

CIRCULAR EXTERNA No. 6

Para: Entidades públicas del orden nacional y territorial

De: **PAULA ROBLEDO SILVA**
Directora (E)
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Asunto: Lineamiento para el uso adecuado del llamamiento en garantía con fines de repetición y el medio de control de repetición

Bogotá, D.C, 4 de marzo del 2024

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4085 de 2011 otorgó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) competencias en materia de defensa judicial, prevención del daño antijurídico y recuperación de dineros públicos por vía de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición. De conformidad con este marco normativo, a la entidad le corresponde recomendar, en aquellos casos que considere pertinente, las acciones y gestiones que deban adelantar las entidades públicas para una adecuada prevención, defensa de los intereses de la Nación y protección del patrimonio público.

Por su parte, el artículo 206 de la Ley 2294 de 2023 "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia potencia mundial de la vida" creó el Sistema de Defensa Jurídica del Estado como un conjunto de actores, políticas, estrategias, principios, normas, rutas de articulación e instrumentos jurídicos, técnicos, financieros y gerenciales orientados a garantizar de manera coordinada la eficacia de la política pública del ciclo de defensa jurídica del Estado, en las entidades públicas del orden nacional y territorial, independientemente de su naturaleza y régimen jurídico. Además, designó como coordinador del Sistema a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

En cumplimiento de lo mencionado, a través de este documento la Agencia emite una serie de recomendaciones para el adecuado uso del llamamiento en garantía con fines de repetición y de la acción de repetición, mecanismos que no constituyen sanción y con los que se busca que el Estado recupere lo

pagado como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de uno/a de sus agentes, exagentes o particulares que cumplen o cumplían funciones públicas¹. En otras palabras, estos instrumentos jurídicos fueron instituidos como mecanismos de protección del patrimonio público y garantía del adecuado ejercicio de la función pública.

De acuerdo con las cifras reportadas por el Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado eKOGUI, con corte a 31 de enero de 2024, la Nación contaba con un total de 1.828 procesos activos instaurados a través del medio de control de repetición cuyas pretensiones suman, alrededor, de un billón de pesos. Asimismo, el número de procesos terminados equivale a 2.115 con pretensiones de \$867.000 millones de pesos.

La tasa de éxito acumulada de los procesos terminados es del 30% que corresponde a 533 procesos con sentencia favorable para la Nación, dentro del universo de los 2.115 procesos. Con lo anterior, se evidencia que el panorama de recuperación de recursos públicos a través de la acción de repetición resulta preocupante, si se tiene en cuenta que el indicador de tasa de éxito de los procesos de acción de repetición presenta una tendencia decreciente desde el año 2018². De acuerdo con el análisis cuantitativo y cualitativo de la acción de repetición elaborado por esta Agencia³, se evidenció que el principal factor asociado a esta baja tasa de éxito está relacionado con la insuficiencia en la prueba del dolo o la culpa grave, aspecto sobre el que se profundizará en este documento.

Debido a lo anterior, la ANDJE elaboró estas recomendaciones para el ejercicio adecuado del medio de control de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición, los cuales son un insumo al momento de

¹ Corte Constitucional, sentencia C-484 del 25 de junio de 2002.

² De acuerdo con la información suministrada por eKOGUI, con corte a 31 de enero de 2024, la tasa de éxito en el 2018 era del 36 % y en el 2024 es del 30%.

³ El cual se puede consultar en el siguiente enlace: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/analisis-cuantitativo-y-jurisprudencial-de-la-accion-de-repeticion/>

realizar los estudios y decidir sobre la procedencia de estos instrumentos jurídicos⁴⁵.

El documento está dividido así: (1) generalidades del llamamiento en garantía con fines de repetición; (2) generalidades de la acción de repetición; (3) aspectos comunes del llamamiento en garantía con fines de repetición y de la acción de repetición; (4) recomendaciones para el ejercicio adecuado de dicho llamamiento en garantía; (5) recomendaciones para el ejercicio adecuado de la acción de repetición y (6) conclusiones.

1. Generalidades del llamamiento en garantía con fines de repetición

1.1. El llamamiento en garantía con fines de repetición es el mecanismo procesal con el que cuentan las entidades públicas dentro de los procesos correspondientes a: (i) controversias contractuales; (ii) reparación directa y (iii) nulidad y restablecimiento del derecho⁶, para solicitar la responsabilidad del/la agente, exagente o particular que cumple o cumplía funciones públicas cuya acción u omisión puede dar lugar a que el Estado responda. Dentro de los procesos mencionados previamente, se decide la responsabilidad del/la llamado/a en garantía⁷.

1.2. El llamamiento en garantía con fines de repetición, desarrollado en la Ley 678 de 2001, se diferencia del llamamiento en garantía contemplado en

⁴ Ley 2220 de 2022, artículo 120: *El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*

(...)

7. *Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición.*

8. *Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.*

PARÁGRAFO 1. *En aquellas entidades donde no exista la obligación de constituir comités de conciliación y no se haya hecho de forma facultativa, las funciones de que trata este artículo serán asumidas por el representante legal de la entidad.*

⁵ Dentro de los insumos para la elaboración de este documento se encuentra los productos entregados en el marco del Contrato de Consultoría BID 019 de 2023, que tuvo como objeto: *implementar la estrategia de conocimiento de la Agencia sobre el uso y aplicación del llamamiento en garantía con fines de repetición y del medio de control de repetición, por parte de las entidades públicas, en el marco de los procesos y condenas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*

⁶ Con respecto a la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición es preciso indicar que, a pesar de que el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 no contempla a dicho instrumento jurídico tratándose de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, al señalar que: (...) *La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública*, el precepto mencionado se debe leer en armonía con lo previsto en el artículo 225 ibidem que, con relación al llamamiento en garantía con fines de repetición, señala que dicho llamamiento en garantía se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001, normativa especial que regula la materia. Por lo tanto, sí es procedente que se interponga el llamamiento en garantía con fines de repetición dentro de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁷ Ver artículo 19 de la Ley 678 de 2001, modificado por la Ley 2195 de 2022.

2

12

el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011, en que, en este último, el sujeto contra el cual se ejerce dicho mecanismo procesal es un tercero, quien asume la posición de garante, con ocasión de una relación legal o contractual por la que está llamada/o a responder⁸, sin que se mencione como requisito para su procedencia el dolo o la culpa grave⁹.

1.3. Para interponer este mecanismo procesal, están legitimados por activa: (i) la entidad directamente perjudicada, (ii) el Ministerio Público¹⁰ o (iii) la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹¹. A su vez, está legitimado/a por pasiva el/la servidor/a o exservidor/a público/a o el particular investido/a de funciones públicas que desplegó la acción u omisión que causó el daño por el cual se demanda al Estado¹², incluyendo al delegante en materia contractual¹³, a los funcionarios y empleados judiciales¹⁴ y los/las herederos/as del/la llamado/a en garantía cuando este haya fallecido, pese a las posturas disimiles que actualmente se evidencian en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵.

⁸ Así lo indicó el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 14 de octubre de 2020, número interno: 65719 y previamente ya lo había señalado en la sentencia del 7 de octubre de 2019, número interno: 61164.

⁹ En palabras del Consejo de Estado: *para la procedencia del llamamiento en garantía [previsto en el artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo] es necesario afirmar tener un derecho legal o contractual para exigir a un tercero la reparación integral de un perjuicio que se llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.* Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de octubre de 2019, número interno: 61372.

¹⁰ Ver artículo 19 de la Ley 678 de 2001, modificado por el artículo 44 de la Ley 2195 de 2022.

¹¹ Cuando actúe como interviniente en los asuntos donde sea parte una entidad pública o donde considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado, de conformidad con lo previsto en el literal f del párrafo 1° del artículo 610 del Código General del Proceso.

¹² De acuerdo con lo previsto en el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 678 de 2001 y la sentencia de la Corte Constitucional C-484 de 2002.

¹³ Ver: artículo 2, párrafo 4° de la Ley 678 de 2001. Es preciso recordar que la normativa mencionada fue estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, en la que concluyó que: *Cuando en materia contractual el delegante actúe con dolo o culpa grave en la producción del daño antijurídico, por el cual el Estado se haya visto obligado a reparar, la delegación no constituye un escudo de protección ni de exclusión de responsabilidad para aquél en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía, así no aparezca formalmente como el funcionario que vinculó con su firma al Estado en la relación contractual o que lo representó en las diferentes etapas del proceso contractual. Todo lo contrario, si el delegante participó a título de dolo o culpa grave deberá ser vinculado en el proceso de acción de repetición o llamamiento en garantía para que responda por lo que a él corresponda en atención a las circunstancias fácticas de cada situación.*

¹⁴ De conformidad con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 270 de 1996.

¹⁵ Con respecto a este punto, es preciso indicar que existe jurisprudencia reciente que avala que, se pueda presentar el llamamiento en garantía con fines de repetición en contra de los/as herederos/as (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de marzo de 2023, número interno: 67.682); sin embargo, también existen providencias de dicha Corporación que no avalan dicha teoría, al considerar que vulnera en forma insuperable el derecho de defensa, puesto que solo el/la agente, exagente o particular investido de función pública puede responder la demanda en su contra, solo él/ella puede dar cuenta de las funciones y de lo ocurrido o aportar las pruebas. También se utiliza como fundamento de la teoría expuesta que, las disposiciones del Código Civil que permiten perseguir el patrimonio del/la causante responsable de un daño no se cimenta en la culpa grave o el dolo y tampoco contempla que una condena previa establezca la responsabilidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 18 de noviembre de 2021 y 23 de julio de 2023, números internos: 52.710 y 42.351, respectivamente). No obstante, dada la naturaleza civil del llamamiento en garantía con fines de repetición, señalado en el artículo 2° de la Ley 678 de 2001, así

2. Generalidades del medio de control de repetición

La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial, que deben ejercer las entidades públicas obligadas a responder por el daño antijurídico, causado por la acción u omisión de alguno/a de sus agentes, exagentes o particulares que cumplen o cumplían funciones públicas, con el fin de que estos/as le reintegren lo cancelado producto de la sentencia, conciliación u otra forma de terminación del conflicto, siempre que el daño haya sido ocasionado por su actuar doloso o gravemente culposo¹⁶.

Para la procedencia de la acción de repetición se debe probar, además de los requisitos generales de la demanda, que: (i) existió una condena judicial o un acuerdo conciliatorio o cualquier otra forma de terminación de un conflicto que le impuso a la entidad estatal el pago de una obligación de carácter indemnizatorio; (ii) la entidad realizó el pago; (iii) el/la demandado/a tiene o tenía la calidad de agente, exagente o particular investido con funciones públicas y (iv) la condena impuesta al Estado tuvo origen en el actuar doloso o gravemente culposo del/la agente, exagente o particular investido con funciones públicas¹⁷.

Están legitimadas por activa para presentar la acción de repetición, de manera principal, las entidades públicas directamente perjudicadas¹⁸. El plazo con que cuentan tales entidades no puede ser superior a seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública¹⁹. Si no se presenta dicha acción en el término mencionado, también estarán legitimados para demandar, de forma subsidiaria:

como lo previsto en el artículo 2343 del Código Civil que señala que: *Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos*, la recomendación está encaminada a que contra los herederos se pueda presentar el instrumento jurídico al que hace referencia este documento.

¹⁶ Ver: artículos 2º y 3º de la Ley 678 de 2001 y Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, SU354 de 2020.

