



**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

Bogotá D.C. dieciocho (18) de junio del dos mil dieciocho (2018).

Radicación: 630013331000200600981 01 (59.095)
Actor: NACIÓN –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado: NATALIA ISABEL MARTÍNEZ CORRAL
Proceso: Acción de Repetición.
Asunto: Recurso de Apelación.

Contenido. Descriptor: De acuerdo con la normatividad vigente, Decreto 01 de 1984, se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones, al considerar que con las pruebas allegadas al expediente no se acreditó el actuar doloso o gravemente culposo. de un ex Fiscal al haber decretado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de una ciudadana. **Restrictor:** Acción de repetición contra un ex Fiscal por haber decretado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de una ciudadana. Elementos de procedibilidad de la acción de repetición.

Decide la Subsección C, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 9 de febrero de 2017, en atención a la prelación dispuesta por la Sección Tercera para las acciones de repetición mediante acta número 15 del 5 de mayo de 2005, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones.

La Nación –Fiscalía General de la Nación mediante apoderado, presentó escrito de demanda el 27 de junio de 2006¹, en ejercicio de la acción de repetición consagrada en el artículo 86 C.C.A, contra el señor Diego Herrera Corredor, con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare que la conducta adoptada por el Doctor JAIRO MARTÍNEZ SOLARTE es dolosa y/o gravemente culposa, de conformidad con los artículos 90 de la Constitución Política, Artículo 72 de la Ley 270 de 1996, Artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 en razón del daño antijurídico ocasionado a la Nación Colombiana –Fiscalía General de la Nación, por los errores judiciales en que incurrió al proferir la resolución mediante la cual se definió la situación jurídica de la indagada ORFANY PEÑA PEÑA, profiriendo en contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin los requisitos mínimos exigidos por el Código de Procedimiento Penal y por la dilación de términos procesales hechos que sirvieron de fundamento para que el Consejo de Estado mediante sentencia del 27 de noviembre de 2003 proferida dentro del proceso de reparación directa 12.678, declarara a la Nación –Fiscalía General de la Nación, responsable por la detención injusta de la cual fue víctima la señora

¹ Fls.1-14 del C.1.

ORFANY PEÑA PEÑA, al resolver la sala de lo contencioso administrativo de la sección tercera del Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por ese Tribunal Administrativo, el 25 de julio de 1996.

SEGUNDO: Que en consecuencia de lo anterior, se declare responsable patrimonial y/o pecuniariamente al Doctor JAIRO MARTÍNEZ SOLARTE de los perjuicios y daños antijurídicos causados u ocasionados directa o indirectamente a la NACIÓN –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en virtud del citado fallo condenatorio proferido por el H. Consejo de Estado.

TERCERO: Que como consecuencia de lo anterior, se condene al Doctor JAIRO MARTÍNEZ SOLARTE, a cancelar a la NACIÓN –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el monto del pago indemnizatorio efectuado a la señora ORFANY PEÑA PEÑA, beneficiaria del citado proceso 12678, el cual asciende a la suma de SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$7.190.644,00) M/CTE, cifra que la Fiscalía General de la Nación reconoció y pagó efectiva y materialmente a la citada a través de su apoderado judicial, tal y como se explica en el acápite de los “HECHOS Y OMISIONES” (...)².

2. Hechos de la demanda.

Como sustento de las anteriores pretensiones, la parte demandante narró los siguientes hechos:

El día 15 de septiembre de 1993 en la ciudad de Circarcia (Quindío), la Fiscalía Cuarta de la Unidad previa y permanente de la ciudad de Armenia con fundamento en un informe rendido por la Policía Judicial, llevó a cabo diligencia de registro y allanamiento sobre un establecimiento de comercio ubicado en la calle 6ª #14-42, en el que presuntamente proveían de armamento a diferentes bandas delincuenciales que operaban en el municipio de Circasia (Quindío).

En el desarrollo de la mencionada diligencia, las autoridades referidas fueron atendidas por la señora Orfany Peña Peña (residente) quien hizo entregó voluntaria y espontáneamente de una escopeta, advirtiendo que *“la tenía guardada por encargo que le había hecho uno de los clientes del establecimiento, así como los cartuchos de la misma y otros pertenecientes a un revolver calibre 38L”* de propiedad de su esposo.

Dicha situación motivó a que la autoridad instructora dispusiera su captura, con el propósito de vincularla a la investigación penal que se seguía en contra de varias personas por el delito de porte ilegal de armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, establecido en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986.

Posteriormente, y luego de escuchada en indagatoria a la señora Orfany Peña Peña, la Fiscalía Octava Delegada Especializada de Armenia remitió dichas las diligencias a la Fiscalía Regional Delegada de Orden Público de Cali, al considerar que dadas las características del delito era la competente para su conocimiento.

² Fl.1 del C.1.

Así las cosas, mediante resolución de fecha 23 de septiembre de 1993 la Fiscalía Delegada ante el Juez Regional de Cali (Valle) impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de la señora Orfany Peña Peña, decisión que fue apelada a través de escrito de fecha 7 de octubre de 1993 por la defensa de la sindicada; de igual manera, en escrito aparte la defensa de la sindicada solicitó su libertad provisional, advirtiendo que su poderdante por ser *“madre de familia”* no necesitaba tratamiento penitenciario.

