

ACCION DE REPETICION - Competencia / COMPETENCIA CONSEJO DE ESTADO - Acción de repetición

La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer y decidir este proceso en única instancia de conformidad con lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 128 del C.C.A, por el artículo 7 de la Ley 678 de 2001 y por el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003, ambos expedidos por esta Corporación. En efecto, la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, formuló demanda de repetición en contra de Jorge Aurelio Noguera Cotes, por un acto expedido con ocasión del ejercicio de sus funciones como Director de la mencionada entidad pública, circunstancia que radica en esta Corporación el conocimiento del proceso en única instancia, con independencia de que para la época de la presentación de la demanda, el demandado ya no ostentara esa investidura, conforme lo dispone el parágrafo primero del artículo 7 de la Ley 678 de 2001, en concordancia con lo señalado por el artículo 128 numeral 12 del C.C.A; además, según lo previsto en el reglamento interno de esta Corporación, compete su conocimiento a esta Sección.

FUENTE FORMAL. CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128. NUMERAL 12 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 7 / CONSEJO DE ESTADO. ACUERDO 58 DE 1999 - ARTICULO 13 / ACUERDO 55 DE 2003 - ARTICULO 1 / LEY 678 DE 2001- ARTICULO 7. PARAGRAFO 1 / CODIGO

ACCION DE REPETICION - Normatividad / ACCION DE REPETICION - Presupuestos / ACCION DE REPETICION - Finalidad / LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Con fines de repetición / ACCION DE REPETICION - Definición / ACCION DE REPETICION - Busca responsabilizar patrimonialmente al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave causando un daño antijurídico / ACCION DE REPETICION - Acción civil de carácter patrimonial

El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, establece la acción de repetición, en los siguientes términos: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste." Sin embargo, con antelación a este precepto ya los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto - ley 01 de 1984) consagraban la posibilidad de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena. En efecto, por una parte, el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo, señala que "sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones", y en consonancia con la norma anterior, el artículo 78 ibídem, estableció que cuando prospera la demanda del perjudicado "contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere."En este sentido, como lo ha sostenido esta Sección, la acción de repetición busca responsabilizar patrimonialmente al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o

culpa grave causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con la víctima, para evitar un proceso o terminarlo anticipadamente. Posteriormente, en desarrollo de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, se expidió la Ley 678 de 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se reguló la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición. El artículo 2 de la citada ley, la define como una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado; en sus artículos 5 y 6, contiene las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición y, además consagra una serie de presunciones legales de esos eventos, preceptos de suyo más rigurosos que lo previsto en las normas anteriores aplicadas en esta materia (...)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 91 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121/ CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 78 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 2 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 5 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 6 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 63 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2341 / LEY 53 DE 1887 - ARTICULO 40

NOTA DE RELATORIA: Auto de 22 de octubre de 1997, expediente número 13977; sentencia de 25 de julio de 1994, expediente número 8493; sentencia de 31 de julio de 1997, expediente número 9894

ACCION DE REPETICION - Precedente jurisprudencial / ACCION DE REPETICION - Presupuestos y requisitos / ACCION DE REPETICION - Elementos objetivos / ACCION DE REPETICION - Elemento subjetivo

Según lo ha manifestado la jurisprudencia de la Corporación, en aras de garantizar el derecho al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), la Ley 678 de 2001 se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001, fecha en que comenzó a regir, pues los hechos y actos ocurridos con antelación a dicha fecha, y por ende la responsabilidad del agente público, se deben analizar a luz de la legislación anterior, salvo lo atinente a las normas sustanciales posteriores favorables, las cuales pueden ser aplicadas a los mismos. En lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, se aplica la Ley 678 de 2001 a los juicios de repetición en curso y pendientes a la fecha de su entrada en vigencia. Finalmente, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan (Ley 678 de 2001), para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma de solución de un conflicto; b) Que la entidad haya pagado totalmente a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación o en otra forma de solución de un conflicto; y c) Que la condena o la conciliación se haya

producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas. Los dos primeros corresponden a los elementos objetivos para impetrar la acción y el último al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente. Por consiguiente, los anteriores requisitos son objeto de prueba para la prosperidad de la acción de repetición, esto es, la sentencia judicial que condena a la entidad pública a pagar una indemnización o la conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; el pago total y efectivo del valor de la indemnización impuesta; la calidad de servidor o ex servidor público del Estado al que se imputa la responsabilidad patrimonial y la conducta dolosa o gravemente culposa del mismo, mediante el aporte en estado de valoración (copias auténticas) de la sentencia ejecutoriada, de los actos administrativos correspondientes y demás documentos públicos o privados, así como de todas aquellas pruebas idóneas que se alleguen o soliciten en las oportunidades probatorias correspondientes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 678 DE 2001

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente número 17482 y sentencia de 31 de agosto de 2006; expediente número 28448

ACCION DE REPETICION - Prosperidad de la acción / PROSPERIDAD DE LA ACCION DE REPETICION - Requisitos / REQUISITO - Prueba que acredite que la entidad pública demandante haya sido condenada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo / PRUEBA - Deficiencias probatorias / DOCUMENTOS - Valor probatorio / DOCUMENTO EN COPIA SIMPLE - Valor probatorio / COPIAS SIMPLES - No son medios de convicción / COPIA - Autenticación

Tal y como lo advirtió el Ministerio Público en su concepto, en el sub lite no se cumplieron los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción de repetición, dado que existen serias deficiencias probatorias en relación con su demostración, según se desprende de las pruebas incorporadas al expediente, así: No obra en el proceso prueba que acredite que la entidad pública demandante haya sido condenada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al restablecimiento del derecho de un particular por un daño antijurídico. En efecto, con la demanda tan sólo se aportó: a) copias simples que dicen contener una sentencia proferida el 9 de octubre de 2006 por el Tribunal Administrativo del Tolima, donde habría declarado la nulidad de la Resolución No. 01287 de 28 de julio de 2003, ordenando el reintegro de la señora Rubiela Charry Mallungo al cargo que venía desempeñando en el DAS y condenado a esta entidad al pago a favor de aquélla de todos los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta que se hiciese efectivo el reintegro; b) copia simple que dice contener el Edicto No. 00398, a través del cual se le habría notificado a las partes la citada sentencia de 9 de octubre de 2006 ; c) copia simple que dice contener el auto de 27 de octubre de 2007, mediante el cual no se habría concedido el recurso de apelación contra la anterior providencia. Dado lo anterior, es menester señalar que dichas copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Sobre el valor probatorio de las copias, la Sala ha recalado que, por expresa remisión que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace

al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, es aplicable el artículo 254 de este último (...) La exigencia de autenticación prevista en la norma procesal anterior, según señaló la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del numeral 2 de la misma, es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución Política, que establece la presunción de buena fe, como tampoco el artículo 228 relacionado con el acceso a la justicia (...) Por lo tanto, las copias aportadas por la entidad demandante carecen de valor probatorio, porque, en tratándose de copias de documento público, como lo es una sentencia judicial, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. En este orden de ideas, se concluye que no está demostrado dentro del proceso el primero de los hechos generadores de la acción de repetición, cual es la existencia de una sentencia que condene al Estado a reparar patrimonialmente un daño antijurídico, situación que por sí sola implica que se deban negar las pretensiones de la demanda (...)

