaciones Exteriores	243
Dirección General de la Policía Nacional	155
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario	104
Otras	582
Total	1.664

Fuente: e-KOGUI. Agosto 31 de 2017.

Sin embargo, por valor de pretensiones, vale la pena resaltar que el Ministerio de Defensa Nacional representa las pretensiones más altas al sumar \$217.101 millones lo cual representa el 37% de las pretensiones totales, seguido del Ministerio de Transporte con pretensiones de \$65.804 millones que equivalen al 11% de las pretensiones totales.

Tabla 2. Suma de pretensiones por acción de repetición según entidad (cifras en millones de pesos)

Entidad	Pretensiones (\$)
Ministerio de Defensa Nacional	217.101
Ministerio de Transporte	65.804
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario	49.715
Dirección General de la Policía Nacional	36.923
Ministerio de Relaciones Exteriores	35.753
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	12.239
Instituto Nacional de Vías	11.729
Otras	146.525
Total	575.788

Fuente: e-KOGUI. Agosto 31 de 2017.

De los 1.664 procesos, 1.560 están activos con intención de recuperar una suma de \$522.583 millones y 104 procesos están terminados con pretensiones de \$53.205 millones, tal como se describe en la siguiente tabla.

Tabla 3. Número de procesos y valor de pretensiones (en millones de pesos)

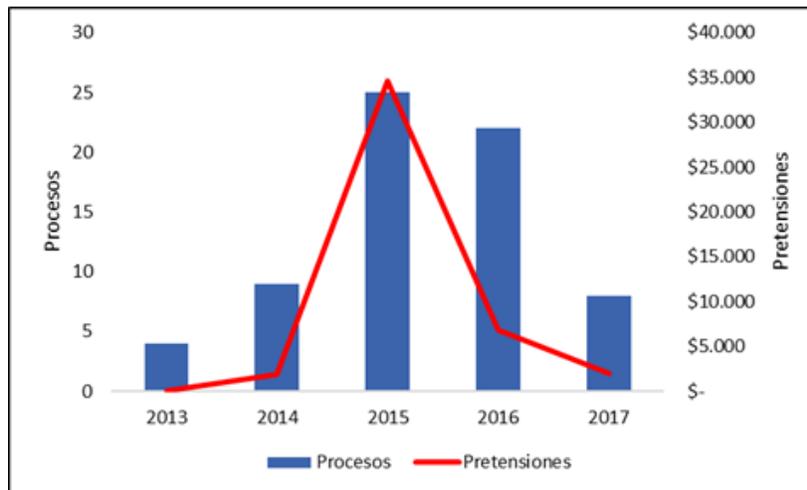
Estado procesos	Procesos	\$ Pretensiones
Activo	1.560	522.583
Terminado	104	53.205
Total	1.664	575.788

Fuente: e-KOGUI. Agosto 31 de 2017.

2.2. Procesos terminados

El 2015 es el año en que más procesos registran terminados con 25 procesos por valor de \$34.581 millones. No obstante, como se advirtió anteriormente, este fenómeno puede obedecer a la migración masiva de información e inclusión de nuevas entidades en el sistema y no necesariamente al aumento de demandas admitidas y terminadas durante el periodo analizado.

Gráfico 2. Año de finalización de procesos por acción de repetición



Fuente: e-KOGUI. Agosto 31 de 2017.

Si bien la base de datos de e-KOGUI registra el fallo de los procesos terminados, es importante mencionar que en una proporción considerable de procesos no hay información sobre el sentido del fallo. Para el caso de la acción de repetición, de los 104 procesos registrados como terminados, 69 cuentan



con información del sentido de fallo final, de estos, el Estado fue favorecido en el 33,3% de los casos con pretensiones de \$7.936 millones, mientras que los procesos desfavorables representan el 66,7% y suman pretensiones por \$37.555 millones de pesos.

Tabla N.4 Número de procesos terminados según sentido de fallo y pretensiones
(pretensiones en millones de pesos)

Sentido de fallo	Procesos	Pretensiones (\$)
Desfavorable	46	37.555
Favorable	23	7.936
Sin fallo	35	7.714
Total	104	53.205

Fuente: e-KOGUI. Agosto 31 de 2017.

