



TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción	2
2. Competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	2
3. Definición de la culpa grave y dolo. Normas vigentes	3
4. Ley 678 de 2001 – Presunciones legales	6
5. Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	8
6. Régimen jurídico aplicable para identificar el dolo o la culpa grave	9
7. Marco Jurisprudencial de la prueba del dolo y la culpa grave	11
8. Medios probatorios de la responsabilidad personal cuando la condena del Estado se origina en un acto administrativo, sea por dolo o culpa grave.	13
9. Traslado de pruebas, ratificación de testimonios y testimonios anticipados.	15
10. Prueba de las presunciones que sirvieron de fundamento en la sentencia condenatoria de la entidad	16
11. Recomendaciones generales de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	17

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955

www.defensajuridica.gov.co



RECOMENDACIONES GENERALES PARA ACREDITAR LA CULPA GRAVE O DOLO DEL AGENTE DEL ESTADO EN PROCESO DE ACCIÓN DE REPETICIÓN

1. Introducción.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en su propósito de proponer estrategias para la recuperación de recursos públicos por la vía de la acción de repetición de las entidades públicas del orden nacional, municipal y las del nivel central y descentralizadas, presenta la siguiente recomendación sobre el régimen probatorio del dolo y culpa grave que se deben tener en cuenta para probar la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal; elemento subjetivo de procedibilidad cuya acreditación es indispensable para el éxito procesal.

El presente documento tiene por finalidad establecer lineamientos generales, con fundamento en el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, sobre los diferentes medios probatorios que se deben presentar en curso de la acción de repetición. Se precisa que las presentes recomendaciones deberán ser analizadas por el apoderado de la entidad, de acuerdo con las circunstancias del caso en particular.

Para este fin, se analizará (i) la definición de culpa grave y dolo, (ii) el régimen jurídico anterior o auxiliar, (iii) el régimen vigente, (iv) el marco jurisprudencial de la prueba de la culpa grave y dolo y (v) las recomendaciones generales de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2. Competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La ANDJE es una entidad creada por la Ley 1444 de 2011 para la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



El artículo 2 del Decreto 4085 de 2011, estableció los objetivos de la ANDJE y delimitó su alcance a la realización de actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y a la protección efectiva del patrimonio público, específicamente, la participación en procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada.

El artículo 3 sobre el alcance de la Defensa Jurídica del Estado, señala en el literal vii) la facultad para recuperar dineros públicos por la vía de la acción de repetición. El artículo 6 numeral 1 literal iv) establece la función de diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para el cumplimiento de sentencias y conciliaciones y la recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición; en el numeral 3 literal ix) la competencia para hacer seguimiento al debido ejercicio de la acción de repetición por parte de las entidades del orden nacional y dar instrucciones a las entidades para que, de conformidad con la ley, instauren acciones de repetición por el pago de sentencias y conciliaciones de carácter indemnizatorio causadas por dolo o culpa grave de los agentes estatales, o interponerlas directamente cuando la entidad u organismo del orden nacional no las ejerzan habiendo lugar a ello.

El artículo 17 que establece las funciones de la Dirección de Defensa Jurídica, en el numeral 11 determina la obligación de hacer seguimiento al ejercicio de la acción de repetición que instauren las entidades del orden nacional o ejercer la acción directamente, siempre que así lo indique el Director de la Agencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 8 de la Ley 678 de 2001, modificada por el artículo 6 de la Ley 1474 de 2011 y el numeral 12 señala que esta Dirección debe poner en conocimiento de los organismos de control cualquier evento que, a juicio del Director de la Agencia, pueda constituir un incumplimiento del correspondiente deber legal frente a la acción de repetición de parte de las entidades del orden nacional.

3. Definición de la culpa grave y dolo. Normas vigentes

La **Constitución Nacional de 1991** estableció el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos en el artículo 90, cláusula general de responsabilidad estatal en la que le atribuyó al Estado la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos imputables por la acción u omisión de sus autoridades y, asimismo, el deber de repetir en contra del agente cuya conducta ***dolosa o gravemente culposa*** haya determinado la obligación de pagar una condena judicial, transacción o acuerdo conciliatorio.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



El artículo 6 superior consagró el principio de legalidad de los particulares y los servidores públicos al definir que aquellos son responsables ante la autoridad por infringir la Constitución y las leyes y estos por la misma causa, pero además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En igual sentido, el inciso inicial del artículo 122 estableció que todo empleo público tendrá funciones detalladas en ley o reglamento.