¹⁷ 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”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2017, número interno: 55025; Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2017, número interno: 45413; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de julio de 2014, número interna: 28684; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de febrero de 2017, número interno: 41232º; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de septiembre de 2017, número interno: 36162.

¹⁸ Según lo previsto en el artículo 4º de la Ley 678 de 2001.

¹⁹ Artículo 8º de la Ley 678 de 2001. El incumplimiento de este deber hará incurrir en falta disciplinaria al/la representante legal de la entidad directamente afectada, en los términos del Código Disciplinario vigente, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 8º de la Ley 678 de 2001. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en la: *Guía práctica para el mejor ejercicio de la acción de repetición y de la utilización del llamamiento en garantía con fines de repetición en las entidades públicas. Diciembre de 2020*,

- (i) El Ministerio Público.
- (ii) El Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o quien haga sus veces²⁰.

Es pertinente precisar que el anterior término de seis (6) meses es administrativo y no debe confundirse ni computarse con el término procesal para promover la demanda de repetición, el cual, según el caso, es de dos (2) o cinco (5) años. De manera que si no se presenta la demanda en el término administrativo de seis (6) meses, ello no significa que la entidad pública perjudicada haya perdido legitimación para promover la demanda y, mucho menos, que la acción haya caducado, pues las únicas consecuencias de su inobservancia son, por un lado, la legitimación subsidiaria que se activa para el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y por el otro, las posibles responsabilidades disciplinarias que, eventualmente, recaerían sobre los/las funcionarios/as que desatendieron dicho plazo.

A su vez, están legitimados/as por pasiva el/la agente, exagente o particular que cumple o cumplió funciones públicas²¹, incluyendo al/la delegante en materia contractual²², a los/las funcionarios/as y empleados/as judiciales²³, a los/las servidores/as responsables de los hechos que hayan dado lugar a

(Chrome

extension://efaidnbnmnnbpcajpcglclefindmkaj/https://www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Docmentos%20compartidos/0417.pdf) señaló que solo se incurre en falta disciplinaria por la interposición de la acción de repetición cuando siendo esta procedente no se inició, pero: *cuando del análisis de los presupuestos de la acción de repetición, el Comité de Conciliación evidencia que no se cumplen los presupuestos de procedencia, o que se está frente a la caducidad de la acción, o que no se constata el dolo o la culpa grave en el actuar del agente estatal, pues en estos escenarios, la decisión de no viabilizar la interposición del medio de control, no configura una responsabilidad disciplinaria, sino una determinación razonable que pretende evitar el desgaste y congestión de la justicia*. Esta interpretación está en armonía con lo que ha indicado el Consejo de Estado al señalar que el actuar descuidado y poco diligente al no probar los requisitos esenciales de procedencia de la acción de repetición *«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 por la interposición de las demandas, solo para dar cumplimiento a un mandato legal»*. Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2017, número interno: 45413; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2017, número interno: 49187.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Ver: artículo 2, parágrafo 4º de la Ley 678 de 2001. Es preciso recordar que la normativa mencionada fue estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, en la que concluyó que: *Cuando en materia contractual el delegante actúe con dolo o culpa grave en la producción del daño antijurídico, por el cual el Estado se haya visto obligado a reparar, la delegación no constituye un escudo de protección ni de exclusión de responsabilidad para aquél en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía, así no aparezca formalmente como el funcionario que vinculó con su firma al Estado en la relación contractual o que lo representó en las diferentes etapas del proceso contractual. Todo lo contrario, si el delegante participó a título de dolo o culpa grave deberá ser vinculado en el proceso de acción de repetición o llamamiento en garantía para que responda por lo que a él corresponda en atención a las circunstancias fácticas de cada situación*.

²³ De conformidad con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 270 de 1996.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dirección: Carrera 7 No.75 - 66, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 255 8955

Fax: (+57) 601 255 8933

las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado o llegaren a declararse, en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos²⁴ y los/las herederos/as del/la llamado/a en garantía cuando este/a haya fallecido²⁵, bajo la salvedad de que, sobre este último evento existen posiciones encontradas en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En lo relacionado con la competencia, es preciso destacar que:

(i) El Consejo de Estado conoce en única instancia de la acción de repetición que se ejerce contra el/la presidente/a de la República o quien haga sus veces, el/la vicepresidente/a de la República, los/las senadores/as y representantes²⁶, ministros/as del despacho, directores/as de departamento administrativo, procurador/a general de la Nación, contralor/a general de la República, fiscal general de la Nación, magistrados/as de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de la Jurisdicción Especial para la Paz, miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, registrador/a nacional del estado civil, auditor/a general de la República, magistrados/as de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos, de las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, de los Consejos Seccionales de la Judicatura, del Tribunal Superior Militar, y de los/as delegados/as de la Fiscalía General de la Nación o del Ministerio Público. Sin embargo, en virtud de la garantía de la doble conformidad, la Sala Plena de la Sección Tercera conoce del recurso de apelación, siempre que el/la aforado/a haya sido condenado/a en la decisión inicial²⁷.

(ii) Los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de la repetición que el Estado ejerza contra los/as servidores/as o exservidores/as

²⁴ Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 2º, ordinal 1º de la Ley 288 de 1996).

²⁵ Con respecto a este punto es preciso indicar que existe jurisprudencia reciente que avala que, se puede presentar la acción de repetición en contra de los/as herederos/as (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de marzo de 2023, número interno: 67.682); sin embargo, también existen providencias del Consejo de Estado que no avalan dicha teoría al considerar que vulnera en forma insuperable el derecho de defensa, puesto que solo el/la agente, exagente o particular investido de función pública puede responderla demanda en su contra, solo él/ella puede dar cuenta de las funciones y de lo ocurrido o aportar las pruebas. También se utiliza como fundamento de la teoría expuesta que, las disposiciones del Código Civil que permiten perseguir el patrimonio del/la causante responsable de un daño no se cimienta en la culpa grave o el dolo y tampoco contempla que una condena previa establezca la responsabilidad (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 18 de noviembre de 2021 y 23 de julio de 2023, números internos: 52.710 y 42.351, respectivamente). No obstante, dada la naturaleza civil de la acción de repetición, señalada en el artículo 2º de la Ley 678 de 2001, así como lo previsto en el artículo 2343 del Código Civil que señala que: *Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos* la recomendación está encaminada a que contra los herederos se puedan presentar dicho medio de control.

²⁶ La Corte Constitucional en la sentencia C-1174 del 24 de noviembre de 2004 declaró exequible la procedencia de la acción de repetición contra los senadores y representantes.

²⁷ Al respecto, consultar: Ley 1437 de 2011, artículo 149A.

públicos/as y particulares que cumplan funciones públicas, incluidos/as los/as agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁸. Y los/las jueces-juezas administrativos/as, conocen en primera instancia, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁹.

(iii) Respecto del conocimiento de las acciones de repetición y, también, del llamamiento en garantía con fines de repetición, que comprometan a agentes estatales en detrimentos patrimoniales generados por acciones u omisiones acontecidas en el marco del conflicto armado, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que el asunto se mantiene en la Jurisdicción Contencioso Administrativa «mientras la JEP no haya resuelto la situación jurídica de los demandados, ni les haya otorgado algún tratamiento que implique para ellos el beneficio de la improcedencia de la acción de repetición»³⁰ y también se ha sostenido que es la JEP la «encargada de determinar si en las conductas punibles atribuidas a miembros de la fuerza pública, llamados en repetición ante la jurisdicción contenciosa administrativa, se encuentran cumplidas las condiciones previstas en el artículo 26 transitorio del Acto Legislativo no. 1 del 2017³¹».

3. Llamamiento en garantía con fines de repetición y medio de control de repetición

El llamamiento en garantía con fines de repetición y la acción de repetición son instrumentos creados por el legislador para la eficiencia de la función pública y protección de la moralidad y del patrimonio público³². El marco normativo de dichos instrumentos es el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, la Ley 678 de 2001³³, los artículos 142 y 162 de la Ley 1437 de 2011 y los ordinales 7º y 8º del artículo 120 de la Ley 2220 de 2022³⁴. Adicionalmente, en el caso concreto del llamamiento en garantía con

²⁸ Ver: Ley 1437 de 2011, artículo 152, ordinal 9.

²⁹ Véase: Ley 1437 de 2011, artículo 155, ordinal 8.

³⁰ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2021, número interno: 54750.

³¹ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 15 de octubre de 2020, número interno: 54763.

³² Consultar: Corte Constitucional, sentencia C-374 del 14 de mayo de 2002.

³³ La Ley 678 de 2001 desarrolló los aspectos sustanciales y procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición, fue modificada por la Ley 2195 de 2022 "Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones".

³⁴ También hacen parte del marco normativo de dichos instrumentos jurídicos: (i) el artículo 4º, ordinal 7º de la Ley 80 de 1993; (ii) el artículo 72 de la Ley 270 de 1996; (iii) la Ley 288 de 1996 y (iv) 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.

finés de repetición, también hace parte del marco normativo el artículo 225³⁵ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Estos instrumentos jurídicos tienen aspectos procesales o sustanciales comunes, por ejemplo:

(i) La necesidad de acreditar el dolo³⁶ o la culpa grave³⁷ del/la agente, exagente o particular que cumple o cumplía funciones públicas, aspecto de gran relevancia, toda vez que como lo identificó en su oportunidad esta Agencia³⁸, la falta o insuficiente acreditación de este elemento es uno de los errores más recurrentes identificados en las sentencias desfavorables analizadas en su momento³⁹.

La falta de acreditación del dolo o la culpa grave se ha generado, en algunos casos, al invocar las presunciones de dolo o culpa grave sin ser procedentes. Estas presunciones solo son aplicables cuando la conducta que dio origen al fallo o decisión judicial se cometió después de la vigencia de la Ley 678 de

³⁵ Artículo 225. *Llamamiento en garantía*. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos: 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso. 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito. 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen. 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales. El llamamiento en garantía con fines de repetición se registrará por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

³⁶ El artículo 5° de la Ley 678 de 2001, modificado por la Ley 2195 de 2022, señala que *la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado*.

³⁷ El artículo 6° de la Ley 678 de 2001, modificado por la Ley 2195 de 2022, dispone que *la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*.

³⁸ En el análisis cuantitativo y cualitativo de la acción de repetición, el cual se puede consultar en el siguiente enlace: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/analisis-cuantitativo-y-jurisprudencial-de-la-accion-de-repeticion/>

³⁹ En esa oportunidad, se analizaron 149 sentencias desfavorables en acción de repetición proferidas por el Consejo de Estado, de las cuales 79 están relacionadas con la falta de prueba de la existencia del dolo o la culpa grave. Las entidades no logran probar que la conducta del/la agente, exagente 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.

h

2001, esto es, 4 de agosto de 2001⁴⁰. En caso contrario, se aplica el criterio de dolo y culpa grave contemplado en el artículo 63 del Código Civil⁴¹.

Por su parte, la insuficiente acreditación del dolo o culpa grave se ha originado por aportar, para el caso de la acción de repetición, como prueba única el fallo o decisión judicial que impuso a la entidad pública el pago de una indemnización⁴² proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, ello por cuanto en el proceso de repetición existe independencia fáctica y autonomía probatoria respecto de los procesos en los que se ordena el pago. Al respecto, lo que ha indicado el Consejo de Estado es que, tal documento no es suficiente para dar por acreditado tal elemento⁴³.