En síntesis, teniendo en cuenta que, del total de procesos interpuestos por las entidades públicas del orden nacional durante el periodo 2012-2017, solamente el 14% corresponde a acciones de repetición, y que, de los procesos terminados con fallo, el 66,7% son desfavorables al Estado (estos procesos tenían como intención de recuperar, según sus pretensiones, \$37.555 millones), se puede concluir que el uso de la acción de repetición como medio de control para recuperar el recurso público es ineficiente e ineficaz.

El siguiente capítulo presenta los resultados de una encuesta realizada a una muestra de entidades públicas con procesos terminados y fallados a favor, donde se indagó sobre el valor que se ha logrado recuperar por medio de la acción de repetición.



3. Procesos terminados y fallados a favor: recuperación del recurso

Para reconocer el valor promedio de recuperación por medio de la acción de repetición, se seleccionaron las siguientes entidades con procesos terminados y fallados a favor durante el periodo 2013-2017:

- Contraloría General de la Republica
- Ecopetrol S.A.
- Fiscalía General de la Nación
- Ministerio de Defensa Nacional
- Ministerio de Justicia y del Derecho

A estas entidades se les preguntó en relación con los procesos de interés: (i) ¿cuál fue el valor de las condenas?; (ii) si ya fueron pagados los valores reconocidos judicialmente; (iii) ¿cuánto se recuperó?; y (iv) respecto a los valores que aún no han sido pagados ¿si existe acuerdo de pago?

Sobre lo anterior, las entidades entrevistadas manifestaron que no se ha registrado el pago de la condena por parte del agente, ex agente o particular investido de funciones públicas a favor de la entidad, por lo cual, algunas de las entidades mencionadas han iniciado procesos ejecutivos contra el demandado, tal como se describe a continuación:

- Contraloría General de la República con un proceso fallado a favor y por un valor aproximado de \$1.937 millones. La entidad inició proceso de ejecutivo contra el demandado.
- Ministerio de Justicia y del Derecho con dos procesos finalizados. Uno por pretensiones iniciales de \$51,2 millones y valor reconocido en la sentencia de repetición de \$56,3 millones. El otro proceso con valor pretendido de \$5,4 millones y reconocido en la sentencia de \$9,9 millones. Inició proceso ejecutivo contra los demandados.
- Ecopetrol con un proceso cuya condena fue igual a las pretensiones originales de la demanda, esto es, \$5,2 millones. Inició proceso ejecutivo contra el demandado.



En conclusión, la recuperación de recursos patrimoniales a través de la acción de repetición, no se garantiza con el hecho de interponer la demanda por acción de repetición y el fallo favorable, pues las entidades deben recurrir a procesos ejecutivos, lo cual, tampoco asegura que se vaya a recuperar lo fijado en la sentencia de repetición, toda vez que en algunos casos los demandados no cuentan con la solvencia económica para hacer efectivo el pago.

De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que según los resultados de la consultoría para la evaluación económica costo-beneficio de la gestión de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, un proceso cuesta aproximadamente \$2.150.629, puede resultar más costoso interponer una acción de repetición que lo que se logra recuperar a través de ella si el demandado resulta insolvente. Esto es confirmado por una funcionaria de las entidades consultadas que menciona: *"en general son procesos en los que el recurso no se recupera, de recuperarlo no es un porcentaje representativo, pues es más costoso hacer el proceso. Los abogados que se destinan para interponer la acción de repetición dejan de litigar en otro tipo de procesos, lo que afecta la defensa de la entidad"*.

Con ocasión de lo señalado, se recomienda a las entidades que promueven la acción de repetición analizar la posibilidad de presentar con la demanda la solicitud de las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro o la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro, las cuales se resolverán antes de la notificación del auto admisorio de la demanda y se someterán a las reglas establecidas por el Código General de Proceso, artículos 593 y 595, según lo dispone el artículo 23 de la Ley 678 de 2001. Se advierte que para hacer efectiva estas medidas, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado y para su procedencia, debe acreditarse sumariamente el dolo o la culpa grave del agente demandado.



