



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, doce (12) de agosto de dos mil quince (2015)

Medio de Control:	Repetición.
Radicado N°:	70-001-33-33-003-2013-00041-00
Demandante:	Nación- Ministerio de Defensa- Ejercito Nacional
Demandado:	Carlos Manuel Oviedo Emery.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1.- ANTECEDENTES:

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.**
- Demandado. **CARLOS MANUEL OVIEDO EMERCY.** Identificado con la C.C No1.64.990.400

1.2- Pretensiones¹:

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda, en ejercicio del medio de control de Repetición, contra el señor **Carlos Manuel Oviedo Emeris**, con el fin de que se acceda a las siguientes pretensiones:

¹ Folios 62-63, del expediente.

“1.- Que se declare responsable al OVIEDO EMERIS CARLOS MANUEL, identificado con la c.c. 1.064.990.400 de Cerete (Córdoba) de los perjuicios ocasionados a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO 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.

2.- Que se condene al señor, OVIEDO EMERIS CARLOS MANUEL, identificado con la cedula de ciudadanía número 064.990.400 de Cerete (Cordiba) a cancelar la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL OCHENTA YSIETE PESOS CON 4/100 MONEDA CORRIENTE (\$248.635.087.04 m/c), a favor de la NACION COLOMBIANA- MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL. Suma que pagó esta entidad a favor del señor BIRGILIO PALENCIA GUZMANY OTROS, por concepto de capital e intereses, mediante la Resolución numero 6410 de 25 de noviembre de 2010.

3.- Que la sentencia que ponga fin al presente proceso, reúna los requisitos de los arts. 99, y187 del Nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (ley 1437 de 2011), que en ella conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible a fin de que preste merito ejecutivo.

4.- Que se ajuste la condena tomando como base el índice del precio al consumidor”

1.3.- Hechos:²

- Manifiesta la entidad demandante, que el señor VIRGILIO PALENCIA BLANCO Q.E.P.D., fue reclutado para prestar el servicio militar obligatorio, siendo asignado para labores en la Fuerza de Tarea Conjunta de Sucre.
- Indica, que el día 10 de octubre de 2008, a las 17:40 horas, el soldado campesino Oviedo Emeris Carlos Manuel disparó su fusil de dotación contra SLC Palencia blanco Virgilio ocasionándole la muerte.
- Señala que producto del juego entre los mencionados, relativo al programa televisivo “El Cartel de los Sapos”, el SLC Palencia se colocaba la trompilla del fusil del SLC Oviedo en diferentes partes del cuerpo, e igualmente Oviedo correspondía a dicha situación luego que éste último había cargado el arma y le decía a Palencia que no era capaz de disparar.
- Añade, que de conformidad con la versión de los testigos presenciales el SLC. Palencia dio vuelta y en momento en que el procesado iba a bajar el fusil al parecer accidentalmente accionó el arma propinándole un disparo a su

² Folios 60-62, del expediente.

compañero que entra por la parte izquierda de la espalda sin orificio de salida y le ocasiona lesiones de gravedad que le causan la muerte.

- Especifica que el padre de la víctima y demás familiares llegaron a un acuerdo conciliatorio prejudicial con la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y mediante providencia de fecha 27 de enero de 2010 el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo aprobó dicho acuerdo tras considerar que el acuerdo logrado entre los afectados no era ilegal ni mucho menos lesivo para el erario público y además existía la evidencia probatoria necesaria de la cual se desprende la responsabilidad.
- Destaca que como consecuencia del acuerdo conciliatorio logrado el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se obligaron a pagar la suma de \$209.653.588 y mediante Resolución No 6410 de 25 de noviembre de 2010, se dispuso el pago de la suma de \$248.635.087,04) a los familiares de la víctima.
- Y por último indica que la Justicia Penal Militar mediante decisión proferida por el Juzgado Primero 1 de Brigada de Barranquilla el 2 de octubre de 2012 concluyó declarar penalmente responsable al SLC Oviedo Emery Carlos Manuel por el delito de Homicidio Culposo y condenarlo a la pena de 2 años.

2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

Artículo 90 inciso 2, 209 y 218 de la Constitución Política.

Artículos 142 y 164 y demás aplicables del CPACA.

Ley 678 de 2001.

3.- ACTUACION PROCESAL

3.1.- ADMISION DE LA DEMANDA.