En materia de alcance y definición de la culpa grave y dolo en materia civil, en su artículo 63 el **Código Civil** reconoció tres clases de culpa: grave, leve y levísima. Sin embargo, la que genera responsabilidad administrativa y ocupa el interés para efectos de la acción de repetición es la culpa grave, que consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que, aun un hombre negligente o de poca prudencia, emplearía en sus negocios propios.

El dolo, según el mismo artículo, consiste en “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. Téngase presente que, en materia civil, la culpa grave se equipara al dolo¹.

Posteriormente, el artículo 77 del **Decreto 01 de 1984** -Código Contencioso Administrativo-, consagró 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”*. Así mismo, el artículo 78 agregó que, aun cuando la sentencia considere al funcionario responsable, la entidad debe satisfacer los perjuicios y repetir en su contra por lo que le corresponda.

En materia de la responsabilidad de los funcionarios públicos territoriales, el Artículo 315 de la C.N., en su numeral 3, atribuyó a los alcaldes el deber de *“dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente (...)”*.

Así mismo, el Artículo 91 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, cuyo propósito es el mismo, reafirmó el deber asignado por la Constitución y agregó que el alcalde

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 16.887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



es responsable también de “*velar por el **cumplimiento de las funciones** de los empleados oficiales municipales y dictar los actos necesarios para su administración*”, así como “*impulsar el crecimiento económico, **la sostenibilidad fiscal**, la equidad social y la sostenibilidad ambiental, para garantizar adecuadas condiciones de vida de la población*”.

Por su parte, la Ley 734 de 2002 –Código Disciplinario Único–, señaló que la falta disciplinaria se constituye por la incursión en las conductas que el código prevé, que conlleven el incumplimiento de deberes por acción u omisión, sin estar amparado en las causales de exclusión de responsabilidad. En igual sentido, el Artículo 48, consagró las causales de faltas gravísimas, entre las cuales incluyó en el numeral 36 “*no instaurarse en forma oportuna por parte del Representante Legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado*”.

De otro lado, la Constitución Nacional en su Artículo 303, consagró la responsabilidad del gobernador en la ejecución de las política económica general y, posteriormente, en el 305, le atribuyó a los gobernadores la obligación de “*dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes*”, obligación que el Artículo 94 del Decreto 1222 de 1986 replicó, al señalar entre las atribuciones del gobernador la de “*llevar la voz del Departamento y **representarlo en los negocios administrativos y judiciales**, pudiendo delegar esta representación conforme a la ley*”, así como “*auxiliar la justicia como lo determine la ley*”.

Este conjunto de normas no solo enmarca la responsabilidad de los alcaldes y gobernadores frente al ejercicio oportuno de la acción de repetición y la recuperación de recursos por esta vía, sino que también define los fundamentos del control disciplinario a que se enfrentan por las irregularidades en su administración, cuando sean sujetos pasivos de la acción con fundamento en su conducta dolosa o gravemente culposa que haya originado un detrimento patrimonial al territorio.

De otro lado, **la Ley 270 de 1996** -Ley Estatutaria de la Administración de Justicia–, reguló la acción de repetición en contra de los funcionarios de la Rama



Judicial², e insistió en el deber del Estado de repetir con fundamento en la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor judicial, sin perjuicio de las acciones penal y disciplinaria, cuando se den a lugar. En desarrollo de ello, señaló tres conductas bajo las cuales se presume la configuración de responsabilidad, según su conducta:

- “1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recursos que la parte dejó de interponer”.

Sin embargo, como estos criterios no incorporan la distinción que se debe dar para uno u otro grado de culpa, deberán ser analizados en los casos en que se discuta la responsabilidad de un agente estatal que se desempeñe en la función pública de administración de justicia.

Así se integra el andamiaje normativo que, previo a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, sostuvo los conceptos de culpa grave y dolo, para definir la conducta del agente o ex agente estatal y que actualmente le sirven como criterio auxiliar en los casos en que no sean suficientes las presunciones y no exista contradicción con otras normas.

