



681

1051

31

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil ocho (2008)

Radicación: 250002326000200102712 01
Expediente: 29.221
Actor: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC
Demandado: Norberto Peláez Restrepo
Referencia: Acción de repetición – Apelación sentencia

Resuelve la Sala, de conformidad con lo establecido en el acta de prelación de las acciones de repetición 15 del 5 de mayo de 2005, el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de agosto de 2004, mediante la cual se hicieron las siguientes declaraciones:

"PRIMERO: DECLARÁNSE no probadas las excepciones de ausencia de defensa técnica, inexistencia de resarcimiento de perjuicios, legalidad del acto administrativo y ausencia de dolo y culpa grave por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

"SEGUNDO: CONDÉNASE al Coronel Retirado NORBERTO PELÁEZ RESTREPO, a pagar al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC, la suma de SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$ 77.355.583).

"TERCERO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 334 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo..."

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda.

El 6 de noviembre de 2001, el Instituto Nacional Penitenciario INPEC presentó demanda de repetición contra el Teniente Coronel (R) Norberto Peláez Restrepo con



Exp.: 29.221
Actor: Norberto Peláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

2

el fin de que se le declarara responsable por la suma de dinero que la demandante debió cancelar a Flaminio Camacho Ferrucho con ocasión de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de mayo de 1998. Como consecuencia de la declaración anterior, solicitó que se condenara al demandado a pagar \$ 59'504.295,75¹.

Como fundamentos de hecho de la demanda la parte actora narró, en síntesis, los siguientes:

El 12 de enero de 1995, el entonces Director del INPEC, Norberto Peláez Restrepo, profirió la resolución 0071 mediante la cual se retiró del servicio al Dragontante Flaminio Camacho Ferrucho por razones de inconveniencia, decisión que fue anulada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 8 de mayo de 1998 porque el acto administrativo había sido expedido con violación al debido proceso y el derecho de defensa. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal dispuso el reintegro del funcionario y el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, en virtud de lo cual la entidad demandante canceló \$ 59'504.295,75.

La demandante manifestó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 6º de la Ley 678 de 2001, los funcionarios públicos están obligados a responder cuando el Estado sea condenado a indemnizar unos perjuicios por razón de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo y por la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho (Fis. 1-5 c. 1).

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de febrero de 2002, decisión que se notificó en debida forma al demandado (Fl. 8-9, 25 c. 1).

1.2.- La contestación de la demanda.

El señor Norberto Peláez Restrepo contestó la demanda, debidamente representado, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma.

¹ Suma suficiente para tramitar el proceso en dos instancias de conformidad con lo previsto en el entonces vigente Decreto 597 de 1988, el cual establecía una cuantía mínima de \$ 26.390.000,00



Exp.: 29.221

Actor: Norberto Palaez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

Sostuvo que para establecer la responsabilidad del ex agente se debe acreditar el dolo y la culpa grave. Acerca de la expedición del acto administrativo que fue declarado nulo señaló que el mismo se produjo por razón de la emergencia carcelaria que padecía en ese momento el país y que el mismo se fundamentó en la lucha contra la corrupción del sistema.

El demandado propuso las excepciones de ausencia de defensa técnica, inexistencia de resarcimiento de perjuicios, legalidad del acto administrativo y ausencia de dolo y de culpa grave. Al respecto, señaló que la entidad demandante, a pesar de ser condenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se abstuvo de apelar la decisión, circunstancia que evidencia la omisión de defensa técnica. Por otra parte sostuvo que en la expedición del acto anulado concurren distintos funcionarios del INPEC y que su participación solo se produjo al final del procedimiento; en todo caso, precisó que el mismo se expidió por razones de mejoramiento del servicio. Finalmente, reiteró que la entidad demandante debió aportar pruebas que fundamenten los cargos formulados en contra del funcionario (Fls. 26-32 c. 1).

1.3.- Los alegatos de conclusión.

Vencido el periodo probatorio previsto en el auto del 24 de julio de 2003, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, según providencia del 12 de febrero de 2004 (Fls. 35, 43 c. 1).

El apoderado del demandado reiteró las excepciones propuestas y solicitó que se tuviera en cuenta la Resolución 432 de 1995 mediante la cual se adoptaron los mecanismos extraordinarios para garantizar la seguridad de la penitenciaría nacional, pues la misma fue el fundamento de las decisiones de retiros del servicio que se tomaron en esa época (Fls. 44-48 c. 1).

Las demás partes guardaron silencio.



