



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 213

TEMAS: ELEMENTOS DE LA
RESPONSABILIDAD DE LOS EX
AGENTES ESTATALES A TRAVÉS DEL
MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN
– CONCURRENCIA DE CULPAS

INSTANCIA: SEGUNDA

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la entidad demandante en oposición a la sentencia del 12 de agosto de 2015, proferida por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de REPETICIÓN instauró la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, en contra del señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 62 y 63 C. Ppal. 1



- 1.1.1. Que se declare responsable al señor OVIEDO EMERIS CARLOS MANUEL, identificado con cédula de ciudadanía número 1.064.990.400 de Cereté (Córdoba), de los perjuicios ocasionados a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, como consecuencia de los valores pagados con el acuerdo conciliatorio prejudicial celebrado el día 26 de noviembre de 2009 en la Procuraduría 103 I Administrativa de Sincelejo, por los daños causados con la muerte, el día 10 de octubre de 2008, en la vereda Aguacate, zona rural del municipio de Guaranda – Sucre, cuando fallece el señor SLR. BIRGILIO PALENCIA BLANCO Q.E.P.D.
- 1.1.2. Que se condene al señor OVIEDO EMERIS CARLOS MANUEL identificado con cédula de ciudadanía número 1.064.990.400 de Cereté (Córdoba) a cancelar la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL OCHENTA Y SIETE PESOS CON 4/100 MONEDA CORRIENTE (\$248.635.087.04 m/c), a favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, suma que pagó esta entidad a favor del señor BIRGILIO PALENCIA GUZMÁN Y OTROS, por concepto de capital e intereses, mediante la Resolución número 6410 del 25 de noviembre de 2010.
- 1.1.3. Que la sentencia que ponga fin al proceso, reúna los requisitos de los artículos 99 y 187 de la Ley 1437 de 2011, que en ella conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible a fin de que preste mérito ejecutivo.
- 1.1.4. Que se ajuste la condena tomando como base el IPC.

1.2. RESEÑA FÁCTICA:

La entidad demandante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:



El señor BIRGILIO PALENCIA BLANCO fue reclutado por el Ejército Nacional para prestar el servicio militar, adscrito a la Fuerza de Tarea Conjunta de Sucre.

El día 10 de octubre de 2008, siendo aproximadamente las 17:40 horas, el soldado campesino OVIEDO EMERIS CARLOS MANUEL disparó su fusil de dotación contra el SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO, ocasionándole la muerte, con ocasión de un juego entre ambos.

El señor BIRGILIO PALENCIA GUZMÁN (padre de la víctima) y otros familiares de la víctima, llegaron a un acuerdo conciliatorio prejudicial con la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, en diligencia celebrada el día 26 de noviembre de 2009, ante la Procuraduría 103 Judicial I Administrativa de Sincelejo, por los daños causados por la muerte del SLR BIRGILIO PALENCIA BLANCO, ocurrida el día 10 de octubre de 2008 en la vereda Aguacate, zona rural del municipio de Guaranda, Sucre, como consecuencia directa de un disparo recibido a causa de la manipulación que hiciese un compañero de guarnición militar, SLR CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY.

Mediante providencia del 27 de enero de 2010, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo aprobó el acuerdo conciliatorio, tras considerar que el acuerdo logrado entre los afectados y la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional no era ilegal ni mucho menos lesivo para el erario público y que además existía la evidencia probatoria necesaria de la cual se desprende responsabilidad.

Como consecuencia del acuerdo logrado, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se obligó a pagar la suma de \$209.653.858.

Mediante Resolución No. 6410 del 25 de noviembre de 2010, el Ministerio de Defensa Nacional dispuso el pago de \$248.635.087.04 a favor de BIRGILIO PALENCIA GUZMÁN, JUANA BLANCO NORIEGA, ENA ROCIO



PALENCIA BLANCO, CARMEN ENEIDA PALENCIA BLANCO, ARGENIS PALENCIA BLANCO, KETTY LUZ PALENCIA BLANCO, DAIVER ENRIQUE PALENCIA BLANCO, JUAN CARLOS PALENCIA BLANCO, DIÓGENES PALENCIA BLANCO y RAMONA GUZMÁN OROZCO, con fecha de pago 30 de noviembre de 2010.

El Juzgado 1 de Brigada de Barranquilla, mediante decisión de fecha 2 de octubre de 2012 declaró penalmente responsable al señor SLC OVIEDO EMERY CARLOS MANUEL por el delito de homicidio culposo, condenándolo a la pena de 2 años de prisión, decisión que se encuentra ejecutoriada.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La parte actora invoca como fundamentos las siguientes normas: Constitución Política, inciso segundo del artículo 90 y 209; Ley 678 de 2001, artículo 6, numeral 1; Ley 1437 de 2011, artículo 142.

1.4. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 30 de noviembre de 2012 (fol. 74 C. Ppal.).
- Inadmisión de la demanda: 23 de enero de 2013 (fol. 81 C. Ppal.)
- Nulidad procesal: 13 de febrero de 2013 (fol. 92 a 94 C. Ppal.)
- Admisión de la demanda: 12 de marzo de 2013 (fol. 101 C. Ppal.).
- Notificación (emplazamiento): 21 de abril de 2013 (fol. 112 C. Ppal.).
- Designación curador *Ad-litem*: 26 de septiembre de 2013 (fol. 121 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 12 de noviembre de 2013 (fol. 131 y 132 C. Ppal.).



- Audiencia inicial: 17 de junio de 2014 (fol. 155 a 158 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 10 de febrero de 2015 (fol. 229 a 231 C. Ppal. 2).
- Continuación audiencia de pruebas: 17 de marzo de 2015 (fol. 234 a 236 C. Ppal. 2).
- Sentencia de primera instancia: 12 de agosto de 2015 (fol. 248 a 257 C. Ppal. 2).
- Apelación: 25 de agosto de 2015 (fol. 259 a 265 C. Ppal. 2).
- Auto que concede el recurso: 14 de septiembre de 2015 (fol. 771 C. Ppal. 4).
- Auto que admite el recurso de apelación: 30 de septiembre de 2015 (fol. 4 C. de Apelación).
- Auto que decreta prueba de oficio: 7 de octubre de 2015 (fol. 15 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 20 de octubre de 2015 (fol. 24 C. de Apelación).

1.5. RESPUESTA A LA DEMANDA²:

Por conducto de curador *Ad-litem*, el demandado contestó la demanda, pronunciándose respecto de los hechos y pretensiones de la misma. Respecto de unos hechos dijo ser ciertos y otros no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que se encuentra en imposibilidad económica de cumplir la obligación.

1.6. LA PROVIDENCIA RECURRIDA³:

El Juez de primera instancia, inició puntualizando sobre el medio de control de repetición, así como sobre los aspectos probatorios del mismo.

² Fol. 131 y 132 C. Principal 1.

³ Fol. 248 a 257 C. Principal 2.



En cuanto al caso concreto, manifestó encontrarse acreditado que ante la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, el apoderado de los familiares de la víctima y el de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, acordaron conciliar por concepto de perjuicios morales la suma de \$209.653.858, acuerdo que fue aprobado por la misma unidad judicial mediante proveído del 27 de enero de 2010, lo que conllevó a que se expidiera la Resolución No. 1237 del 10 de octubre de 2012.