4. Ley 678 de 2001 – Presunciones legales

En su artículo 2 definió la repetición como “*una acción civil de carácter patrimonial*” que se debe ejercer en contra del servidor o ex servidor público –o el particular investido de una función pública- que con su conducta ***dolosa o gravemente culposa*** haya ocasionado el reconocimiento de una indemnización

² Artículo 74.- *Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial, así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria.*

En consecuencia, en los preceptos que anteceden los términos «funcionario o empleado judicial» comprende a todas las personas señaladas en el inciso anterior.



como resultado de una condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflicto³.

La Ley 678 de 2001 condensó de manera especial la regulación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado y de forma particular definió la protección del interés común, eficiencia, economía y moralidad en el ejercicio de la función pública⁴, enriqueciendo los conceptos de culpa grave y dolo con un catálogo abierto de presunciones, como herramientas para identificar cuándo la conducta del agente se califica como dolosa o gravemente culposa:

“ARTÍCULO 5º. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado **quiere la realización** de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

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

ARTÍCULO 6º. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

³ *En todos los casos de sentencia condenatoria derivada de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal hay lugar al ejercicio de la acción de repetición, pero no solo la condena posibilita su ejercicio, pues el artículo 90 de la Constitución no incluyó esta exclusividad, ni se puede deducir de su texto, pues existen mecanismos alternativos con expreso reconocimiento constitucional para la solución de conflictos.*

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 14 de mayo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández



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

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

En su artículo 14 estableció, con ocasión del llamamiento en garantía o en curso de la acción de repetición, cuando se determine que el perjuicio causado fue por el **dolo o la culpa grave** de uno de sus agentes, la cuantificación de la condena dependerá del grado de participación del agente en la producción del daño, de la **culpa grave o dolo**, y de la valoración de las pruebas aportadas al proceso.

5. Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

La Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), que entró en vigencia el 2 de julio de 2012, en su artículo 142 se refirió a la acción de repetición para confirmar en su definición los mismos elementos que ya le habían sido atribuidos, es decir: se interpone con ocasión de una condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos que sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal –entendido éste como “*servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas*”, sin que determinara nociones específicas sobre el dolo o culpa grave, con lo cual la reglamentación especial sobre la materia continúa en cabeza de la Ley 678 de 2001 y para los hechos cometidos antes de esta norma, lo configurado en el Código Civil y en el artículo 77 del Decreto 01 de 1984.

Así mismo en lo relativo al llamamiento en garantía, el CPACA remitió a la Ley 678 de 2001⁵ con el artículo 225 y en materia de procedimiento, en lo no regulado por este Código, al CGP, conforme lo señala el artículo 306.

⁵ Vale la pena destacar que la Ley 678 de 2001 entró en vigencia el 3 de agosto de 2001, que el C.P.A.C.A., por otro lado, entró en vigencia el 2 de julio de 2012 y el C.G.P., tuvo una implementación pausada, que inició con su promulgación el 12 de julio de 2012 y finalizó el 1 de enero de 2014.



6. Régimen jurídico aplicable para identificar el dolo o la culpa grave

Tanto en lo procesal como en lo sustancial, la acción de repetición mantiene la aplicación preferente de la Ley 678 de 2001 –la más especializada-, complementada en sus aspectos no regulados por la Ley 1437 de 2011 y el C.G.P., o el Decreto 01 de 1984 y el Decreto 1400 de 1970 –según sea el caso-, para los procesos que se encontraran para fallo antes de la implementación del C.P.A.C.A. y el C.G.P.

Respecto del carácter primordial de la Ley 678 de 2001, la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó que en la misma se encuentran regulados los aspectos sustanciales como procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, pero que, no obstante:

“(…) los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición contra funcionarios o ex funcionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política.

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual la norma nueva rige hacia el futuro, de manera que aquella sólo rige para los hechos producidos a partir de su nacimiento y hasta el momento de su derogación; (...).

Lo anterior da a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público ocurridos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de dolo o culpa grave.

De manera que si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público son posteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público, será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, como en este caso (26 de agosto de 1995), las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán **las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado, casos en los cuales es necesario remitirse directamente al concepto de culpa grave y dolo consagrados en el Código Civil**⁶ (Negrillas y subrayas adicionadas).