(ii) La posibilidad de interponerse contra particulares que cumplen o cumplan funciones públicas. Con relación a este aspecto, la normativa ha indicado que *el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración⁴⁴, ejecución⁴⁵ y liquidación⁴⁶ de los contratos que celebren con las entidades estatales⁴⁷*. Al respecto, la jurisprudencia ha reiterado que, ser contratistas no los somete automáticamente al régimen de repetición previsto en la Ley 678 de 2001, puesto que, se debe analizar que, efectivamente cumplan de manera transitoria funciones públicas⁴⁸.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de abril de 2020, números internos: 42266 y 46486.

⁴¹ Igualmente, ha señalado el Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia No. 25000-23-26-000-2006-00116-01(54866) que junto al criterio de dolo y culpa grave del artículo 63 del Código Civil, se deben tener en cuenta: «(...) *las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política acerca de la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos*».

⁴² Lo equivaldría a afirmar: la conducta del agente que dio lugar a la responsabilidad de la entidad pública demandada, generando, en consecuencia, la reparación del daño o el restablecimiento del derecho.

⁴³ Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de junio de 2019, número interno: 45647: «*Si así fuera, bastaría con la constatación de los requisitos objetivos (existencia de condena, prueba del pago y condición de agente o ex agente estatal) para predicar, sin excepciones, la responsabilidad patrimonial del demandado*». Igualmente, respalda esta posición las sentencias del 28 de octubre de 2019 y del 10 de diciembre de 2018, números internos: 63091 y 60423, respectivamente.

⁴⁴ Que va desde la fase precontractual hasta la selección del/la contratista.

⁴⁵ De acuerdo con lo señalado por Colombia Compra Eficiente en el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación: *la etapa de ejecución inicia una vez cumplidos los requisitos previstos para iniciar la ejecución del contrato respectivo y termina con el vencimiento del plazo del contrato o la fecha de liquidación si hay lugar a ella. Esta etapa puede extenderse cuando hay lugar a garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o a condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes. En esta etapa se cumplen con las obligaciones previstas en el contrato, permitiendo el logro del objeto del Proceso de Contratación*. El Manual mencionado se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf

⁴⁶ Para el efecto, tener en cuenta lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

⁴⁷ Ver: Parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 678 de 2001.

⁴⁸ El artículo 70 del Código General Disciplinario prevé que: se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolle o realice prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado. A su vez, el Consejo de Estado ha señalado: «*La misma norma contempla*

(ii) La posibilidad de conciliar judicialmente⁴⁹. La entidad pública durante el proceso de repetición puede conciliar sobre fórmulas, plazos para el pago y el capital a pagar⁵⁰, con la única restricción de que el acuerdo no sea lesivo para los intereses del Estado⁵¹. Durante el proceso de responsabilidad en el que se tramite el llamamiento en garantía con fines de repetición también se puede conciliar⁵², aunque la normativa que autoriza tal prerrogativa nada menciona frente a fórmulas, plazos para el pago, entre otros, se recomienda tomar como referente lo que al respecto establece el artículo 12 de la Ley 678 de 2001⁵³.

que, para efectos de la repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales. Pero, no por el hecho de ser contratistas automáticamente están sometidos al régimen de la repetición previsto en la ley 678 de 2001, pues el hecho de que un particular celebre contratos con el Estado no lo hace perder dicha condición para convertirlo en servidor público.

Solo cuando, en virtud del contrato estatal, la entidad pública confíe al particular el ejercicio transitorio de funciones públicas, éste será potencial sujeto de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición, pues es, precisamente, con ocasión del ejercicio de esas funciones oficiales de carácter temporal que el contratista puede ocasionar daños antijurídicos por los cuales, eventualmente, puede comprometer la responsabilidad del Estado y, por ende, debe asumir las mismas responsabilidades que los servidores públicos, de modo que, la acción de repetición tiene lugar, cuando ese daño está precedido de la conducta dolosa o gravemente culposa de ese particular.

Contrario sensu, cuando el particular contratista no cumple funciones públicas de manera transitoria, acorde con el marco contemplado por la Constitución y la ley, no puede ser sujeto de la acción de repetición o del llamamiento en garantía regulado por los artículos 2 y 19 de la ley 678 de 2001, pues su actuación no estaría precedida en ese caso de las prerrogativas temporales del poder público y, por consiguiente, no sería responsable en la forma en que lo son los servidores públicos, en los términos de los artículos 90, 123 y 124 de la Constitución Política que es, exactamente, el presupuesto ineludible de la repetición, esto es, que el agente o ex agente del Estado y el particular investido del ejercicio transitorio de funciones públicas haya dado lugar a que la entidad estatal realice un reconocimiento indemnizatorio por la conducta dolosa o gravemente culposa de aquél". Auto del 6 de diciembre de 2016, número interno: 55703.

La anterior posición fue reiterada por el Consejo de Estado, en sentencia del 10 de diciembre de 2018, número interno: 60423, que al referirse a los contratistas como sujetos de la acción de repetición sostuvo: "(...) *debe tenerse en cuenta que no todos [los] contratistas, interventores, consultores o asesores son sujetos pasivos de la acción de repetición, sino solo aquellos que desarrollen funciones relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales, dado que es a través de este mecanismo que la Administración confía en esta clase de particulares el ejercicio transitorio de funciones públicas*".

Previamente, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-563 de 1998, frente a la función pública en cabeza de los particulares sostuvo: *Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública. Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).* Subrayas fuera del texto.

⁴⁹ La conciliación extrajudicial es procedente en el medio de control, en los términos del artículo 13 de la Ley 678 de 2001.

⁵⁰ La entidad pública podrá disminuir el capital solicitado en su pretensión conforme a los criterios señalados en el artículo 12 de la Ley 678 de 2001, modificado por el artículo 48 de la Ley 2195 de 2022.

⁵¹ Véase: artículo 12 de la Ley 678 de 2001, modificado por el artículo 48 de la Ley 2195 de 2022.

⁵² Artículo 21 de la Ley 678 de 2001.

⁵³ Artículo modificado por el artículo 48 de la Ley 2195 de 2022.

2

h

(iii) La posibilidad de realizar acuerdos de pago en el marco del proceso ejecutivo cuando la condena es consecuencia de la acción de repetición o en el proceso por jurisdicción coactiva cuando la condena se obtuvo por el llamamiento en garantía con fines de repetición. Se puede condonar parte del capital, así como de los intereses, conforme a los preceptos dispuestos en el artículo 13-1 de la Ley 678 de 2001⁵⁴.

Las entidades públicas⁵⁵ son las primeras llamadas a ejercer el llamamiento en garantía con fines de repetición y el medio de control de repetición. Como se mencionó al inicio de este documento, la Agencia ha identificado algunas falencias frente al uso de estos instrumentos jurídicos, razón por la cual, es procedente dar algunas recomendaciones encaminadas a fortalecer las etapas: (i) de análisis para la determinación de procedencia o improcedencia de dichos instrumentos; (ii) de elaboración de los documentos de intervención respectivos⁵⁶ y (iii) del proceso judicial.

4. Recomendaciones para el ejercicio efectivo del llamamiento en garantía con fines de repetición

A continuación, se presentan algunas recomendaciones para: (i) determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición; (ii) elaborar la solicitud de dicho llamamiento en garantía y (iii) tener en cuenta durante el desarrollo del proceso.

4.1. Recomendaciones para determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición

Previo a la contestación⁵⁷ de la demanda de reparación directa, controversias contractuales o nulidad y restablecimiento del derecho se debe determinar si procede o no el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Debido a lo anterior, para que los/las apoderados/as rindan los informes de que trata el artículo 126 de la Ley 2220 de 2022 y diligencien la ficha de llamamiento en garantía incorporada en el Sistema Único de Gestión e

⁵⁴ Ver: artículo 13-1 de la Ley 678 de 2001, adicionado por el artículo 49 de la Ley 2195 de 2022.

⁵⁵ A través de los/las apoderados/as designados/as y del Comité de Conciliación o del/la representante legal en los casos en que no exista la obligación de constituir dicho Comité y no se haya hecho de forma facultativa (Inciso 2° del artículo 4° de la Ley 678 de 2001 y ordinales 7 y 8 y el párrafo 1° del artículo 120 de la Ley 2220 de 2022):

⁵⁶ Entiéndase solicitud de llamamiento en garantía con fines de repetición y demanda de acción de repetición.

⁵⁷ Al respecto, consultar los artículos 172 y 175, modificado por la Ley 2080 de 2021, de la Ley 1437 de 2011.

Información Litigiosa del Estado⁵⁸, y el Comité de Conciliación decida sobre la procedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición se recomienda:

- ✓ Revisar los hechos del caso para determinar la calidad del/la agente, exagente o particular que cumple o cumplió funciones públicas y las funciones y responsabilidades a su cargo, relacionadas directamente con las acciones u omisiones imputadas⁵⁹.
- ✓ Analizar si la conducta de las personas objeto del llamamiento en garantía es constitutiva de dolo o culpa grave⁶⁰, para tal efecto, se recomienda tener en cuenta:

1.	Cuál es la norma jurídica sustancial aplicable al caso. Si se trata de conductas ejecutadas antes de que entrara en vigor la Ley 678 de 2001 debe aplicarse el criterio de dolo y culpa grave contemplado en el artículo 63 del Código Civil, en armonía con lo señalado en los artículos 6, 121, 122, 124 de la Constitución Política ⁶¹ . Por otro lado, si se trata de conductas ejecutadas en
----	--

⁵⁸ De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.3.4.1.10. del Decreto 1069 de 2015, que contiene las funciones de los abogados de las entidades públicas del orden nacional frente al Sistema eKOGUI, es función de los apoderados, entre otras, *Diligenciar y actualizar las fichas que serán presentadas para estudio en los comités de conciliación, de conformidad con los instructivos que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado expida para tal fin.* Con respecto a este tema la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado cuenta con el instructivo del módulo Comité de Conciliación en el que recoge las funciones de los distintos perfiles del eKOGUI. Este instructivo se puede consultar en el siguiente enlace: https://ekogui.defensajuridica.gov.co/sitios/ekoqui/Documents/Instructivo_fichas_comite_210519.pdf

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 47282.

⁶⁰ Si bien con la modificación introducida por el artículo 44 de la Ley 2195 de 2022 a la Ley 678 de 2001, no se exige prueba sumaria de la actuación dolosa o gravemente culposa del/la llamado/a en garantía con fines de repetición, sí se sugiere que en el estudio de procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición se analice el elemento subjetivo del dolo o la culpa grave, pues de esta manera el/la juez/a contará con mayores elementos al momento de revisar la solicitud realizada por la entidad. Con respecto al dolo y la culpa grave el Consejo de Estado ha dicho que: *el dolo requiere que el juez de la repetición constate que el servicio del Estado fue transgredido de manera consciente y voluntaria, es decir, con conocimiento de la irregularidad del comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas que ello implica. Por el contrario, la culpa grave presenta una ausencia del aspecto volitivo en la actuación desplegada, pues, a pesar de que esta pueda llegar a ser consciente, el funcionario no busca o quiere realizar un hecho ajeno a las finalidades del servicio prestado.* Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110.