En cuanto al pago, señaló que se acreditó con la certificación emitida por la Tesorería principal del Ministerio de Defensa, en donde se afirma que el día 30 de noviembre de 2010 se consignó la suma de \$248.635.087.04 a la cuenta No. 612234815 del Banco BBVA.

En lo que respecta a la actuación dolosa o gravemente culposa del agente estatal, señaló que, por un lado no se acreditó que el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY hubiese pertenecido al Ejército Nacional. Además, no se acreditó en debida forma el actuar doloso o gravemente culposo del accionado, puesto que no se aportó copia del proceso penal y disciplinario posiblemente adelantados en contra del demandado, o cualquier otro medio probatorio que permitiera realizar el análisis de la conducta desplegada por éste en los hechos que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad de la entidad, o a través de las presunciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.

Consideró el *A quo* que existió una inactividad probatoria de la parte demandante, la cual debió haberse orientado en establecer si el demandado incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa como génesis de los perjuicios ocasionados a la entidad, a cuenta del pago de condena judicial.

En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda, al tiempo que condenó en costas a la parte demandante.



1.7. LA APELACIÓN⁴:

La entidad demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia, con sustento en los siguientes argumentos:

i) Frente a la falta de acreditación de la calidad de militar del señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, indicó que a pesar que no se aportó su hoja de vida, si es posible inferir su calidad de funcionario público a través de otras pruebas, como la sentencia penal, de donde se extracta que el juez competente para poder emitir juicio y atribuirse competencia, debía el procesado tener la calidad de miembro del Ejército Nacional al momento de la comisión del delito.

ii) En cuanto a la falta de demostración de la responsabilidad subjetiva en la comisión de la conducta del funcionario judicial, manifestó que el *A quo* no tuvo en cuenta el material probatorio allegado, el cual da cuenta de la responsabilidad del señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY en los hechos ocurridos el día 10 de octubre de 2008, lo cual está plasmado en la sentencia penal de fecha 2 de octubre de 2012, proferida por el Juzgado Primero de Brigada, en donde se indica que la conducta desplegada fue con culpa grave, ya que contravino las normas correspondientes al decálogo de seguridad, además de otras manifestaciones hechas en dicha decisión.

En fin, considera que el material probatorio recopilado es suficiente para tener conocimiento respecto de la calidad de miembro del Ejército nacional del demandado CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, como también prueba de la responsabilidad por la muerte del señor PALENCIA BLANCO BIRGILIO.

Resaltó que para el día de celebración de la segunda audiencia de pruebas, aún no había llegado a la oficina del Ministerio de Defensa – Sede Sucre, copia del

⁴ Fol. 259 a 265 C. Principal 2.



expediente penal, por lo que el despacho consideró cerrar la etapa probatoria y correr traslado para alegar.

1.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

- **PARTE DEMANDANTE:** La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL (fol. 33 a 37, C. apelación), alegó de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación, esto es, que se encuentra acreditada la calidad de funcionario público del demandado, como también su responsabilidad en los hechos a título de culpa grave. Finalmente hace un pronunciamiento relacionado con las costas, oponiéndose a las mismas con sustento en que el interés perseguido es público.

- **PARTE DEMANDANTE:** La parte demandada no alegó de conclusión.

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación conceptuó de fondo en el presente asunto (fol. 38 a 49, C. apelación), solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en atención a que con la sentencia penal aportada al proceso se puede inferir la condición de soldado campesino del demandante para la fecha de los hechos; además, en cuanto al elemento subjetivo, señaló que el *A quo* no tuvo en cuenta la sentencia penal, donde es condenado el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, la cual fue acompañada con la demanda sin que haya sido objetada por el demandado, y por ello con plena validez, de donde surge la condición de miembro del Ejército Nacional y la culpa grave, por lo que debe declararse su responsabilidad.



2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Repetición, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Sea lo primero advertir que se abordará el tema puesto a consideración de la Sala, teniendo en cuenta que la competencia del *A quem* se encuentra determinada por los reparos vislumbrados por el apelante a la sentencia de primer grado en la sustentación del recurso, tal como lo consagra el artículo 328 del C.G.P⁵.

No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, la sentencia de primera instancia y la argumentación del demandante apelante, entra el Sala a dilucidar el siguiente problema jurídico:

⁵ Sobre el alcance de la apelación, nos ilustra el máximo tribunal de lo contencioso: “Los límites materiales y formales que se tiene en esta instancia están determinados por el contenido de la apelación. Por esta razón, dispone el artículo 357 CPC que este recurso se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, de manera que no se puede agravar la situación del apelante único¹². A este principio se le ha denominado como la *no reformatio in pejus*.”

No obstante la anterior regla, ella se rompe en dos casos, por lo menos en este tipo de procesos ordinarios, pues en algunos de naturaleza constitucional, como la tutela, se admite la posibilidad de reformar en peor, pero en la instancia de la revisión oficiosa que hace la Corte Constitucional¹² -no cuando se trata de la resolución al recurso de apelación del apelante único-: i) cuando apelan las dos partes del proceso, o ii) cuando quien no apela se adhiere al recurso.

En estos dos supuestos la ley autoriza, por razones lógicas, que el juez no quede atado a la favorabilidad que cada apelante busca para su situación procesal, con la interposición del recurso, pues es preciso dotarlo de la capacidad para resolver con libertad, pues de no hacerlo carecerían de sentido los recursos interpuestos, pues el ad quem no podría decidir en ningún sentido.

En efecto, si las dos partes apelan, y si además no se pudiera reformar en peor, se tendría que mantener intacta la sentencia, pues lo que se diga frente a cada recurso normalmente busca mejorar la posición de quien lo interpone, y desmejorar la de su contraparte. En tal caso, sería inútil tramitar los recursos de apelación.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 1 de octubre de 2008. Radicación número: 52001-23-31-000-1994-06078-01(17070). Actor: RICARDO HERNÁNDEZ SUÁREZ. Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA EL DESARROLLO DE NARIÑO-CORPONARIÑO.



¿Probó la entidad demandante que el demandado tenía la condición de servidor público para la fecha de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la condena impuesta a la entidad; asimismo, que la conducta desplegada por el demandado puede ser calificada como dolosa o gravemente culposa?

Para dar respuesta a los anteriores cuestionamientos, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta los planteamientos presentados en el problema jurídico y las particularidades del caso bajo estudio: i) Los elementos necesarios para predicar la responsabilidad de los ex agentes estatales a través del medio de control de repetición, ii) Abordado el tema anterior, se analizarán los elementos conforme a las observaciones planteadas por el demandante apelante y lo probado en el proceso.

2.2. LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA PREDICAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS EX AGENTES ESTATALES A TRAVÉS DEL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN:

Es menester advertir que la Ley 678 de 2001, en desarrollo del inciso segundo del artículo 90 de la C.P., reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición, y por ello, los agentes estatales deben responder ante el Estado al que le prestan sus servicios, por los daños a que haya sido condenado este, como consecuencia de su conducta **dolosa o gravemente culposa**, siendo la repetición un deber de la organización estatal, a fin de que su patrimonio no se vea afectado en estos casos.