En síntesis, el Consejo de Estado ha establecido que, en términos sustanciales, las normas aplicables serán las vigentes al momento de comisión de la conducta. Sin embargo, cuando de procedimiento se trata, por ser normas de orden público cuya aplicación rige a futuro con efecto general e inmediato, se aplican las disposiciones de la Ley 678 de 2001, con excepción de los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, los cuales “se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”:

“[s]i los hechos, omisiones o actos administrativos que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad hubieren acaecido o se hubieren expedido con anterioridad a la vigencia de la Ley 678 de 2001, como es el caso que aquí estudia la Sala, **las normas sustanciales aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado.** En este punto conviene precisar que la presunción de responsabilidad establecida en dicha ley para los eventos en los cuales se declare la nulidad de un acto administrativo por desviación de poder no es aplicable a hechos ocurridos antes de que la misma fuera expedida, puesto que **las disposiciones sustanciales que la Ley 678 estableció solo entraron a regir después de su promulgación y para hechos ocurridos durante su vigencia, no antes. Para los hechos ocurridos antes de la expedición de la ley en comento los**

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp. 16.820. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.



criterios de dolo y de culpa grave aplicables son aquellos señalados en el Código Civil.

Finalmente, debe precisarse en cuanto a las normas procesales, por ser de orden público y regir a futuro con efecto general e inmediato, se aplican las contenidas en la Ley 678, tanto para los procesos que se encontraban en curso al momento en el cual empezó su vigencia como, desde luego, a los que se iniciaron con posterioridad a dicho momento, con excepción de **“los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”, los cuales “se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”** (Negritillas y subrayas ajenas al texto original).

En conclusión, el Consejo de Estado ha diferenciado dos momentos para efectos de determinar la culpa grave y el dolo, según la norma vigente a la época de los hechos; así, para los ocurridos en vigencia de la Ley 678 de 2001, la parte interesada tiene la obligación de probar únicamente las presunciones de que tratan los artículos 5 y 6⁸, mientras para aquellos anteriores, se debe acudir a la codificación civil:

“Una y otra nociones [**de dolo y culpa grave, bajo la óptica del Código Civil**], aunque propias del ámbito del derecho común, deben ser acompasadas con la órbita del servidor público, esto es, a la luz del “principio de legalidad” (...).

De ahí que en sede de repetición la responsabilidad del agente sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe su actuación **dolosa o gravemente culposa**⁹ (Texto en corchete, adicionado).

7. Marco jurisprudencial de la prueba del dolo y la culpa grave

Respecto de las presunciones de culpa grave o dolo de la Ley 678 de 2001 - hechos preestablecidos que, siendo ciertos, hacen creíble el otro hecho del cual se deduce-, su comprobación, entonces, permite concluir la responsabilidad del agente estatal, pero su carácter legal las hace controvertibles, es decir, no

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2015, Exp. 38.294- C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Desarrollo del Artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1 de septiembre de 2016. Exp. 54.832 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Exp. 40.755 - C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.



operan de pleno derecho, lo que garantiza la posibilidad de la parte demandada de debatir la existencia del hecho que se presume en su contra.

En este sentido, los criterios que permiten determinar una presunción legal no son definitivos, sino que admiten prueba en contrario y, por ello, no constituyen un juicio anticipado que desconozca la presunción de inocencia, sino que son respetuosos del debido proceso y el derecho de defensa de quien la sufre en su contra, de conformidad con el artículo 66 del Código Civil¹⁰.

Para la Corte Constitucional, las presunciones son un procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador para evitar que las eventuales dificultades de práctica de la prueba repercutan en bienes jurídicos de trascendencia social. Se tratan de una consecuencia establecida legalmente a partir de hechos o circunstancias de condiciones semejantes, en uso de la regla general de experiencia; de allí que *“la fuerza de la presunción dependa de la certeza del hecho conocido y de su relación con el desconocido”*, afirmó la Corte¹¹ al declarar la exequibilidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, decisión que fundamentó en los siguientes términos:

“(…) las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales **no excluyen la posibilidad de error**. Luego, dada esa posibilidad de equivocación, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario (...).

Hechas estas observaciones resulta claro que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 no implican la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en acción de repetición que, de contera, acarree desconocimiento del principio superior de la igualdad, puesto que constituyen un mecanismo procesal que ha sido diseñado por el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional para configurar

¹⁰ **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 inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-778 del 11 de septiembre de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.



las instituciones procesales y definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (...).

En efecto, con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador 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 (...)**.