Exp.: 29 221
Acor: Norberto Paláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

1.4.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó sentencia el 18 de agosto de 2004, en los términos transcritos al inicio de esta providencia, pues, a su juicio, el señor Norberto Paláez Restrepo actuó en forma descuidada al desvincular del servicio a un funcionario que se encontraba escalafonado en carrera administrativa, desconociendo las normas que regulan la materia (Fls. 64-82 c. 1).

1.5.- El recurso de apelación.

El demandando interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que no se allegó prueba alguna sobre el actuar doloso o gravemente culposo del agente. También señaló que los retrojos del servicio que se produjeron en esa época estuvieron fundamentados en la crisis que atravesaba para ese entonces el sistema carcelario y en las decisiones previamente adoptadas por el Consejo Nacional de Seguridad y el Ministerio de Justicia, lo cual indica que la responsabilidad patrimonial derivada de las mismas debe ser cubierta por la Administración (Fls. 92-96 c. 1).

El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal mediante auto del 21 de septiembre de 2004 y admitido por esta Corporación el 8 de abril de 2005 (Fls. 87, 98 c. ppal).

1.6.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia.

El 20 de mayo de 2005 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (Fl. 100 c. 1).

Dentro de la respectiva oportunidad procesal, hicieron su intervención las partes demandante y demandada. La primera manifestó que el ex funcionario actuó con culpa grave al expedir el acto anulado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues desconoció todas las normas que rigen la carrera administrativa, vulnerando así los derechos del funcionario desvinculado (Fls. 107-111 c. 1). El demandado, por su parte, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (Fls. 101-105 c. 1).



Exp.: 29.221

Actor: Norberto Paláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

El Ministerio Público formuló como petición principal que se revocara la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que los documentos aportados al proceso con el fin de acreditar la condena impuesta contra la entidad pública y el pago de una determinada suma de dinero fueron allegados en copia simple. De manera subsidiaria solicitó que en caso de que se considerara que los documentos allegados al proceso sí pueden ser valorados se declare la responsabilidad del ex funcionario demandado, quien con su actuar gravemente culposo dio lugar a la imposición de una condena en contra de la Administración (Ffs. 112-133 c. 1).

2.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de agosto de 2004; para el efecto, conviene hacer algunas precisiones en relación con la acción de repetición.

2.1.- La acción de repetición.

Esta acción, como mecanismo judicial que la Constitución y la ley otorgan al Estado, tiene como propósito el reintegro de los dineros que por los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular investido de una función pública, hayan debido salir del patrimonio estatal para el reconocimiento de una indemnización, de manera que la finalidad de la misma es la protección del patrimonio estatal necesario para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.

Como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política señala que *"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, aquel deberá repetir contra éste"*.



Exp.: 29.221
Actor: Norberto Peláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición - Apelación sentencia

1.4.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó sentencia el 18 de agosto de 2004, en los términos transcritos al inicio de esta providencia, pues, a su juicio, el señor Norberto Peláez Restrepo actuó en forma descuidada al desvincular del servicio a un funcionario que se encontraba escalafonado en carrera administrativa, desconociendo las normas que regulan la materia (FIs. 64-82.c. 1).

1.5.- El recurso de apelación.

El demandando interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que no se allegó prueba alguna sobre el actuar doloso o gravemente culposo del agente. También señaló que los retrojos del servicio que se produjeron en esa época estuvieron fundamentados en la crisis que atravesaba para ese entonces el sistema carcelario y en las decisiones previamente adoptadas por el Consejo Nacional de Seguridad y el Ministerio de Justicia, lo cual indica que la responsabilidad patrimonial derivada de las mismas debe ser cubierta por la Administración (FIs. 92-96 c. 1).

El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal mediante auto del 21 de septiembre de 2004 y admitido por esta Corporación el 8 de abril de 2005 (FIs. 87, 98 c. ppal).

1.6.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia.

El 20 de mayo de 2005 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (Fl. 100 c. 1).

Dentro de la respectiva oportunidad procesal, hicieron su intervención las partes demandante y demandada. La primera manifestó que el ex funcionario actuó con culpa grave al expedir el acto anulado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues desconoció todas las normas que rigen la carrera administrativa, vulnerando así los derechos del funcionario desvinculado (FIs. 107-111 c. 1). El demandado, por su parte, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (FIs. 101-105 c. 1).



Exp.: 29.221

Actor: Norberto Páez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

El Ministerio Público formuló como petición principal que se revocara la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que los documentos aportados al proceso con el fin de acreditar la condena impuesta contra la entidad pública y el pago de una determinada suma de dinero fueron allegados en copia simple. De manera subsidiaria solicitó que en caso de que se considerara que los documentos allegados al proceso sí pueden ser valorados se declare la responsabilidad del ex funcionario demandado, quien con su actuar gravemente culposo dio lugar a la imposición de una condena en contra de la Administración (Fls. 112-133 c. 1).