La demanda, inicialmente fue recibida en la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de la Rama Judicial de Sincelejo, el 30 de noviembre de 2012, correspondiéndole en reparto al Juzgado 6º Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo y mediante auto de fecha 13 de febrero de 2013 se ordenó remitir por competencia a esta unidad judicial, siendo repartida nuevamente por la oficina

judicial, el 1 de marzo de 2013³; la demanda fue admitida mediante auto de 12 de marzo de la misma anualidad⁴, providencia que fue notificada por estado electrónico el día 13 de marzo⁵ al Procurador Judicial Delegado ante este Tribunal y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante correo electrónico, el día 17 de mayo de 2013⁶.

Mediante auto de 4 de abril de 2013, se ordenó emplazar al señor Carlos Manuel Oviedo Emery⁷ y el 26 de septiembre de 2013, mediante proveído, se dispuso nombrar curador ad litem, el que, el 16 de octubre de 2013 tomó posesión del cargo, siendo asumido por el Dr. Arturo Manuel Álvarez Molina⁸.

3.2.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demanda fue contestada por el Curador Ad Litem. En cuanto a los hechos manifestó, que no le constan, que se pruebe y en cuanto a las declaraciones solicitadas se opone a cada una de ellas por considerar que el 100 por ciento de las personas que se ofrecen a pagar el servicio militar son de escasos recursos económicos.

3.3.- PRUEBAS.

En proveído de 17 de junio de 2014⁹, se dispuso la apertura del período probatorio del proceso, decretándose la prueba solicitada por la entidad demandante, el 17 de marzo de 2014, se realizó la audiencia de pruebas, donde, de conformidad al último inciso del artículo 183 del C.P.C.A., se dio la oportunidad a las partes, para presentar alegatos, con miras a proferir la presente decisión.

3.4.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

.- La Parte demandante¹⁰.

³ Folio 99

⁴ Folio 101

⁵ folio 103

⁶ Folios 113-115

⁷ Folio 108

⁸ Folio 128

⁹ Folios 155-158 del acta de audiencia inicial.

¹⁰ Folios 243-246

Dentro de la oportunidad legal, la entidad demandante, presentó sus alegaciones, considerando que del acervo probatorio obrante en el expediente se puede concluir que se encuentran acreditado los hechos que dieron origen la presente demanda, esto es que el el soldado campesino Carlos Manuel Oviedo Emeris disparó su fusil contra la humanidad del señor Virgilio Palencia Blanco ocasionándole la muerte.

Manifiesta que la culpa grave del demandado está demostrada con la sentencia penal por lo se acredita los presupuestos que exige el artículo 142 del CPACA y la Ley 678 de 2001, esto es que se probó que el actuar contrario a derecho del señor Oviedo Emery al disparar sobre la humanidad del señor Palencia Blanco fue lo que le ocasionó la muerte de este último y en consecuencia originó el pago de la entidad que representa a los familiares del occiso.

.- La Parte demandada y el Ministerio Publico; Guardaron silencio

4.- CONSIDERACIONES:

4.1. Competencia:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

4.2. Problema jurídico.

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio, el debate en el sub examine, estriba, en establecer, el problema jurídico a determinar es: ¿si el Ministerio de Defensa tiene derecho a que el señor Carlos Manuel Oviedo Emery les devuelva la suma cancelada al señor Virgilio Palencia Guzmán y otros, como consecuencia de un acuerdo conciliatorio prejudicial celebrado el 26 de noviembre de 2009 en la Procuraduría 103 I Administrativa de Sincelejo, por los daños causados por la muerte del SRL Virgilio Palencia Blanco?

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: *i)* Del medio de control de repetición *ii)* Elementos probatorios en el medio de repetición *iii)* Pruebas allegadas al expediente *iv)* El caso concreto.

4.2.1. Del medio de control de repetición.

La acción de repetición al principio tuvo su evolución normativa¹¹, trascendiendo al campo constitucional en el 1991, dando lugar a su consagración en el inciso segundo del artículo 90, que estableció expresamente, que *en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico "que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"*.

El mandato del inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política se desarrolló en diferentes leyes¹² entre ellas, la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, que tuvo por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas. En efecto, según las voces del artículo 2º de la ley 678, la de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

Siendo ésta última norma, la aplicable al presente caso, en conjunción con lo dispuesto para este medio de control, por el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

El nuevo Código Contencioso Administrativo -ley 1437 de 2011-, incluyó el medio de control de la repetición, en su título III "*Medios de Control*" y se refiere a éste, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 142. REPETICIÓN: Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de

¹¹ Decreto 1400 de 1970 (C. de P.C.) art. 40; Decreto-Ley 150 de 1976, arts. 194 a 201; Decreto-Ley 222 de 1983, arts. 290 y 297; Decreto-Ley 01 de 1984 (C.C.A.), arts. 77 y 78; Decreto 1222 de 1986 art. 235; Decreto 1333 de 1986, art. 102.