Se narra en la demanda que el fundamento de la misma no es otro que el acuerdo prejudicial a que llegó la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL con los familiares del extinto SLR BIRGILIO PALENCIA BLANCO, con ocasión de los hechos que rodearon su muerte, en donde estuvo involucrado el señor SLR CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, lo que dio lugar al pago de la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TRENTA Y CINCO MIL OCHENTA Y SIETE PESOS CON



4/100 MONEDA CORRIENTE (\$248.635.087.04 m/c) a cargo de la mentada entidad.

Ahora bien, el análisis se centrará en el cumplimiento de los requisitos o elementos para la prosperidad de la acción de repetición, con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, los cuales los podemos concretar en:

- a) La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier forma de terminación de un conflicto;
- b) El pago realizado por parte de la Administración; y
- c) La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

Sobre el particular es necesario recordar que, los dos primeros requisitos son de carácter objetivo, es decir, su prueba se debe acreditar, por lo general, con los documentos pertinentes, además en lo que atañe al caso concreto, los mismos se encuentra plenamente acreditados, de conformidad con las pruebas aportadas al plenario.

Por su parte, en lo que respecta al tercer y último elemento, la conducta dolosa o gravemente culposa, corresponde a un elemento subjetivo de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales.

Para determinar la culpa grave o el dolo es necesario acudir a la norma vigente (Ley

⁶ Entre la jurisprudencia importantes sobre el tema, del Consejo de Estado, en las que se establecen los requisitos como elementos de la prosperidad de la pretensión, se pueden consultar las Sentencias de la Sección Tercera, del 9 de junio de 2010 dentro del radicado número: 73001-23-31-000-2008-00382-01 (37722) y del 13 de mayo de 2009, dentro de la radicación número: 11001-03-26-000-2003-00006-01(25694); en las que se relacionan otras decisiones anteriores de la misma corporación.



678 de 2001) la cual, además de definir el dolo y la culpa grave, señala cuando se presume la existencia de este elemento subjetivo en cabeza del agente público, así:

“Artículo 5°. 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.*

Artículo 6°. 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.*

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”.*

De conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de junio de 2010 dentro del expediente número 37722, se puede afirmar del contenido de las anteriores definiciones, que para el legislador no todas las conductas descuidadas de las personas deben tratarse de la misma forma y es por ello que consideró necesario graduarlas, dependiendo de lo que en cada caso se pueda exigir de la actuación del individuo.

En estas condiciones, la culpa grave representa una menor exigencia frente al



comportamiento del operador jurídico, es decir, que cuando se consagra este tipo de culpa el examen de la conducta resulta menos riguroso, puesto que solo incurrirá en culpa grave cuando se infringe directamente a la Constitución o a la ley o en una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

En la misma sentencia citada el Consejo de Estado ha dicho en primer lugar que, será aplicable esta normativa, sin perjuicio de que se acuda al Código Civil, dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma Ley 678 de 2001, así como 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 aquella y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la C.P.)

En materia civil, el artículo 63 del Código Civil⁷, define las clases de culpa y dolo, y el Consejo de Estado al estudiar dichos conceptos⁸ ha equiparado la conducta de quien actúa con un grado máximo de imprudencia o negligencia, o no observa el comportamiento mínimo que aún una persona descuidada observaría; equivale al dolo; y ha citado respecto a la culpa grave o negligencia grave el concepto de la

⁷ “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 al a 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 levísimo 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 inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

⁸ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994. Expediente: 8483. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; 21 de octubre de 1994. Expediente: 9.618. Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta; 12 de abril de 2002. Expediente: 13.922. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar; 5 de diciembre de 2005. Expediente: 23.218. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; y auto de 22 de mayo de 2003. Expediente: 23.532. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.



jurisprudencia alemana que la define como: “... una conducta que infringe, en una medida desacomodadamente desproporcionada, a la diligencia requerida; sería pasar inadvertido ‘lo que en un caso dado, a cualquiera, debe ser evidente’...”; es decir, que esa “... negligencia grave sería la vulneración de un deber especialmente grave y también subjetivamente inexcusable sin más, que excede considerablemente la medida acostumbrada en la negligencia”⁹.

Y en segundo lugar, ha traído a colación la sentencia de 31 de agosto de 1999 expediente 10865¹⁰ para expresar que el juez para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, debe además tener en cuenta las características particulares del caso, armonizadas con lo previsto en los artículos 6 y 91 de la C.P. sobre la responsabilidad de los servidores públicos, **como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.**

Agregó que es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política¹¹ y en la ley a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia.

Si bien entonces, existe una obligación de la entidad pública de repetir en contra de los agentes estatales (funcionarios, ex funcionarios o particulares en cumplimiento de funciones públicas), de conformidad con el artículo 90 de la C.P., para recuperar el dinero que pagó por la conducta del agente, sin embargo, esta debe haber sido suficiente y determinable para la producción del daño, y esto tiene su lógica por cuanto de tener el servidor público la misma responsabilidad que el Estado, tornaría su ejercicio tormentoso, y hasta contraproducente para los fines mismos de la prestación del servicio, dado que la temeridad con que puede actuar al servidor, llevaría a la función pública a volverse ineficiente e ineficaz, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas garantías mínimas a los servidores públicos,

⁹ MEDICUS, Dieter; Tratado de las Relaciones Obligatorias, Edic. española de Angel Martínez Sarrión. VI. I. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona. 1ª ed., 1995; pg. 152. Citado por el Consejo de Estado en sentencia del 9 de junio de 2010, dentro del radicado No.73001-23-31-000-2008-00382-01 (37722).

¹⁰ Sentencia del 31 de agosto de 1999. Exp. 10.865. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹ 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”.



en el sentido de que no cualquier error en el cual puedan incurrir de buena fe, podría servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, por eso es este elemento subjetivo, el que debe valorar el juez con más cuidado, siendo que no cualquier error puede imputarse como **conducta dolosa o gravemente culposa**.

Con relación a las presunciones enunciadas en las normas ya transcritas de la Ley 678 de 2001, la Corte Constitucional se ha pronunciado en dos sentencias que por su importancia en la presente, se traen a colación.

En la Sentencia C-374 de 2002, la Corte analiza desde el punto de vista general las mencionadas presunciones, concluyendo su constitucionalidad, en el siguiente sentido:

*“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**, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.*

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

12

¹² Ponencia para primer debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso No. 14 del 10 de febrero de 2000. Página 16



Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión -onus probandi incumbi actori-, también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la acción de repetición, así como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario.

Por lo anterior, cree la Corte que de no haber apelado el legislador a la figura de las presunciones de dolo y culpa grave que consagran las normas acusadas, realmente muy difícil sería la tarea de adelantar con éxito un proceso de repetición contra el agente estatal que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a una condena de reparación patrimonial en contra del Estado, y también se harían nugatorios los propósitos trazados por el legislador con la expedición de la Ley 678 de 2001, de promover la efectividad de los principios constitucionales de la moralidad, eficiencia y economía en el ejercicio de la función pública.

...