⁶¹ Es relevante esta precisión, debido a que la jurisprudencia ha identificado como un error en el que incurren algunas entidades públicas invocar la configuración de alguna de las presunciones cuando en realidad ello no es cierto, porque los hechos o conductas que dieron origen al fallo o decisión judicial se cometieron antes de la entrada en vigor de la Ley 678 de 2001. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de abril de 2020, números internos 42266 y 46486 y del 11 de abril de 2019, número interno: 62248. Para estudiar el dolo o la culpa grave también se puede acudir a la Constitución Política, si los hechos generadores del daño, del incumplimiento o del restablecimiento ocurrieron antes del 4 de agosto de 2001 o a dicha Norma Superior y a la Ley 678 de 2001 si los actos acciones u omisiones tuvieron ocasión durante la vigencia de la mencionada Ley, así como a la jurisprudencia civil.

	vigencia de la Ley 678 de 2001, se pueden alegar las presunciones de dolo o culpa grave que estableció dicha norma. Finalmente, si se trata de conductas ejecutadas durante el tiempo en que entró en vigor la Ley 2195 de 2022 ⁶² , se pueden alegar las presunciones que agregó y modificó dicha norma ⁶³ .
2.	Que, en caso dolo, el comportamiento debe estar dirigido a causar daño, y en caso de culpa grave, el daño debe ser consecuencia de una negligencia, imprudencia o impericia que excluya toda justificación, no solo puede ser ajeno a derecho. Por lo tanto, no cualquier conducta, así fuere errada, compromete la responsabilidad de los/las sujetos activos de este instrumento jurídico ⁶⁴ .
3.	Si la conducta objeto de reproche está incluida dentro de alguna o algunas de las presunciones legales de dolo o culpa grave previstas en los artículos 5 ^o ⁶⁵ y 6 ^o ⁶⁶ de la Ley 678 de 2001, respectivamente ⁶⁷ .

⁶² Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.

⁶³ De acuerdo con en el artículo 5° de la Ley 678 de 2001, modificado por el artículo 39 de la Ley 2195 de 2022, Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación, o falta de motivación, y por falsa motivación. 2. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. 3. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial. 4. Obrar con desviación de poder. Igualmente, el artículo 6° de la Ley 678 de 2001, modificado por el artículo 40 de la Ley 2195 de 2022, dispuso que Se presumirá que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de diciembre de 2020, número interno: 41780.

⁶⁵ Modificado por el artículo 39 de la Ley 2195 de 2022: 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. Que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación, o falta de motivación, y por falsa motivación.
2. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
3. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial.
4. Obrar con desviación de poder.

⁶⁶ Modificado por el artículo 40 de la Ley 2195 de 2022: Se presumirá que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

⁶⁷ Por ejemplo, en sentencia del 11 de abril de 2019, número interno 62248, la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó el artículo 63 del Código Civil, debido a que los hechos que dieron lugar a la condena en reparación directa ocurrieron el 14 de septiembre de 1991, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 678 de 2001. Con respecto a las presunciones señaladas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que *corresponden a las denominadas iuris tantum, esto es, que pueden ser desvirtuadas probatoriamente. No se constituyen, por tanto, en un juicio anticipado del legislador sobre la responsabilidad patrimonial del demandado, sino en herramientas que permiten facilitar la actividad probatoria e involucran al demandado en la carga demostrativa, con la finalidad de que sea posible*

4.	Si los hechos no están contemplados dentro de las presunciones de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 o de lo contemplado en el artículo 63 del Código Civil ⁶⁸ , tener en cuenta que aquellas son un catálogo de eventos no taxativos en los cuales se configura el dolo o la culpa grave, es decir, pueden presentarse otras situaciones que no están contempladas dentro de tales disposiciones, pero que dan lugar a la presentación del llamamiento en garantía con fines de repetición ⁶⁹ .
5.	Se considera importante, además de invocar la presunción pertinente, realizar un análisis diferente de la conducta o hecho demandado a partir de la naturaleza del llamamiento en garantía, en el que se debe, entre otros, probar el dolo o la culpa grave del agente o exagente del Estado a diferencia de lo que ocurre en un proceso de responsabilidad del Estado, por ejemplo, en el que no se prueba este elemento subjetivo. En ese orden, se recomienda tener en cuenta al estructurar la conducta de la persona llamada en garantía con fines de repetición sus condiciones funcionales y los compromisos institucionales vulnerados.
6.	Que los argumentos deben exponerse con suficiente claridad y precisión, así, por ejemplo, si la conducta que da lugar al llamamiento en garantía se enmarca en alguna de las presunciones de dolo o culpa grave, esta se debe señalar de manera expresa, dado que, si bien el juez puede enmarcar la motivación de la demanda en una de las presunciones previstas en la normativa ⁷⁰ , no debe dejarse en cabeza del/la juez esta responsabilidad.
7.	Las características particulares del caso, la responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6° y 91 de la Constitución Política) y la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos ⁷¹ .
8.	Si la conducta fue dolosa o gravemente culposa, porque las dos no se pueden invocar de forma conjunta, pues el Consejo de Estado ha entendido que, podría considerarse confuso y contrario a las garantías constitucionales del/la llamado/a e impedir o

establecer la verdad material en este tipo de casos. Subsección B, sentencia del 1 de junio de 2020, número interno: 49538.

⁶⁸ En el evento en el que los hechos hayan ocurrido en vigor de la Ley 678 de 2001.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2019, número interno: 51162. En estos casos, al no operar las presunciones, en la providencia mencionada se indicó que: *se deberán describir las conductas constitutivas y, desde luego, acreditarse adecuadamente.*

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2019, número interno: 51162. El supuesto mencionado fue aplicado en la sentencia del 31 de enero de 2019, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, número interno: 60952.

⁷¹ Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110

h

	afectar su defensa ⁷² , a menos que, una se formule como principal y las otras como subsidiarias. Cabe precisar que el dolo <i>implica el "querer" el resultado dañoso, mientras que dentro de la redacción de la culpa grave se omite el aspecto volitivo</i> ⁷³ .
9.	Si el caso concreto permite una doble atribución de la conducta respecto de cada actuación desplegada o si la conducta amerita varias imputaciones de ese tipo, se deberán plantear las pretensiones de manera subsidiaria ⁷⁴ . De manera que, la entidad pública no está limitada para alegar una sola presunción de dolo o culpa grave, sino que puede imputar las conductas y causales de presunción que encuentre necesarias y las puede ubicar en las modalidades de culpa grave o dolo, siempre y cuando se mantenga la precisión y carga argumentativa de cada conducta imputada, distinguiendo entre la conducta principal y la subsidiaria. Para ello, se sugiere que la entidad pública proponga tantos juicios de imputación contra la persona llamada en garantía con fines de repetición, como hechos dañinos o causales de invalidez le impute el/la demandante a la entidad.

- ✓ Evaluar la pertinencia y conveniencia de solicitar las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes, a la luz de lo previsto en la Ley 678 de 2001, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso⁷⁵. Si se niegan las medidas cautelares solicitadas, la entidad puede presentar recurso de apelación de acuerdo con las reglas generales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷⁶.

4.2. Recomendaciones para elaborar la solicitud del llamamiento en garantía con fines de repetición

⁷² Así lo sostuvo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110 y del 31 de enero de 2019, número interno: 60952. Así no se trate de una postura unánime, pero en la Sección Tercera del Consejo de Estado se considera que calificar la conducta como dolosa o gravemente culposa sin distinción desconoce la garantía del demandado de responder a una imputación clara, imposibilitándolo de plantear una defensa adecuada.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110. En esta decisión también se indicó que: *las definiciones tanto de dolo como de culpa grave, en los términos de la Ley 678 de 2001, como sustento de las imputaciones que se realizan a los funcionarios públicos, se aparta de los conceptos de otras especialidades, como la penal o la civil. Por esta razón, no existe motivo alguno para llenar, desde una perspectiva analógica, las definiciones de dolo y culpa grave, pues la norma especial las estableció de forma integral y expresa.*

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110.

⁷⁵ Al respecto son aplicables las reglas previstas en los artículos 23 a 29 de la Ley 678 de 2001, 588 a 597 del Código General del Proceso.

⁷⁶ Ver artículos 28 de la Ley 678 de 2001 y 243 de la Ley 1437 de 2011.

La solicitud debe ser clara, suficiente, precisa en relación con la responsabilidad del/la llamado/a en garantía y cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 162 y 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Adicionalmente, al elaborar la solicitud respectiva se recomienda:

- ✓ Designar al/la agente, exagente estatal o particular -persona natural o jurídica- y a sus representantes, cuando fuere el caso, e indicar de forma clara y precisa sus funciones, responsabilidades y compromisos institucionales.
- ✓ Expresar con precisión y claridad la pretensión de repetir contra el/la llamado/a. La declaratoria de responsabilidad deberá invocarse en todos los casos por dolo o por culpa grave, separadamente, con posibilidad de formularse como principal y subsidiaria, con el fin de respetar las garantías constitucionales del/la llamado/a⁷⁷.
- ✓ Exponer los hechos y fundamentos de derecho que sustentan el llamamiento en garantía⁷⁸, con el fin de establecer los extremos y elementos de la relación sustancial que se solicita sea definida por el/la juez/a⁷⁹. Los fundamentos de derecho deben comprender las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que asignaron

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110.

⁷⁸ Estos hechos se plantean con independencia de los hechos que dan lugar a la demanda en contra de la entidad (reparación directa, controversias contractuales o nulidad y restablecimiento del derecho). El Consejo de Estado, al resolver el llamamiento en garantía con fines de repetición, en el marco de una acción de reparación directa por privación injusta de la libertad, en contra de una fiscal que impuso una medida de aseguramiento dentro de una investigación penal, la cual, fue precluida, señaló que: *los fundamentos de la acción de reparación directa no constituyen la justificación para una repetición en contra del agente, dado que se trata de acciones distintas, cuyo fundamento fáctico y probatorio también es diferente. (...) la Sala echa de menos un mínimo de precisión y rigor argumentativo en la solicitud presentada por la entidad, dado que la posibilidad de presentar el llamamiento en garantía con fines de repetición no la exime de la carga mínima de señalar los hechos en que sustenta su petición, la cual no puede ser trasladada al juez, en virtud del principio de justicia rogada que rige en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) la preclusión la investigación penal no significa, por sí sola, que la fiscal que adelantó el proceso penal actuara con la intención de causar el daño reconocido en la acción de reparación directa, o con una negligencia tal que amerite una condena en su contra.* Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de diciembre de 2020, número interno 41780.

⁷⁹ El Consejo de Estado también ha indicado que es importante exponer los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta el llamamiento en garantía con fines de repetición, dado que, de esta manera se ofrece un *fundamento fáctico y jurídico mínimo del derecho legal o contractual en que se apoya el llamamiento, en orden a que la invocación de ese instrumento procesal sea serio, razonado y responsable y, al propio tiempo, se garantice el derecho de defensa de la persona que sea citada en tal condición al proceso.* Sección Tercera, Subsección A, auto del 14 de octubre de 2020, número interno: 65719. Asimismo, en la misma providencia señaló que, aunque de acuerdo con el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 *para que sea procedente el llamamiento en garantía basta con la afirmación de tener un derecho legal o contractual para exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que se llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que se tuviere que hacer como resultado de la sentencia; no obstante, esto no quiere decir que en la petición de vinculación no se tenga que argumentar en forma seria y justificada la razón por la que se está llamando a un tercero al proceso (...).*

a

b

al/la citado/a las funciones generadoras de las responsabilidades y los compromisos vulnerados⁸⁰.