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional, sentencia de C-023 de 1998; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de abril de 2002, expediente número 6636

ACCION DE REPETICION - Procedencia / ACCION DE REPETICION - Requisitos / REQUISITO - Acreditación del pago que la entidad demandante realizó a la víctima del daño

No se acreditó que la entidad demandante haya pagado a la víctima de un daño una suma equivalente a la cuantía materia de la pretensión que se reclama, es decir, no se demostró el pago total que pretende recuperar, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la Ley 678 de 2001. En la demanda la actora acompañó: a) Copia auténtica de la Resolución No. 001243 de 3 de abril de 2007 y de su notificación personal el día 9 de los mismos mes y año, por medio de la cual se ordena pagar la suma de (...) En el análisis de dichos documentos, la Sala estima oportuno reiterar las precisiones realizadas en sentencia de 5 de diciembre de 2006, sobre la carga que pesa sobre el actor de acreditar dicho pago total y efectivo en forma idónea y legal en los procesos de repetición (...) Aplicadas las reflexiones que anteceden al sub examine, se puntualiza que los documentos aportados, esto es, la copia auténtica de la Resolución No.001243 de 3 de abril de 2007 y de su notificación personal el día 9 de los mismos mes y año, por medio de la cual se ordena pagar la suma de \$151.187.605,00, y la certificación de 24 de febrero de 2009, suscrita por el Coordinador del Grupo de Tesorería respecto del pago de \$113.077.535 por concepto de sentencia judicial al señor Jesús Rafael Almanza Castillo, como apoderado de la señora Rubiela Charry Mallungo, mediante transferencia electrónica realizada según COLPATRIA el día 16 de abril de 2007, no constituyen por sí solos pruebas idóneas a partir de las cuales se pueda deducir que existió el pago efectivo y total de una obligación a cargo de la entidad pública que se menciona en dicho acto administrativo. (...) De otro lado, aún de aceptarse que se hizo un pago por la entidad pública demandante por concepto de indemnización de un daño al abogado de una beneficiaria de una condena judicial impuesta a la misma, anota la Sala que no obra prueba alguna en relación con los pagos por concepto de aportes de previsión social y parafiscales ordenados en la citada resolución a COMPENSAR, COLFONDOS; ARP la PREVISORA; COMFENALCO; ICBF; SENA; Escuela de Estudios Técnicos; E.S.A.P.; y Fondo Nacional de Ahorro, los cuales ascienden a

\$38.110.070, suma que también pretende la entidad demandante que le sean reconocidos, toda vez que no se allegó un recibo, consignación, paz y salvo o comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que esa cancelación efectivamente se produjo, razón por la cual no se logró acreditar que se hubiera realizado el pago total y efectivo equivalente a la suma que pretende recuperar la entidad en este proceso. Por lo tanto, en el sub lite no se cumplió con el segundo requisito para la procedencia de la acción de repetición, esto es, la prueba del pago efectivo y total de la condena que afirmó el demandante en los hechos relatados en su escrito de postulación le habría sido impuesta en una sentencia.

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 8 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 11

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 5 de diciembre de 2006, expediente número 28238

ACCION DE REPETICION - Procedencia / ACCION DE REPETICION - Requisitos / REQUISITO - Demostrar que dentro del proceso hubo una conducta dolosa o gravemente culposa / DOLO O CULPA GRAVE - Concepto

Tampoco se vislumbra que se hayan aportado pruebas o existan elementos de juicio tendientes a demostrar dentro del proceso una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular en ejercicio de funciones públicas, con ocasión a los hechos afirmados en la demanda, de los cuales considera la entidad pública actora que se encuentra amparada en las presunciones legales establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, las cuales invoca como aplicables al caso concreto. Ya atrás se señaló que el inciso 2o. del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 678 de 2001, siguiendo la legislación precedente, señalan claramente que la responsabilidad personal y patrimonial del agente público sólo se compromete en los casos en que su conducta, que dio lugar al daño antijurídico a un tercero por el cual tuvo que pagar una indemnización el Estado, sea cometida a título de dolo o culpa grave, lo que excluye otras modalidades de culpa, como la leve y levisima, que no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal, como ocurre en el régimen civil de responsabilidad. Así mismo se indicó que, ante la inexistencia de una definición legal de los conceptos de dolo o culpa grave, inicialmente el Consejo de Estado en su jurisprudencia recurrió a las definiciones que sobre los mismos trae el artículo 63 del Código Civil, comparando la conducta del agente demandado con la del modelo del buen servidor público con el fin de determinar su responsabilidad; y luego, con un sentido más amplio, acudió a los artículos 6 y 91 de la Constitución Política, que señalan que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones, sin que les sea dable oponer el cumplimiento de un mandato superior para eximirse de responsabilidad, cuando, en infracción manifiesta de un precepto constitucional, causen daño o detrimento a una persona. (...).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 5 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 6

ACCION DE REPETICION - Procedencia / ACCION DE REPETICION / Requisitos / DOLO - Conductas / CULPA GRAVE - Conductas / PRESUNCION - Praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit

Es así como, ante la ausencia de las nociones legales de dolo y culpa grave para efectos de repetición, el legislador en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 consagró la definición de estas dos modalidades de conducta (...) las normas examinadas contemplaron cinco (5) conductas en las cuales se presume el dolo del agente estatal y cuatro (4) en las que se presume la culpa grave, a fin de facilitar su determinación y prueba, en los siguientes términos: a) Se presume que existe dolo por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder. 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento. 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial. b) Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho. 2. Carencia o abuso de competencia para proferir decisión anulada, determinada por error inexcusable. 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable. 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. Para el entendimiento de las anteriores disposiciones, conviene advertir que la presunción se funda en lo que regular y ordinariamente sucede: "praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit". (...)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 5 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 6

PRAESUMPTIO SUMITUR EX EO QUOD PLERUMQUE FIT - Sentido / PRESUNCION - Definición normativa / PRESUNCION - Definición doctrinaria

El recto sentido de este figura, según enseña el profesor Rocha, es el que da su etimología: "prae y sumere, o el infinitivo del verbo praesumere, presentir, tomar de antemano, porque por la presunción se toma una cosa como verdadera (sumitur pro vero) antes de que conste de otro modo, (...) de lo que comúnmente sucede, dada la constancia de las leyes naturales, físicas, químicas, económicas, sociales, ex eo quod plerumque fit (de aquello que sucede generalmente) (...) unas mismas consecuencias de unos mismos hechos, procederes o actitudes semejantes de iguales situaciones." La presunción, entonces, es un juicio que la ley o el juez se forma sobre la verdad de algo, por la lógica relación que muestra con otro hecho diferente y conocido como cierto. En este contexto, el artículo 66 del Código Civil, establece la siguiente noción: (...) Y, a su turno, el Código de Procedimiento Civil (Capítulo de Pruebas), preceptúa: (...) La doctrina que se extrae de las anteriores disposiciones, puede concretarse así: (...) Así las cosas, la Ley 678 de 2001, al desarrollar el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, en especial, para efectos de determinar si los servidores, exservidores o particulares que desempeñen funciones administrativas actuaron con dolo o culpa grave, estableció un listado de hechos en los que se dice presumir, según las reglas de la experiencia, que han obrado bajo esas modalidades de conducta. Con ello, el legislador buscó que en el caso de que se demostraran las conductas descritas en los artículos 5 y 6 de la citada ley, el juez tuviera por cierto que el comportamiento del agente público fue con dolo o culpa grave. De todos modos, estima la Sala necesario precisar que las denominadas presunciones son sólo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del

agente público, pues pueden presentarse muchos más casos que, pese a que no se encuentran consagrados en las citadas causales de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, originan que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 66 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 176 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 5 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 6

PRESUNCION DE DOLO O CULPA GRAVE - Causales

En relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones “se presume”, “se reputa”, “se considera”, “se colige”, “se entenderá” u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo. Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente. (...) En suma, la ley hace una enunciación de las conductas que constituyen culpa grave o dolo y probados esos supuestos se tiene por cierto, salvo que se demuestre lo contrario, que el agente público actuó bajo unas de esas dos formas de culpabilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 5 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 6

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional, Sentencia C-778 de 2003; sentencia C374 de 2002

ACTO ADMINISTRATIVO - Nulidad / NULIDAD - Declaratoria / ACCION DE REPETICION O LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Acto administrativo / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL - Agente Público / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL - No procede sin previo juicio del servidor público