4. Análisis jurisprudencial

A continuación, se presentan las razones que han llevado al Consejo de Estado a negar las pretensiones de las demandas interpuestas por acción de repetición. Para tal fin se realizó un análisis jurisprudencial de 53 sentencias desfavorables proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado entre los años 2014 y 2017. La mayoría de las sentencias analizadas no corresponden a los procesos reportados en e-KOGUI como finalizados, sino en general a procesos que se encontraban en el portal web del Consejo de Estado.

Una vez analizada la información se encontró que las entidades no están logrando probar todos los requisitos de procedencia para la interposición de la acción de repetición, lo cual ha llevado al Consejo de Estado a afirmar que muchas acciones de repetición se promueven más por cumplir una exigencia constitucional y legal para evitar una sanción disciplinaria que por la convicción de su procedencia.

Puntualmente, dicha Corporación ha sostenido que “(...) llama la atención de la Sala la notable negligencia de la defensa judicial de la entidad demandante al no haber probado el actuar aparentemente culposo y doloso que predicaba su demanda respecto del señor Diego Herrera Corredor como Director de la E.S.E. Hospital San Cayetano de Marquetalia –Caldas, actitud que demuestra la falta de interés y decidía) (SIC) de la entidad pública demandante en sacar adelante las pretensiones de su demanda y solo se limita a cumplir con la presentación de una demanda para así supuestamente acatar el requisito exigido por la ley”⁴.

Con ocasión de la falta de rigor para promover la acción de repetición, el Consejo de Estado ha realizado llamados de atención a las entidades demandantes por su actuar descuidado y poco diligente al no probar los requisitos esenciales de procedencia de tal acción, lo cual “genera desgaste y congestión en la administración de justicia, poca efectividad en el cumplimiento de la finalidad de la acción y en algunos casos, podría llegar a configurarse un detrimento patrimonial del erario público por la sumas pagadas y no recuperadas y adicionalmente, por los costos administrativos generados

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 17001-23-33-000-2012-00068-01(49187) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio).



*por la interposición de la demandas, solo para dar cumplimiento a un mandato legal*⁵.

Con base en el análisis jurisprudencial se tiene que existen dos (2) razones predominantes por las que se están perdiendo las acciones de repetición: (i) la falta de prueba del pago efectivo realizado por la entidad, y (ii) la falta de prueba de la existencia del dolo o de la culpa grave, por lo cual no es posible declarar la responsabilidad del agente, ex agente o particular que cumple o cumplía funciones públicas. Igualmente se observaron algunos casos, no tan recurrentes, en los que se niegan las pretensiones de las demandas porque operó el término de caducidad de la acción.

4.1. Falta de la prueba del pago⁶

El Consejo de Estado ha señalado que para acreditar el pago realizado por la entidad demandante en un proceso de acción de repetición no es suficiente presentar los documentos emanados por sus propias dependencias como, por ejemplo, la resolución que autoriza el pago, si en estos no consta la manifestación del acreedor o beneficiario de que recibió el pago a satisfacción. Lo anterior, dado que con tales documentos sólo se prueban las gestiones internas realizadas por la entidad para realizar el desembolso, pero no que efectivamente se haya realizado el mismo⁷.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia No. 20001-23-31-000-2009-00366-01(45413) del 30 de marzo de 2017 (M.P. Ramiro Pazos Guerrero). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 17001-23-33-000-2012-00068-01(49187) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 05001-23-31-000-2001-03864-01(45038) y 05001-23-31-000-2002-01544-01(44759) (acumulados) del 23 de marzo de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico). En este caso la entidad demandada aportó como pruebas para acreditar el pago la Resolución No. 4774, expedida el 31 de diciembre de 1999, por medio de la cual se dio cumplimiento al acuerdo conciliatorio en la cual se precisó que el dinero se pagaría al apoderado de los beneficiarios y que verificarían que el apoderado o beneficiario otorgaran el paz y salvo. Igualmente, el comprobante de egreso No. 1628, en el cual aparecen discriminados los valores a pagar. En similar sentido fueron decididos los siguientes casos: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 05001-23-31-000-2005-07067-01(47344) del 17 de agosto de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 11001-03-26-000-2009-00021-00 (36436)A del 30 de agosto de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico).