- ✓ Advertir que, los hechos o juicios de reproche relatados en la demanda de llamamiento en garantía con fines de repetición no pueden tomarse como hechos confesados en contra de la entidad pública llamante ni mucho menos como un allanamiento a las pretensiones de la demanda inicial, con el fin de evitar que el juzgador extraiga una confesión en perjuicio de los intereses de la entidad⁸¹.
- ✓ Justificar de dónde surge la facultad de la entidad demandada de exigir⁸², vía llamamiento en garantía, el reembolso del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que, eventualmente, se profiera en su contra⁸³.
- ✓ Solicitar las pruebas que la entidad pretende hacer valer y aportar las que tiene en su poder. Las pruebas deben demostrar particularmente:
 - (i) La calidad del/la agente, exagente o particular que está siendo llamado/a y las funciones y responsabilidades asignadas o convenidas, relacionadas directamente con las acciones u omisiones imputadas⁸⁴ y, en consecuencia, el vínculo legal o contractual existente.
 - (ii) El dolo o la culpa grave. Aunque con la modificación introducida por la Ley 2195 de 2022 no se requiere probar sumariamente el dolo o la culpa grave, se recomienda que,

⁸⁰ Si los hechos sucedieron en vigencia de la Ley 678 de 2001 se debe acudir a sus disposiciones para sustentar la conducta, dolosa o gravemente culposa del/la agente, exagente o partir sin perjuicio de que, dada la estrecha afinidad y el carácter patrimonial que se le imprime a la responsabilidad del llamado se acuda también al Código Civil y a los elementos doctrinarios y jurisprudenciales relativos a la responsabilidad de los gestores de intereses ajenos, sistemáticamente compatibles con la Ley 678, con los fundamentos constitucionales que estructuran la función pública, esto es con los artículos 6, 121, 122, 124 del ordenamiento superior.

⁸¹ De conformidad con lo previsto en los artículos 176 y 217 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.

⁸² Esta facultad puede derivarse de la Constitución, la ley o un contrato.

⁸³ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 14 de octubre de 2020, número interno: 65719.

⁸⁴ Con relación a este punto, es pertinente citar una decisión del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 47282 que, aunque fue proferida en un proceso de repetición puede aplicarse para el llamamiento en garantía con fines de repetición dado el objeto de ambos instrumentos jurídicos. En tal decisión, dicha Corporación consideró que no existía prueba que acreditara la calidad de servidor público de uno de los demandados, razón por la cual, no era procedente continuar con el estudio de los demás requisitos de procedibilidad de tal medio de control, con lo que, se pone de presente la necesidad de que esté acreditada la calidad del sujeto que se vincula. Adicionalmente, frente a las funciones de los otros dos demandados encontró que, pese a estar probada la calidad de servidores públicos, la entidad no aportó prueba que permitiera evidenciar las funciones desempeñadas por dichos servidores y su relación con los hechos objeto de la condena. Todo lo anterior, llevó a que se recordara que: *esta Corporación ha insistido en la diligencia que se debe observar para la presentación de este tipo de demandas, máxime cuando se encuentran de por medio recursos públicos cuyo reintegro se pretende.*

cuando ello sea posible, se presenten las pruebas que acreditan tal elemento subjetivo⁸⁵, para tal efecto, la entidad debe anexar a la contestación de la demanda los elementos de prueba que tiene en su poder y solicitar que se practiquen, en las oportunidades correspondientes, las que sean conducentes, pertinentes y útiles.

- ✓ Allegar o solicitar en su integridad, cumpliendo las reglas que permitan la contradicción⁸⁶, las decisiones y actuaciones adelantadas en otros procesos o actuaciones (administrativas, penales y disciplinarias) en donde se investigaron los mismos hechos objeto del llamamiento en garantía, que tengan nexo o vínculo con la conducta del/la agente, exagente o particular que cumple o cumplía funciones públicas⁸⁷.
- ✓ Tener en cuenta que las diligencias de indagatoria y las versiones libres, si bien se pueden allegar o solicitar su decreto, podrían no ser valoradas por carecer de juramento, por lo tanto, se recomienda incluir dentro de la fundamentación del llamamiento en garantía con fines de repetición jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se indique que tales diligencias sí deben valorarse por razones de interés general relacionadas con establecer la verdad⁸⁸.
- ✓ Hacer uso de cualquiera de los medios probatorios previstos en la normativa procesal colombiana, dado que, en nuestro ordenamiento jurídico no existe tarifa legal⁸⁹.

⁸⁵ Ver: artículo 44 de la Ley 2195 de 2022. En este caso se sugiere tener en cuenta las recomendaciones que sobre la materia se hacen en el acápite denominado: *Recomendaciones para determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición*.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, número interno: 62248.

⁸⁷ Con relación a la prueba trasladada el Consejo de Estado ha señalado que: *debe cumplir con los requisitos previstos en la normativa procesal vigente -artículo 185 del Código de Procedimiento Civil-, es decir, que hubiere sido solicitada en el proceso contencioso administrativo por la parte contra la cual se aduce o que hubiere sido practicada con audiencia de esta, pues, de lo contrario, no podría ser valorada en el proceso al cual se trasladada. (...) cuando el traslado de las pruebas fue solicitado por ambas partes, aquellas pueden ser valoradas aun cuando hubieren sido practicadas sin su citación o su intervención en el proceso original y sin su ratificación en el proceso contencioso administrativo, porque, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que una prueba haga parte del acervo probatorio, para luego, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invocar las formalidades legales para su inadmisión*. Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2019, número interno: 51162. Al respecto, también se puede consultar la sentencia del 11 de abril de 2019, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, número interno: 62248.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110.

⁸⁹ Por ejemplo, podrá presentar, entre otros, dictámenes periciales en los que el/la experto/a técnico/a dictamine sobre aspectos técnicos relacionados con el actuar de la persona llamada en garantía, al margen del proceso en el que se busca la declaratoria de responsabilidad o la nulidad y restablecimiento del derecho, testimonios por fuera de audiencia, actos administrativos, decisiones penales o disciplinarias por medio de las cuales se sancionó al llamado por hechos relacionados, asignación de funciones y la hoja de vida en la que

4.3. Recomendaciones durante el desarrollo del proceso y con posterioridad a este

Presentado el llamamiento en garantía con fines de repetición, se recomienda a las entidades públicas:

- ✓ Interponer recurso de reposición, en subsidio de apelación contra el auto que niega el llamamiento en garantía con fines de repetición, de acuerdo con lo previsto en los artículos 243 y 244⁹⁰ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- ✓ Hacer un uso adecuado de los alegatos de conclusión, los cuales no constituyen una oportunidad para reformar o adicionar la demanda, pero sí son un momento procesal idóneo que le permite a la entidad pública reiterar que:
 - (i) El debate probatorio compromete al/la llamado/a en garantía en las conductas descritas en la solicitud y que están probados los elementos requeridos por el ordenamiento jurídico.
 - (ii) Respecto de las acciones u omisiones el/la llamado/a contó con las garantías constitucionales, en particular conoció los cargos formulados y ejerció sin restricciones su derecho de defensa.
- ✓ Proponer formulas conciliatorias, si no lo hace el proceso del llamamiento continuará hasta culminar con sentencia, sin perjuicio de poder intentar una nueva audiencia de conciliación, que deberá ser solicitada de mutuo acuerdo entre las partes⁹¹.
- ✓ Hacer seguimiento al proceso y atender todos los trámites y actuaciones correspondientes, por ejemplo, estar pendiente de si el demandante o el/la llamado/a en garantía interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia, para pronunciarse respecto de los reparos concretos que formularon los/las apelantes⁹² y si el auto que

conste los estudios y experiencia que lo hacían una persona capaz e idónea para el desempeño de las funciones. Si se analizan las anotaciones de las hojas de vida, además de estas, se deben aportar todas las actuaciones que le dieron origen y las que ejecutaron las órdenes.

⁹⁰ De acuerdo con lo previsto en el ordinal 1° de dicho precepto.

⁹¹ De conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 678 de 2001.

⁹² De conformidad con el ordinal 4° del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

admitió el llamamiento en garantía fue notificado en debida forma, para evitar la frecuente nulidad procesal por indebida notificación.

- ✓ Valorar la viabilidad de interponer el recurso de apelación, en los términos de los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, si la sentencia es desfavorable a la entidad. En el evento de que, considere que no es viable presentar la apelación dejar constancia argumentada y soportada en el expediente que reposa en la entidad. La valoración de la procedencia del recurso se podrá analizar en conjunto con el Comité de Conciliación.
- ✓ Proferida sentencia condenatoria en contra del/la llamado/a en garantía con fines de repetición, sin que este/a la haya cumplido, la entidad pública deberá hacer uso de las herramientas que el ordenamiento jurídico prevé para perseguir y hacer efectivo el crédito exigible a su favor⁹³ sin incluir los intereses de mora o de plazo por el pago tardío de la entidad al tercero que resultó afectado con la actuación u omisión del Estado, toda vez que estos están a cargo de la entidad por la demora en el cumplimiento de la obligación⁹⁴.
- ✓ Tener en cuenta que es posible realizar acuerdos de pago en los cuales se condone parte del capital y de los intereses⁹⁵, conforme a los preceptos del artículo 13-1 de la Ley 678 de 2001, adicionado por el artículo 49 de la Ley 2195 de 2022⁹⁶.

⁹³ Esto es, proceso ejecutivo o de cobro coactivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011, que al tenor señala: *Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.* Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el Título VIII, artículo 823 y siguientes del Estatuto Tributario.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, número interno: 60952.

⁹⁵ Según lo dispone el parágrafo del artículo 49 de la Ley 2195 de 2022.

⁹⁶ a) Si el sujeto de repetición devenga entre 0 y 10 SMLMV y tiene un patrimonio igual o inferior a 150 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 65% del capital de la condena.

b) Si el sujeto de repetición devenga entre 10 y 15 SMLMV y/o tiene un patrimonio superior a 150 SMLMV e igual o inferior a 250 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 75% del capital de la condena.

c) Si el sujeto de repetición devenga entre 15 y 20 SMLMV y/o tiene un patrimonio superior a 250 SMLMV e igual o inferior a 300 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 85% del capital de la condena.

d) Si el sujeto de repetición devenga más de 20 SMLMV y/o tiene un patrimonio igual o a 300 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 95% del capital de la condena.

PARÁGRAFO. Se podrá realizar una condonación de intereses del 100% si el sujeto de repetición realiza el pago en un término máximo de un año después de la ejecutoria de la sentencia, hasta en un 50% si realiza el pago en un término máximo de 2 años, y hasta en un 30% si realiza el pago dentro de un término máximo de

5. Recomendaciones para el ejercicio efectivo del medio de control de repetición

A continuación, se presentan algunas recomendaciones para: (i) determinar la procedencia o improcedencia de la acción de repetición; (ii) elaborar la demanda y (iii) tener en cuenta durante el desarrollo del proceso.

5.1. Recomendaciones para determinar la procedencia o improcedencia del medio de control de repetición

Una vez el/la ordenadora del gasto remite al Comité de Conciliación, al día siguiente del pago total o de la última cuota efectuado por la entidad, el acto administrativo del pago y los antecedentes de este, el Comité debe adoptar la decisión motivada de iniciar o no el proceso de repetición en un término no superior a cuatro (4) meses. La demanda se presentará, cuando sea procedente, dentro de los dos (2) meses siguientes a la decisión mencionada previamente⁹⁷.