*Finalmente, observa la Corte que, en términos generales, los hechos en los que se fundamentan las presunciones de dolo y de culpa grave consagradas en las normas que se impugnan, se refieren a **probabilidades fundadas en la experiencia que por ser razonables o verosímiles permiten deducir la existencia del hecho presumido**. Así mismo, aprecia que dichas presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas pues al facilitar el ejercicio de la acción de repetición en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permiten alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficacia de la función pública (arts. 123 y 209 de la C.P.)” (Negrillas de la Sala).*

Por su parte, en la Sentencia C-455 de 2002, la misma Alta Corporación analizó la presunción de dolo, referida a la desviación de poder y falsa motivación, refiriendo:

“Descendiendo al caso particular, el numeral acusado prescribe —llanamente— que el dolo se presume cuando el acto ha sido expedido con desviación de poder. Descartada la inconstitucionalidad por razón de la simple presunción y partiendo de la escueta redacción del texto, a la Corte le resulta jurídicamente imposible aventurar juicios de inconstitucionalidad que analicen la aplicación concreta de dicha presunción o los posibles conflictos que pudieran derivarse de los escenarios judiciales en que se discuta la responsabilidad patrimonial del agente del Estado, precisamente por las razones expuestas anteriormente acerca de los requisitos de un cargo de inconstitucionalidad.



En este orden de ideas, del simple texto del numeral acusado no es posible deducir la violación prevista por el demandante, dado que las consecuencias prácticas que esta presunción pueda tener en los procesos de repetición deben ser definidas por los funcionarios judiciales competentes. Así las cosas, la cuestión de si la declaración de desviación de poder que se adopta en un proceso judicial adelantado ante el Contencioso Administrativo, constituye o no imputación automática de dolo en el proceso de repetición surtido contra el agente estatal, es un asunto que debe resolver el juez del proceso de repetición; aunque bien podría ser estudiada por esta Corporación si eventualmente se atacara la disposición jurídica que así lo consagra.

...

Ciertamente, el hecho que la norma demandada presuma que existe dolo, como fuente de responsabilidad civil, cuando el acto administrativo no se expide con fundamento en hechos ciertos, constituye una presunción razonable que indica que el servidor público no tuvo la precaución de verificar la realidad del supuesto fáctico a la hora de expedir el acto correspondiente. Lo mismo ocurre si la decisión ha sido adoptada sin aparente sustento legal. Ahora bien, esa misma circunstancia producirá efectos distintos de acuerdo con el tipo de proceso que se adelante contra el servidor: las consideraciones que haga el juez penal que adelanta la supuesta falsedad ideológica tendrán el cariz del juicio subjetivo de responsabilidad por quebrantamiento del orden jurídico en el apartado específico de la fe pública. Consultarán entonces las condiciones personales y concretas del acusado en relación con la expedición del acto administrativo carente de piso fáctico y procederán a formular un reproche personal que tendrá en cuenta el papel jugado por su voluntad al momento de expedir el acto administrativo que se cuestiona.

La calificación y valoración que haga el funcionario judicial encargado de resolver la acción de repetición se conducirá por derroteros diferentes, principalmente vinculados con modelos objetivos de conducta que consultan niveles de prudencia generales y abstractos, exigidos de manera indeterminada a los hombre en el manejo de asuntos propios y ajenos.

Esta diferencia de trato explica por qué los reproches formulados por el actor no pueden derivarse del texto que fue demandado. La disposición que aquél impugna se circunscribe rigurosamente al campo civil de la responsabilidad y en ese contexto debe mirársela. La compatibilidad o incompatibilidad que la decisión judicial concreta pueda tener con el proceso penal es asunto que deberá resolverse en el terreno práctico, no en el abstracto del control constitucional.

De allí que resulte equivocada la apreciación del demandante cuando sostiene que “ sin que se demuestre que la voluntad del servidor se apartó conscientemente del propósito legal de no falsificar los hechos, presumirlo como dolo a partir de la inexistencia de ellos es, inconstitucional pues se le atribuye la comisión de un ilícito sin demostrárselo competentemente.” Esto, sin duda, constituye una confusión no permisible, que precisamente se ha tratado de esclarecer en esta jurisprudencia.

En consecuencia de lo anterior, la Corte encuentra que el numeral 2º es exequible



pero en relación con el cargo genérico de violación del principio de presunción de inocencia; no en relación con el último cargo analizado, pues éste no se deriva del texto de la norma.

3. En contra del tercer numeral del artículo 5º, que presume el dolo cuando el acto administrativo se expide con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración, se esgrimen básicamente los mismos cargos genéricos. Por ello, les son aplicables las respuestas dadas con anterioridad.

La presunción del dolo civil no quebranta las garantías procesales penales del servidor público en contra de quien se ejerce la acción de repetición, pues se trata de acciones diferentes que persiguen objetivos distintos y autónomos.

Esta norma es exequible por razón del cargo genérico relativo a la presunción de inocencia.”

De lo anterior, podemos extractar que debe alegarse y demostrarse de parte de la entidad demandante el hecho indicativo de la presunción, teniendo el demandado la posibilidad de aducir prueba en contrario que desvirtúe la misma, a fin de diluir su responsabilidad.

Desde esta perspectiva, se pasará a estudiar la conducta culposa imputada al demandado, más sin embargo, y en consonancia con lo expuesto en el recurso de apelación, se analizará previamente si el demandado tuvo la calidad de agente estatal para la fecha de la comisión del hecho que provocó la presente acción, para lo cual analizará, el acervo probatorio.

i. Calidad de Agente Estatal del demandado: En lo que respecta a este punto en particular, el *A quo* consideró que no se acreditó que el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY hubiese pertenecido al Ejército Nacional, mientras que la entidad recurrente argumentó que tal condición emergía por inferencia hecha de la sentencia penal aportada al plenario.

La Sala considera que, tal como lo señaló el recurrente, la calidad de agente estatal del señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY esta ínsita en el hecho de haber



estado sujeto a un proceso penal ante la justicia penal militar, tal como se desprende de la sentencia penal proferida el día 2 de octubre de 2012 por el Juzgado Primero de Brigada (fol. 30 a 58 C. Ppal.), en donde además, se refiere más concretamente a su calidad de Soldado Campesino, orgánico del Batallón JUNIN y agregado a la Fuerza de Tarea Conjunta Sucre¹³.

Para la Sala, lo anterior era suficiente para tener claridad respecto a que el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY tenía la condición de agente estatal para la fecha de los hechos.

Ahora bien, en el trámite de la presente alzada se decretó de oficio la incorporación al expediente del proceso penal seguido contra CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, visible a folios 168 a 764, de donde se colige con mayor convencimiento su calidad de militar para la fecha de los hechos, tal como se certifica en constancia expedida por el Jefe de Personal del Batallón de Infantería No. 33 “JUNIN”, así:

“Que el señor SLC. OVIEDO EMERY CARLOS MANUEL identificado con el Código Militar No. 1064990400 para el día 10-OCTUBRE-2008 se encontraba en Servicio Activo integrante de la compañía FELINO del Batallón de Infantería No. 33 “JUNIN.”¹⁴

Teniendo pues claridad en cuanto a la calidad de agente estatal del señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY para la fecha de los hechos, procederá la Sala a pronunciarse sobre la naturaleza de su conducta.

ii. Análisis de la conducta del demandado: En lo que a ello respecta, el *A quo* consideró que no se acreditó en debida forma un actuar doloso o gravemente culposo del accionado, en la medida en que no se aportó copia del proceso penal y disciplinario posiblemente adelantados en contra del demandado, o cualquier otro medio probatorio que permitiera realizar el análisis de la conducta desplegada por

¹³ Ver aparte relacionado con la “IDENTIDAD DEL PROCESADO”.

¹⁴ Fol. 321 C. Ppal.