¹² Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación Estatal), art. 54; Ley 136 de 1994, art. 5-e; Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), arts. 71-74; Ley 446 de 1998, arts. 31, 42-8 y 44-9.

funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño” (Negrilla fuera de texto).

Siendo así, las principales características, que pueden atribuirse al medio de control de repetición, son las siguientes:

*i) **Finalidad:*** Además de sus fines retributivo y preventivo, se orienta a garantizar los principios constitucionales de moralidad administrativa y eficiencia de la función pública¹³.

*ii) **Naturaleza:*** Es una acción principal, con alcance netamente **subsidiario**¹⁴, civil, de carácter patrimonial¹⁵, no desistible¹⁶, con pretensión indemnizatoria.

*iii) **Obligatoriedad:*** Es deber de los respectivos funcionarios de las entidades públicas, ejercitar la acción de repetición, siempre que se verifiquen los presupuestos que la Constitución y la ley, establecen para el efecto¹⁷. En consecuencia, **no siempre que el Estado haya sido condenado**, tiene que instaurarse automáticamente la acción de repetición, sino únicamente "*cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.*"¹⁸

*iv) **Sujetos activos:*** La persona jurídica de derecho público, que sufrió detrimento patrimonial, con motivo del pago de "*condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley*", está legitimada, para ejercer la acción de repetición. Si no lo hace dentro de los seis meses siguientes al pago total, también pueden ejercer la acción: el Ministerio Público, en cualquier caso, o la

¹³ Ley 678, art. 3°.

¹⁴ En términos de la Corte Constitucional. Sentencia C - 619 de 2002. M. P. Drs. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL.

¹⁵ Ley 678, art. 2° y Sentencia C-484 de 2002, proferida por la Corte Constitucional.

¹⁶ Ley 678, art. 9°.

¹⁷ Así lo ha destacado el Consejo de Estado, al señalar: "*Otra característica de la Acción de Repetición es su obligatoriedad, lo que significa que cuando se presenten los respectivos supuestos, el representante legal de la entidad pública legitimada está en la obligación de instaurarla.*" Sección Tercera, C. P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia de diciembre 4 de 2006, RADICACIÓN: 10010326000199900781-01 (16.887).

¹⁸ Ley 678, art. 4°.

Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la entidad pública perjudicada sea del orden nacional.¹⁹

v) **Sujetos pasivos:** La acción de repetición, puede dirigirse contra servidores o ex servidores públicos y contra particulares que desempeñen funciones públicas²⁰. Para efectos de esta acción, se consideran como tales los contratistas, interventores, consultores y asesores en lo concerniente a la actividad contractual de la Administración.²¹

vi) **Caducidad:** El término de caducidad de la acción de repetición, es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente, al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública²². Sobre el tema, la Corte Constitucional sostuvo que, por tratarse de un asunto de libre configuración del legislador, resulta ajustado a la Carta que dicho término, se encuentre determinado por la fecha de pago de la condena, *“bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo”*²³.

El artículo 2° de la Ley 678 de 2001, a su vez, definió la acción de repetición, como *“una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.”*

La misma Ley, en sus artículos 5 y 6²⁴, definió, igualmente, lo que debe entenderse

¹⁹ Ley 678, art. 8°.

²⁰ La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 y aprobada mediante la Ley 412 de 1.997, en su artículo 1° define Función Pública como *“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o el servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”* (Diario Oficial No. 43.168, de 7 de noviembre de 1997).

²¹ Ley 678 de 2001, Art. 2°, parágrafo 1°.

²² Ley 678, art. 11, que en el tema, no fue modificada, ni derogada, por el CPACA.

²³ Sentencia C-832 de 2001.

