

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA



SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

SALVAMENTO DE VOTO DRA. MARÍA CRISTINA QUINTERO

Radicación	250002326000201101242-00
Medio de control	REPETICIÓN
Demandante	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA
Demandados	XAVIER SOACHA GARZÓN Y OTROS

Con las debidas consideraciones para mis colegas de Sala, me aparto de la decisión mayoritaria, porque en mi criterio, no se cumplen en el caso concreto los presupuestos para acceder a las pretensiones de la demanda, en especial el ingrediente subjetivo de culpa grave para la declaratoria de responsabilidad patrimonial en sede de repetición, por las razones que procedo a exponer:

1. De los presupuestos exigidos para la prosperidad de la pretensión de repetición, es el elemento subjetivo con cualificación de culpa grave o dolo, el que determina la responsabilidad patrimonial del demandado.

Contrastado que conforme ha decantado la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, asumen como requisitos para la prosperidad de la pretensión de repetición¹: *(i)* que la entidad pública accionante, haya sido condenada en sentencia proferida por juez competente a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma de solución de un conflicto; *(ii)* que haya pagado totalmente a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación o en otra forma de solución de un conflicto, y *(iii)* **que la condena o la conciliación se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas**, vinculado como demandado en la pretensión de repetición.

Correspondiendo los dos primeros supuestos a los denominados *elementos objetivos* para impetrar la pretensión de repetición, y el último, al denominado al *elemento subjetivo* que determina la responsabilidad del agente o ex agente.

Los precitados conceptos de culpa grave y dolo, comportan valoración subjetiva de la conducta del servidor público, y en tal panorama, el juicio en pretensión de repetición asume alguna coincidencia con el que se realiza en la acción disciplinaria

¹ **CONSEJO DE ESTADO**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2011. Expediente Número 11001-03-26-000-2007-00074-00 (34816). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

y en la acción penal, no obstante y atendida la autonomía y específica finalidad restitutoria de la acción de repetición, la absolución disciplinaria y/o penal, no vincula al juez de la acción de repetición, y en caso contrario, es decir, al tratarse de una condena disciplinaria y/o penal, dicha decisión judicial aportada a una pretensión de repetición es un medio de convicción, es decir que, asume como medio de convicción, ello es prueba.

En tamiz del elemento subjetivo la valoración de las conductas se rige por las normas vigentes al momento de los hechos, como quiera que, al aspecto sustancial, aplica el postulado jurídico general, que prescribe de la ley, que rige hacia el futuro y no aplica retroactivamente. En este orden para la calificación de las conductas realizadas antes de la expedición de la Ley 678 de 2001, caso en concreto, como gravemente culposas o dolosas, aplican los artículos 63² y 2341³ del Código Civil.

Destaca en este sentido doctrina del Consejo de Estado que señala⁴:

- i) Si los hechos o actuaciones del agente del Estado que originaron la responsabilidad patrimonial del Estado son posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, el concepto de dolo y de culpa grave comprendidos, respectivamente, en sus artículos 5⁵ y 6⁶, serán los aplicables a la situación, sin

² "(...) 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 aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles 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 levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa 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."

³ "(...) El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

⁴ **IBÍDEM.** Sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente número 17.482, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ "(...) 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."*

⁶ "(...) 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.*

perjuicio de que se pueda acudir de forma residual a los elementos suministrados por la jurisprudencia, la doctrina y las normas contempladas en el derecho privado;

- ii) Si los hechos o actuaciones del agente del Estado que originaron la responsabilidad patrimonial del Estado fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta, es decir, los artículos 63 y 2341 del Código Civil, de acuerdo con los artículos 77⁷ y 78⁸ del Código Contencioso Administrativo.

2. En pretensión de repetición, la sentencia condenatoria penal o disciplinaria, es solo un medio de convicción documental, con idoneidad para generar certeza sobre el nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la conducta gravemente culposa o dolosa del demandado, pero no edifica en valoración de ésta y para efectos restitutorios cosa juzgada.

Advertido que las referidas providencias, sentencias condenatorias penal o disciplinaria, no configuran cosa juzgada frente a procesos de responsabilidad extracontractual del Estado y en esta secuencia tampoco en acción restitutoria, caso de la pretensión de repetición, y se tiene entonces, que revisten valor de medio de prueba de carácter documental.

Indica al respecto el órgano de cierre de esta jurisdicción:

“(...) la sentencia penal puede ser el fundamento de la decisión de reparación, cuando constituya la única prueba de las circunstancias del ilícito que ha sido juzgado, de la cual se infieran los demás elementos de la responsabilidad estatal, como lo son el hecho, la autoría del agente estatal y el nexo con el servicio; pero, se insiste, ese valor de la sentencia penal no surge del hecho de que la misma produzca efectos de cosa juzgada sobre la acción de reparación sino porque esa sentencia constituye una prueba documental para el proceso, que bien puede brindar al juez contencioso certeza sobre los elementos de responsabilidad. (...)”⁹. (Subrayado fuera del texto).

Precisa además la Alta Corporación Judicial, del valor probatorio de la sentencia penal condenatoria, dentro de la pretensión de repetición:

“(...) 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. 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

4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. (Texto subrayado declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-455 de 2002](#).)”