éste en los hechos que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad de la entidad, o a través de las presunciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001

Advierte la Sala que, desde la presentación de la demanda, la entidad demandante aportó copia de la sentencia penal proferida el día 2 de octubre de 2012 por el Juzgado Primero de Brigada, en donde se analizó puntualmente su conducta en la participación de los hechos que provocaron la muerte del SLC. PALENCIA BLANCO BIRGILIO, lo que a juicio del recurrente, era suficiente para advertir la culpa grave con la que actuó el demandado.

A la hora de definir la naturaleza de la conducta del demandado en estas instancias, es necesario recordar que, como quiera que los hechos tuvieron lugar en vigencia de la Ley 678 de 2001, es con base en los postulados legales allí plasmados que debe realizarse el análisis, a diferencia de lo que ocurría antes, cuando se acudía a las disposiciones contenidas en el Código Civil.

En cuanto a la determinación del dolo y la culpa grave, la Ley 678 de 2001 previó ciertas eventualidades en donde se presume que la conducta desplegada es dolosa o gravemente culposa, tal como lo señalan los artículos 5 y 6 *idem*, citados en líneas anteriores.

De lo expuesto en tales normas, se concluye que se erigió presunción de dolo en la eventualidad de existir sentencia penal o disciplinaria en donde el demandado haya sido declarado responsable, siempre y cuando se trate de los mismos hechos, no así frente a la culpa grave. Lo anterior va en consonancia con lo que la jurisprudencia ha considerado al respecto, puesto que ha diferenciado la aplicación de la cosa juzgada penal, en cuanto se impute una conducta a título de dolo o culpa grave.

El Consejo de Estado ha sido reiterativo en afirmar que, cuando se ha proferido sentencia penal y condenado a título de dolo, se erige una cosa juzgada penal que



ata al Juez de lo Contencioso Administrativo en el proceso de repetición, cuando este último se adelante por la misma actuación, con sustento en la asimilación de dolo tanto en lo penal como en lo Contencioso Administrativo¹⁵. Tal circunstancia no se precisa para cuando se condene penalmente a título de culpa grave, pues tienen una graduación distinta, veamos:

“Sobre el particular, para la Sala son relevantes los planteamientos fijados en reciente providencia, relativos a los efectos de la cosa juzgada penal absolutoria en materia contencioso administrativa:

“6.3.5. Para aplicar esos criterios con respecto a quien ha sido llamado en garantía o demandado en acción de repetición, el juez contencioso deberá verificar:

“(i) Que la conducta por la que fue juzgado penalmente sea la misma por la cual se le llama en garantía o se le demanda en acción de repetición. Es necesario ser muy precisos al momento de analizar la descripción típica de la conducta en el proceso penal y los elementos fácticos señalados en la decisión. Bien puede suceder que se llame en garantía al servidor por una conducta cercana pero diferente a la que fue objeto del proceso penal. En tales eventos, el juez que deba resolver el llamamiento o la acción de repetición no tendrá ningún obstáculo para tomar la decisión que corresponda a las pruebas que obran en el expediente.

“(ii) Que el juez penal hubiera concluido, por decisión en firme, que la conducta que se atribuyó al sindicado no existió, o que el sindicado no la cometió, lo cual incluye los eventos en los cuales se afirma que el daño tuvo una causa diferente; o que el sindicado obró en cumplimiento de un deber legal, o en legítima defensa y que esa decisión corresponda a un juicio razonado de las pruebas y no sea una decisión meramente formal.

“(iii) Que la decisión penal tenga como fundamento única y exclusivamente las causales señaladas en la ley penal, sin que pueda hacerse extensivo a otras causales, como podrían serlo aquellos eventos en los cuales la absolución se produce por una causal diferente de falta de antijuridicidad de la conducta, como lo es el estado de necesidad, o por cualquiera causal de inculpabilidad, incluida la insuperable coacción ajena, en los términos en los que dichas causales fueron previstas en el decreto 2700 de 1991, vigente al momento de ocurrencia de los hechos, ni mucho menos cuando la decisión tenga como fundamento la aplicación del principio in dubio pro reo...”¹⁶

¹⁵ En esta jurisdicción de maneja un “dolo civil”, en tanto el proceso de repetición es un medio de control tendiente a la responsabilidad patrimonial civil del demandado. Ver. Consejo de Estado, sentencia del 29 de mayo de 2014, Exp. No. 40755, M.P. Dr. Ramiro De Jesús Pasos Guerrero

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2008, exp. 16.533, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Como se aprecia, la sentencia penal puede llegar a tener efectos vinculantes en la acción de repetición, todo lo cual dependerá de la valoración que haya efectuado el juez de lo criminal en el respectivo trámite procesal. De otro lado, resulta incuestionable que, en aquellos eventos en que la condena haya sido impuesta a título de dolo, no resultará viable al juez contencioso administrativo, desconocer la valoración realizada por el juez penal.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado:

“De otra parte, es necesario aclarar que la situación es diferente cuando se trata de la sentencia proferida dentro de un proceso penal. En efecto, la sentencia penal condenatoria tiene valor de cosa juzgada, en el proceso administrativo, en relación con la responsabilidad del agente estatal. Así las cosas, si tal responsabilidad ha sido declarada en un proceso penal, mediante providencia debidamente ejecutoriada, ella no puede ponerse en duda. Esta Sala se ha pronunciado al respecto en varias oportunidades.¹⁷

En ese contexto, si bien el concepto de dolo en materia de acción de repetición tiene un contenido y alcance no equiparable al dolo penal, lo cierto es que comparten ciertos rasgos distintivos, que hacen vinculante la condena penal en esta jurisdicción, siempre que, se reitera, la misma se haya imputado a título de dolo; lo anterior, como quiera que la culpa grave en tratándose de la acción de repetición (culpa grave y leve) tiene una graduación diferente a la punitiva (culpa con o sin representación), motivo por el cual los conceptos no pueden ser asimilados y, por ende, no resulta predicable los efectos de cosa juzgada en lo penal frente al proceso de repetición.

El dolo, en cambio, constituye un concepto jurídico relacionado con la intención del sujeto de generar el resultado, o de realizar el verbo rector que describe la acción típica; por consiguiente, de manera independiente a que se entienda como un elemento psicológico o normativo, lo cierto es que su análisis se efectúa en el fuero interno del individuo, puesto que su acreditación supone la constatación de un elemento cognoscitivo (conocer la realidad, la trasgresión normativa, y el resultado esperado), y volitivo (aceptar y buscar intencionalmente la consecuencia derivada del comportamiento, esto es, de la acción)¹⁸

(...)

En consecuencia, el elemento que caracteriza al dolo en sus diferentes acepciones, es decir las referidas al derecho privado o al público (penal, etc.), es la intencionalidad, el elemento volitivo que lleva implícito el desear, el querer la materialización de algo

¹⁷ Ver, entre otras, sentencia del 2 de noviembre de 1989, expediente 5625, actora: Doris Molina de Ríos, y sentencia del 19 de noviembre de 1998, expediente 12.124, actor: Oscar Hernando Suárez Vega. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de septiembre de 2000, exp. 11766.