Con ocasión de lo anterior, se recomienda al/la apoderado/a, así como al Comité de Conciliación en la fase de estudio para determinar la procedencia o improcedencia de dicho medio de control:

- ✓ Revisar que no haya operado la caducidad⁹⁸. Si la acción caducó, se debe dejar registro de tal situación en el acta de sesión del Comité de Conciliación, de las razones por las cuales caducó e indicar que no resulta procedente iniciar dicho medio de control⁹⁹. Si la acción no ha caducado se debe determinar si procede o no la repetición. Es

3 años. Esta condonación se podrá aplicar a las conciliaciones judiciales y extrajudiciales dispuestas en los Artículos 12 y 13 de esta Ley.

⁹⁷ Artículo 125 de la Ley 2220 de 2022.

⁹⁸ El artículo 11 de la Ley 678 de 2001, modificado por la Ley 2195 de 2022, señala que el plazo de caducidad del medio de control de repetición es de 5 años, para providencias ejecutoriadas con posterioridad al 18 de enero de 2022, contados a partir del día siguiente de la fecha de vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas; de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, a más tardar, desde el vencimiento de los diez (10) o dieciocho (18) meses a partir de la ejecutoria de la sentencia, conciliación o cualquier otra forma de solución del conflicto. Para las providencias ejecutoriadas antes el 18 de enero de 2022, el término de caducidad es de 2 años, contados a partir del día siguiente de la fecha de vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas, de conformidad con lo previsto en el artículo 192 ibidem, es decir, a más tardar, desde el vencimiento de los diez (10) o dieciocho (18) meses a partir de la ejecutoria de la sentencia, conciliación o cualquier otra forma de solución del conflicto.

⁹⁹ Guía práctica para el mejor ejercicio de la acción de repetición y de la utilización del llamamiento en garantía con fines de repetición en las entidades públicas. Al respecto se puede consultar la Guía en el siguiente enlace: <https://www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0417.pdf>

importante hacer seguimiento a los términos de caducidad y tomar las medidas pertinentes para que el medio de control no caduque¹⁰⁰.

- ✓ Revisar que exista una condena judicial, un acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación de un conflicto que imponga a la entidad estatal el pago de una obligación de carácter indemnizatorio.
- ✓ Verificar que la entidad pública haya realizado el pago de la indemnización impuesta en una condena judicial, un acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación de un conflicto¹⁰¹.
- ✓ Adjuntar el recibo de pago o paz y salvo emitido por el/la beneficiario/a o su abogado/a con facultad de recibir y, en todo caso, procurar contar con los datos e información necesaria para lograr su comparecencia al proceso, si esta llegare a ser requerida¹⁰².
- ✓ Determinar cuál fue la acción u omisión constitutiva de daño antijurídico por la cual la entidad pública fue condenada o reconoció responsabilidad, con el fin de identificar sus autores.
- ✓ Revisar los hechos del caso para determinar la calidad del/la agente, exagente o particular que cumple o cumplió funciones públicas y las funciones y responsabilidades a su cargo, las cuales deben estar directamente relacionadas con las acciones u omisiones imputadas¹⁰³.
- ✓ Identificar el nexo causal de la conducta de los/las agentes, exagentes o particulares que cumplen o cumplieron funciones públicas con el daño antijurídico¹⁰⁴.
- ✓ Analizar si la conducta de los/las servidores/as o exservidores/as públicos/as y particulares que ejercen o ejercieron funciones públicas

¹⁰⁰ Guía práctica para el mejor ejercicio de la acción de repetición y de la utilización del llamamiento en garantía con fines de repetición en las entidades públicas. Al respecto se puede consultar la Guía en el siguiente enlace: <https://www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0417.pdf>

¹⁰¹ El ordinal 1º del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011 prevé como un anexo de la demanda de repetición la prueba del pago.

¹⁰² Es preciso señalar que existen posiciones encontradas al interior del Consejo de Estado, pues algunas consideran que, en vigencia de la Ley 1437 de 2011 la certificación expedida por el/a pagador/a o tesorero/a es prueba suficiente para iniciar un proceso con pretensiones de repetición (ver: artículo 142 ibidem y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de agosto de 2022, número interno: 64718), mientras que otras sostienen que dicha certificación es prueba sumaria que puede ser confrontada por el demandado (Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2021, número interno: 54750)

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 47282.

¹⁰⁴ Al respecto se puede consultar la Guía práctica para el mejor ejercicio de la acción de repetición y de la utilización del llamamiento en garantía con fines de repetición en las entidades públicas. Diciembre de 2020 en el siguiente enlace: <https://www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0417.pdf>

es constitutiva de dolo o culpa grave, para tal efecto, se recomienda tener en cuenta:

1.	Cuál es la norma jurídica sustancial aplicable al caso. Si se trata de conductas ejecutadas antes de que entrara en vigor la Ley 678 de 2001, debe aplicarse el criterio de dolo y culpa grave contemplado en el artículo 63 del Código Civil, en armonía con lo señalado en los artículos 6, 121, 122, 124 de la Constitución Política ¹⁰⁵ . Por otro lado, si se trata de conductas ejecutadas durante el tiempo en vigencia de la Ley 678 de 2001, se pueden alegar las presunciones de dolo o culpa grave que estableció dicha norma. Finalmente, si se trata de conductas ejecutadas durante el tiempo en que entró en vigor la Ley 2195 de 2022, se pueden alegar las presunciones que agregó y modificó dicha norma.
2.	Que el comportamiento debe estar dirigido a causar daño o ser consecuencia de una negligencia que excluya toda justificación, no solo puede ser ajeno a derecho. Por lo tanto, no cualquier conducta, así fuere errada compromete en repetición la responsabilidad de los/las sujetos activos del medio de control ¹⁰⁶ .
3.	Si la conducta objeto de reproche está incluida dentro de alguna o algunas de las presunciones legales de dolo

¹⁰⁵ Es relevante esta precisión, debido a que la jurisprudencia ha identificado como un error en el que incurren algunas entidades públicas invocar la configuración de alguna de las presunciones cuando en realidad ello no es cierto, porque los hechos o conductas que dieron origen al fallo o decisión judicial se cometieron antes de la entrada en vigor de la Ley 678 de 2001. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de abril de 2020, números internos 42266 y 46486 y del 11 de abril de 2019, número interno: 62248. Para estudiar el dolo o la culpa grave también se puede acudir a la Constitución Política, si los hechos generadores del daño, del incumplimiento o del restablecimiento ocurrieron antes del 4 de agosto de 2001 o dicha Norma Superior y a la Ley 678 de 2001 si los actos acciones u omisiones tuvieron ocasión durante la vigencia de dicha Ley, así como a la jurisprudencia civil.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de diciembre de 2020, número interno: 41780.

	o culpa grave previstas en los artículos 5 ^o ¹⁰⁷ y 6 ^o ¹⁰⁸ de la Ley 678 de 2001, respectivamente ¹⁰⁹ .
4.	Si los hechos no están contemplados dentro de las presunciones de los artículos 5 ^o y 6 ^o de la Ley 678 de 2001 ¹¹⁰ o del artículo 63 del Código Civil ¹¹¹ , tener en cuenta que aquellas son un catálogo de eventos no taxativos en los cuales se configura el dolo o la culpa grave, es decir, pueden presentarse otras situaciones que no están contempladas dentro de tales disposiciones, pero que dan lugar a la presentación de la acción de repetición ¹¹² .
5.	Se considera importante, además de invocar la presunción pertinente, realizar un análisis diferente de la conducta del daño demostrado en el proceso que da origen a la acción de repetición, para lo cual se recomienda tener en cuenta al estructurar la conducta las condiciones funcionales del/la demandado/a y los compromisos institucionales vulnerados.
6.	Que los argumentos deben exponerse con suficiente claridad y precisión, así, por ejemplo, si la conducta que da lugar a la acción de repetición se enmarca en alguna de las presunciones de dolo o culpa grave, esta se debe señalar de manera expresa, dado que, si bien el juez puede enmarcar la motivación de la demanda en una de

¹⁰⁷ Modificado por el artículo 39 de la Ley 2195 de 2022: 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:

5. Que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación, o falta de motivación, y por falsa motivación.
6. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
7. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial.
8. Obrar con desviación de poder.

¹⁰⁸ Modificado por el artículo 40 de la Ley 2195 de 2022: Se presumirá que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

¹⁰⁹ Por ejemplo, en sentencia del 11 de abril de 2019, número interno 62248, la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó el artículo 63 del Código Civil, debido a que los hechos que dieron lugar a la condena en reparación directa ocurrieron el 14 de septiembre de 1991, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 678 de 2001. Con respecto a las presunciones señaladas en los artículos 5^o y 6^o de la Ley 678 de 2001, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que *corresponden a las denominadas iuris tantum, esto es, que pueden ser desvirtuadas probatoriamente. No se constituyen, por tanto, en un juicio anticipado del legislador sobre la responsabilidad patrimonial del demandado, sino en herramientas que permiten facilitar la actividad probatoria e involucran al demandado en la carga demostrativa, con la finalidad de que sea posible establecer la verdad material en este tipo de casos.* Subsección B, sentencia del 1 de junio de 2020, número interno: 49538.

¹¹⁰ Modificada por la Ley 2195 de 2022.

¹¹¹ En el evento en el que los hechos hayan ocurrido en vigor de la Ley 678 de 2001.

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2019, número interno: 51162. En estos casos, al no operar las presunciones, en la providencia mencionada se indicó que: *se deberán describir las conductas constitutivas y, desde luego, acreditarse adecuadamente.*

2

h

	las presunciones previstas en la normativa ¹¹³ , no debe dejarse en cabeza del/la juez esta responsabilidad.
7.	Las características particulares del caso, la responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6º y 91 de la Constitución Política) y la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos ¹¹⁴ .
8.	Si la conducta fue dolosa o gravemente culposa, porque las dos no se pueden invocar de forma conjunta, pues el Consejo de Estado ha entendido que, podría considerarse confuso y contrario a las garantías constitucionales del/la llamado/a e impedir o afectar su defensa ¹¹⁵ , a menos que, una se formule como principal y las otras como subsidiarias. Cabe precisar que el dolo implica el "querer" el resultado dañoso, mientras que dentro de la redacción de la culpa grave se omite el aspecto volitivo ¹¹⁶ .
9.	Si el caso concreto permite una doble atribución de la conducta respecto de cada actuación desplegada o si la conducta amerita varias imputaciones de ese tipo, se deberán plantear las pretensiones de manera subsidiaria ¹¹⁷ . De manera que, la entidad pública no está limitada para alegar una sola presunción de dolo o culpa grave, sino que puede imputar las conductas y causales de presunción que encuentre necesarias y las puede ubicar en las modalidades de culpa grave o dolo, siempre y cuando se mantenga la precisión y carga argumentativa de cada conducta imputada,

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2019, número interno: 51162. El supuesto mencionado fue aplicado en la sentencia del 31 de enero de 2019, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, número interno: 60952. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2019, número interno: 51162. El supuesto mencionado fue aplicado en la sentencia del 31 de enero de 2019, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, número interno: 60952.