²⁴ **ARTÍCULO 5o. DOLO.** *La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

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

1. Obrar con desviación de poder.

2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

por dolo y culpa grave, señalando los eventos, en que se presumen. Se tiene, entonces, según la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado deben concurrir elementos objetivos y subjetivos, para que la entidad lesionada, pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, que con su acción u omisión, dolosa o gravemente culposa, realizó un daño antijurídico, que implica un detrimento al patrimonio público. Manifestando lo siguiente:

“Finalmente, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y las normas que lo desarrollan (Ley 678 de 2001), para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los presupuestos y requisitos a saber: a) Que una entidad pública 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; b) Que la entidad 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 c) Que la condena o la conciliación se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas.”²⁵

Así las cosas tenemos que los elementos esenciales, de la acción de repetición, a analizar son: *(i) la calidad de agente del Estado y la conducta desplegada, determinante de la condena; (ii) la calificación de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal; (iii) la existencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto; y (iv) el pago realizado por parte de la entidad.*

4.2.2. Aspectos probatorios, en el medio de control de la repetición

De conformidad con la Ley 678 de 2001, se desprende que la responsabilidad conexas de los funcionarios no nace precisamente del fallo de condena; tampoco

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 6o. CULPA GRAVE. *La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o exlimitación 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.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de febrero de 2011. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00074-00(34816):

por el hecho de haberse conciliado, sino que está condicionada a que la condena o la conciliación de la entidad tenga un nexo de causa con la conducta del funcionario y esta su vez tenga las características de dolosa o culposa en forma grave.

El Consejo de Estado, ha señalado, en forma reiterada, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177²⁶ del C. de P. C., le incumbe a la Administración, probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. En materia del medio de control de repetición, sobre el tema, ha sostenido,

"al ejercer dicha acción, si en verdad existe, como siempre debe existir, el interés de que se despachen favorablemente sus pretensiones, tiene la carga de acreditar oportuna y debidamente:

i) Que surgió para el Estado la obligación²⁷ de reparar un daño antijurídico, bien sea por condena judicial, por conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto;

ii) Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, lo que, desde luego, le causó un detrimento patrimonial;

iii) La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor anterior;

iv) Que el demandado, a quien debe identificar de manera precisa, es o fue agente del Estado, acreditando la calidad o cargo que tuvo;

v) Que el demandado actuó con dolo o con culpa grave;

vi) Que el daño antijurídico -referido en el primer numeral-, fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado."²⁸

Siendo así, puede afirmarse, que la acción de repetición, es, entonces, la consecuencia o prolongación de las acciones de nulidad y restablecimiento del

²⁶ Teniendo en cuenta las modificaciones establecidas por el Código General del Proceso artículo 167

²⁷ "Obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento." Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones concepto, estructura, vicisitudes, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.002, p. 55.

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Radicación: 18.270, Ref.: ACCIÓN DE REPETICIÓN, ACTOR: MUNICIPIO DE BELÉN DE UMBRÍA, DEMANDADO: JORGE DE JESÚS COLORADO.

derecho, reparación directa o controversias contractuales, según el caso, aun vigencia de la ley 1437 de 2011. En otras palabras, es condición de procedibilidad de la acción de repetición, que la declaratoria previa de responsabilidad patrimonial del Estado, sea mediante condena, conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, de ahí que, el medio de control de repetición, es un derecho-deber del Estado, que busca el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio, previamente decretado.

4.2.3. Pruebas allegadas al expediente

- Original de la resolución No. 6410 de fecha 25 de noviembre de 2010, del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Asuntos Legales, en consideración a la conciliación realizada el 26 de noviembre de 2009 en la Procuraduría 103 Judicial I para asunto Administrativos de Sincelejo, aprobada mediante auto de 27 de enero de 2010, proferido por el Juzgado 3º Administrativo del Circuito de Sincelejo, donde se acordó reconocer una indemnización a Birgilio Palencia Guzmán y otros, por la muerte del soldado campesino Birgilio Palencia Blanco, ocasionada con arma de fuego de uso oficial accionada por miembros del Ejército Nacional, Según hechos ocurridos el 10 de octubre de 2008, en la vereda Aguacate Zona Rural del Municipio de Guaranda – Sucre; en la cual se resuelve:

“ARTICULO 1º.- Reconocer, ordenar y autorizar el pago de la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL OCHENTA Y SIETE PESOS CON 04/100 M/CTE 8\$248,635,087.04), en la forma como quedó expuesta en la parte motiva a favor de BIRGILIO PALENCIA GUZMAN Y OTROS; a través de sus apoderado doctor(a) ORLANDO MIGUEL SIERRA NERIO, con C.C No 15.606.618 de Tierralta, y, Tarjeta Profesional de Abogado No. 55286 del I Consejo Superior de la Judicatura.