Vale la pena advertir que en el caso de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un acto administrativo, la declaración de nulidad de éste no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, puesto que con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, bien

sea mediante la aplicación de las referidas presunciones -si se llegasen a entender como tales-, que invierten la carga de la prueba, o bien sea aplicando las reglas generales de la materia procesal sobre dicha carga. En consecuencia, la Sala aclara que el hecho de que exista una sentencia condenatoria al Estado no puede tenerse como una responsabilidad patrimonial sin previo juicio del servidor público, sino que su aducción en el proceso de repetición permite que en la actividad probatoria del servidor demandado, aún cuando señale que hubo, verbigracia una desviación de poder, se pueda demostrar y determinar, en ejercicio del derecho constitucional al debido proceso y su corolario de defensa (art. 29 C.P.), contrario a lo pretendido en la respectiva demanda de repetición, que dicha conducta no lo fue a título de dolo o culpa grave y por ende, es posible y viable acreditar la falta de responsabilidad de carácter patrimonial. Teniendo en cuenta lo expuesto, en el caso concreto la Sala observa que, además de que la entidad demandante durante el proceso fue imprecisa en relación con la calificación de la conducta que se le endilgaba al demandado, pues en la demanda la calificó como gravemente culposa y luego en los alegatos de conclusión como dolosa (...) en el sub lite, la calificación de la conducta del demandado se sustenta en que el acto administrativo que aceptó la renuncia de Rubiela Charry Mallungo fue declarado nulo mediante providencia proferida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por el vicio de desviación de poder, pero como se aportó la sentencia en copia simple, esto es, carente de valor probatorio, no se acreditó el hecho indicador o supuesto fáctico antecedente de la desviación de poder y por ende, no puede inferirse el hecho indicado o deducido por la ley del dolo o la culpa grave en la conducta del agente, o si se prefiere más técnicamente y preciso aún, no se demostró una conducta dolosa o gravemente culposa que hubiere dado lugar a una condena en contra de la entidad pública actora. En síntesis, la Sala observa una inactividad probatoria por parte del demandante para establecer si el demandado incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa, pues ni siquiera solicitó la práctica de alguna prueba tendiente a demostrar este elemento subjetivo de la acción (testimonios, declaraciones de parte, etc.), diferente a la aportación de las copias simples de la sentencia sin fuerza probatoria.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional, sentencia C-778 de 2003. Consejo de Estado, sentencia de 3 de octubre de 2007, expediente número 24844

ENTIDAD PUBLICA DEMANDANTE - Admonición / EJERCICIO DEL DERECHO DE REPETICION - Comporta el desarrollo efectivo de la carga de la prueba

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala reitera la admonición que ha hecho en otras sentencias en el sentido de advertir a la entidad demandante que el derecho - deber de ejercer la acción de repetición contra los funcionarios y exfuncionarios o particulares que ejerzan funciones públicas, comporta el desarrollo efectivo de la carga de la prueba tanto al incoar la acción como durante las etapas previstas para ello dentro del proceso, con el fin de demostrar judicialmente los presupuestos objetivos (sentencia condenatoria y pago) y la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público, por la cual debe reparar al Estado las sumas que éste canceló dentro de un proceso indemnizatorio, lo que además se traduce en garantizar el derecho de defensa dentro del proceso al demandado servidor o ex servidor público o particular que ejerció función pública, de suerte que le permita presentar sus pruebas y contradecir las que se aduzcan en su

contra para responsabilizarlo por los hechos que originaron una indemnización o el pago de una condena.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente número 17482

Con salvamento de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SECCION TERCERA SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00074-00(34816)

Actor: NACION-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS-

Demandado: JORGE AURELIO NOGUERA COTES

Referencia: ACCION DE REPETICION

Atendiendo la prelación dispuesta por la Sala en sesión de 5 de mayo de 2005, según consta en acta No 15, se decide en única instancia la demanda que, en ejercicio de la acción de repetición regulada en la Ley 678 de 2001, interpuso la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad - DAS contra el ex director Jorge Aurelio Noguera Cotes. La Sala, previo el estudio correspondiente, denegará las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 21 de noviembre de 2007, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de repetición establecida en la Ley 678 de 2001, la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad - DAS (en adelante también DAS), formuló demanda en contra del señor Jorge Aurelio Noguera Cotes, en su

condición de ex director de esa entidad, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“...1.- Que se declare que el señor Ex - Director del DAS, Doctor JORGE AURELIO NOGUERA COTES, obró con culpa grave al expedir la resolución No. 01287 del 28 de julio de 2003 mediante la cual se aceptó la renuncia presentada por la funcionaria RUBIELA CHARRY MALLUNGO del cargo de Oficial de Inteligencia 203-17 de la Planta Global Área Operativa, asignada a la Seccional Tolima, por lo cual mediante sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Tolima el 09 de octubre de 2006, dentro del proceso No.02107-03 declaró la nulidad de la resolución No. 01287 del 28 de julio de 2003. Sentencia que fue apelada en la oportunidad legal y mediante auto del 27 de octubre de 2006 el H. Tribunal Administrativo del Tolima negó la alzada pretendida.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración se condene al Doctor JORGE AURELIO NOGUERA COTES, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.558.712 de Santa Martha, al pago a favor de la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad, de la suma de CIENTO CINCUENTA (sic) Y UN MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CINCO PESOS M/CTE. (\$151.187.605.00), correspondiente al valor total que la entidad que represento canceló a la señora RUBIELA CHARRY MALLUNGO en cumplimiento de la sentencia señalada en el numeral anterior.

3.- Que se declare que la sentencia que ponga fin al proceso, sea de aquellas que reúne los requisitos exigidos en los artículos 68 del C.C.A. y 488 del C.P.C., en la que conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, a fin de que preste mérito ejecutivo.

4.- El monto de la condena que se profiera contra el Doctor JORGE AURELIO NOGUERA COTES, deberá actualizarse hasta el monto del pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

5.- Que se ordene al demandado pagar los intereses moratorios desde la fecha de la ejecutoria del fallo, conforme a lo establecido en la sentencia C-188/99, proferida por la H. Corte Constitucional, que modificó (sic) el artículo 177 del C.C.A...”

2. Fundamentos de hecho

En la demanda se narraron, en esencia, los siguientes hechos:

2.1. Que mediante Resolución No. 1360 del 24 de junio de 1994 se nombró en período de prueba a la señora Rubiela Charry Mallungo en el cargo de Oficial de Inteligencia 302 -16 en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-,

siendo inscrita luego en el escalafón del régimen de carrera a través de Resolución No. 0634 de 9 de marzo de 1995.

2.2. Que en el período comprendido entre el año 2000 a 2003 fue trasladada en ocho oportunidades en diferentes dependencias y seccionales departamentales de la entidad, así:

(i) El 30 de mayo de 2000, cuando se desempeñaba como Coordinadora de Asuntos Especiales de la División de Inteligencia fue trasladada a la División de Análisis como subalterna de un funcionario grado 15;

(ii) El 1 de junio de 2000, mediante Resolución No. 00872, el Director del DAS trasladó a la señora Charry Mallungo de la Dirección General de Inteligencia, División de Análisis, a la Seccional Tolima;

(iii) El 9 de junio de 2000, sin cumplir el traslado, a través de la Resolución No.00939 de 2000, notificada el 12 de junio de ese año, se le trasladó de nuevo a la Dirección General de Inteligencia;

(iv) En Resolución No. 02078 de 22 de noviembre de 2000 se le trasladó de la Seccional Huila a la Seccional Cundinamarca;

(v) El 8 de octubre de 2002, a través de Resolución No. 2169, se le trasladó a la Seccional Caquetá;

(vi) El 20 de diciembre de 2002, mediante Resolución No. 02847 se le trasladó de la Seccional Caquetá a la Dirección General de Inteligencia;

(vii) Mediante comunicación de 7 de enero de 2003 se le trasladó a la Subdirección de Investigaciones Especiales - Grupo de Unidad Nacional contra lavado de activos; y

(viii) El 31 de marzo de 2003 nuevamente se le trasladó al área de investigaciones informáticas.

2.3. Que esa situación motivó que la señora Rubiela Charry Mallungo presentara renuncia al cargo los días 14 y 29 de noviembre de 2002, la cual no le fue

aceptada de acuerdo con comunicaciones del 20 de noviembre y 9 de diciembre de ese mismo año.

2.4. Que mediante escrito del 16 de julio de 2003, la señora Rubiela Charry Mallungo nuevamente presentó renuncia al cargo desempeñado y a través de Resolución No. 01287 de 28 de julio de 2003 se le aceptó la misma.

2.5. Que la señora Rubiela Charry Mallungo demandó el anterior acto ante el Tribunal Administrativo del Tolima en proceso ordinario de nulidad y restablecimiento, corporación que mediante sentencia proferida el 9 de octubre de 2006, dentro del proceso No. 02107-03, declaró la nulidad de la Resolución No. 01287 de 28 de julio de 2003, al encontrar demostrada la causal de desviación de poder, dado que consideró que la renuncia no obedeció a la libre voluntad de la afectada con el acto; a título de restablecimiento del derecho ordenó el reintegro y el pago de sueldos y prestaciones correspondientes al cargo desde la fecha en se produjo el retiro del servicio hasta cuando fuera reintegrada al mismo.