¹¹⁴ Al respecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110

¹¹⁵ Así lo sostuvo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110 y del 31 de enero de 2019, número interno: 60952. Así no se trate de una postura unánime, pero en la Sección Tercera del Consejo de Estado se considera que calificar la conducta como dolosa o gravemente culposa sin distinguir desconoce la garantía del demandado de responder a una imputación clara, imposibilitándolo de plantear una defensa adecuada.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110. En esta decisión también se indicó que: *las definiciones tanto de dolo como de culpa grave, en los términos de la Ley 678 de 2001, como sustento de las imputaciones que se realizan a los funcionarios públicos, se aparta de los conceptos de otras especialidades, como la penal o la civil. Por esta razón, no existe motivo alguno para llenar, desde una perspectiva analógica, las definiciones de dolo y culpa grave, pues la norma especial las estableció de forma integral y expresa.*

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110.

	distinguiendo entre la conducta principal y la subsidiaria. Para ello, se sugiere que la entidad pública proponga tantos juicios de imputación contra la persona llamada en garantía con fines de repetición, como hechos dañinos o causales de invalidez le impute el/la demandante a la entidad.
--	--

- ✓ Revisar el expediente del proceso de responsabilidad donde la entidad fue condenada, las pruebas y los fallos judiciales, con el fin de identificar si contienen información importante que facilite y sirva de sustento para la decisión del Comité de Conciliación.

5.2. Recomendaciones para el ejercicio efectivo del medio de control de repetición

La demanda de repetición debe ser clara, suficiente, precisa en relación con la responsabilidad del/la demandante y cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, se recomienda:

- ✓ Designar al/la agente, exagente estatal o particular -persona natural o jurídica- y a su representante, cuando fuere el caso, e indicar de forma clara y precisa sus funciones, responsabilidades y compromisos institucionales, así: nombres completos, identificación, la calidad en la que interviene¹¹⁸, la dirección física o electrónica para recibir notificaciones, entre otros.
- ✓ Expresar con precisión y claridad la pretensión de repetición. La declaratoria de responsabilidad debe invocarse por dolo o por culpa grave, separadamente. Lo anterior, sin perjuicio de que, el dolo se formule como principal y la culpa grave como subsidiaria, con el fin de respetar las garantías constitucionales del/la demandante¹¹⁹. La estimación de la cuantía debe coincidir con el monto de la condena impuesta a la entidad demandante, sin incluir los intereses que se causaron por el tiempo que tardó la entidad en pagarle la

¹¹⁸ Al respecto se puede consultar la Guía práctica para el mejor ejercicio de la acción de repetición y de la utilización del llamamiento en garantía con fines de repetición en las entidades públicas. Diciembre de 2020 en <https://www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0417.pdf> el siguiente enlace:

¹¹⁸ Al respecto son aplicables las reglas previstas en los artículos 23 a 29 de la Ley 678 de 2001, 588 a 597 del Código General del Proceso.

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110.

2

L

indemnización al tercero afectado, porque frente a ellos el/la demandado/a en repetición no responde¹²⁰.

- ✓ Señalar si quien actúa como demandante es la entidad pública afectada, el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia a través de la Agencia Jurídica del Estado, estos últimos en virtud de autorización legal.
- ✓ Si fueron varias las entidades responsables, debido a la solidaridad, se debe precisar el monto asumido por cada una, que podría ser el pago total, si la víctima así lo exigió¹²¹.
- ✓ Exponer de forma clara y precisa los hechos en que se apoya la acción de repetición. Los hechos deben estar determinados, clasificados y numerados. Debe tenerse presente que la situación fáctica que dio lugar a la decisión que impuso la indemnización, por sí sola no fundamenta la pretensión de repetición. La jurisprudencia ha insistido en la independencia de los procesos y en la autonomía para determinar la responsabilidad del/la demandante¹²².
- ✓ Exponer de forma clara y precisa los fundamentos de derecho que sustenten la solicitud. Los fundamentos de derecho deben comprender las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que asignaron las funciones, las responsabilidades y los compromisos vulnerados¹²³.
- ✓ Justificar de dónde surge la obligación de la entidad demandante de exigir¹²⁴ el reembolso del pago realizado como resultado de la condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de un conflicto, por ejemplo, si surge de una relación legal y reglamentaria¹²⁵ o de un vínculo contractual.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, número interno: 60952.

¹²¹ Artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2019, número interno: 45720.

¹²³ Si los hechos sucedieron en vigencia de la Ley 678 de 2001 se debe acudir a sus disposiciones para sustentar la conducta, dolosa o gravemente culposa del/la agente, exagente sin perjuicio de que, dada la estrecha afinidad y el carácter patrimonial que se le imprime a la responsabilidad del llamado se acuda también al Código Civil y a los elementos doctrinarios y jurisprudenciales relativos a la responsabilidad de los gestores de intereses ajenos, sistemáticamente compatibles con la Ley 678, con los fundamentos constitucionales que estructuran la función pública, esto es con los artículos 6, 121, 122, 124 del ordenamiento superior.

¹²⁴ Esta facultad puede derivarse de la Constitución, la ley o un contrato.

¹²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto del 14 de octubre de 2020, número interno: 65719.

- ✓ Solicitar las pruebas que la entidad pretende hacer valer y aportar las que tiene en su poder. Las pruebas deben demostrar particularmente:
- (i) La calidad del/la agente, exagente o particular que cumple funciones públicas¹²⁶, las funciones y responsabilidades asignadas o convenidas, relacionadas directamente con las acciones u omisiones imputadas¹²⁷ y, en consecuencia, el vínculo legal o contractual existente¹²⁸.
 - (ii) La existencia de una condena judicial, un acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación de un conflicto que impuso a la entidad estatal el pago de una obligación de carácter indemnizatorio.
 - (iii) El pago¹²⁹ de la indemnización por parte de la entidad pública¹³⁰, para lo cual, es importante verificar: la existencia del comprobante de pago, que la suma corresponda con la condena o acuerdo conciliatorio, que los documentos sean

¹²⁶ Con relación a este punto, es pertinente citar una decisión del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 47282 que, aunque fue proferida en un proceso de repetición puede aplicarse para el llamamiento en garantía con fines de repetición dado el objeto de ambos instrumentos jurídicos. En tal decisión, dicha Corporación consideró que no existía prueba que acreditara la calidad de servidor público de uno de los demandados, razón por la cual, no era procedente continuar con el estudio de los demás requisitos de procedibilidad de tal medio de control, con lo que, se pone de presente la necesidad de que esté acreditada la calidad del sujeto que se vincula. Adicionalmente, frente a las funciones de los otros dos demandados encontró que, pese a estar probada la calidad de servidores públicos, la entidad no aportó prueba que permitiera evidenciar las funciones desempeñadas por dichos servidores y su relación con los hechos objeto de la condena. Todo lo anterior, llevó a que se recordara que: *esta Corporación ha insistido en la diligencia que se debe observar para la presentación de este tipo de demandas, máxime cuando se encuentran de por medio recursos públicos cuyo reintegro se pretende.*

¹²⁷ Con relación a este punto, es pertinente citar una decisión del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 47282 que, aunque fue proferida en un proceso de repetición puede aplicarse para el llamamiento en garantía con fines de repetición dado el objeto de ambos instrumentos jurídicos. En tal decisión, dicha Corporación consideró que no existía prueba que acreditara la calidad de servidor público de uno de los demandados, razón por la cual, no era procedente continuar con el estudio de los demás requisitos de procedibilidad de tal medio de control, con lo que, se pone de presente la necesidad de que esté acreditada la calidad del sujeto que se vincula. Adicionalmente, frente a las funciones de los otros dos demandados encontró que, pese a estar probada la calidad de servidores públicos, la entidad no aportó prueba que permitiera evidenciar las funciones desempeñadas por dichos servidores y su relación con los hechos objeto de la condena. Todo lo anterior, llevó a que se recordara que: *esta Corporación ha insistido en la diligencia que se debe observar para la presentación de este tipo de demandas, máxime cuando se encuentran de por medio recursos públicos cuyo reintegro se pretende.*

¹²⁸ Al respecto, se debe tener en cuenta que la sola determinación de la calidad personal y las funciones no son suficientes para configurar la conducta que da lugar a la acción de repetición, es necesario que se establezca estas generaron el daño.

¹²⁹ La jurisprudencia ha señalado que es posible iniciar la acción de repetición ante pagos parciales, caso en el cual el término de caducidad se cuenta a partir de la fecha en que se hizo el pago parcial, de la condena o conciliación por parte de la entidad, siempre que éste se haya producido dentro del término máximo previsto en la ley para estos efectos. Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 31 de agosto de 2020, número interno: 65529, sentencia del 5 de agosto de 2019, número interno: 46367 y auto del 5 de abril de 2017, número interno: 58762.

¹³⁰ El ordinal 1° del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011 prevé como una de la demanda de repetición la prueba del pago.

legibles, que la obligación haya sido satisfecha, el recibo de pago o paz y salvo emitido por el beneficiario o su abogado con facultad de recibir y, en todo caso, procurar los datos e información necesaria para lograr su comparecencia, si es requerida¹³¹.

- (iv) La acción o la omisión por la cual fue condenada la entidad pública o reconoció su responsabilidad.
 - (v) El dolo o la culpa grave. En este punto se recomienda revisar lo señalado en el acápite de recomendaciones para determinar la procedencia o improcedencia de la acción de repetición
- ✓ Allegar o solicitar en su integridad, cumpliendo las reglas que permitan la contradicción¹³², las decisiones y actuaciones adelantadas en otros procesos o actuaciones (administrativas, penales y disciplinarias) en donde se investigaron los mismos hechos, los cuales deben tener nexo o vínculo con la conducta del/la demandado/a¹³³.

¹³¹ Al respecto se puede consultar la Guía.práctica para el mejor ejercicio de la acción de repetición y de la utilización del llamamiento en garantía con fines de repetición en las entidades públicas. Diciembre de 2020 en el siguiente enlace: <https://www.defensajuridica.gov.co/docs/BibliotecaDigital/Documentos%20compartidos/0417.pdf>.

En los asuntos iniciados en vigencia del Código Contencioso Administrativo para probar el pago era necesaria la certificación expedida por el beneficiario o acreedor. Con la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es prueba suficiente para iniciar el proceso de repetición la certificación del pagador, tesorero o servidor público que haga sus veces en la entidad obligada en la que se haga costar el pago de la obligación. Con relación a este punto, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que la exigencia del certificado expedido por el beneficiario se mantiene para los asuntos iniciados con antelación al 2 de julio de 2012 y, en todo caso, frente a los asuntos iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 la certificación en cuanto prueba sumaria podría ser confrontada por el demandado (sentencias del 5 de marzo de 2020, número interno: 58991 y del 27 de agosto de 2021, número interno: 54750). A su turno, la Subsección B ha considerado que la prueba del pago de la condena no se puede someter a una formalidad probatoria no establecida en el ordenamiento, que de contera desconoce la calidad de documentos públicos de las resoluciones o comprobantes emitidos en el trámite administrativo que autorizó el pago, el certificado tiene un valor definitivo, en cuanto el mismo documento no podría tener calidad de prueba sumaria y plena al mismo (sentencias del 16 de agosto de 2022, número interno: 64718 y del 11 de octubre 2021, número interno: 55945).

¹³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, número interno: 62248.

¹³³ Con relación a la prueba trasladada el Consejo de Estado ha señalado que: *debe cumplir con los requisitos previstos en la normativa procesal vigente –artículo 185 del Código de Procedimiento Civil–, es decir, que hubiere sido solicitada en el proceso contencioso administrativo por la parte contra la cual se aduce o que hubiere sido practicada con audiencia de esta, pues, de lo contrario, no podría ser valorada en el proceso al cual se traslada. (...) cuando el traslado de las pruebas fue solicitado por ambas partes, aquellas pueden ser valoradas aun cuando hubieren sido practicadas sin su citación o su intervención en el proceso original y sin su ratificación en el proceso contencioso administrativo, porque, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que una prueba haga parte del acervo probatorio, para luego, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invocar las formalidades legales para su inadmisión.* Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de agosto de 2019, número interno: 51162. Al respecto, también se puede consultar la sentencia del 11 de abril de 2019, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, número interno: 62248.