⁷ *“La documentación que se arrió a la actuación no deja duda de que se adelantaron los trámites para efectuar su desembolso, pero esto no es, en sí mismo, sinónimo de que los acreedores se hicieron a él. Circunstancia que, según la jurisprudencia de esta Corporación, no se demuestra con la sola afirmación del deudor, estrategia a la cual acudió la CAR, a través de los mencionados documentos”* Consejo de Estado,



Así lo señaló, al resolver una acción de repetición en la que el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional buscaban que un agente de la policía les devolviera lo que habían cancelado con ocasión de un acuerdo conciliatorio "(...) *para acreditar el pago no bastaba con que la entidad demandante aportara documentos emanados de sus propias dependencias que ordenaban el pago de una suma de dinero, si en ellos no consta la manifestación expresa del acreedor o beneficiario de haberlo recibido a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza –se insiste– acerca de la extinción de la obligación*"⁸. El documento presentado para acreditar el pago fue copia auténtica de la resolución por la cual se daba cumplimiento a una conciliación.

En similares términos se refirió al pronunciarse frente a una acción de repetición presentada por la Nación-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, en la cual advirtió que "*Los documentos aportados no son suficientes para demostrar el pago efectivo de la condena judicial proferida en el proceso de reparación directa, porque no se demostró que la consignación se hubiere efectuado, que el beneficiario de la misma la hubiera recibido, amén de que en dicha orden de pago el acápite correspondiente a la "confirmación con el beneficiario" aparece en blanco. (...) debió aportarse el paz y salvo suscrito el apoderado judicial del demandante en el proceso de reparación directa con los correspondientes soportes, especialmente el poder especial con la facultad expresa de recibir; lo anterior, con miras a brindar certeza sobre el efectivo cumplimiento de la obligación de condena*"⁹. En este caso la entidad demandada como sustento del pago presentó copias auténticas de: i) resolución mediante la cual el Director Ejecutivo de Administración Judicial ordenó el pago, ii) orden de pago emitida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y ii) comprobante de pago.

No obstante, la postura jurisprudencial señalada es aplicable siempre y cuando la demanda se haya interpuesto en vigencia del Código Contencioso

Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 25000-23-26-000-2009-00227-01(46875) del 19 de julio de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico).

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 05001-23-31-000-1999-00277-01 (44818) del 12 de octubre de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico).

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 11001-03-26-000-2008-00104-00(36162) del 28 de septiembre de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E)). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 25000-23-26-000-2005-01412-01(42268) del 28 de septiembre de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico)



Administrativo (Decreto 01 de 1984), toda vez que la Ley 1437 de 2011, que entró a regir el 2 de julio de 2012, para solucionar los inconvenientes que se venían presentando frente a la acreditación del pago como requisito de procedibilidad de la acción de repetición señaló que *“el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño”*¹⁰.

Tal interpretación se puede colegir, igualmente, del siguiente extracto de la sentencia No. 25000-23-26-000-2009-00227-01(46875), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico quien afirmó que: *“No constituye prueba del pago de una condena la existencia de documentos emitidos por la entidad que así lo indiquen, pues se requiere, además, la evidencia de que el beneficiario lo recibió a satisfacción, aspecto del cual carece el expediente. Esta postura debe entenderse respecto de las demandas de repetición que se interpusieron en vigencia del Código Contencioso Administrativo, como sucede en este caso.”* (Subrayado fuera del texto)

De hecho, todas las demandas de repetición utilizadas como insumo para este análisis en las cuales se negaron las pretensiones porque la entidad sólo aportó documentos proferidos por ella, como la resolución de autorización de pago, son anteriores a la fecha en que entró a regir la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

En conclusión, podría afirmarse que si bien en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) muchas acciones de repetición eran negadas por no acompañar como prueba del pago la constancia de paz y salvo o similares suscrita por los beneficiarios de dicho pago, ahora, con lo señalado en el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se hace menos rigurosa la exigencia de la prueba del pago para la entidad y pueden disminuir las sentencias desfavorables relativas a las acciones de repetición.

¹⁰ Artículo 142.

