

Conclusiones de la primera mesa: reflexiones sobre los fundamentos de la acción de repetición

María Juliana Santaella Cuberos

Funcionaria del Consejo de Estado de Colombia.

Docente-investigadora de la Universidad Externado de Colombia¹

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Aspectos relevantes sobre la norma que consagra la acción de regreso. 3. Particularidades y características del mecanismo para ejercer la acción. 4. El elemento subjetivo y sus dificultades. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

En el marco del Segundo Encuentro de la Red Académica Internacional de Control de la Administración, celebrado en la Universidad Externado de Colombia, tuvo lugar la primera mesa de debate: “Los elementos que definen la acción de regreso”, en la que participaron representantes de diez países, miembros de la Red, y que tuve el privilegio de moderar. Estas conclusiones pretenden destacar algunos de los aspectos más relevantes de dicha mesa de debate, a través de una relatoría de la misma, en la que se subrayan ciertos elementos que, particularmente, llamaron la atención durante su desarrollo.

1. Además, es abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y en Responsabilidad Civil y Daño Resarcible; magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo de la misma universidad; y estudiante del Doctorado en Administración, Justicia y Hacienda en el Estado Social de la Universidad de Salamanca, España.

La acción de repetición², o acción de regreso, es el mecanismo mediante el cual el Estado, una vez ha sido condenado a reparar unos perjuicios, o tras haberlos reparado por cualquier otro medio de resolución de conflictos, persigue al funcionario público para que le reembolse lo que, por su acción u omisión personal, debió pagar. Se trata, por tanto, de una forma de protección del patrimonio público³. Su origen se remonta a la discusión sobre la responsabilidad directa e indirecta del Estado. En el caso italiano, esta controversia fue zanjada por la Constitución⁴; sin embargo, en Estados Unidos, desde una ley federal de 1947, el funcionario autor del daño debía responder con su patrimonio personal. En Ecuador, por ejemplo, esta figura solo se estableció de manera indiscutible a partir del año 2008⁵.

La exposición anterior, y su relevancia en cuanto a la protección del patrimonio público, ponen de manifiesto la importancia de este evento y la necesidad de un análisis integral de la figura. Por ello, se llevó a cabo un análisis de derecho comparado en el que se abordaron los aspectos y dinámicas fundamentales de esta acción en distintos países, a saber: Argentina, Alemania, Chile, Colombia, Francia, Perú, Italia, España, Portugal y Brasil.

En este sentido, el estudio se centró en tres aspectos fundamentales de la acción de repetición: la norma que consagra la figura en cada uno de los países, el mecanismo utilizado para recuperar lo pagado, y la estructuración del elemento subjetivo. Sobre estos aspectos se ofrecerá una breve presentación del estado actual, con el fin de destacar las particularidades, diferencias o similitudes halladas durante el estudio y la discusión realizada.

2. Aspectos relevantes sobre la norma que consagra la acción de regreso

En relación con la norma que consagra en cada uno de los ordenamientos la acción de regreso o de repetición, en la mesa de debate fue posible identificar al menos dos grupos de países con similitudes entre sí, y un país que no consagra de ninguna manera la acción de repetición en su ordenamiento jurídico, al menos formalmente. En este sentido, se identificaron:

2. "Repetir significa reclamar contra un tercero a consecuencia del pago o quebranto que padeció el reclamante" (González Rey, 2023).

3. Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1634 de 2005.

4. Constitución de la República Italiana, artículo 28.

5. Constitución de la República de Ecuador, artículo 11. En este sentido, véase Galarza Rodríguez (2016).

A. Países con consagración constitucional y legal de la acción de regreso, entre los que se encuentran:

- **Brasil:** consagrada en la Constitución Federal (artículo 37, § 6), en el Código Civil (artículo 927, párrafo único) y en la Ley 8.429/1992.
- **Argentina:** la Constitución Nacional, en el artículo 36, consideró que, inclusive, el delito doloso contra el Estado que conllevara enriquecimiento constituía una afrenta al sistema democrático, y ordenó que se legislara sobre el tema. En ese sentido, en Argentina cuentan con una ley nacional y varias leyes a nivel federal que desarrollan la acción de regreso.
- **Chile:** se encuentra recogida en el inciso 2.º del artículo 38 de la Constitución Política de la República de Chile, y en normas de rango legal general y algunas de rango legal pero sectoriales, lo que permite, como se analizó en la mesa, la especialidad en su ejercicio (en casos como ámbitos municipales y sanitarios).
- **Colombia:** el artículo 90 de la Constitución de 1991 prevé que el Estado deberá responder, de manera directa o institucional, por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de sus agentes, lo cual fue desarrollado por la Ley 678 de 2001 y el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011.
- **Italia:** se encuentra consagrada en el artículo 28 de la Constitución, y encuentra fundamento en las obligaciones solidarias; así, el artículo 1299 del Código Civil italiano constituye una fuente fundamental en este escenario.
- **Alemania:** la Constitución de la República Federal de Alemania consagra en el artículo 34 GG la responsabilidad oficial con recurso, y también el Código Civil alemán.