ARTICULO 2º.- La Tesorería Principal de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional – Gabinete, pagará la suma liquidada previo los descuentos de ley con cargo al rubro presupuestal de sentencias mediante consignación a favr del doctor(a) ORLANDO MIGUEL SIERRA NERIO, con C.C No 15.606.618 de Tierralta, en la cuenta de ahorros No 612-234815 del Banco BBVA; y/o cuenta que figure en el SIIF, cuyo comprobante reemplazará en sus efectos al paz y salvo que expide la Tesorería Principal del Ministerio de Defensa Nacional ”²⁹

- original de oficio N°OFI12-118445 de fecha 22 de noviembre de 2012, suscrita por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del

²⁹ Folios 11-14

Ministerio de Defensa Nacional, donde se autoriza repetir , contra el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY de conformidad con lo establecido en el artículo 6º, numeral 1º, de la Ley 678 de 2001³⁰.

- Copia autenticada del auto de fecha 27 de enero de 2010, donde el Juzgado Tercero Administrativo del circuito de Sincelejo resolvió aprobar la conciliación prejudicial proveniente de la Procuraduría 103 Judicial I Para Asuntos Administrativos de fecha 26 de noviembre de 2009³¹
- Copia autenticada de la conciliación extrajudicial No 374/2009 de fecha 26 de noviembre de 2009³²
- Copia simple de sentencia de fecha octubre 2 de 2012 proferida por el Juzgado Primero (1) de Brigada, donde se declara penalmente responsable al señor Carlos Manuel Oviedo Emery por el delito de Homicidio Culposo; condenándolo a 2 años de prisión y multa de veinte (20) SLMV.³³
- Copia simple de constancia de ejecutoria de sentencia de fecha 2 de octubre de 2012, suscrita por la Secretaria del Juzgado Primero de Brigada³⁴
- Copia simple de certificado suscrito por el Tesorero Principal del Ministerio de Defensa, en donde hace constar, que según Resolución No 6410 de fecha 25 de noviembre de 2010, se le canceló la suma de \$ 248.635.087.04, al señor Orlando Sierra Nerio³⁵

4.2.4. Caso concreto.

La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, pretende del demandado, el pago de la suma de dinero, que afirma haber pagado como consecuencia del acuerdo conciliatorio prejudicial celebrado el día 26 de noviembre de 2009 en la Procuraduría 103 I Administrativa de Sincelejo, por los hechos ocurridos el 10 de octubre de 2008, en la vereda Aguacate zona rural del municipio de Guaranda- Sucre.

³⁰ Folios 78-79

³¹ Folios 17-24

³² Folios 26-289

³³ Folios 30-58

³⁴ Folio 59

³⁵ Folio 89

Antes de valorar las pruebas que acreditan los elementos constitutivos de la acción de repetición, advierte el Despacho que las copias simples que obran en el plenario serán valoradas, por cuanto estuvieron a disposición de las partes y no fueron tachadas de falsas.

Es así como el Alto Tribunal Administrativo en sentencia de unificación de jurisprudencia³⁶ consideró que las copias simples tendrán mérito probatorio, en virtud de los principios constitucionales de buena fe y lealtad procesal, en tanto se hayan surtido las etapas de contradicción y su veracidad no haya sido cuestionada a lo largo del proceso. Adujo la Sala que una interpretación contraria, implicaría afectar el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso es pertinente aplicar los requisitos propios del medio del control de repetición, a efectos de establecer el sentido mismo del fallo.

El primer presupuesto tal como lo anuncia el artículo 2º de la Ley 678 de 2001 para que haya lugar a la procedencia de este medio de control reside en que el Estado se haya visto obligado a la reparación de un daño antijurídico, por virtud de un fallo **condenatorio de una conciliación debidamente aprobada en sede judicial**. Circunstancia que está acreditada en el plenario con el acuerdo conciliatorio prejudicial celebrado el día 26 de noviembre de 2009 en la Procuraduría 103 I Administrativa de Sincelejo.

Es preciso recordar que las personas de derecho público³⁷ están autorizadas para conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico, de ahí que la conciliación, como mecanismo ágil y efectivo concebido como una opción alternativa para la resolución de conflictos que no impide proceder a demandar luego en repetición.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁷ De conformidad con el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del inciso segundo del artículo 21 y del artículo 22 de la Ley 678 de 2001, manifestó que la conciliación no extingue la acción de repetición y –*contrario sensu*– lo que se acompasa con los mandatos constitucionales es que se continúe el proceso contra el agente, así³⁸:

“12.1 Que el Estado demandado en un proceso de responsabilidad patrimonial realice una conciliación con el demandante, por sí mismo y mientras esa conciliación se ajuste a la ley y no menoscabe el patrimonio público, no quebranta la Constitución.