2.6. Que la anterior providencia fue apelada en la oportunidad correspondiente pero el recurso fue negado.

2.7. Que, en cumplimiento de las anteriores providencias, el Departamento Administrativo de Seguridad, Das, ordenó el reintegro de Rubiela Charry Mallungo y, mediante Resolución No. 01243 de 3 de abril de 2007, reconoció el gasto y ordenó el pago de la suma de ciento cincuenta y un millones ciento ochenta y siete mil seiscientos cinco pesos m/cte. (\$151.187.605.00), valor que canceló a la mencionada señora el 16 de abril de 2007.

3. Admisión y notificación de la demanda

Mediante providencia de 25 de enero de 2008 se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al demandado y al Ministerio Público, diligencia que se cumplió el 3 de abril de 2008.

4. La oposición del demandado

El demandado en el término de fijación en lista, que corrió desde el 10 hasta el 23 de abril de 2008, no contestó la demanda (*Cfr. Informe secretarial a folio 74 cd. ppal.*).

5. Actuación procesal y alegatos de conclusión

5.1. El demandado mediante escritos del 14 y 23 de julio de 2008, esto es, por fuera del término de ley, solicitó se le excusara por no haber contestado la demanda, dado que se encontraba detenido por orden de autoridad judicial al momento en que fue notificado de la misma y debido a esa circunstancia y a la situación económica precaria que padecía no pudo contratar los servicios de un abogado que lo asistiera dentro del proceso. Igualmente, hizo algunas consideraciones acerca de su falta de responsabilidad por los hechos materia del proceso, enfatizando que su actuación se concretó a ordenar un traslado de la funcionaria por fuera de Bogotá, a la posterior decisión de retornarla a esta ciudad por petición de la misma y a la aceptación de su renuncia. Además, pidió la nulidad de lo actuado para que se le permitiera hacer uso del derecho material y técnico a la defensa.

5.2. Por auto de 7 de mayo de 2008 se abrió el proceso a pruebas y en consecuencia, se decretó: i) tener como prueba, con el valor que les corresponda según la ley, los documentos aportados en la demanda por la entidad actora; ii) a solicitud del demandante se ofició: a) al Departamento Administrativo de Seguridad DAS para que remitiera copia del Acta No. 06/2007 del Comité de Conciliación en la que se decidió iniciar la respectiva acción de repetición, así como fotocopia de la constancia de pago al apoderado de la beneficiaria del crédito judicial: b) al Banco Colpatria, a efectos de que certificará en relación con la transferencia de la suma de dinero realizada por el DAS al señor Jesús Rafael Almanza Castillo.

5.3. En auto de 10 de septiembre de 2008 se negó la solicitud de declaratoria de nulidad de lo actuado realizada por el demandado, con fundamento en que la argumentación por él expuesta no era válida en tanto no estaba contemplada en las causales previstas en la ley, así como tampoco se acreditaba que se le hubiese vulnerado el derecho de defensa, como quiera que fue notificado personalmente de la demanda, de manera que se le dio la oportunidad para ejerciera tal derecho, momento en el que además debió manifestar la

circunstancia de precariedad económica a efectos de que le hubiera nombrado un abogado de oficio, lo cual no ocurrió.

5.4. Mediante providencia de 19 de marzo de 2009 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, si a bien lo tenían. Durante el término del traslado, la parte demandada guardó silencio. La parte demandante presentó alegatos de conclusión en los cuales insistió en la prosperidad de las pretensiones de la demanda, las que, a su juicio, se fundamentan en la sentencia de 9 de octubre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución No. 1287 de 28 de julio de 2003 y en las demás pruebas allegadas al proceso que dan cuenta del cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la acción de repetición (condena, pago y conducta dolosa del agente), de acuerdo con la Constitución Política (art. 90) y la ley (arts. 77 y 78 C.C.A. y Ley 678 de 2001).

6. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público, a través del señor Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación, rindió concepto en el que, luego de hacer un recuento sobre el proceso y precisar la normativa aplicable en materia de la acción de repetición, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, porque: (i) la entidad demandante no demostró la sentencia que impuso la condena que origina la acción con fines de reembolso, dado que aportó copia informal del fallo, es decir, carente de eficacia probatoria en los términos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil; (ii) acreditó parcialmente el pago de los valores (\$151.187.605.00) que se pretenden recuperar en este proceso, según la Resolución No. 1243 de 3 de abril de 2007, esto es, sólo la suma de \$113.077.535; y (iii) tampoco probó el elemento subjetivo, esto es, la conducta dolosa o gravemente culposa del ex agente público demandado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala denegará las súplicas de la demanda por los motivos que expondrá a continuación:

1. Competencia

Sea lo primero manifestar que la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer y decidir este proceso en única instancia de conformidad con lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 128 del C.C.A, por el artículo 7 de la Ley 678 de 2001 y por el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003, ambos expedidos por esta Corporación.

En efecto, la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, formuló demanda de repetición en contra de Jorge Aurelio Noguera Cotes, por un acto expedido con ocasión del ejercicio de sus funciones como Director de la mencionada entidad pública, circunstancia que radica en esta Corporación el conocimiento del proceso en única instancia, con independencia de que para la época de la presentación de la demanda, el demandado ya no ostentara esa investidura, conforme lo dispone el parágrafo primero del artículo 7 de la Ley 678 de 2001¹, en concordancia con lo señalado por el artículo 128 numeral 12 del C.C.A; además, según lo previsto en el reglamento interno de esta Corporación, compete su conocimiento a esta Sección.

2. La acción de repetición y los presupuestos para su interposición y prosperidad

2.1. El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, establece la acción de repetición, en los siguientes términos:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” (Subraya la Sala).

Sin embargo, con antelación a este precepto ya los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto - ley 01 de 1984) consagraban la posibilidad de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad tanto

¹ Artículo 7 Ley 678 de 2001: “...**PARÁGRAFO 1o.** Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado...”

contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena.

En efecto, por una parte, el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo, señala que *“sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones”*, y en consonancia con la norma anterior, el artículo 78 *ibídem*, estableció que cuando prospera la demanda del perjudicado *“contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.”*-Subraya la Sala-

En este sentido, como lo ha sostenido esta Sección, la acción de repetición busca responsabilizar patrimonialmente al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con la víctima, para evitar un proceso o terminarlo anticipadamente.²

Posteriormente, en desarrollo de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, se expidió la Ley 678 de 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se reguló la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición. El artículo 2 de la citada ley, la define como una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado; en sus artículos 5 y 6, contiene las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición y, además consagra una serie de presunciones legales de esos eventos, preceptos de suyo más rigurosos que lo previsto en las normas

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 22 de octubre de 1997, Exp. 13977: *“En ambos casos el patrimonio del Estado se disminuye y es precisamente la disminución del patrimonio estatal como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, la fuente de la acción de repetición.”*

anteriores aplicadas en esta materia (artículos 63 y 2341 del Código Civil), con base en las cuales se analizaba la conducta del agente conforme al modelo del buen servidor público³, disposiciones que luego debieron ser armonizadas con los artículos 6, 91, 121 y 122 de la Constitución Política⁴.

2.2. Cabe advertir que, según lo ha manifestado la jurisprudencia de la Corporación⁵, en aras de garantizar el derecho al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), la Ley 678 de 2001 se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001⁶, fecha en que comenzó a regir, pues los hechos y actos ocurridos con antelación a dicha fecha, y por ende la responsabilidad del agente público, se deben analizar a luz de la legislación anterior, salvo lo atinente a las normas sustanciales posteriores favorables, las cuales pueden ser aplicadas a los mismos. En lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, se aplica la Ley 678 de 2001 a los juicios de repetición en curso y pendientes a la fecha de su entrada en vigencia.

2.3. Finalmente, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan (Ley 678 de 2001), para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma de solución de un conflicto; b) Que la entidad haya pagado totalmente a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación o en otra forma de solución de un conflicto; y c) Que la condena o la conciliación se haya producido a causa de la

³ Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493.

⁴ Cfr. Sentencia de 31 de julio de 1997, Exp. 9894.