2.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de agosto de 2004; para el efecto, conviene hacer algunas precisiones en relación con la acción de repetición.

2.1.- La acción de repetición.

Esta acción, como mecanismo judicial que la Constitución y la ley otorgan al Estado, tiene como propósito el reintegro de los dineros que por los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular investido de una función pública, hayan debido salir del patrimonio estatal para el reconocimiento de una indemnización, de manera que la finalidad de la misma es la protección del patrimonio estatal necesario para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.

Como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política señala que *"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, aquel deberá repetir contra éste"*



Exp.: 29.221

Actor: Norberto Peñatez Restrepo

Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

En tal sentido, la acción de repetición fue consagrada en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000, como un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente en razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo, pueda solicitar de éste el reintegro de lo que ha pagado como consecuencia de una sentencia o de una conciliación o de otra forma de terminación de un conflicto. De conformidad con la disposición anotada, el particular afectado o perjudicado con el daño antijurídico por la acción u omisión estatal, está facultado para demandar a la entidad pública, al funcionario o a ambos. En este último evento, la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso.

Esta posibilidad ha sido consagrada también en ordenamientos especiales tales como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, la cual en su artículo 71 consagró que *"en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"*, norma referida, en este caso, a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política encuentra su desarrollo en la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, *"por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición"*.

Dicha ley definió la repetición como una acción 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 al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, la noción, las finalidades, el deber de su



Exp.: 29.221
Acor: Norberto Peláez Rastrojo
Ref.: Acción de repetición - Apelación sentencia

ejercicio y las especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente, al tiempo que consagró algunas presunciones legales con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; y con el cobijo de los segundos regula asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, término de caducidad de la acción, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

Sin embargo, como se advirtió, 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; sólo excepcionalmente las leyes pueden tener efectos retroactivos.

Lo anterior permite entender que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público acaecidos 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 de culpa grave.

De manera que si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público tuvieron ocurrencia con posterioridad a la vigencia de 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



Exp.: 29.221
Actor: Norberto Paláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad 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 hubieren acaecido con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001, como en 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 cuyos eventos es necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que plantea el Código Civil en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

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

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

"El dolo consiste en la intención positiva de interferir injuria a la persona o propiedad de otro" (Resaltado por fuera del texto original).

Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado² ha dicho que 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

² Sentencia que dictó la Sección Tercera el 31 de agosto de 1999. Exp. 10.865. Actor: Emperatriz Zambrano y otros. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.



Exp.: 29.221
Actor: Norberto Peñáz Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6° 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.

Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena que están contenidos en la Constitución Política³ y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia.

Finalmente, debe precisarse que en cuanto a las normas procesales que por ser estas 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 que 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*”⁴.

Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: *i)* la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio de la entidad estatal correspondiente; *ii)* el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; *iii)* la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado demandado; *iv)* la magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor impuesto en la condena; *v)* la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; *vi)* que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

2.2.- Caso concreto.

En el presente proceso, la Sala estima que no se cumplieron los anteriores requisitos y presupuestos, dado que existen serias deficiencias probatorias en relación con la sentencia condenatoria, la calidad del ex funcionario demandado,

³ El artículo 83 Constitucional reza: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*”.

⁴ Art. 40 de la ley 153 de 1887.



Exp.: 29.224
Actor: Norberto Peláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentenciada

el acto administrativo que fue anulado por la Jurisdicción Contencioso Administrativo y que dio lugar a la condena en contra del INPEC, y la resolución por medio de la cual se dio cumplimiento a la sentencia, pues todos estos documentos fueron allegados en copia simple. Por otra parte, se observa que la constancia suscrita por la Tesorera General del INPEC que da cuenta del pago de \$ 59'504.295,71 a favor de Falminio Camacho Ferrucho –la cual fue aportada en original–, no resulta suficiente para acreditar el pago de la obligación que se reclama en este proceso.

Acerca de los documentos que se aporten a un proceso judicial, el Código de Procedimiento Civil establece que estos podrán allegarse en original o en copia, la cual puede estar constituida por transcripción o por reproducción mecánica. Si se trata de copias, estas tendrán el mismo valor probatorio que los originales 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 la copia autenticada.
2. Cuando sean autenticadas por notario.
3. Cuando sean compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial.