4.2. Falta de prueba de la existencia de dolo o culpa grave¹¹.

Lo primero que debe señalarse es que ésta es la razón por la que más acciones de repetición se pierden. De las 53 sentencias desfavorables analizadas, 28 están relacionadas con la falta de prueba de la existencia del dolo o la culpa grave. En otras palabras, las entidades no logran probar que la conducta del agente, ex agente o particular que cumple o cumplía funciones públicas fue dolosa o gravemente culposa, o a partir del análisis probatorio el juez concluye que no existió dolo o culpa grave.

En concreto, se evidenció que las demandantes suelen aportar la sentencia condenatoria o el acuerdo conciliatorio como prueba de la existencia del dolo o la culpa grave pasando por alto que con esta providencia sólo se prueba uno de los presupuestos de la acción de repetición, esto es, la condena al Estado o la conciliación entre las partes, pero no el elemento subjetivo requerido para que proceda la acción de repetición. En ese sentido, se resalta que a pesar de que en la sentencia que impone la condena al Estado se haya realizado una valoración del dolo o la conducta gravemente culposa del implicado, la jurisprudencia ha sostenido que por tratarse de procesos independientes es necesario aportar a cada uno de ellos la prueba que sustente el reclamo concreto de la entidad¹².

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 05001-23-31-000-1997-03458-01(49833) del 24 de mayo de 2017 (M.P. Guillermo Sánchez Luque). Consejo de Estado, Subsección C, sentencia No. 05001-23-31-000-2010-00223-01(55025) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 05001-23-33-000-2012-00905-01(52513) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 17001-23-33-000-2012-00068-01(49187) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 25000-23-26-000-2001-02839-01(28684) del 23 de julio de 2014 (M.P. Hernán Andrade Rincón (E)). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 25000-23-26-000-2002-01882-01(41232)A del 22 de febrero de 2017 (M.P. Hernán Andrade Rincón). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia No. 25000-23-26-000-2005-01892-01(42179) del 25 de septiembre de 2017 (M.P. Danilo Rojas Betancourt). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia No. 11001-03-26-000-2002-00003-01(22100) del 6 de diciembre de 2013 (M. P. Ramiro Pazos Guerrero).

¹² “El criterio del juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial del Estado no vincula al juez de repetición¹², pues el hecho de que exista una sentencia condenatoria contra el Estado no equivale automáticamente al dolo o culpa grave del servidor público, sino que en el proceso de repetición se debe valorar su conducta.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 05001-23-31-000-1997-03458-01(49833) del 24 de mayo de 2017 (M.P. Guillermo Sánchez Luque). En similares términos ha dicho que “no basta con la sola declaratoria de nulidad para decretar la responsabilidad patrimonial del servidor público demandado, por el contrario, se debe demostrar que dicho funcionario contra el cual la entidad pública repitió actuó de una manera negligente, irresponsable, interesada, es decir, demostrar el



Igualmente, se observó que las entidades al sustentar su causa no reparan en la fecha en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto e invocan las presunciones de dolo o culpa grave establecidas en la Ley 678 de 2001¹³, sin tener en cuenta que éstas solo son aplicables a los casos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia, esto es, el 4 de agosto de 2001.

La importancia de que las entidades establezcan de entrada qué normativa le aplica al caso concreto radica en que anteriormente no existían presunciones de dolo o culpa grave. Por lo tanto, la carga de la prueba recaía en el Estado quien aplicaba el criterio de dolo y culpa grave contemplado en el artículo 63 del Código Civil, que establecía:

“La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

dolo o culpa grave.”¹² “(...) la repetición habrá de ordenarse una vez establecido un nivel de desidia, indolencia o negligencia que no se esperaría ni siquiera del manejo que las personas menos avezadas emplean en el respeto y cuidado de lo suyo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia No. 11001-03-26-000-2008-00045-00(35405) del 2 de mayo de 2017 (M.P. Stella Conto Díaz del Castillo).

13 ARTÍCULO 5o. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

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.

ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. 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.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

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. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.



Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

La aplicación estricta de las normas a partir de las cuales se va a juzgar el caso concreto no es un asunto menor, toda vez que el Consejo de Estado ha negado las pretensiones de la demanda de repetición en aquellos eventos en que se invoca como fundamento de derecho las presunciones legales contenidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, pese a que los hechos que dieron lugar al pago por parte del Estado ocurrieron antes de su entrada en vigencia.