⁵ En relación con lo anteriormente expuesto por la Sala ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, Expediente Rad. No. 17.482 Actor: Nación – Ministerio De Defensa Nacional - Ejército Nacional, Demandado: Manuel Jesús Guerrero Pasichana; y Expediente No. 28.448, Actor: Lotería La Nueve Millonaria de La Nueva Colombia Ltda.

⁶ Según Diario Oficial No. 44.509 de 4 de agosto de 2001.

conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas⁷.

Los dos primeros corresponden a los elementos objetivos para impetrar la acción y el último al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente. Por consiguiente, los anteriores requisitos son objeto de prueba para la prosperidad de la acción de repetición, esto es, la sentencia judicial que condena a la entidad pública a pagar una indemnización o la conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; el pago total y efectivo del valor de la indemnización impuesta; la calidad de servidor o ex servidor público del Estado al que se imputa la responsabilidad patrimonial y la conducta dolosa o gravemente culposa del mismo, mediante el aporte en estado de valoración (copias auténticas) de la sentencia ejecutoriada, de los actos administrativos correspondientes y demás documentos públicos o privados, así como de todas aquellas pruebas idóneas que se alleguen o soliciten en las oportunidades probatorias correspondientes.

3. El caso concreto

3.1. La Nación - Departamento Administrativo de Seguridad - DAS formuló demanda de repetición en contra de Jorge Aurelio Noguera Cotes, en su condición de ex director de la entidad, por considerar que actuó con dolo o culpa grave al expedir la Resolución No. 01287 de 28 de julio de 2003, mediante la cual se le aceptó la renuncia -no voluntaria- presentada por la señora Rubiela Charry Mallungo al cargo de Oficial de Inteligencia 203-17 de la Planta Global Área Operativa, asignada a la Seccional Tolima, acto administrativo que dio lugar a una sentencia condenatoria en contra suya, por la que tuvo que pagar a la funcionaria desvinculada irregularmente la suma de \$151.187.605.oo.

En consecuencia, por versar el *subjudice* sobre hechos que se remontan al 28 de julio de 2003, la normativa sustancial aplicable corresponde al artículo 90 de la Constitución Política desarrollado por la Ley 678 de 2001, vigente para aquella época.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de agosto de 2006, Expediente Nos. 17.482.

Así las cosas, el estudio del *sub lite* se extenderá a la determinación de los presupuestos y requisitos arriba señalados en la citada normativa citada (Vid. numeral 2.3.) para la procedencia de la acción de repetición en contra del señor ex director del DAS, Jorge Aurelio Noguera Cotes, frente a lo planteado en la demanda y analizados conforme a la realidad probatoria que muestra el proceso.

3.2. En el anterior contexto, tal y como lo advirtió el Ministerio Público en su concepto, en el *sub lite* no se cumplieron los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción de repetición, dado que existen serias deficiencias probatorias en relación con su demostración, según se desprende de las pruebas incorporadas al expediente, así:

3.2.1. No obra en el proceso prueba que acredite que la entidad pública demandante haya sido condenada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al restablecimiento del derecho de un particular por un daño antijurídico.

En efecto, con la demanda tan sólo se aportó: a) copias simples que dicen contener una sentencia proferida el 9 de octubre de 2006 por el Tribunal Administrativo del Tolima (fls. 6 a 22 cd. ppal.), donde habría declarado la nulidad de la Resolución No. 01287 de 28 de julio de 2003, ordenando el reintegro de la señora Rubiela Charry Mallungo al cargo que venía desempeñando en el DAS y condenado a esta entidad al pago a favor de aquélla de todos los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta que se hiciese efectivo el reintegro; b) copia simple que dice contener el Edicto No. 00398, a través del cual se le habría notificado a las partes la citada sentencia de 9 de octubre de 2006 (fl. 23 *ídem*); c) copia simple que dice contener el auto de 27 de octubre de 2007, mediante el cual no se habría concedido el recurso de apelación contra la anterior providencia (fl. 26 *ídem*).

Dado lo anterior, es menester señalar que dichas copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el valor probatorio de las copias, la Sala ha recalcado que, por expresa remisión que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, es aplicable el artículo 254 de este último, de acuerdo con el cual:

“Artículo 254.- [Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. numeral 117]. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

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

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

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

La exigencia de autenticación prevista en la norma procesal anterior, según señaló la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del numeral 2 de la misma, es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución Política, que establece la presunción de buena fe, como tampoco el artículo 228 relacionado con el acceso a la justicia, en tanto *“...la autenticación de la copia para reconocerle ‘el mismo valor probatorio del original’ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos...”*⁸

Así mismo, como lo ha puntualizado la jurisprudencia, el artículo 254 del C. de P. Civil guarda concordancia con el numeral 7º del artículo 115 del mismo estatuto, a cuyo tenor en materia de copias de actuaciones judiciales, *“las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario”*, puesto que se trata, *“...de un acto mixto o, si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del juez, en orden a posibilitar -mediante providencia previa- que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo juzgado, quien cumple la función de ‘extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello’, precisando ‘que el contenido del*

⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998.

*documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que es en lo que consiste la autorización propiamente dicha.*⁹

Por lo tanto, las copias aportadas por la entidad demandante carecen de valor probatorio, porque, en tratándose de copias de documento público, como lo es una sentencia judicial, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentra la diligencia de autenticación, en concordancia con los requisitos contemplados en el numeral 7º del artículo 115 del mismo estatuto procesal.

En este orden de ideas, se concluye que no está demostrado dentro del proceso el primero de los hechos generadores de la acción de repetición, cual es la existencia de una sentencia que condene al Estado a reparar patrimonialmente un daño antijurídico, situación que por sí sola implica que se deban negar las pretensiones de la demanda, en tanto ello tiene incidencia en la acreditación de los otros requisitos, aun cuando en gracia de discusión la Sala proseguirá con el análisis de los demás elementos porque también observa que fueron omitidos.

3.2.2. No se acreditó que la entidad demandante haya pagado a la víctima de un daño una suma equivalente a la cuantía materia de la pretensión que se reclama, es decir, no se demostró el pago total que pretende recuperar, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la Ley 678 de 2001¹⁰.

En la demanda la actora acompañó: a) Copia auténtica de la Resolución No. 001243 de 3 de abril de 2007 y de su notificación personal el día 9 de los mismos mes y año, por medio de la cual se ordena pagar la suma de \$151.187.605,00, en

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de abril de 2002, Exp. 6636.

¹⁰ "ARTÍCULO 8o. LEGITIMACIÓN. En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley. (...) ARTÍCULO 11. CADUCIDAD. La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública. / <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas. / PARÁGRAFO. La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaran a causar." (Se Subraya).

cumplimiento de una sentencia judicial, así: \$113.077.535,00 a la señora Rubiela Charry Mallungo por intermedio de su apoderado Jesús Rafael Almanza Castillo, mediante consignación a la cuenta de ahorros Colpatria No. 0112128581; y por aportes parafiscales y de seguridad social \$5.566.736 y \$2.783.358 a COMPENSAR; \$6.211.304, \$1.547.132 y \$2.586.144 a COLFONDOS; \$4.843.060 a la ARP la PREVISORA; \$3.315.290 a COMFENALCO; \$2.486.468 al ICBF; \$414.411 al SENA; \$828.822 a la Escuela de Estudios Técnicos; \$414.411 a la E.S.A.P.; y \$7.112.934 al Fondo Nacional de Ahorro (folios 27 a 52 del cd. ppal.); b) copia auténtica de la orden de pago No. 1629 de 11 de abril de 2007 a favor del señor Jesús Rafael Almanza Castillo, por \$113.077.535 (fl. 26 *ídem*); c) comunicación de 6 de noviembre de 2008 de la Dirección de Mantenimiento y Gerencia de Servicio al Cliente de COLPATRIA, en la que la entidad financiera informa acerca de la titularidad de una cuenta a nombre de Jesús Rafael Almanza Castillo y que el día 16 de abril de 2007, mediante transferencia "ACH", se le trasladó el valor de \$113.077.535 (fl. 120 *ídem*); d) certificación de fecha 24 de febrero de 2009, suscrita por el Coordinador del Grupo de Tesorería del DAS, en la que hace constar el pago de \$113.077.535, por concepto de sentencia judicial, al señor Jesús Rafael Almanza Castillo, como apoderado de la señora Rubiela Charry Mallungo, según Resolución 1243 de 3 de abril de 2007, mediante transferencia electrónica realizada el día 16 de abril de 2007 (fl. 114 *ídem*).