⁷ “(...) Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.”

⁸ “(...) Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.”

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencias del 16 de agosto de 2001, Expediente 12.959; del 14 de julio de 2004, Expediente: 13.971 (R-9977); del 13 de agosto de 2008, Expediente 17001233100019950602401 (16.533). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

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 (...))¹⁰. (Subrayado y negrillas fuera del texto).

3. La estructuración de la culpa grave impone contar con medios de prueba que permitan establecer con meridiana certidumbre, que el agente conocía el daño que podía generar con su conducta y no obstante obró sin tomar las precauciones necesarias para evitar su ocurrencia y, así no se acredite que quiso causarlo, es necesario probar que el grado de negligencia que acompañó su conducta fue de tal magnitud que permite presumir tal intención¹¹, y ello no encuentra cumplido en el presente asunto.

En este orden y si bien no puede desconocer quien suscribe este salvamento de voto, que en el presente asunto se encuentra probado que: **i)** los demandados se trasladaron a un operativo policial sin informar la novedad a la central; **ii)** todos los demandados permitieron que el procedimiento se adelantara con participación de un civil quien procedió a requisar y amenazar con pistola a las personas que se encontraban en el establecimiento y quien posteriormente subió al segundo piso donde resultó muerta la señora Marta Cecilia palacios Cifuentes, siendo presuntamente aquél quien le causó la muerte, y **iii)** el demandado Teniente Xavier Francisco Socha Garzón, era quien impartía las órdenes y oficial al mando, y dio lugar a que se trasladaran al segundo piso para que la occisa se cambiara de ropa porque iba a ser detenida sin aparente razón alguna, y permitió así que el civil armado los siguiera y cometiera su objetivo de causarle la muerte a la señora Marta Cecilia Palacios Cifuentes.

No es menos cierto e igual con fundamento en la realidad procesal, que de las pruebas arrimadas a la foliatura, no se establece que los agentes demandados hubiesen obrado con la intención de causar el daño, esto es, de causar la muerte a la señora Marta Cecilia Palacios Cifuentes, ni que hubiesen adoptado un comportamiento de extrema negligencia, subestimando o desgreñando el peligro que generaba su conducta no obstante poder conscientemente preverlo.

Asume relevancia en el descrito panorama, que la entidad demandante no aportó medio de convicción dirigido a demostrar una conducta como la descrita en los agentes que vincula como accionados, acreditando por ejemplo, que se trataba de

¹⁰ **IBÍDEM.** Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Expediente 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529). C.P. Enrique Gil Botero.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, Bogotá D. C., cinco (5) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00782-01(46850), Actor: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, Demandado: HERNÁN GILBERTO MAFLA BRAVO, Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN (APELACIÓN SENTENCIA)

funcionarios que obraran generalmente de ese modo, o que su interés en el hecho fuera causar el daño consumado por un tercero.

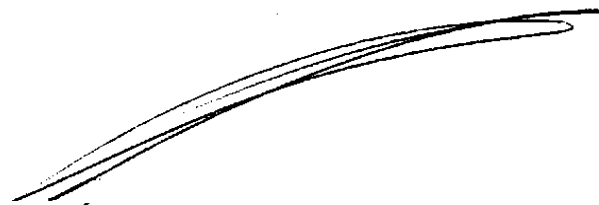
Lo que se encuentra probado, por el contrario, es que el operativo se adelantó al mando de un oficial sin experiencia en la vigilancia para afrontar el caso que se presentó, contrastado que el Teniente Xavier Francisco Socha Garzón se graduó de oficial el 13 de mayo de 1993; así mismo y pese a que el Cabo Segundo Il Ayala Pereira Roberto llevaba para el momento de los hechos, cinco (5) años en la Policía, y el Agente Clavijo Piñeros Gustavo, dos (2) años, contados desde el momento en que se graduaron, no se demuestra su experiencia específica en labores de vigilancia, además de ser mandos inferiores del oficial al mando, y lo que se advierte es la ocurrencia de un evento dañoso en el que los policiales no tenían ningún interés, y por consiguiente, su participación subjetivamente no cualifica en el grado de culpabilidad exigida en el artículo 90 Constitucional.

4- En medio de control de repetición el estudio de la imputación jurídica se centra en la conducta desplegada por el agente demandado, para estructurar su responsabilidad patrimonial con fines restitutorios en favor de la entidad pública demandante; no es correcto entonces, por resultar ajeno a las finalidades de esta vía procesal, abordar un juicio de concurrencia de culpas entre la entidad pública accionante y el agente demandado, y menos aún, reducir en virtud de ello, el quantum restitutorio pretendido.

Por cuanto y conforme ha venido decantando, la fuente de la pretensión restitutoria es el pago realizado por la entidad pública demandante, como indemnización por daño antijurídico y que se vio compelida a asumir por resultar comprometida su responsabilidad extracontractual en medio de control de reparación directa o por vía de conciliación prejudicial, y que en sede repetición imputa al agente demandado a título de culpa grave o dolo.

Secuencia en la que asume relevancia que la entidad pública accionante no es pasible de juicio, advertido que asumir en contrario comportaría entre otros, que se le enjuiciara dos veces por el mismo hecho.

Con mí acostumbrado respeto.



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

MAGISTRADA