8. Medios probatorios de la responsabilidad personal cuando la condena del Estado se origina en un acto administrativo, sea por dolo o culpa grave.

El acto administrativo declarado nulo, por sí solo, no permite colegir la responsabilidad del agente estatal. La Corte advirtió que es posible que una conducta revestida de buena fe pueda o no comprometer al agente¹², pero, la mala fe o el querer contrario al postulado normativo da lugar inobjetable a la declaración de responsabilidad. En este sentido, la ley o reglamento que contenga las funciones propias del cargo, facultades y prohibiciones del servidor, constituye un aspecto indispensable para acreditar el *animus*.

La jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha establecido que, para determinar la responsabilidad personal del agente o ex agente público a partir del análisis de su conducta y determinar si obró con dolo o culpa grave, **se hace necesario el estudio de las funciones propias del cargo**, pues no cualquier equivocación o error de razonamiento o interpretación del ordenamiento jurídico, constituye responsabilidad del agente¹³. (Resaltado fuera de texto).

Además de la importancia de conocer las funciones propias y el reglamento interno de la entidad, está la necesidad de valorar elementos como la buena o

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de septiembre de 2013, Exp. 25.361. y Sentencia del 12 de agosto de 2013, Exp. 26.777. C.P. Enrique Gil Botero.

¹³ "(...) para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos". Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 8 de noviembre de 2007, Exp. 30.327. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



mala fe, comoquiera que el régimen bajo el cual se estudia la responsabilidad del agente estatal es precisamente el subjetivo. En consecuencia, el Consejo de Estado ha sido riguroso en la necesidad de establecer el grado de consciencia y la intención en el incumplimiento de los deberes del enjuiciado, para determinar con certeza la responsabilidad¹⁴.

Se debe probar **la calidad de "agente del estado"** de quien, con su conducta, dio origen a la condena en contra de la entidad. Para ello, es importante reiterar que la ley tiene como sujetos pasibles de la acción de repetición, no solo a los empleados públicos, sino también a los trabajadores oficiales, funcionarios ex funcionarios, servidores, colaboradores, contratistas y en general aquellos particulares que desempeñen o hayan desempeñado función pública. En ese sentido, presentar el documento que acredite la calidad con que obró, será indispensable para el éxito del proceso, bien se trate de una resolución de nombramiento, un contrato estatal o su acta de liquidación, un acta de posesión, una erogación en su nombre, o cualquier otro documento público que sea conducente para acreditar la relación del agente con el Estado, sin perder de vista que muchos no son suficientes por sí solos, pero se impone su valoración.

Así mismo, si eventualmente el agente obró en ejercicio de un acto de delegación, será definitivo presentar dicho documento, acompañado de la ley o reglamento que establezca las funciones de ambos cargos –delegante y delegatario-, para efectos de corroborar la competencia e invocar la solidaridad entre ambos.

Para los casos de desviación de poder, presunción número 1 de dolo, la jurisprudencia de responsabilidad del Estado ha señalado que, cuando se alega desviación de poder, debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no corresponden a aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, de manera que las consecuencias de la decisión que se ataca son diferentes de las que naturalmente se esperaban si la decisión se hubiese proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan¹⁵. A efectos de presentar la demanda

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 25.597. C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

¹⁵ Consejo de Estado. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00382-01. Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015).



de repetición, la entidad deberá probar que el acto administrativo acusado no obedeció al propósito determinado por el ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que se obtuviera como resultado una situación en un todo diversa a la que explícitamente busca la ley¹⁶.

Ello, puesto que, bajo la amalgama del Código Civil (artículo 63), el C.C.A. (artículos 77 y 78) la cláusula general de responsabilidad y el principio de legalidad de los servidores públicos en la Constitución Política (artículos 6, 90, 121, 122 y 124), las definiciones de culpa grave y dolo del artículo 63 deben ser acompañadas con la órbita de la función pública, en cuanto todo empleo público tiene sus funciones detalladas en ley o reglamento. El principio de legalidad se convierte en un criterio auxiliar para edificar las premisas, puesto que se encuentra implícito en cada una de ellas, principalmente para la configuración del dolo cuya definición del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 exige para su configuración, que el hecho sea ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

9. Traslado de pruebas, ratificación de testimonios y testimonios anticipados.

Dado que en el proceso de repetición se debe presentar la prueba que fundamentó la nulidad del acto, la Administración deberá agotar el procedimiento del traslado de pruebas, de conformidad con la vigencia de las normas procesales que se deban aplicar.