B. Países con consagración legal solamente: en este grupo de países en los que no existe una norma constitucional para el efecto, pero sí normas de rango legal, se ubican **España y Francia**. En el primero de ellos, la Constitución solo consagra la responsabilidad del Estado⁶, pero no la acción de regreso o repetición; en su ordenamiento

6. Artículo 106.2 de la Constitución Española: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus

jurídico se encuentra la Ley 40/2015⁷, así como normas sectoriales sobre el tema. En el segundo, esto es, Francia, se encuentra consagrada en el artículo 1317 del Código Civil, que establece lo relativo a las obligaciones solidarias.

- C. Perú:** no existe un conjunto normativo claro sobre el tema, como explicó el profesor Vignolo; existe un verdadero desorden en el ordenamiento jurídico peruano, derivado de la discusión sobre la responsabilidad directa.

De lo anterior, durante la celebración de la mesa surgió una pregunta relacionada con la existencia misma de la acción de repetición en los países en los que no hay una consagración constitucional de la misma: ¿el hecho de no tener consagrada la acción de repetición o de regreso en la constitución de España y Francia, ha puesto en peligro su existencia en esos ordenamientos jurídicos? Desde la perspectiva francesa, ello no supone un problema, por su tradición jurídica ligada a la jurisprudencia, concretamente en lo relacionado con las fuentes del derecho administrativo francés. En contraste con la situación española, en donde la Constitución consagra la responsabilidad objetiva de la Administración, pero no del empleado público, lo que ha generado una crítica constante por parte de la academia.

En este orden de ideas, es importante realizar un segundo análisis, relacionado con la conveniencia o no de contar con un conjunto normativo particular o una ley general de la acción de repetición o de regreso, o si debe ser un tema tratado de manera sectorial o especializada. Al respecto fue necesario destacar los casos chileno y argentino, considerando los expertos de estos países que esa sectorización genera incoherencias y muchos problemas prácticos, como, por ejemplo, el término de prescripción. Por el contrario, en Colombia, existe una ley general de la acción de repetición o de regreso⁸, lo que en todo caso no está exento de algunas dudas, pero que, en términos generales, resulta preferible y genera seguridad jurídica, según el profesor Ospina.

3. Particularidades y características del mecanismo para ejercer la acción

En relación con los aspectos procesales de la acción de repetición, resulta pertinente destacar, al menos, dos particularidades. La primera, la naturaleza del mecanismo procesal para ejercer la acción de regreso, evidenciando-

bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

7. Artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

8. Ley 678 de 2001.

se la existencia de tres grupos de países entre los participantes en la mesa: 1) los países cuyo mecanismo es jurisdiccional (Perú, Chile, Alemania, Colombia e Italia); 2) aquellos en los que el mecanismo se basa en el ejercicio de una función administrativa (España⁹ y Francia); y 3) el caso argentino, en el que se mostró que el mecanismo tiene naturaleza mixta, con una primera etapa administrativa que, de no progresar, conlleva la apertura de una etapa judicial. En segundo lugar, lo relativo al término de prescripción o caducidad para el ejercicio de la acción; en ese sentido se evidenció que en Brasil, Argentina, Chile¹⁰, Colombia, Italia y Francia el ordenamiento jurídico estableció plazos claros para el ejercicio de la acción de repetición, mientras que Alemania y Perú cuentan con plazos por remisión normativa, y en España no hay un plazo claramente establecido en el ordenamiento jurídico.

De lo anterior, es importante destacar el caso argentino, y preguntarse: ¿qué particularidades tiene ese procedimiento de naturaleza mixta, según el cual se intenta el cobro mediante un procedimiento administrativo y de no obtener el pago se abre la vía judicial? Ello tiene una razón histórica y responde a un cambio legislativo, de donde algunos autores han entendido que se trata de un procedimiento judicial, en todo caso.

Llama la atención también, en relación con este punto, el caso italiano, en el que el impulso del procedimiento de responsabilidad administrativa se hace de oficio y lo lleva a cabo la Fiscalía contable; es decir, la entidad que realizó el pago no es un sujeto activo en la acción, lo que obedece a una clara desconfianza hacia las autoridades y su capacidad de reacción.

Asimismo, es importante referirse a la prescripción¹¹ o caducidad¹² para ejercer la acción, en donde se identificaron tres grupos de países; así:

1. **No tienen un plazo establecido:** España.
2. **Con plazo establecido:** Brasil, Argentina, Chile, Colombia, Italia y Francia.
3. **Con plazo por remisión normativa:** Alemania, que aplica la prescripción del del Código Civil, esto es, 3 años; y Perú, que depende de la naturaleza del sujeto contra el cual se ejerce la acción.

9. Artículo 36.2, párrafo primero, de la Ley 40/2015.

10. Con norma especial en materia sanitaria: de 5 a 2 años.

11. Hinestrosa (2006).

12. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 25712.