12.2. En ese orden de ideas, si se concilia con respecto a la pretensión patrimonial ejercida contra el Estado, no se extingue por ello la acción de repetición ejercitada por éste contra el servidor público que hubiere procedido con dolo o culpa grave y dado origen con su conducta a aquella pretensión y, en tal caso, lo que se ajusta a la Constitución es la continuidad del proceso para que se resuelva con respecto a la obligación del llamado en garantía de reembolsar al Estado, así termine la otra pretensión en virtud de la conciliación.

12.3. Siendo esto así, es claro que la pretensión de la víctima contra el Estado para el resarcimiento del daño si fue objeto de conciliación, puso fin en ese punto al proceso de manera anormal, con anticipación al proferimiento de la sentencia respectiva.

12.4. En virtud de ello, no hubo entonces oportunidad de debatir hasta su culminación en torno a sí la actuación del servidor público llamado en garantía fue dolosa o gravemente culposa y, entonces, nada se opone a que sobre el quantum que éste habría de reembolsar al Estado si hubiere sido condenado, pueda llegarse a una conciliación, sin que ello vulnere la Constitución Política. (Subraya del despacho).

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional al declarar exequibles, los cargos examinados,³⁹ contenidas en los artículos 2 y 8 de la Ley 678 de 2001 y 31, inciso 2, parcial, de la Ley 446 de 1998⁴⁰:

“No puede concluirse, en consecuencia, que la citada afirmación de la Corte, en el sentido de que sólo puede perseguirse al funcionario después de que se haya resuelto mediante sentencia la condena del Estado, signifique que la condena constituya un requisito insoslayable de procedibilidad en relación con la acción de repetición, por cuanto, como se ha dicho, tal afirmación estaba encaminada a precisar los fundamentos de la exequibilidad del precepto contenido en el artículo 78 de lo C.C.A., sin que ello impida que, como en efecto ocurre, puedan existir otros mecanismos equivalentes a la condena mediante sentencia e igualmente generadores de la posibilidad legítima de ejercer dicha acción de repetición, tales como la conciliación y demás formas de solución de conflicto autorizadas por la ley”.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C 484 de 2002

³⁹ Las expresiones “*conciliación u otra forma de terminación de un conflicto*”, “*conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley*” y “*hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo*”,

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C 338 de 2006.

El Consejo de Estado⁴¹ en reciente jurisprudencia ha indicado que la conciliación celebrada entre las partes en la primera relación jurídica no vincula al llamado en garantía, en cuanto su situación no puede quedar definida sin su asentimiento, lo cual no significa que en esa segunda relación pueda desconocerse la existencia de la sentencia condenatoria o de la conciliación judicialmente aprobada, porque justamente, ese hecho es requisito sin el cual la pretensión de reintegro que formule la entidad carece de vocación de prosperidad.

Así las cosas se encuentran acreditado que ante la Procuraduría 103 Judicial I Para Asuntos Administrativa de Sincelejo, el apoderado de los familiares de la víctima y el de la Nación-Ministerio de Defensa – Ejército Nacional acordaron conciliar por conceptos de perjuicios morales la suma de \$209.653.858.00. Acuerdo que fue aprobado por esta unidad judicial el 27 de enero de 2010, que conllevó a la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, a expedir la Resolución No. 1237 de 10 de octubre 2012, para dar cumplimiento a dicha condena.

Con relación al **pago**⁴² realizado por parte de la Entidad, se acredita con la certificación emitida por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa, en donde afirma, que se le consignó el 30 de noviembre de 2010, en la cuenta No. 612234815 del Banco de BBVA, al señor ORLANDO SIERRA NERIO, apoderado de quienes reclamaban el pago⁴³, la suma de \$248.635.087.04.

Por último, y respecto al requisito de acreditar la **actuación dolosa o gravemente culposa del agente estatal**, se encuentra que tal y como lo ha señalado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, este requisito está relacionado directamente con la responsabilidad del agente estatal, esto es, con el resultado de un juicio subjetivo sobre su conducta -positiva o negativa-, como fuente del daño antijurídico por el cual resultó condenado el Estado.

⁴¹ Consejo de Estado Sección Tercera-Subsección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 26.310, rad.180012331000199701207-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴² El artículo 1626 del Código Civil, el pago es la prestación de lo que se debe y debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1757 ibídem.