El Código de Procedimiento Civil consagró en su Artículo 185 la posibilidad de trasladar a un proceso las pruebas válidamente practicadas en otro, siempre que el traslado se hiciera en copia auténtica y en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se pretenden aducir o con su audiencia. A su turno, el Artículo 174 del CGP, que conservó la regla procesal, agregó que, de no cumplirse dichos requisitos "(...) *deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas*".

En igual sentido, cuando el traslado que se pretende es de un testimonio rendido en otro proceso que no contó con la audiencia de la parte contra la que se pretende oponer, la legislación anterior contemplaba la posibilidad de ratificar su contenido, mediante la repetición del interrogatorio. No obstante, con la entrada en vigencia del CGP, su Artículo 222 condicionó esta posibilidad a la solicitud de la persona en contra de quien se pretende aducir. En cualquier caso,

¹⁶ *Ibidem*



para la ratificación, el testigo no podrá leer el testimonio que rindió originalmente.

Así mismo, el Artículo 299 del CPC dispuso que los testimonios anticipados con fines judiciales que se rindan ante notario, sin la citación de la parte contra la que se pretenden oponer, tendrán un valor sumario y solo en el asunto al que se dirige, informado previamente.

Por su parte el CGP, en su Artículo 188, consagró la posibilidad de practicar testimonios judiciales sin audiencia de la contraparte. No obstante, para su validez, el testimonio rendido sin la audiencia de la persona contra la que se pretende aducir, deberá obedecer a las reglas de ratificación, incluso los rendidos ante alcalde o notario con fines sumariales.

En todo caso, además de los atributos de conducencia, pertinencia y utilidad, es importante verificar el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez de la prueba, de conformidad con los principios de publicidad, contradicción, intermediación, celeridad, unidad y concentración, en el marco de la libertad probatoria y la libre apreciación.

En efecto, para asegurar su validez –formal y material-, la prueba debe estar libre de los vicios de dolo, fuerza o engaño, tanto en su obtención como en su admisión y práctica, etapas que se relacionan medularmente con el debido proceso. De la validez material de la prueba se correlaciona el deber del juez de respetar los principios de proporcionalidad y racionalidad en los fundamentos de su apreciación, es decir, los requisitos que la determinan se relacionan estrechamente con la legitimidad de la decisión.

10. Prueba de las presunciones que sirvieron de fundamento en la sentencia condenatoria de la entidad

La sentencia de responsabilidad administrativa que condene a la entidad no es suficiente para acreditar la culpa grave y el dolo por sí sola, pero sin duda es un elemento probatorio que puede conducir al esclarecimiento de la verdad jurídica.

En general, cuando se establece que la condena de responsabilidad deviene expresamente por alguna de las presunciones de dolo o culpa grave, surge la obligación de la entidad de iniciar el respectivo proceso correspondiéndole demostrar los hechos que le dieron origen, pues es insuficiente la sentencia condenatoria en contra de la entidad; en efecto, no se puede comprometer la

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



responsabilidad del agente estatal con fundamento en las consideraciones que dieron origen a la condena en contra de la entidad.

Para probar la presunción número 4 del Artículo 5 "*haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado*", basta con la presentación de la sentencia penal o disciplinaria que determine la responsabilidad personal del agente, siempre y cuando se trate de los mismos hechos que dieron lugar a la condena estatal.

11. Recomendaciones generales de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Para los negocios jurídicos iniciados en vigencia de la Ley 678 de 2001, aplican las presunciones de dolo y culpa grave señalados en los artículos 5 y 6, y los anteriores al 3 de agosto de 2001, tienen un régimen integrado por la Constitución Política, el Código Civil y el Código Contencioso Administrativo, o de Procedimiento Civil -según si el aspecto se encontraba regulado o no en el C.C.A.-, además de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en lo que se refiere a la responsabilidad de los funcionarios judiciales.

Los aspectos procesales son normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, por tanto, su aplicación rige a futuro, con efecto general e inmediato. Entonces, con excepción de los términos que hubiesen empezado a correr y las diligencias e incidentes que ya se hubieren iniciado en vigencia del régimen anterior, aplica la Ley 678 de 2001. En consecuencia, para facilitar la prueba de la culpa grave o el dolo, la Agencia distingue los dos momentos, separados por la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001.