En el análisis de dichos documentos, la Sala estima oportuno reiterar las precisiones realizadas en sentencia de 5 de diciembre de 2006¹¹, sobre la carga que pesa sobre el actor de acreditar dicho pago total y efectivo en forma idónea y legal en los procesos de repetición:

"El artículo 1625¹² del Código Civil establece una enumeración, no taxativa, de los modos de extinción de las obligaciones dado que toda obligación esta llamada a ser cumplida y por lo tanto a extinguirse a través de la ejecución de la prestación debida¹³. Dentro de ese listado previsto en la norma está contemplado el pago¹⁴, modo de extinción de

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006, Radicación No. 25000232600020000145401 (28.238), Actor: Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Demandado: Juan Pablo Melo Ospina.

¹² "Artículo 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. //Las obligaciones se extinguen además en todo o parte:/ 1) Por la solución o pago efectivo. /2) Por la novación./ 3) Por la transacción./4) Por la remisión./ 5) Por la compensación./ 6) Por la confusión./7) Por la pérdida de la cosa que se debe./8) Por la declaración de nulidad o por la rescisión./ 9) Por el evento de la condición resolutoria./10) Por la prescripción..."

¹³ Entendiéndose que la ejecución de la prestación debida – pago- no es la única forma de extinción de la obligación pero si es la que encierra una mayor relevancia, dado que existen otros modos que tienen como finalidad finiquitar la obligación como la novación, la transacción, la remisión etc.

¹⁴ Artículo 1626 del Código Civil. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

la obligación entendido como la ejecución total de la prestación debida. Es decir, para que exista el pago es menester la preexistencia de una obligación entendida como el vínculo jurídico existente entre dos sujetos de derecho, en la cual se busca la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor a través de la materialización de una prestación¹⁵ de dar, hacer o no hacer.

“Y, respecto de ésta relación jurídica y de su extinción, el artículo 1757 del Código Civil señala que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”* O sea, que el acreedor deberá probar la existencia de la prestación con miras a hacerla valer ante su deudor y *contrario sensu*, el deudor debe probar la extinción de la misma, es decir, su liberación como sujeto pasivo dentro de la relación obligacional.

“En otras palabras, el acreedor debe demostrar el surgimiento de la obligación con la prueba del hecho jurídico generador de la misma y el deudor debe demostrar la ocurrencia del hecho extintivo, lo que aplicado en el caso en concreto, para efectos del cumplimiento de los requisitos de la acción de repetición se materializa en el deber, por parte de una entidad pública de probar el pago efectivo de la indemnización contenida en una sentencia a la víctima.

“Por consiguiente, al analizar el artículo 1626 del Código Civil *“...el pago efectivo es la prestación de lo que se debe...”* con lo cual se extingue la obligación, en consonancia con el artículo 1757 *ibídem* en el que se señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta; se concluye que corresponde a la entidad demostrar el pago, y en virtud de esa carga aducir, dentro de las oportunidades legales, los elementos de convicción al proceso, que permitan al juez llegar a la veracidad de la ocurrencia de este acto por parte del Estado (...).

“En materia probatoria, a pesar de la consagración del principio de libertad probatoria y de apreciación conforme a las reglas de la sana crítica, la prueba por excelencia del pago es, de conformidad con nuestro Código Civil, la carta de pago,¹⁶ y en derecho comercial, el recibo¹⁷, documentos que reflejan que la obligación fue satisfecha.^{18”}

Aplicadas las reflexiones que anteceden al *sub examine*, se puntualiza que los documentos aportados, esto es, la copia auténtica de la Resolución No.001243 de 3 de abril de 2007 y de su notificación personal el día 9 de los mismos mes y año, por medio de la cual se ordena pagar la suma de \$151.187.605,00, y la

¹⁵ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002.”

¹⁶ Artículos 1628, 1653, 1654 y 1669 del Código Civil.

¹⁷ Artículos 877 y 1163 del Código de Comercio.”

¹⁸ El Inciso segundo del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, señala que “[c]uando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.”

certificación de 24 de febrero de 2009, suscrita por el Coordinador del Grupo de Tesorería respecto del pago de \$113.077.535 por concepto de sentencia judicial al señor Jesús Rafael Almanza Castillo, como apoderado de la señora Rubiela Charry Mallungo, mediante transferencia electrónica realizada según COLPATRIA el día 16 de abril de 2007, no constituyen por sí solos pruebas idóneas a partir de las cuales se pueda deducir que existió el pago efectivo y total de una obligación a cargo de la entidad pública que se menciona en dicho acto administrativo.

En efecto, de una parte, aunque la resolución que ordena el pago acredita uno de los pasos que debe realizar la Administración en orden a cumplir con la indemnización impuesta en una condena judicial, no es prueba *per se* de la realización del pago efectivo de la totalidad de la suma de dinero adeudada al beneficiario del acto. Y, por otra, la mera certificación, constancia o manifestación que expidió el deudor -en este caso la entidad pública- aseverando que realizó el pago, tampoco es prueba idónea y suficiente del mismo, dado que en este evento se carece de la constancia de recibo, consignación por el valor total en cuanto a la ejecución de dicho acto administrativo (se allegó parcial), paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente la totalidad de su valor, o la declaración o manifestación de éste en el sentido de que realmente le fueron cancelados los valores a que hace referencia el acto.¹⁹

A este respecto se insiste en que “los documentos provenientes del propio deudor afirmando haber realizado el pago, no constituyen prueba suficiente para acreditarlo, máxime si se tiene en consideración la trascendencia que reviste el pago efectivo y total -no sólo como presupuesto material de la sentencia estimatoria, sino, incluso, para los efectos mismos de computar el término de caducidad-, cuando se trata de instaurar una acción de repetición, buscando real y seriamente la prosperidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda.”²⁰

Ahora, aunque se allegó copia auténtica de la orden de pago No. 1629 de 11 de abril de 2007 por la suma de \$113.077.535, a favor del señor Jesús Rafael Almanza Castillo supuesto apoderado de la señora Rubiela Charry Mallungo -pues

¹⁹ La prueba del pago puede ser incluso la confesión del acreedor beneficiario de la indemnización de haberlo recibido.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16887.

no hay prueba de ello-, y cancelada mediante transferencia del 16 de abril de 2007, según comunicación de 6 de noviembre de 2008 de COLPATRIA, se advierte que mediante Oficio de 4 de mayo de 2007 el Coordinador del Grupo de Tesorería del DAS le informa al Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad que si bien le envía la citada orden de pago que fue cancelada, el señor Jesús Rafael Almanza Castillo “no expidió Paz y Salvo por no estar de acuerdo con la liquidación de la sentencia” (copia auténtica a fl. 25 cd. ppal.), lo cual demuestra que no existe una declaración proveniente del acreedor o cualquier otro medio de prueba que lleve a la convicción de que la entidad deudora en los términos de la resolución atrás mencionada efectuó el pago efectivo y total debido al presunto representante de la acreedora y por tanto, que permita corroborar la extinción de la obligación que se reconoce en dicho acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1625, 1626 y 1757 del Código Civil.

De otro lado, aún de aceptarse que se hizo un pago por la entidad pública demandante por concepto de indemnización de un daño al abogado de una beneficiaria de una condena judicial impuesta a la misma, anota la Sala que no obra prueba alguna en relación con los pagos por concepto de aportes de previsión social y parafiscales ordenados en la citada resolución a COMPENSAR, COLFONDOS; ARP la PREVISORA; COMFENALCO; ICBF; SENA; Escuela de Estudios Técnicos; E.S.A.P.; y Fondo Nacional de Ahorro, los cuales ascienden a \$38.110.070, suma que también pretende la entidad demandante que le sean reconocidos, toda vez que no se allegó un recibo, consignación, paz y salvo o comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que esa cancelación efectivamente se produjo, razón por la cual no se logró acreditar que se hubiera realizado el pago total y efectivo equivalente a la suma que pretende recuperar la entidad en este proceso.

Por lo tanto, en el *sub lite* no se cumplió con el segundo requisito para la procedencia de la acción de repetición, esto es, la prueba del pago efectivo y total de la condena que afirmó el demandante en los hechos relatados en su escrito de postulación le habría sido impuesta en una sentencia.