¹⁸ “Cuando el hombre realiza voluntariamente un hecho es porque se lo representó previamente —así sea mediante una representación mental de fugaz duración— lo halló adecuado a sus posibilidades y quiso entonces llevarlo a cabo; participan, pues, en el comportamiento humano las esferas intelectual y volitiva de la personalidad con precedencia lógica de la primera de ellas, puesto que solo somos capaces de querer lo conocido.” REYES Echandía, Alfonso “La culpabilidad”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 56.



que es censurado por el ordenamiento jurídico.”¹⁹

Siendo así lo anterior, no es posible en el caso concreto asimilar las conclusiones a que arribó el Juez Penal en su sentencia, en la medida en que no opera la cosa juzgada penal al haberse declarado responsable al demandado a título de culpa (homicidio culposo), y por ende tampoco ninguna de las presunciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.

De las pruebas aportadas al plenario, en especial del proceso penal adelantado en contra del señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY ante la Justicia Penal Militar²⁰, (fol. 266 C. No. 2 a 764 C. No. 4), se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante Informe de los Hechos No. 533/MD-CE-CCON1-DIV7-BR11-FTCS-AJ, de fecha 11 de octubre de 2008 (fol. 272 y 273 C. No. 2), el Comandante de la Fuerza de Tarea Conjunta Sucre relató los hechos ocurridos el 10 de octubre de 2008, relacionados con la muerte del SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO, así:

“En cumplimiento de la misión táctica Omega 65, tropas del pelotón de campesinos Fiera Dos, orgánico del Batallón de Infantería No. 33 “Junín” agregado operacionalmente a esta Unidad, mientras desarrollaba operaciones de registro y control militar de área en el Sector de la Y de Agnacates, jurisdicción del Municipio de Guaranda al mando del SS ZAPATA BETANCOURT DANIEL, el día 10 de octubre a las 17:40 horas, el SLC OVIEDO EMERIS CARLOS MANUEL disparó accidentalmente su fusil de dotación contra el SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO (Q.E.P.D.) causándole la muerte, lo anterior, según pudo determinar este Comando, producto de unas bromas que se estaban haciendo alusión al seriado de televisión “El Cartel”, en donde el SLC PALENCIA se ponía la trompetilla del fusil del SLC OVIEDO en diferentes partes de su cuerpo, luego de que éste último lo había cargado, y le decía que no era capaz de disparar, finalmente, y de acuerdo a las versiones de los demás soldados testigos de los testigos (sic) hechos, el SLC PALENCIA da la vuelta y en el momento en que el SLC OVIEDO iba a bajar el fusil acciona al parecer accidentalmente su arma de dotación propinándole un disparo que entra por la parte

¹⁹ Consejo de Estado, sentencia del 11 de noviembre de 2009, Exp. No. 35529, M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

²⁰ Si bien tales piezas procesales constituyen prueba trasladada, la misma se valorará a plenitud en atención a que fue decretada de oficio por esta Corporación, siempre y cuando las mismas cumplan con las exigencias probatorias establecidas para esta jurisdicción, con sustento en el C.P.A.C.A. y el C.G.P.



izquierda de la espalda (sin orificio de salida), causando heridas internas en órganos vitales como el corazón, hígado y el pulmón las cuales ocasionaron la muerte del soldado.”

- En medio de la investigación penal adelantada por la Justicia Penal Militar, se arrimaron copias de la Preliminar Disciplinaria No. 012/2008 adelantada por la Fuerza de Tarea Conjunta (fol. 344 a 396 C. No. 2), en la que se recepcionaron declaraciones juradas de varios militares, resaltándose entre estas la del SLR. ROBERTO CARLOS RODRÍGUEZ ARGEL (fol. 381 y 382, C. No. 2), quien presenció los hechos y manifestó:

“...nosotros terminamos de comer ese día por abí a las 5, el rancharo ya había guardado los chocoros de la cocina y al momento llega Oviedo que era de la otra escuadra, y comenzamos a recochar a hablar y en ese momento me retiro yo hacia la orilla de la cerca y me siento en un tronco, se me acerca Tamayo, luego llega Palencia y después llega Oviedo y llegó hablando del Cartel, mencionando a Pirulo que no se que, y después comenzó a mostrarnos el fusil quitándole la tapacubierta y diciéndonos que se había gastado 3 cepillos haciéndole aseo al fusil y no (sic) lo comienza a mostrar, después le quita el proveedor y el fusil no tenía el cartucho de seguridad, viene y le baja la palanca y lo monta, después de haberlo montado le pone la tapacubierta y después le pone el proveedor y jugándose con Palencia le pone al fusil en el hombro, se lo pone en la barriga, en el hombro, diciéndole Palencia a Oviedo: te va a quedar grande. Y es cuando se lo pone por encima del hombro y Oviedo acciona el disparador y el martilla pero en ese momento no disparó, después, vuelve y monta, lo carga, y yo le dije Oviedo ojo que el fusil está cargado, en el momento le pone el dedo en el disparador y le digo ojo Oviedo sácale el dedo al disparador, y es cuando comienza a ponérselo a Palencia en la espalda, por el cuello, por la barriga, y en el momento se queda quieto y Palencia da la espalda y camina y Oviedo baja el fusil, y cuando lo coge, acciona el disparador y Palencia cae y dice: “Hay Dios mío” y Oviedo se quita el chaleco y el fusil y dice: lo mate...”

Se resalta igualmente el dicho del SLR. ALDEMAR ANTONIO TAMAYO ÁLVAREZ (fol. 383 y 384 C. No. 2), quien también se encontraba presente a la ocurrencia de los hechos, y relató:

“...eso empezó cuando habíamos acabado de comer, Oviedo era rancharo de la otra escuadra y el difunto Palencia era el rancharo de nosotros, él nos hizo la comida y terminamos de comer, lavó sus platos, su estufa y se encontraba el Soldado Rodríguez y lo empezaron a vacilar diciéndole que era un recluta, que se la pasaba en la base y Rodríguez se salió para un tronco donde fue el sitio de los hechos, y salimos todos



para allá y luego se viene Oviedo de la escuadra de él para la de nosotros y empezamos a hablar de la novela de El Cartel y de sus personajes y yo le dije a Oviedo que si me hacía el favor de limpiarme el fusil y él me explicó que le habían caminado (sic) el fusil y le quitó la tapacubierta y nos mostró los mecanismos y nos dijo que se había gastado tres cepillos limpiándolo, y siguió con el juego de El Cartel y Oviedo le decía a Palencia jugando que tenía 24 horas para salir, y cargó el fusil sin proveedor y empezó con su juego apuntándole a Palencia y él le cogía con la mano la trompetilla y se lo ponía en su propio cuerpo y le decía que le iba a quedar grande, pero todo era un juego, Palencia se lo colocaba en todas partes y Oviedo activó el disparador y martilló pero sin disparo, y bueno después otra vez lo cargó y Rodríguez le decía Oviedo cuidado que está cargado, quita el dedo del disparador y Oviedo no escuchó, y seguían el juego y hay (sic) fue cuando Palencia se puso el fusil en el hombro y se volteó y dio dos pasos y Oviedo fue a bajar el fusil y se le disparó...”.

El SLR. ALDEMAR ANTONIO TAMAYO ÁLVAREZ también declaró ante el Juzgado 101 de Instrucción Penal Militar (fol. 417 y 418 C. No. 3), ratificando los hechos antes expuestos. De manera adicional manifestó:

“...A Oviedo le gustaba jugar a asustarnos, varias veces nos asustó entrando al alojamiento, cargando el fusil y gritando: “La guerrilla, la guerrilla,” nunca más vi que algún otro día jugaran a apuntarse con el fusil, nunca vi a Oviedo jugando a eso con otro...”.