La buena o mala fe del agente en su conducta, como elemento subjetivo, es fundamental para establecer su grado de participación en la producción del daño. Por ello, es importante señalar que el ánimo del agente se encuentra sometido al *arbitrio iuris*, es decir, el criterio libre y razonable del juez, de manera que todos aquellos elementos probatorios conducentes -incluidos testimonios, antecedentes judiciales, disciplinarios, fiscales, medios electrónicos como e-mails o declaraciones del agente en medios de comunicación o redes sociales-, que refuercen el ánimo con que actuó el servidor público, deben ser aportados al acervo de pruebas, siempre con la respectiva justificación de la importancia de su práctica. Verbigracia, aun cuando el acto de declaratoria de insubsistencia

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66

Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



no es prueba suficiente del dolo o la culpa grave¹⁷, los antecedentes de desvinculación del servicio público, caducidades declaradas o de inhabilidades sobrevinientes, sin duda inciden en la formación del criterio del juez.

Los argumentos sobre la conducta del agente estatal que motivan la condena en contra de la entidad, no sirven de prueba para determinar su propia responsabilidad durante la acción de repetición. De igual manera, los hechos consignados en el acta de conciliación tampoco se pueden oponer en el proceso judicial. No obstante, se deben tener presentes las normas civiles de traslado¹⁸ de las pruebas y de ratificación de testimonios, puesto que por efecto de la remisión de la Ley 1437 de 2011 al Código General del Proceso, estos procedimientos tienen aplicación para efectos de conformar el acervo probatorio en sede de repetición.

En la siguiente tabla se ilustran las pruebas indispensables que se deben presentar para acreditar cada una de las causales contenidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, conforme se considere la conducta del agente estatal como dolosa o gravemente culposa.

ARTÍCULO 5-. DOLO	PRUEBA INDISPENSABLE	ARTÍCULO 6-. CULPA GRAVE	PRUEBA INDISPENSABLE
1. Obrar con desviación de poder.	Funciones propias del cargo y del delegatario, acto administrativo	1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.	Funciones propias del cargo y del delegatario, acto administrativo, auto o

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2013, Exp. 26.777. C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁸ “Una vez valoradas las pruebas que obran en el proceso, advierte la Sala que la parte demandante no acreditó el dolo o la culpa grave del señor Bertulfo Bedoya Contento, por cuanto las únicas pruebas que allegó sobre el particular son las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo del Tolima el 2 de diciembre de 1996, el 28 de noviembre de 1997 y el 9 de diciembre de 1998.

Al respecto, debe advertirse que no es posible deducir la responsabilidad del demandado teniendo como prueba de la misma la valoración probatoria realizada por el Tribunal Administrativo del Tolima en las mencionadas providencias, ya que las pruebas allegadas a los procesos a los que aquéllas pertenecen no pueden ser valoradas en éste, toda vez que su traslado no fue solicitado por las partes”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de enero de 2016, Exp. 39.311 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



<u>ARTÍCULO 5-. DOLO</u>	<u>PRUEBA INDISPENSABLE</u>	<u>ARTÍCULO 6-. CULPA GRAVE</u>	<u>PRUEBA INDISPENSABLE</u>
	expedido, acto de delegación.		sentencia proferida, acto de delegación.
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.	Acto administrativo expedido, acto de delegación, funciones propias del cargo y del delegatario, estudios previos.	2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.	Funciones propias del cargo y del delegatario, acto de delegación, acto administrativo, auto o sentencia proferida y anulada.
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.	Funciones propias del cargo y del delegatario, acto administrativo expedido, acto de delegación, estudios previos.	3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.	Funciones propias del cargo y del delegatario, acto de delegación, acto administrativo, auto o sentencia proferida.
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.	Fallo disciplinario y/o penal.	4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.	Funciones propias del cargo y del delegatario, acto de delegación, acto administrativo, auto o sentencia proferida.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.	Acto administrativo, auto o sentencia proferida.		

Para finalizar, de manera complementaria, se recomienda acudir al capítulo sobre libertad probatoria, sana crítica y conducencia de la prueba, así como al de valoración judicial de las copias simples, disertaciones contenidas en los lineamientos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para acreditar el pago de condenas, durante el ejercicio de la acción de repetición.