Conforme la normativa especial del medio de control de repetición, los artículos 142 y 161 numeral 5 del C.P.A.C.A., el pago se acredita con la certificación del tesorero o servidor que cumpla dichas funciones, en donde conste el pago realizado al beneficiario del mismo.

⁴³ Anotación que aparece en la Resolución No. 6410 del 25 de noviembre de 2010. Folios 11 al 14

Sobre el cumplimiento de este requisito, el cual es de carácter subjetivo, en tanto se estudia si la conducta del servidor o ex servidor público fue desplegada con culpa grave o prevalida de dolo, ha advertido la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

“28. La definición de la responsabilidad del funcionario o ex funcionario de la administración en la acción de repetición y en el llamamiento en garantía, implica la comprobación de que ha actuado con dolo o con culpa grave y que fue su actuación el origen del daño antijurídico por el cual se dedujo la responsabilidad patrimonial de la entidad estatal y ésta fue condenada a indemnizar los perjuicios ocasionados. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional, al distinguir entre la responsabilidad personal del agente y la responsabilidad patrimonial del Estado:

Es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes.

En el primer caso, como se ha visto, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo. En tal virtud, no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.

En consecuencia si la responsabilidad del agente público no se configura en dichos términos, resulta improcedente que el Estado ejerza la acción de repetición, porque ésta sólo se legitima en la medida en que éste sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables”⁴⁴.

29. En relación con los parámetros legales con los cuales debe examinarse la actuación del funcionario o ex funcionario, se observa que los aspectos sustanciales y procesales tanto de la acción de repetición como del llamamiento en garantía con fines de repetición, fueron regulados expresamente por la Ley 678 de 2001, en la cual se determinaron los conceptos de dolo y culpa grave como calificativos de la conducta de los servidores o ex servidores de la administración que permiten deducir su responsabilidad personal, así como los aspectos procesales de dichas acción y llamamiento⁴⁵. ”⁴⁶

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-430-00, M. P. Antonio Barrera Carbonell. En este pronunciamiento, la Corte declaró la exequibilidad de varios apartes demandados del artículo 78 del Código Contencioso Administrativo indicando que si bien ese artículo autoriza que la demanda pueda promoverse contra la entidad comprometida en el daño, o contra ésta y el funcionario, esa norma “(...) debe ser entendida bajo la idea de que sólo después de que se declare la responsabilidad y se condene a la entidad pública, es cuando ésta puede repetir contra el funcionario”.

⁴⁵ Esta ley en su artículo 6º establece cuándo se entiende que 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. Y establece que se presume que la conducta es gravemente culposa, cuando hay i) violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, ii) carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable, iii) omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la

De lo anterior, se tiene que para que prospere la pretensión de repetición contra el servidor o ex servidor que generó una condena en contra del Estado se requiere acreditar que su actuación estuvo prevalida de culpa grave o dolo, y que dicha conducta se llevó a cabo en ejercicio de sus funciones públicas, con ocasión del ejercicio de éstas o a propósito de la prestación del servicio.

En el caso objeto de estudio, encuentra el Despacho, en primer lugar no se acreditó en el plenario la calidad del demandado, es decir, no se acreditó que el señor CARLOS MANUEL OVIEDO EMERY hubiese pertenecido al Ejército Nacional, pues no se allegó al plenario resolución de nombramiento o la correspondiente hoja de vida del demandado.

Aportándose solo al plenario copia de la conciliación prejudicial de fecha 26 de noviembre de 2009 ante la Procuraduría 103 Judicial I Para Asuntos Administrativos y copia de del auto de aprobación de la anterior, de fecha 27 de enero de 2010, es decir que con ello se demostró la responsabilidad de la entidad demandante, en cuanto la responsabilidad subjetiva del accionado solo se allegó al plenario copia de la sentencia condenatoria proferida por la justicia Penal Militar mediante el cual amparado en las pruebas y las declaraciones de los militares; acogiéndose al concepto del Ministerio público y apartándose de la acusación formulada por la Fiscalía penal Militar concluyó *“Declarar penalmente responsable al procesado Soldado Campesino del Ejército Nacional OVIEDO EMERY CARLOS MANUEL...”*.