- El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Laboratorio de Balística Regional Norte, rindió el Informe Pericial DRNR-LBAF-176-2009 de fecha 12 de agosto de 2009 (fol. 473 a 476 C. No. 3), en donde luego de analizar la prenda de vestir que portaba el SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO para el día de su muerte, concluyó:

“El orificio hallado en la prenda de vestir (camiseta), presenta un resultado negativo para la presencia de Nitritos y Nitratos.

En cuanto a su conservación, podría pensarse que si una prenda permanece embebida por largos periodos de tiempo en sangre, esto puede cambiar la densidad y el diámetro de los residuos de pólvora depositados sobre la prenda, según pruebas realizadas por la AFTE. Sugiero consultar con los peritos en Bacteriología. Para mayor información.”

Con base en las anteriores evidencias, considera la Sala que la conducta desplegada por el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, en torno a los hechos



ocurridos el día 10 de octubre de 2008 y en donde resultó muerto el SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO, se califica como realizada con culpa grave.

Antes que nada, es menester aclarar que el análisis de conducta que se hace sobre el demandado no se encuentra regido por las disposiciones contenidas en el Código Civil, artículo 63, en consideración a que la Ley 678 de 2001, artículo 6, definió el concepto de culpa grave (así como el de dolo), así: *“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”*, por lo que sobre dicho entendimiento debe girar el análisis por el juez de lo Contencioso Administrativo.

Las declaraciones vertidas en el proceso penal, así como las recepcionadas en el preliminar Disciplinario, en especial las rendidas por el SLR. ROBERTO CARLOS RODRÍGUEZ ARGEL y el SLR. ALDEMAR ANTONIO TAMAYO ÁLVAREZ, testigos presenciales, dan cuenta que la muerte del SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO tuvo lugar cuando el SLC. CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY y la víctima se encontraban realizando una especie de juego con el arma de dotación, el cual consistía en que OVIEDO posicionaba la trompetilla de la misma en la humanidad de PALENCIA y luego accionaba el disparador, con el convencimiento de que, al parecer, el arma se encontraba descargada. Tal comportamiento fue reprochado por el SLR. RODRÍGUEZ ARGEL, quien, como lo declaró, le insistió al SLC. OVIEDO EMERY que tuviera cuidado porque el arma estaba cargada, que quitara el dedo del disparador.

Fueron dos oportunidades en que el SLC. CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY accionó su arma de dotación, en la primera, martilló pero no hubo disparo. La segunda ocasión, declaran los testigos, ocurrió de forma accidental o por lo menos OVIEDO EMERY no lo hizo con intención, pues fue cuando ya había retirado el arma del cuerpo de PALENCIA, quien se encontraba de espaldas y a por lo menos tres metros de distancia, tal como lo señalan los mismos testigos,



quienes para la Sala merecen plena credibilidad, pues los mismos tienen la naturaleza de presenciales, siendo además coincidentes.

Las circunstancias fácticas en que ocurrieron los hechos excluyen una actuación dolosa por parte del SLC. CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, en consideración a lo expuesto anteriormente por los testigos, quienes además manifestaron que entre la víctima y el antes mencionado no se evidenció nunca un problema o rencilla. Por otro lado, si bien lo dicho no se refuerza con el Informe Pericial DRNR-LBAF-176-2009 de fecha 12 de agosto de 2009 rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Laboratorio de Balística Regional Norte, quien no encontró residuos de disparo en la prenda de la víctima (orificio de entrada), lo cierto es que en el mismo se señala que ello puede justificarse por encontrarse empapada en sangre por un largo tiempo.

Siendo ello así, es evidente que la conducta del SLC. CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY no atendió con entera responsabilidad el deber de cuidado que le es exigible a todo miembro del Ejército Nacional, quienes son debidamente capacitados en el uso de las armas, y son conscientes de la peligrosidad que implica una manipulación imprudente. El señor OVIEDO EMERY tenía pleno conocimiento, tal como lo reiteran los testigos citados, de las prescripciones fijadas en el “Decálogo de las Armas de Fuego de las Fuerzas Militares”, pues se impartían instrucciones al respecto²¹. El mencionado decálogo constituye un compendio de principio de seguridad y de obligatorio cumplimiento, y en el que se consagra:

²¹ Ver anotación hecha para el mes de octubre de 2008, en donde se indica que “Debe existir un mayor control y liderazgo de los Comandantes de Pelotón con sus hombres. Aplicar el decálogo de armas de fuego.” Fol. 338 C. No. 2. Así mismo se aprecia la Orden Semanal No. 036 del 26 de septiembre de 2008, fol. 339 a 341, C. No. 2, en donde se indica:

“Artículo No. 107 ORDENES CARÁCTER PERMANENTE.

El Comando de la Fuerza de Tarea Conjunta Sucre emite las siguientes órdenes de carácter permanentes para el personal de oficiales, suboficiales, soldados infantes de marina que integran esta unidad:

*1. Todo el personal debe mantener las 24 horas el cartucho de seguridad en la recámara del fusil y las labores administrativas como aseo de armamento deben ser bajo control y responsabilidad del comandante de pelotón o escuadra.
(...).”*



“siempre que maneje un arma hágalo como si estuviere cargada”, “nunca apunte un arma cargada o descargada a objetivos a los cuales no piensa disparar” y además, “no olvide las medidas de seguridad en el manejo de las armas de fuego el desconocimiento pone en peligro su vida y la de los demás”.

La conducta desplegada por el señor SLC. CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY fue altamente descuidada e imprudente, pues manipuló de forma irresponsable y jocosa su arma de dotación, la que creyó desarmada, lo que devino en el resultado dañino que ya se conoce. Máxime que, su conducta irresponsable no se limitó a una sola oportunidad, recuérdese que el SLR. ALDEMAR ANTONIO TAMAYO ÁLVAREZ, declaró que en otra oportunidad el señor OVIEDO jugaba bromas como llegar al alojamiento gritando la presencia de la guerrilla, con su fusil en mano, lo que denota una inadecuada manipulación del mismo.

Para la Sala, con su conducta, el SLC. CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY incurrió en una inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones, puesto que las medidas de seguridad en las armas de fuego, son una de las principales recomendaciones que la entidad castrense constantemente hace al personal.

Conviene en este punto precisar, lo que la jurisprudencia ha entendido del término inexcusable, atribuido a la culpa grave. La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en sentencia C-455 del 12 de junio de 2002, Exp. No. D-3826, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, dispuso:

“Las anteriores consideraciones son suficientes para responder a los demás cargos esgrimidos contra los preceptos que se acusan. Sostiene el demandante que resulta innecesario sancionar el error inexcusable por cuanto que el dolo —a su juicio— también es excusable. Arguye también que si el error es excusable, entonces deja de haber culpabilidad, por lo que es innecesario hacer esa claridad en la norma.



Pese a lo abstruso de los argumentos del demandante, esta Corte encuentra que la inclusión del término inexcusable en las disposiciones atacadas es razonable e identifica, precisamente, el tipo de error que permite catalogar la culpa como grave.