En este punto llama la atención el caso español, donde, como se explicó, el mecanismo es administrativo, pero que, además, no tiene un término establecido. De ahí surgió una duda frente a la competencia temporal del funcionario, y ello ha permitido una profunda discusión doctrinal sobre el tema; entre otras cosas, se ha destacado la necesidad de establecer el plazo, principalmente por razones de seguridad jurídica del funcionario que causó el daño.

De la mano de lo anterior, se dio una discusión muy relevante, relacionada no solo con el momento desde el cual empieza a correr el término que se tiene para iniciar la acción, sino también con el momento desde el cual se entiende que la obligación de reembolso es exigible al funcionario. En Italia y Chile, la obligación de reembolso surge con la condena impuesta al Estado, con independencia del pago efectivo de la obligación; en el primero, con fundamento en que en ese momento (la sentencia ejecutoriada) el daño se hace cierto y el tema del pago efectivo se convierte en un asunto práctico, y en el segundo, por la facultad del juez de ordenar el pago. En cambio, en Colombia, Francia y España¹³ es el pago de la obligación impuesta al Estado lo que genera la obligación de reembolso del funcionario, pues sin pago no hay que reembolsar¹⁴.

4. El elemento subjetivo y sus dificultades

En lo que tiene que ver con el elemento subjetivo de la acción, la mayoría de los países hicieron referencia a la culpa o negligencia grave o al dolo como requisito para la procedencia de la acción de repetición o regreso; sin embargo, en Perú, por ejemplo, se hizo referencia a elementos como la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución, que tradicionalmente hacen alusión a elementos de la responsabilidad extracontractual; ello ha sido perfilado o morigerado por la jurisprudencia peruana, de acuerdo con los deberes y funciones jurídicamente impuestos al funcionario.

Sobre este punto, en Colombia se evidencia una particularidad, que tiene que ver con la existencia de unas presunciones legales, cada vez más fuertes, de culpa grave o dolo, debido a la dificultad de probar ese elemento

13. Artículo 36.2, primer párrafo, de la Ley 40/2015: "La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento".

14. En Colombia es tal la exigencia, que la prueba del pago ha sido un aspecto de debate en la jurisprudencia; véase Saker Hernández (2024).

subjetivo. Así, la Ley 678 de 2001 estableció unas presunciones que luego fueron modificadas por la Ley 2195 de 2022, en la que se extendieron de tal manera que no corresponden a una verdadera presunción.

Una reflexión interesante tuvo lugar en el caso brasileño, en el que el funcionario responde por cualquier tipo de culpa, no por un grado específico de ella, como en los demás ordenamientos, lo que parece un poco desproporcionado, pues una de las finalidades de esta acción es perseguir al funcionario que decidió desligarse del correcto ejercicio de su función.

5. Conclusiones

Para finalizar, resulta notorio cómo los distintos ordenamientos jurídicos abordan el tema de la acción de regreso o de repetición desde su tradición jurídica, de donde resulta importante señalar una reflexión sobre la visión misma de la acción de repetición o de regreso: por ejemplo, en Colombia, como un mecanismo de lucha contra la corrupción¹⁵, mientras que otros ordenamientos existe una tradición distinta, y este mecanismo no se ve con esa finalidad.

Asimismo, aspectos como el momento desde el cual debe empezar a correr el plazo, que en algunos ordenamientos es el momento en que se declara la existencia de la obligación de pagar, y en otros el día del pago efectivo o del vencimiento del plazo que tenía la Administración para pagar, muestran una variedad de culturas jurídicas, que responden a la tradición misma de dichos ordenamientos. El hecho de que en ciertos escenarios se muestre una confianza en la Administración que debe cumplir una decisión judicial, y en otros, en cambio, se exija la prueba de ese pago efectivo, son aspectos que ponen de manifiesto la diferencia profunda entre los ordenamientos de los países analizados; lo que, sin lugar a duda, afecta y moldea una institución del carácter de la acción de repetición.

Sin duda, la experiencia y comparación con otros países es enriquecedora desde todo punto de vista, guardando siempre las proporciones, reconociendo que aspectos comunes nos unen, cuyas soluciones pueden ser útiles, pero también reconociendo esa diferencia de culturas jurídicas, para no caer en la simple reproducción de figuras del derecho comparado, porque sí, y menos aún en un tema de fundamental relevancia en el derecho administrativo y la protección del patrimonio público, como la acción de regreso o repetición.

15. Muestra de ello es la Ley 2195 de 2022.

6. Bibliografía

- Galarza Rodríguez, S. E. (2016). *La acción de repetición derivada del mal funcionamiento de la administración de justicia*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Disponible en <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5387/1/T2104-MDP-Galarza-La%20accion.pdf>.
- González Rey, S. (2023). La acción de repetición. Lecciones (II). En V. Peláez y A. Ospina (eds.). *Régimen Jurídico de los agentes estatales* (tomo II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2006). *La prescripción extintiva* (2.^a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Saker Hernández, B. (2024). *Divergencia en la validez de la prueba del pago en la acción de repetición: en búsqueda de la certeza probatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/88585df1-2440-4af7-8ad5-ecb035b1f8ed/content>.