Para este operador judicial no se cumplió con uno de los requisitos y presupuestos del medio de control de repetición, al no acreditarse en debida forma el obrar doloso o gravemente culposo del accionado puesto que la entidad demandante no aportó copia del procesos penal y disciplinario posiblemente adelantados en contra del accionado – cumpliendo en tal caso con las regulaciones relacionadas con el traslado de la prueba (artículo 174 y s.s. del Código General del Proceso), o cualquier otro medio probatorio que permitiera realizar el análisis de la conducta

validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable y iv) violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación número: 41001-23-31-000-1992-07003-01(20460)

desplegada por el accionado en los hechos que dieron lugar a la declaratoria de responsabilidad de la entidad ahora accionante o hacer uso de las presunciones legales establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, denotándose con claridad que el demandante no cumplió en debida forma la carga de probar los supuestos de hecho que sustentaban sus pretensiones.

Debe advertirse que la prueba solicitada por la parte demandante, en cuanto oficiar el Juzgado Primero de Brigada de Barraquilla para que remitiera todo el expediente y la investigación penal que dio lugar a la condena del SLC Oviedo Emery, fue atendido mediante oficio de fecha 7 de julio de 2014, y mediante el cual se informó por parte de dicho Despacho que por motivo presupuestal no podía remitir lo solicitado, la cual se le puso en conocimiento a la parte actora en audiencia de pruebas de fecha 10 de febrero de 2015, suspendiéndose la misma para el 17 de marzo de la misma anualidad manifestando que las copias del expediente en mención han sido enviadas pero no han llegado a la oficina jurídica del Ministerio de Defensa en Sincelejo,, pero que sin embargo en el expediente obra sentencia condenatoria con constancia de ejecutoria de la misma⁴⁷ .

Así las cosas, se observa una inactividad probatoria de la parte demandante que debió haberse orientado a establecer si los demandados incurrieron en una conducta dolosa o gravemente culposa como génesis de los perjuicios ocasionados a la entidad a buena cuenta del pago de la condena judicial que se profirió con ocasión de la muerte del señor Birgilio Palencia Blanco.

En efecto, como ya se anotó a la demanda sólo se acompañó copia auténtica del acuerdo conciliatorio prejudicial celebrado el día 26 de noviembre de 2009 en la Procuraduría 103 I Administrativa de Sincelejo y la copia autenticada del auto de fecha 27 de enero de 2010, donde el Juzgado Tercero Administrativo del circuito de Sincelejo resolvió aprobar la conciliación prejudicial y de los documentos relativos al pago de dicha condena, obviando la parte accionante presentar elementos probatorios que dieran cuenta del citado requisito subjetivo.

Por lo anterior se concluye, que no existen los elementos probatorios necesarios que le permitan a este Despacho acceder a las pretensiones de la demanda, pues, se

⁴⁷ Ver minuto 04:12 de CD Folio237

reitera, no se encuentran plenamente probados los requisitos establecidos para que salga adelante la pretensión de repetición que se formula en el proceso de la referencia, lo que conlleva indefectiblemente a que la decisión que deba dictarse sea adversa a la parte demandante.

Finalmente, se resalta el llamado a las entidades públicas que ha realizado el Consejo de Estado en las sentencias en donde se deciden demandas en ejercicio del medio de control de repetición, en el cual reitera la necesidad de aportar los elementos probatorios necesarios que acrediten cada uno de los requisitos de dicho medio de control. Al respecto se señaló:

“5. ADMONICIÓN A LA ENTIDAD PÚBLICA DEMANDANTE

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala reitera la admonición que ha hecho en otras sentencias⁴⁸ en el sentido de advertir a la entidad demandante que el derecho - deber de ejercer la acción de repetición contra los funcionarios y exfuncionarios o particulares que ejerzan funciones públicas, comporta el desarrollo efectivo de la carga de la prueba tanto al incoar la acción como durante las etapas previstas para ello dentro del proceso, con el fin de demostrar judicialmente los presupuestos objetivos (sentencia condenatoria y pago) y la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público, por la cual debe reparar al Estado las sumas que éste canceló dentro de un proceso indemnizatorio, lo que además se traduce en garantizar el derecho de defensa dentro del proceso al demandado servidor o ex servidor público o particular que ejerció función pública, de suerte que le permita presentar sus pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra para responsabilizarlo por los hechos que originaron una indemnización o el pago de una condena.”⁴⁹

5.- CONDENAS EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 31 de Agosto de 2006, Exp. 17482.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia de veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00074-00(34816).

(1%) por ciento de las pretensiones reclamadas⁵⁰, equivalentes a la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$2.486.350,00), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

6. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIEGANSE las suplicas de la demanda, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 361, 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$2.486.350,00), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

TERCERO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA

JUEZ

⁵⁰ Ver folio 72 del exp. Ppal.