Como lo dice la Corte Suprema de Justicia, no cualquier error tiene la potencialidad de comprometer la responsabilidad del agente estatal: sólo aquel que por sus dimensiones no pudo haber sido cometido sino mediante total o crasa negligencia del sujeto que emite el acto, podría ser juzgado con esa calificación. En este sentido, es cierto que si el error no es inexcusable, no existe responsabilidad patrimonial por parte del agente del Estado. No obstante, como se vio, esto no debilita los alcances del artículo 90 de la Constitución, porque al Estado lo ata, no la culpa del agente, sino la antijuridicidad del daño.”

En consonancia con anteriormente transcrito, ratifica la Sala la naturaleza de inexcusable, la conducta desplegada por el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, puesto que constituyó una grave negligencia a los principios de seguridad frente a las armas de fuego, una total omisión de los principios que todo militar debe tener presente en materia de manipulación de armas de fuego.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Sala **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia, por lo que declarará la responsabilidad personal del señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY.

2.3. CUANTIFICACIÓN DE LA CONDENA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 678 de 2001, “Cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo o la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición”.

La Corte Constitucional, al pronunciarse respecto de la exequibilidad de la anterior norma, mediante sentencia C-484 de 2002, Exp. No. D-3824 y otros acumulados, siendo M.P. el Dr. Alfredo Beltrán Sierra, consideró:



“9.1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 90 de la Carta, inciso segundo, si se condena al Estado a reparación patrimonial de un daño antijurídico que fuere consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, habrá de repetirse contra éste.

Ello significa que el mandato constitucional ordena el ejercicio de la acción de repetición con la pretensión de obtener el reembolso de lo pagado. El quantum de la pretensión lo señala la condena al Estado y, persigue, como salta a la vista evitar el detrimento patrimonial de la entidad pública, mandato constitucional al cual no se le pueden hacer esguinces por el legislador. No es una sanción sino apenas la recuperación de lo pagado por el Estado para que quien dio origen con su dolo o culpa grave a la condena patrimonial a éste reintegre entonces a las arcas públicas lo que de ellas, por su dolo o culpa grave, fue desembolsado como consecuencia de haber quebrantado su deber de obrar en el ejercicio del cargo conforme a la Constitución, la ley o el reglamento.

9.2. Siendo ello así, es inexecutable el artículo 14 de la ley acusada, en cuanto autoriza a la autoridad judicial para cuantificar el monto de la condena atendiendo a las "condiciones personales" del servidor público. Pero no se quebranta la Constitución en cuanto a éste se ordene reembolsar al Estado las sumas a que fue condenado, teniendo en cuenta la participación del agente estatal en la producción del daño, su culpa grave o su dolo en el caso concreto, pues bien puede suceder que se presente el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, caso en el cual habrá en la sentencia se cuantificará el monto de la condena correspondiente, sin que por ello se quebrante la Constitución.”

De acuerdo con ello, a la hora de cuantificar la condena en la acción de repetición, es procedente auscultar el caso concreto a fin de determinar si existió concurrencia de culpas en la producción del daño, a efectos de que ello se refleje en la condena propiamente dicha.

Para la Sala, de acuerdo con las circunstancias evidenciadas en el caso concreto, conforme las pruebas referenciadas en líneas anteriores, sí ha tenido lugar una concurrencia de culpas en la producción del daño.

En efecto, del dicho de los testigos presenciales, señores SLR. ROBERTO CARLOS RODRÍGUEZ ARGEL y SLR. ALDEMAR ANTONIO TAMAYO ÁLVAREZ, se desprende que si bien el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY actuó con total negligencia en la manipulación de su arma de dotación, lo



cierto es que en aquel momento su conducta fue complacida y hasta complementada por la víctima, SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO, puesto que, como lo señalan los declarantes, este último fue quien tomó la trompetilla del arma de OVIEDO y se la ubicó en su humanidad, al tiempo que le dijo que “*le iba a quedar grande*”, como retándolo a accionar el arma.

Si bien ello no justifica la omisión inexcusable en que incurrió OVIEDO, si constituye una circunstancia que colaboró en la producción del daño, puesto que, una conducta totalmente responsable del SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO hubiese rechazado la jocosidad del señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, y por ende, habría podido evitar el daño antijurídico producido.

Ante tal eventualidad, y de acuerdo con las circunstancias propias del caso concreto, la Sala dispondrá que el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY sea condenado a restituir a la entidad demandada, una suma equivalente al 75% del monto pagado por esta, con ocasión del acuerdo conciliatorio prejudicial celebrado el día 26 de noviembre de 2009 en la Procuraduría 103 Judicial I Administrativa de Sincelejo, entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL y el apoderado de los señores BIRGILIO PALENCIA GUZMÁN, JUANA BLANCO NORIEGA, ENA ROCIO PALENCIA BLANCO, CARMEN ENEIDA PALENCIA BLANCO, ARGENIS PALENCIA BLANCO, KETTY LUZ PALENCIA BLANCO, DAIVER ENRIQUE PALENCIA BLANCO, JUAN CARLOS PALENCIA BLANCO, DIOGENES PALENCIA BLANCO y RAMONA GUZMÁN OROZCO.

En el *sub lite*, la entidad demandante se vio obligada a cancelar la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TRENTA Y CINCO MIL OCHENTA Y SIETE PESOS CON 4/100 MONEDA CORRIENTE (\$248.635.087.04 m/c), para dar cumplimiento a la conciliación prejudicial antes señalada, aprobada mediante providencia del 27 de enero de 2010 del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, por la muerte del



soldado SLC PALENCIA BLANCO BIRGILIO, atribuida a título de culpa grave al señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY, en su calidad de miembro del Ejército Nacional, monto que corresponde al capital, el que debidamente actualizado, arroja la siguiente suma:

$$Ra = Rh \times \frac{I. Final}{I. Inicial}$$

Rh = 75% del valor total cancelado por la entidad demandada.

I. Inicial: IPC a la fecha del pago (noviembre de 2010, 104.56)

I. Final: IPC vigente a la fecha de la sentencia (noviembre de 2015, 125,37)

$$Ra = 186.476.315,28 \frac{125.37}{104.56}$$

$$Ra = \$ 223.589.667,62$$

Por otro lado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 678 de 2001, se otorga un término de diez (10) meses para que el demandado para el cumplimiento de la obligación.

2.4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

Se condenará al demandado en atención a la prosperidad del recurso de apelación, al pago de las costas correspondientes a ambas instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. CONCLUSIÓN.

A guisa de conclusión, el Tribunal considera que las pruebas aportadas al plenario



acreditan que la conducta del demandado constituyó una inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones, por lo que procede la condena patrimonial a la restitución de lo pagado por la entidad demandada, con una reducción de un 25% con ocasión de concurrencia de culpa.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia proferida por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, de fecha 12 de agosto de 2015, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLÁRESE la responsabilidad civil y patrimonial del señor **CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.064.990.400 de Montería, que con su conducta gravemente culposa propició la conciliación que derivó en la condena al Estado a la reparación patrimonial del daño causado.

TERCERO: CONDÉNESE al señor **CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.064.990.400 de Montería, por los perjuicios causados al Estado con ocasión de su conducta gravemente culposa, en la suma de **DOSCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS SENSENTA Y SIETE PESOS CON 62/100 MONEDA CORRIENTE (\$ 223.589.667,62)**, a favor de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, suma que deberá pagar en un plazo de diez (10) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.



CUARTO: CONDÉNESE en costas de ambas instancia al demandado y a favor de la entidad demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

QUINTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 194.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