3.2.3. Tampoco se vislumbra que se hayan aportado pruebas o existan elementos de juicio tendientes a demostrar dentro del proceso una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular en ejercicio de funciones públicas, con ocasión a los hechos afirmados en la

demanda, de los cuales considera la entidad pública actora que se encuentra amparada en las presunciones legales establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, las cuales invoca como aplicables al caso concreto.

Ya atrás se señaló que el inciso 2o. del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 678 de 2001, siguiendo la legislación precedente²¹, señalan claramente que la responsabilidad personal y patrimonial del agente público sólo se compromete en los casos en que su conducta, que dio lugar al daño antijurídico a un tercero por el cual tuvo que pagar una indemnización el Estado, sea cometida a título de dolo o culpa grave, lo que excluye otras modalidades de culpa, como la leve y levísima, que no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal, como ocurre en el régimen civil de responsabilidad.

Así mismo se indicó que, ante la inexistencia de una definición legal de los conceptos de dolo o culpa grave, inicialmente el Consejo de Estado en su jurisprudencia recurrió a las definiciones que sobre los mismos trae el artículo 63 del Código Civil, comparando la conducta del agente demandado con la del modelo del buen servidor público con el fin de determinar su responsabilidad; y luego, con un sentido más amplio, acudió a los artículos 6 y 91 de la Constitución Política, que señalan que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones, sin que les sea dable oponer el cumplimiento de un mandato superior para eximirse de responsabilidad, cuando, en infracción manifiesta de un precepto constitucional, causen daño o detrimento a una persona.

Es así como, ante la ausencia de las nociones legales de dolo y culpa grave para efectos de repetición, el legislador en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 consagró la definición de estas dos modalidades de conducta; en cuanto a la primera estableció que *“[l]a conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”*; y respecto de la segunda señaló que *“[l]a 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.”*

²¹ Decreto ley 150 de 1976, art. 201; Decreto ley 222 de 1983, art. 297; Código Contencioso Administrativo, art. 77; leyes 80 de 1993, 270 de 1996 y 446 de 1998.

Igualmente, las normas examinadas contemplaron cinco (5) conductas en las cuales se presume el dolo del agente estatal y cuatro (4) en las que se presume la culpa grave, a fin de facilitar su determinación y prueba, en los siguientes términos:

a) Se presume que existe dolo por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

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

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Para el entendimiento de las anteriores disposiciones, conviene advertir que la presunción se funda en lo que regular y ordinariamente sucede: *“praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit”*. El recto sentido de este figura, según enseña el profesor Rocha, es el que da su etimología: *“prae y sumere, o el infinitivo del verbo praesumere, presentir, tomar de antemano, porque por la presunción se toma una cosa como verdadera (sumitur pro vero) antes de que conste de otro modo, (...) de lo que comúnmente sucede, dada la constancia de las leyes naturales, físicas, químicas, económicas, sociales, ex eo quod plerumque fit (de aquello que sucede generalmente) (...) unas mismas consecuencias de unos mismos hechos, proceder o actitudes semejantes de iguales situaciones.”*²² La presunción, entonces, es un juicio que la ley o el juez se forma sobre la verdad de algo, por la lógica relación que muestra con otro hecho diferente y conocido como cierto.²³

En este contexto, el artículo 66 del Código Civil, establece la siguiente noción:

“ARTICULO 66. <PRESUNCIONES>. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.”

Y, a su turno, el Código de Procedimiento Civil (Capítulo de Pruebas), preceptúa:

“ARTÍCULO 176. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.”

La doctrina que se extrae de las anteriores disposiciones, puede concretarse así:

²² ROCHA, Alvira, Antonio, De la Prueba en Derecho, Tomo I, Ediciones Lerner, Quinta Edición, Bogotá, 1967, págs. 554 y 560.

²³ Ibid.

(i).- La presunción es un juicio lógico del legislador, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de otro hecho debidamente probado. Cuando un hecho está amparado con una presunción, se entiende que está exento o no necesita de prueba, pues, precisamente, el objeto de la presunción es excluir ese hecho del tema probatorio²⁴ para tenerlo como realizado y verídico dentro del proceso, dado que, como es la propia ley la que deduce esta consecuencia, se está seguro de la deducción.

(ii).- Las presunciones pueden ser de derecho (*"iuris et de iure"*, de derecho y por derecho); y legales (*"iuris tantum"*, sólo de derecho). Las presunciones legales admiten prueba en contrario, mientras que las presunciones de derecho dan certeza plena y absoluta del hecho y no admiten prueba en contra, pues se fundan en el orden público.

(iii).- La fuerza de la presunción depende de la certeza del hecho conocido y de su relación con un hecho desconocido que se establece como consecuencia de la demostración de aquél. Por lo tanto, para su aplicación siempre se tiene que probar un hecho, esto es, aquel del cual se deduce o se supone que es cierto otro hecho, siendo este último el que al final interesa al proceso. En otras palabras, los hechos en que se apoya una presunción legal se deben establecer o, mejor aún, probar y, en este caso la presunción opera a favor de quien la invoca, relevándola o eximiéndola de la prueba del hecho inferido o indicado en la disposición que la contempla, a menos que la otra parte infirme la conclusión legal probando lo contrario.

(iv).- Sin embargo, la dispensa de la prueba mediante la aplicación de una presunción es sólo en parte, porque siempre el que la invoca está obligado a demostrar el hecho en que la misma se funda o del cual la ley deduce la consecuencia. De ahí que el profesor Rocha afirme que *"[l]a dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es, pues, apenas parcial y respecto del hecho deducido, que es, el que indudablemente interesa demostrar. Pero no resulta favorecido sino probando otros hechos, aquellos que siendo ciertos, hacen creíble el segundo hecho."*²⁵

²⁴ DEVIS, Echandia, Herrando, Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General, Tomo V, De la Prueba, Editorial Temis, Bogotá, 1967, Pág. 287.

²⁵ ROCHA, Alvira, Antonio, Op. cit., Pág. 558.

(v).- La presunción legal se funda en la más alta probabilidad de certeza pero no excluye la posibilidad de error en el razonamiento del hecho cierto del cual se parte para obtener una deducción y tampoco sobre la base conocida cuando la misma termina resultando falsa o inexacta. Por eso, siempre se permitirá destruirla, esto es, se otorga a la parte contra quien se hace valer, la posibilidad de probar la inexistencia del hecho que legalmente se presume, aun cuando fueren ciertos los antecedentes o circunstancias con fundamento en los cuales lo infiere la ley, como también cuando éstos terminen siendo falsos. Es decir, la conjetura, suposición o deducción de ley se puede desvirtuar por la parte a quien no le conviene, pues admite prueba en contrario, circunstancia que libera de la carga de probar el hecho presumido a la parte favorecida con la misma y la traslada a la otra parte quien debe desvirtuarlo.

(vi).- En definitiva, al que desee beneficiarse de una presunción le corresponde probar el hecho conocido y demostrado, *ope legis*, se aprovecha del otro hecho que resulta indirectamente probado, pero siempre con la posibilidad de que la parte contraria contra quien se aduce pueda desvirtuar el hecho presumido con el objeto de evitar la operancia de la deducción contenida en la ley.

Así las cosas, la Ley 678 de 2001, al desarrollar el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, en especial, para efectos de determinar si los servidores, exservidores o particulares que desempeñen funciones administrativas actuaron con dolo o culpa grave, estableció un listado de hechos en los que se dice presumir, según las reglas de la experiencia, que han obrado bajo esas modalidades de conducta. Con ello, el legislador buscó que en el caso de que se demostraran las conductas descritas en los artículos 5 y 6 de la citada ley, el juez tuviera por cierto que el comportamiento del agente público fue con dolo o culpa grave.

De todos modos, estima la Sala necesario precisar que las denominadas presunciones son sólo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público, pues pueden presentarse muchos más casos que, pese a que no se encuentran consagrados en las citadas causales de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, originan que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar.

No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, *estricto sensu*, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones “se presume”, “se reputa”, “se considera”, “se colige”, “se entenderá” u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo.²⁶

Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas²⁷, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.²⁸

²⁶ ROCHA, Alvira, Antonio, Op. cit., Pág. 574.