- ✓ Aportar o solicitar el decreto de elementos probatorios adicionales a las pruebas que soportaron la decisión que declaró la responsabilidad contractual, extracontractual o la nulidad y restablecimiento del derecho alegados. Si se trata de soportar la pretensión en las causales que permiten presumir la conducta, se debe tener presente que, tratándose del dolo, así la nulidad se fundamente en desviación de poder o falsa motivación, esta sola declaración puede considerarse insuficiente, por lo que, se recomienda adicionar al material probatorio decisiones judiciales o actuaciones administrativas relacionadas con los mismos hechos, que deberán aportarse en su integridad¹³⁴.
- ✓ Tener en cuenta que las diligencias de indagatoria y las versiones libres, si bien pueden allegarse o solicitar su decreto, podrían no ser valoradas por carecer de juramento, por lo tanto, se recomienda incluir dentro de la fundamentación de la demanda de repetición jurisprudencia del Consejo de Estado, en lo posible de la Sala Plena, en la que se indique que tales diligencias sí deben valorarse por razones de interés general relacionadas con establecer la verdad¹³⁵.
- ✓ Hacer uso de cualquiera de los medios probatorios señalados en el Código General del Proceso, dado que, en nuestro ordenamiento jurídico no existe tarifa legal¹³⁶.
- ✓ Solicitar las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes¹³⁷, luego de evaluar su pertinencia y conveniencia. En el evento que el/la juez/a niegue las medidas cautelares solicitadas, la entidad puede presentar recurso de apelación de acuerdo con las reglas generales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³⁸.

5.3. Recomendaciones para conocer cómo actuar durante el desarrollo del proceso y con posterioridad a este

¹³⁴ Para efecto de la demostración del dolo, con todo y la posibilidad de aplicar la presunción, se ha señalado que la inversión de la carga de la prueba no resulta suficiente sin aportar pruebas "fehacientes" de que el/la demandado/a buscó el resultado logrado. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 47.535.

¹³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, número interno: 62110.

¹³⁶ Por ejemplo, podrá presentar, entre otros, dictámenes periciales, testimonios por fuera de audiencia, documentos en donde consten actos administrativos, decisiones penales o disciplinarias por medio de las cuales se sancionó al llamado por hechos relacionados, asignación de funciones y la hoja de vida en la que conste los estudios y experiencia que lo hacían una persona capaz e idónea para el desempeño de las funciones

¹³⁷ Al respecto son aplicables las reglas previstas en los artículos 23 a 29 de la Ley 678 de 2001, 588 a 597 del Código General del Proceso.

¹³⁸ Ver artículos 28 de la Ley 678 de 2001 y 243 de la Ley 1437 de 2011.

Q

h

Presentada la demanda de repetición, se recomienda a las entidades públicas durante el proceso:

- ✓ Subsanan la demanda, dentro del plazo de 10 días¹³⁹, cuando esta es inadmitida¹⁴⁰.
- ✓ Interponer recurso de apelación si la demanda es rechazada¹⁴¹. El recurso debe presentarse dentro de los 3 días siguientes a la notificación por estado del auto que rechazó la demanda. Si el recurso de apelación no se concede, se debe presentar recurso de reposición y en subsidio de queja¹⁴² dentro de los 3 días¹⁴³ siguientes a la notificación del auto que negó la concesión de la apelación¹⁴⁴.
- ✓ Hacer un uso adecuado de los alegatos de conclusión, los cuales no constituyen una oportunidad para reformar o adicionar la demanda, pero sí son un momento procesal idóneo que le permite a la entidad pública reiterar que:
 - (i) El debate probatorio compromete al/la demandante con la demostración de las afirmaciones de la demanda y lo/la obliga a aportar las pruebas relacionadas que se encuentren en su poder y a tramitar las restantes, con sujeción a las reglas que garantizan el debido proceso de todas las partes.
 - (ii) El demandado contó con las garantías constitucionales, en particular conoció los cargos formulados y ejerció sin restricciones su derecho de defensa. Para tal efecto, se recomienda a la entidad ser proclive a velar por preservar las garantías procesales del demandado, en lo que a la entidad demandante comporta, en particular en formular los cargos con claridad y precisión, facilitando el derecho de defensa.
- ✓ Conciliar en el curso del proceso o en el trámite de ejecución ante el juez de la causa, siempre que el acuerdo no sea lesivo para los intereses del Estado y responda a los parámetros legales. El acuerdo

¹³⁹ Artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁴⁰ Artículo 170 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁴¹ Artículos 169 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁴² De conformidad con el artículo 253 del Código General del Proceso, al que se remite por disposición del artículo 245 del CPACA, el recurso de queja se debe interponer en subsidio del recurso de reposición.

¹⁴³ Aunque la norma no contemple el término oportuno para interponer el recurso de queja, debe suplirse ese vacío con otras disposiciones procesales, como el artículo 302 del Código General del Proceso, el cual señala un término de ejecutoria de 3 días para autos dictados fuera de audiencia y partir de la base de que, se trata de un recurso ordinario, que debe interponerse en subsidio del recurso de reposición.

¹⁴⁴ Artículo 245 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

podrá incluir fórmulas sobre el capital, el plazo para el pago y los intereses, en el que se deberá tener en cuenta la gravedad de la conducta, el salario del agente y el monto de su patrimonio, previo estudio y verificación del Comité de Conciliación o de quien haga sus veces¹⁴⁵.

- ✓ Hacer seguimiento al proceso y atender todos los trámites y actuaciones correspondientes, por ejemplo, estar pendiente de si el/la demandado/a interpuso recurso de apelación contra la sentencia, para pronunciarse respecto de los reparos concretos que formuló contra la sentencia¹⁴⁶ y si fue notificado en debida forma del auto que admitió la demanda, para evitar la frecuente nulidad procesal por indebida notificación.
- ✓ Valorar la viabilidad de interponer el recurso de apelación si la decisión es desfavorable a la entidad, en los términos de los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En el evento de que se considere que no es viable presentar la apelación dejar constancia argumentada y soportada en el expediente que reposa en la entidad. La valoración de la procedencia del recurso se podrá analizar en conjunto con el Comité de Conciliación.
- ✓ Recurrir la condena en costas cuando esta sea impuesta a la entidad pública, indicando que la acción de repetición se instaura en interés público y que, en consecuencia, en los términos del artículo 188 del CPACA dicha condena no procede¹⁴⁷.
- ✓ Proferida sentencia condenatoria en contra del/la demandado/a, la entidad pública deberá hacer uso de las herramientas que el ordenamiento jurídico prevé para perseguir y hacer efectivo el crédito exigible a su favor¹⁴⁸, incluidos los intereses de mora generados desde

¹⁴⁵ Artículo 48 de la Ley 2195 de 2022.

¹⁴⁶ De conformidad con el numeral 4° del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁴⁷ Al respecto, se pueden consultar las siguientes decisiones del Consejo de Estado: Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de septiembre de 2021, número interno: 55227; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2021, número interno: 65825; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de noviembre de 2021, número interno: 62054; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de noviembre de 2023, número interno: 67238; Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2023, número interno: 54031.

¹⁴⁸ Esto es, proceso ejecutivo o de cobro coactivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011, que al tenor señala: *Las entidades públicas definidas en el párrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.* Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el Título VIII, artículo 823 y siguientes del Estatuto Tributario.

que quedó ejecutoriada la sentencia hasta que se hizo efectivo el pago¹⁴⁹.

- ✓ Tener en cuenta que es posible realizar acuerdos de pago en los cuales se puede condonar parte del capital y de los intereses¹⁵⁰ conforme a los preceptos del artículo 13-1 de la Ley 678 de 2001, adicionado por el artículo 49 de la Ley 2195 de 2022¹⁵¹.

6. Conclusiones

Finalmente, a manera de conclusión, es preciso mencionar que:

- (i) En aras de que la acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición cumplan con los fines para los que fueron creados, esto es, la eficiencia de la función pública y la protección de la moralidad y del patrimonio público se debe fortalecer la fase de estudio y determinación de la figura, pues allí se han evidenciado falencias, principalmente, en lo que corresponde a la determinación y prueba del dolo o la culpa grave como elemento subjetivo y definitorio para la procedencia y éxito de dichos instrumentos jurídicos. Lo anterior, sin descuidar las fases de elaboración de los escritos respectivos y del trámite de dichos instrumentos de acuerdo con lo mencionado en este documento.
- (ii) Es necesario fortalecer la etapa probatoria y los argumentos que sustentan la acción de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición, toda vez que, no se trata de presentar dichos instrumentos jurídicos únicamente para cumplir con una obligación

¹⁴⁹ En los términos de los artículos 305 y 431 del Código General del Proceso.

¹⁵⁰ Según lo previsto por el parágrafo del artículo 49 de la Ley 2195 de 2022.

¹⁵¹ a) Si el sujeto de repetición devenga entre 0 y 10 SMLMV y tiene un patrimonio igual o inferior a 150 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 65% del capital de la condena.

b) Si el sujeto de repetición devenga entre 10 y 15 SMLMV y/o tiene un patrimonio superior a 150 SMLMV e igual o inferior a 250 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 75% del capital de la condena.

c) Si el sujeto de repetición devenga entre 15 y 20 SMLMV y/o tiene un patrimonio superior a 250 SMLMV e igual o inferior a 300 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 85% del capital de la condena.

d) Si el sujeto de repetición devenga más de 20 SMLMV y/o tiene un patrimonio igual o a 300 SMLMV podrá llegarse a un acuerdo en el cual este se comprometa a realizar un pago mínimo correspondiente al 95% del capital de la condena.

PARÁGRAFO. Se podrá realizar una condonación de intereses del 100% si el sujeto de repetición realiza el pago en un término máximo de un año después de la ejecutoria de la sentencia, hasta en un 50% si realiza el pago en un término máximo de 2 años, y hasta en un 30% si realiza el pago dentro de un término máximo de 3 años. Esta condonación se podrá aplicar a las conciliaciones judiciales y extrajudiciales dispuestas en los Artículos 12 y 13 de esta Ley.

legal, pues ello, puede llevar a que el Estado incurra en mayores gastos al tener que abordar un proceso en el que las pretensiones no serán favorables a él.

- (iii) Se debe realizar un análisis riguroso sobre la procedencia de las medidas cautelares, tanto en el llamamiento en garantía con fines de repetición como en la acción de repetición, para garantizar que en los casos en que el fallo sea favorable para el Estado, este no se torne ineficaz ante la falta de recursos del/la responsable de cumplirlo. De llegarse a decretar la/s medida/s solicitada/s se recomienda extremar la agilidad para el pago de la condena impuesta, para adelantar la ejecución en un término prudencial, al igual que si la medida cautelar se decretó en el marco del medio de control de repetición; en cuanto, prolongar las restricciones que comportan las medidas cautelares, podría configurar abuso del derecho.
- (iv) Se debe evaluar la conciliación como mecanismo de solución de conflictos, de acuerdo con los parámetros mencionados en la normativa vigente y en este documento.


PAULA ROBLEDO SILVA
Directora General (E)

Aprobó: Jhon Jairo Camargo Motta/ Laura Bernal Bermudéz.
Revisó: María Fernanda Suárez Celis
Proyectó: Yosira Alejandra Daza Gullo