Resulta pertinente aclarar que la vigencia del artículo 11 de la Ley 446 de 1998 y la del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, según los cuales los documentos presentados en sede judicial se reputan auténticos, en nada modifican el contenido de los artículos 254 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues el primero de ellos se refiere sólo a documentos privados y el segundo, como bien lo ha establecido la Corte Constitucional, alude a documentos originales y no a copias.

En sentencia del 11 de febrero de 1998, al declarar exequibles los numerales segundo del artículo 254 y tercero del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Constitucional aclaró que:

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre*



Exp.: 29.221
Actor: Norberto Peláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición - Apelación sentencia

las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.

"Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser autenticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

"De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia. Y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

"En tratándose de documentos originales puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.

"Si el artículo 25 hubiera querido referirse a las copias así lo habría expresado, porque en el derecho probatorio es elemental la diferencia entre documentos originales y copias. Pero, no lo hizo, como se comprueba con su lectura ..."
(Subraya la Sala).

En este caso, con la demanda tan sólo se aportó copia simple de un documento que dice contener una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de mayo de 1998, mediante la cual se habría declarado patrimonialmente responsable al INPEC y una copia simple de la resolución por medio de la cual, al parecer, se dio cumplimiento a la referida sentencia, por manera que tratándose de copias de documentos públicos como lo son una sentencia judicial y un acto administrativo de cumplimiento, 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.

Con otras palabras, las 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



Exp.: 29/221
Aclar: Norberto Paláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

el artículo 254 del C. de P. C. antes citado⁵, por manera que si la responsabilidad que se pretende se deriva de una condena judicial en contra de la entidad pública por razón de la actuación dolosa o gravemente culposa del demandado, lo mínimo que se debe acreditar es la existencia de dicha condena.

Tampoco se encuentra acreditada la calidad del ex funcionario que se predica del demandado, porque el documento que da cuenta de su vinculación de la entidad, así como el acto que presuntamente fue anulado por esta Jurisdicción y que al parecer fue firmado por él, también fueron aportados en copia simple, lo cual impide su valoración, teniendo en cuenta las argumentaciones expuestas.

En lo que se refiere a la constancia de pago de una suma de dinero por parte del INPEC a favor de Flaminio Camacho Ferrucho, según certificación expedida por la Tesorera General de la entidad demandante, aportada al expediente en original, advierte la Sala que dicho documento resulta insuficiente para acreditar el pago, esto es el daño por virtud del cual se repile contra el demandado, porque la misma no proviene del acreedor.

El artículo 1625⁶ 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 debida⁷. Dentro de ese listado previsto en la norma está contemplado el pago⁸,

⁵ "...la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocer '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...". Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁶ Artículo 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consentan en data 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 conficción resolutoria
- 10) Por la prescripción.

⁷ Entendiéndose que la ejecución de la prestación debida – pago- no es la única forma de extinción de la obligación pero sí 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.



Exp.: 29 221
Actor: Norberto Peñatez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

modo de extinción de 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 prestación⁹ de dar, hacer o no hacer (*dare, facere y prestare*).

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*”. De manera 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 cual 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 favor de la víctima, para lo cual deberá allegar la respectiva constancia de pago y la prueba de recibido o de la entrega o de la transferencia efectuada al acreedor.

En materia probatoria, a pesar de la consagración del principio de libertad probatoria y de apreciación según las reglas de la sana crítica, la prueba por excelencia del pago es, de conformidad con nuestro Código Civil, la carta de pago¹⁰ y en derecho comercial el recibo¹¹, documentos que reflejan que la obligación fue satisfecha.

⁸ Artículo 1626 del Código Civil. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

⁹ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2002.

¹⁰ Artículos 1628, 1653, 1654 y 1669 del Código Civil

¹¹ Artículos 877 y 1163 del Código de Comercio.



Exp.: 29/221
Actor: Norberto Peñález Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

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 *ibidem* en el cual se señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta, se concluye que correspondía a la entidad demandante demostrar que hizo el pago al cual fue condenado y, en virtud de esa carga aducir, dentro de las oportunidades legales los elementos de convicción al proceso que permitieran al juez llegar a la veracidad de la ocurrencia de este acto por parte del Estado; en este caso por una condena judicial.

En este orden de ideas conviene precisar que la sola constancia de pago expedida por la propia entidad pública deudora no constituye prueba suficiente del pago, pues una certificación así no acredita que efectivamente la obligación hubiese sido extinguida por la entrega real de determinada suma de dinero al acreedor; resulta entonces necesario que el acreedor originario dé cuenta del pago.

En este caso, no se solicitó la práctica de alguna prueba idónea ni se aportó un documento tendiente a demostrar el cumplimiento de tal obligación, ya sea recibo, consignación o cualquier documento que demuestre que el egreso efectivamente se produjo a favor del beneficiario.