Frente a la calificación de una conducta como dolosa o gravemente culposa el Consejo de Estado ha afirmado que “no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública”¹⁴. Por lo tanto, “la determinación de si una conducta es dolosa o gravemente culposa, reviste un carácter probatorio, debido a que el actor debe demostrar que resulta probada

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 05001-23-31-000-2010-00223-01(55025) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). En similar sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia No. 25000-23-26-000-2005-01892-01(42179) del 25 de septiembre de 2017 (M.P. Danilo Rojas Betancourth).



tal circunstancia, solo en tal caso habrá lugar a endilgarle responsabilidad patrimonial al demandado”¹⁵.

En concordancia con lo anterior el Consejo de Estado ha sostenido que “(...) *no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por 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, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública”¹⁶.*

En síntesis, se tiene que, aunque es necesario probar todos los requisitos de procedencia de la acción de repetición, no probar la existencia del dolo o la culpa grave o promover la acción sin tener la certeza de que alguna de dichas figuras se configuró es la causa por la que se pierden más acciones de repetición. Igualmente, las entidades demandantes no tienen en cuenta que presentar como prueba de la conducta dolosa o gravemente culposa la sentencia condenatoria o el acuerdo conciliatorio no son por si mismas suficientes, ya que con esto sólo se prueba la obligación de la entidad de pagar una condena de carácter indemnizatorio.

No puede olvidarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido señalando que la instancia de la acción de repetición es autónoma, y, por lo tanto, es necesario realizar nuevamente un análisis probatorio tendiente a determinar si existió dolo o culpa grave.

4.3. Caducidad

Es necesario precisar que se observaron algunos casos en los que la acción de repetición no prosperó porque no fue interpuesta dentro del término previsto en la Ley 678 de 2001 (artículo 11) y el Código Contencioso Administrativo (artículo 136 numeral 9).

¹⁵ *Ibídem.*

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 17001-23-33-000-2012-00068-01(49187) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).



De conformidad con el artículo 11 de la Ley 678 de 2001¹⁷, el término de caducidad de la acción de repetición se cuenta así: dos (2) años contados a partir del día siguiente a la fecha del pago total o dos (2) años contados a partir del pago de la última cuota. En todo caso, si no ha ocurrido ninguna de las situaciones expuestas, es decir, pago total o pago de la última cuota, el término de caducidad se contabilizará a más tardar desde el vencimiento del plazo de dieciocho (18) meses con que cuenta la administración para el pago de las condenas según lo dispone el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo, lo cual incluye las costas y agencias en derecho, si fuere el caso. Pese a que esta última disposición fue derogada por la Ley 1437 de 2011, se hace mención a ella por ser los casos analizados fallados bajo la vigencia de dicho Código¹⁸.

Si bien estos casos son pocos, de acuerdo con la muestra analizada, en comparación con los expuestos en los numerales 4.1. y 4.2. de este apartado, también implican un desgaste humano y económico para el Estado, quien debe cancelar los gastos de un abogado para que presente una acción cuyo término ya ha caducado.

4.4. Costas

Finalmente, es necesario señalar que dentro de las sentencias revisadas se observaron tres (3) casos en los que el Consejo de Estado resolvió condenar en costas a las entidades demandantes, por las siguientes razones:

- (i) La entidad presentó acción de repetición a pesar de que existía cosa juzgada. En concreto, se encontró que la entidad cuando fue demandada en acción de reparación directa llamó en garantía a su funcionario, sin

¹⁷ Del mismo modo lo señala el artículo 136 numeral 9 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

¹⁸ Para profundizar sobre este tema se pueden consultar las siguientes decisiones: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia No. 11001-03-26-000-2007-00024-00(33935) del 1 de junio de 2017 (M.P. Stella Conto Díaz del Castillo). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 11001-03-26-000-2013-00137-01(48753) del 22 de febrero de 2017 (M.P. Hernán Andrade Rincón). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 05001-23-31-000-2005-07067-01(47344) del 17 de agosto de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia No. 41001-23-31-000-2003-00848-00(40792) del 6 de julio de 2017 (M.P. Stella Conto Díaz del Castillo). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 50001-23-31-000-2004-10852-01(48643) del 14 de septiembre de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico).



embargo, al resolver las pretensiones de la reparación directa no se encontró responsable al agente. Posteriormente, la entidad presentó acción de repetición contra el mismo agente, la cual fue negada por existir cosa juzgada y además se condenó a la entidad al pago de costas por abusar de su derecho a demandar e irrespetar el principio de buena fe¹⁹.