²⁷ En este sentido sobre este asunto Cfr. BETANCUR, Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Medellín, Séptima Edición, 2009, Págs. 85 y 86. “Ahora la ley no sólo los define, sino que enuncia en sus arts. 5 y 6 unas mal llamadas ‘presunciones’ más a título de ejemplo que de inferencia. Por eso, vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá que concluir que lo quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su art. 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente./ En otras palabras, cuando la primera norma enuncia 5 hechos (...) no lo hace a título de antecedente para que de él se infiera o se presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste. (...) Igual reflexión cabe hacer con la culpa grave desarrollada en el art. 6. Los cuatro numerales que trae la norma, luego de la definición, son típicos casos de esa culpa grave y no presunciones de la misma (...) sin necesidad de inferencia alguna./ La ley así, como con el dolo, hace de la culpa grave un tipo legal y las conductas que puedan subsumirse en dicho tipo son constitutivas de culpa grave o dolo y no meras inferencias que se deduzcan de hechos conocidos como los enunciados en los antecitados artículos.”

²⁸ Empero, repárese que, incluso, la Corte Constitucional en sentencia C-778 de 11 de septiembre de 2003, encontró algunas incongruencias en el señalamiento de las causales, así: “i) La incompetencia del agente estatal es la conducta que puede considerarse como la más grave, de las varias indicadas, y a pesar de ello da lugar a presunción de culpa grave (Art. 6º. Num. 2) y no de dolo./ ii) *La expedición de una resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial genera presunción de dolo (Art. 5º. Num. 5), y la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho origina presunción de culpa grave (Art. 6º. Num. 1).*./ *Se observa que objetivamente se trata de unas mismas conductas, que por el aspecto subjetivo reciben una doble calificación jurídica, en forma contradictoria./ No obstante, estas incongruencias no son relevantes, ya que, tanto en el caso de que el comportamiento se subsuma en la presunción de dolo como en el caso en que el mismo se encuadre en la presunción de culpa grave, los efectos jurídicos*

Obsérvese, por ejemplo, que si el agente actuó con desviación de poder no es que se presuma el dolo, sino que esa conducta fue dolosa, máxime cuando la definición que sobre éste hace el inciso primero del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 se refiere a que el agente actúa con dolo cuando quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado, la cual coincide en líneas generales con la noción de desviación de poder que consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto o ajeno del que la ley quería al otorgarla; por tanto, en este evento, probados los supuestos de la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública) resultará probado el dolo en forma directa y no por simple deducción o inferencia, claro está que admite prueba en contrario (carga del agente público demandado), en aras de garantizar su derecho a la defensa.

Sea lo que fuere, ya la Corte Constitucional en sentencia C-374 del 14 de mayo de 2002²⁹ manifestó que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 *“busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.”*³⁰ Además, observó la Corte en la misma providencia que, en términos generales, *“los hechos en los que se fundamentan las presunciones de dolo y de culpa grave consagradas en las normas que se impugnan, se refieren a*

son iguales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 90 superior y el Art. 2º de la Ley 678 de 2001 en relación con la acción de repetición.”

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 2002, criterio reiterado en términos generales en sentencia C-778 de 11 de septiembre de 2003.

³⁰ Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que *“el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró”*. Ponencia para primer debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso No. 14 del 10 de febrero de 2000. Página 16.

probabilidades fundadas en la experiencia que por ser razonables o verosímiles permiten deducir la existencia del hecho presumido.”

En suma, la ley hace una enunciación de las conductas que constituyen culpa grave o dolo y probados esos supuestos se tiene por cierto, salvo que se demuestre lo contrario, que el agente público actuó bajo unas de esas dos formas de culpabilidad.

Finalmente, vale la pena advertir que en el caso de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un acto administrativo, la declaración de nulidad de éste no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, puesto que con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, bien sea mediante la aplicación de las referidas presunciones -si se llegasen a entender como tales-, que invierten la carga de la prueba, o bien sea aplicando las reglas generales de la materia procesal sobre dicha carga.³¹

En consecuencia, la Sala aclara que el hecho de que exista una sentencia condenatoria al Estado no puede tenerse como una responsabilidad patrimonial sin previo juicio del servidor público, sino que su aducción en el proceso de repetición permite que en la actividad probatoria del servidor demandado, aún cuando señale que hubo, verbigracia una desviación de poder, se pueda demostrar y determinar, en ejercicio del derecho constitucional al debido proceso y su corolario de defensa (art. 29 C.P.), contrario a lo pretendido en la respectiva demanda de repetición, que dicha conducta no lo fue a título de dolo o culpa grave y por ende, es posible y viable acreditar la falta de responsabilidad de carácter patrimonial.³²

Teniendo en cuenta lo expuesto, en el caso concreto la Sala observa que, además de que la entidad demandante durante el proceso fue imprecisa en relación con la calificación de la conducta que se le endilgaba al demandado, pues en la demanda la calificó como gravemente culposa y luego en los alegatos de conclusión como dolosa, lo cierto es que se fundamentó en las

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-778 de 11 de septiembre de 2003.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2007, Exp. No. 24.844.

consideraciones de la no demostrada sentencia de 9 de octubre de 2006, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima habría declarado la nulidad de la Resolución No. 1287 de 28 de julio de 2003, por haber incurrido en su expedición el demandado en desviación de poder, dado que la renuncia de la señora Rubiela Charry Mallungo no obedeció a su libre voluntad.

Por consiguiente, en el *sub lite*, la calificación de la conducta del demandado se sustenta en que el acto administrativo que aceptó la renuncia de Rubiela Charry Mallungo fue declarado nulo mediante providencia proferida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por el vicio de desviación de poder, pero como se aportó la sentencia en copia simple, esto es, carente de valor probatorio, no se acreditó el hecho indicador o supuesto fáctico antecedente de la desviación de poder y por ende, no puede inferirse el hecho indicado o deducido por la ley del dolo o la culpa grave en la conducta del agente, o si se prefiere más técnicamente y preciso aún, no se demostró una conducta dolosa o gravemente culposa que hubiere dado lugar a una condena en contra de la entidad pública actora.

En síntesis, la Sala observa una inactividad probatoria por parte del demandante para establecer si el demandado incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa, pues ni siquiera solicitó la práctica de alguna prueba (Cfr. fl. 63 cd. ppal.) tendiente a demostrar este elemento subjetivo de la acción (testimonios, declaraciones de parte, etc.), diferente a la aportación de las copias simples de la sentencia sin fuerza probatoria.

4. CONCLUSIÓN

No existen en el expediente los elementos de juicio con base en los cuales se demuestren los presupuestos y hechos de la demanda, de manera que se pueda colegir que el asunto litigioso que fue sometido a la jurisdicción cumple con los requisitos y presupuestos para la procedencia de la acción de repetición, lo que conduce, en estricto derecho, a que la decisión que deba dictarse sea adversa a las pretensiones de la parte sobre la que recae la carga de la prueba, que en el *sub exámine* es la entidad pública demandante.

Vale decir que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que “...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” y, en acatamiento del mismo, es

menester reiterar la observancia de la carga procesal que le atañe a la entidad demandante, de probar en las acciones de repetición los requisitos que la configuran, como noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.

5. ADMONICIÓN A LA ENTIDAD PÚBLICA DEMANDANTE

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala reitera la admonición que ha hecho en otras sentencias³³ en el sentido de advertir a la entidad demandante que el derecho - deber de ejercer la acción de repetición contra los funcionarios y exfuncionarios o particulares que ejerzan funciones públicas, comporta el desarrollo efectivo de la carga de la prueba tanto al incoar la acción como durante las etapas previstas para ello dentro del proceso, con el fin de demostrar judicialmente los presupuestos objetivos (sentencia condenatoria y pago) y la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público, por la cual debe reparar al Estado las sumas que éste canceló dentro de un proceso indemnizatorio, lo que además se traduce en garantizar el derecho de defensa dentro del proceso al demandado servidor o ex servidor público o particular que ejerció función pública, de suerte que le permita presentar sus pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra para responsabilizarlo por los hechos que originaron una indemnización o el pago de una condena.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: Niéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 31 de Agosto de 2006, Exp. 17482.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

**ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA STELLA CONTO DIAZ DEL
CASTILLO**

SIN MEDIO MAGNETICO.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SECCION TERCERA SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00074-00(34816)

Actor: NACION-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS-

Demandado: JORGE AURELIO NOGUERA COTES