Concluye la Sala que en el caso en estudio no se acreditaron los supuestos de procedibilidad de la acción de repetición, esto es la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, ni el pago de la indemnización por parte de la entidad pública.

Por otra parte, advierte la Sala que la demanda de la referencia, tendiente a que se declare la responsabilidad de un ex funcionario del INPEC por su obrar doloso o gravemente culposo, no formuló cargos concretos frente a la conducta del demandado. Revisado el texto de la misma se observa que la entidad pública se limitó a señalar que el artículo 90 de la Constitución Política establece que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste y que el artículo 6º de la Ley 678 de



Exp.: 29/221
Actor: Norberto Peláez Restrepo
Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

2001 señala como causal de responsabilidad la violación manifiesta e inexcusable de las normas, en este caso del debido proceso y del derecho defensa.

Como se observa, los argumentos de la demanda se limitaron a señalar la facultad que le asiste a las entidades públicas de repetir en contra de sus funcionarios por razón de una condena judicial proferida por su actuación dolosa o gravemente culposa, así como a citar una de las causales de responsabilidad contempladas en la Ley 678 de 1998, fundamentos en relación con los cuales conviene precisar que la procedencia de la acción de repetición no deviene *per se* de la imposición de una condena a cargo de una entidad pública, porque tal y como lo indica la norma superior, la misma sólo puede intentarse cuando la indemnización a cargo del Estado deviene de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente o ex agente oficial, circunstancia que debe acreditarse; además que, como se indicó, las disposiciones de responsabilidad establecidas en la Ley 678 de 2001 no son aplicables a los hechos ocurridos antes de la vigencia de esa ley, como ocurre en este caso, pues el acto que al parecer fue anulado por esta Jurisdicción y que dio lugar a la condena por la cual se repite se expidió en enero de 1995.

Lo anterior evidencia que la Administración se limitó a formular la demanda por razón de la condena pero no cumplió con las cargas que se le imponen al demandante en el sentido de probar los supuestos de hecho y de derecho de sus pretensiones. Para la Sala resulta inadmisibles que las entidades públicas, so pretexto de evitar una falta disciplinaria, instauren demandas de repetición en contra de sus servidores o ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas que hayan dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado sin fundamentar los cargos que les imputan y sin allegar un soporte probatorio serio que las justifique.

Dichas acciones formuladas sin ninguna argumentación ni sustento probatorio con el único propósito de cumplir con un deber legal, lejos de alcanzar el objetivo que la ley les ha señalado, cual es la protección del patrimonio público, dan lugar a que los despachos judiciales se congestionen con procesos que en lugar de lograr el fin perseguido obstaculizan la labor del juez en la función de administrar justicia.



Exp.: 29.221

Actor: Norberto Paláez Rastrojo

Ref.: Acción de repetición – Apelación sentencia

Como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades,¹² la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte, y si bien la ley faculta al juez para decretar pruebas de oficio, tal posibilidad no puede convertirse en un instrumento que supla la negligencia, desidia o falta de interés probatorio de las partes.

Ante las deficiencias probatorias anotadas, las cuales resultan suficientes para tomar la correspondiente decisión, no pueden prosperar las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia.

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 la acción de repetición los requisitos configurativos de la misma y los fundamentos de hecho de la demanda como noción procesal que se basa en el principio de autorresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable de todo aquél a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable¹³.

2.3.- Condena en costas.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte actora, por cuanto del material probatorio allegado al proceso no se observa la configuración de los supuestos establecidos en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, para el efecto.

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

¹² Sentencia del 5 de diciembre de 2005. Exp.: 30.773. M.P.: Dr. Alier Hernández Enriquez.

¹³ “La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos...” PARRA JULIANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, pág 242. Y “... Frente a las partes, se afirma que la carga de la prueba es una norma de conducta para éstas porque indirectamente las señala los hechos que a cada una le interesa probar si quiere sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable...” BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike, 1982, pág 147.



Exp.: 29.221
Actor: Norberto Peñaléz Restrepo
Ref.: Acción de repetición - Apelación sentencia

FALLA:

Primero: **REVOCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de agosto de 2004 y en su lugar **DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUÉLVASE, CÚMPLASE Y PUBLIQUESE.

Myriam Guerrero de Escobar
MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Presidenta de la Sala

Ruth Stella Correa Palacio
RUTH STELLA CORREA PALACIO

Mauricio Fajardo Gomez
MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Enrique Gil Botero
ENRIQUE GIL BOTERO

Ramiro Saavedra Becerra
RAMIRO SAAVEDRA BECERRA