(ii) La entidad no logró probar que existió falta de diligencia o cuidado por parte del demandado, en otras palabras, que existió dolo o culpa grave²⁰.

(iii) La entidad demandante no probó la calidad de agente, ex agente o particular que cumple o cumplía funciones públicas del demandado²¹.

Con lo anterior, se pone en evidencia que si las entidades no son rigurosas en la presentación de la acción de repetición podrían ser mayores los gastos en que incurrir, toda vez que adicional a los gastos ordinarios de un proceso podrían ser condenadas en costas como ocurrió en los casos señalados.

Una vez la entidad establezca la ley aplicable a su causa, debe centrarse en acreditar cada uno de los elementos mencionados. Si la entidad no acredita alguno de los requisitos, el Consejo de Estado niega las pretensiones sin que sea necesario analizar el elemento central que es la presunta actuación dolosa o gravemente culposa²².

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 41001-23-31-000-2005-00938-01(55776) del 18 de mayo de 2017 (M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 05001-23-33-000-2012-00905-01(52513) del 19 de julio de 2017 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia No. 05001-23-31-000-2012-00377-01(54761) del 18 de mayo de 2017 (M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas).

²² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia No. 11001-03-26-000-2009-00021-00(36436) A del 30 de agosto de 2017 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico).



5. Conclusiones

La acción de repetición fue concebida como el instrumento por el cual el Estado puede recuperar el dinero que pagó, a título de indemnización, como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, producto del actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus agentes, ex agentes o particulares que cumplen o cumplían funciones públicas. No obstante, a partir del análisis realizado se pudo establecer que dicha acción no está cumpliendo los fines para los cuales fue prevista.

De acuerdo con las cifras y jurisprudencia revisadas, las entidades demandantes pueden estar invirtiendo más dinero en promover el proceso que lo que efectivamente recuperan, toda vez que, en los casos favorables no se ha logrado recuperar el monto reconocido en la sentencia, de hecho, los casos más avanzados se encuentran en proceso ejecutivo, lo cual no asegura que se vaya a recuperar lo fijado en la sentencia de repetición. Y en los fallos desfavorables, que son la mayoría, no se están probando los requisitos de procedencia, por lo cual en algunos casos se condena a la entidad al pago de costas.

Las entidades al presentar la acción de repetición deben probar, además de los requisitos de toda demanda, los siguientes: (i) la existencia de una condena judicial o un acuerdo conciliatorio que le impuso a la entidad estatal el pago de una obligación de carácter indemnizatorio, (ii) el pago realizado por la entidad, (iii) la calidad de agente, ex agente o particular que cumple o cumplía funciones públicas del demandado y (iv) que la condena impuesta al Estado tuvo origen en el actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus agentes, ex agentes o particulares que cumplen o cumplían funciones públicas. Sin embargo, a partir de la jurisprudencia revisada se observó que las entidades no están cumpliendo con tal carga probatoria; especialmente, en lo relacionado con la existencia del dolo o la culpa grave, toda vez que existen dificultades para determinarla o probarla. Del mismo modo, se aplican las presunciones de dolo o culpa grave que contemplan los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 a hechos que ocurrieron antes de la entrada en vigencia de dicha Ley, lo cual hace que el fundamento jurídico sea ineficaz para probar el elemento subjetivo de la acción.



En consecuencia, teniendo en cuenta las dificultades que han enfrentado algunas entidades, sobre todo en la determinación de los casos que constituyen dolo o culpa grave y la prueba de los mismos, es necesario incluir dentro del proyecto de reglamentación del artículo 90 de la Constitución Política o dentro de la Ley de Defensa Jurídica, que desarrollará la Dirección de Políticas y Estrategias, criterios taxativos, adicionales a los ya existentes, que constituirían dolo o culpa grave, de tal manera que no queden sujetos al *arbitrio judicis* ni al de quien define si procede o no la acción de repetición.