Posteriormente, el apoderado indicó en su demanda que:

“El 5 de noviembre de 1993 se pasa al Despacho de la Unidad Regional de Fiscalías el proceso con el recurso de apelación y la solicitud de libertad provisional y el 9 del mismo mes y año se concede la alzada en el efecto devolutivo.

Solo hasta el 16 de noviembre de 1993 se deja constancia secretarial que a partir de ese día empieza a correr el término de cinco (5) días para que la sindicada sustente el recurso de apelación.

El 4 de enero de 1994 el apoderado de la parte actora solicita a la Fiscalía Delegada ante el Juez Regional de Cali, explicarle las causas por las cuales la petición de libertad en apelación presentada el 7 de octubre de 1993 no ha podido resolverse. De igual forma, solicita que el conocimiento de las diligencias sea competencia de la Justicia Especializada de la capital del Quindío y no del Fiscal Regional.

El 28 de febrero de 1994, el jefe de la secretaría común Fiscal Regional Cali, Valle, deja constancia que remite el expediente al Coordinador de las Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional con motivo de apelación.

Recibiéndose en secretaría del Tribunal Nacional únicamente el 14 de marzo de 1994, asignándose el 25 del mismo mes”³.

El 1 de junio de 1994, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional decidió revocar la medida de aseguramiento impuesta en contra de la señora Orfany Peña, al considerar que el arma entregada por la sindicada era de defensa personal teniendo en cuenta sus características físicas, lo que impedía dictar medida de aseguramiento en su contra.

El 30 de noviembre de 1994 la señora Peña Peña solicitó se fijara fecha para la celebración de sentencia anticipada, reconociendo en diligencia del 1 de diciembre de ese mismo año que se hacía responsable por el arma encontrada en su inmueble.

Así las cosas, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Armenia mediante providencia del 14 de diciembre de 1994 decidió rechazar los cargos impuestos por la Fiscalía Especializada en contra de la señora Orfany Peña, al considerar que se le habían violado sus garantías fundamentales dado que su conducta fue totalmente atípica *“pues la conservación o tenencia del arma y las municiones que le fueron decomisadas no está descrita en la ley penal como punible”*.

³ Fl.3 del C.1.

Como consecuencia de lo anterior, la señora Orfany Peña instauró demanda de reparación directa en contra de la hoy accionante, la cual fue conocida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Quindío y en segunda instancia por el Honorable Consejo de Estado, quienes en sentencias del 25 de julio de 1996 y 27 de noviembre de 2003, respectivamente, accedieron parcialmente a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que la privación padecida por la señora Peña había sido injusta, y por ende se abría paso a la responsabilidad del Estado.

El libelista indicó en su demanda que una vez ordenó el pago de la referida sentencia, el Comité de Conciliación y Repetición de la Fiscalía General de la Nación dispuso impetrar acción de repetición en contra del Fiscal Regional Delegado de Cali (Valle), que injustamente mantuvo privada de la libertad a la señora Orfany Peña Peña, esto es, en contra del señor Jairo Martínez Solarte⁴.

2.1 Fundamentos de derecho.

Invocó el inciso 2º del artículo 90 y 209 de la Constitución Política, el artículo 77 del Código Administrativo y la Ley 678 de 2001.

3. Actuación procesal en primera instancia.

Una vez iniciado el trámite de la presente demanda, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Armenia (Quindío) en proveído del 24 de agosto de 2009⁵ declaró la falta de competencia de dicho estrado judicial y ordenó remitir el presente trámite al Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío.

El mencionado Tribunal a través de proveído del 4 de diciembre de 2009⁶ dispuso la admisión de la demanda y ordenó la notificación de la parte demandada, esto es, al señor Jairo Martínez Solarte.

No obstante, teniendo en cuenta que hubo dificultades para notificar al demandado, el Tribunal de primera instancia requirió a la parte demandante con el propósito de que aportara una nueva dirección para llevar a cabo la notificación del auto admisorio, so pena de dar aplicación a la notificación de que trata el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, esto es, a través de emplazamiento.

En respuesta a lo anterior, el apoderado de la demandante por medio de escrito de fecha 14 de marzo de 2011⁷ le puso de presente a dicho estrado judicial que el señor Jairo Martínez Solarte había fallecido, tal y como lo demostraba su correspondiente registro civil de defunción⁸.

⁴ Fl.9 del C.1.

⁵ Fl.152-154 del C.1.

⁶ Fls.165-166 del C.1.

⁷ Fls.177-178 del C.1.

Por lo expuesto, el *a quo* mediante proveído del 28 de junio de 2011⁹ ordenó la interrupción del proceso, con el objetivo de ubicar a la cónyuge y herederos del demandado, con el propósito de que fueran notificados y que ejercieran su derecho a la defensa en calidad de sucesores procesales.

Suministradas las direcciones donde podían ubicarse al cónyuge y a los herederos del señor Jairo Martínez Solarte, dicho despacho judicial ordenó su notificación mediante proveído de 30 de agosto de 2011¹⁰.

Así las cosas, una vez notificadas la cónyuge y herederas del demandado Jairo Martínez Solarte, la señora María Elizabeth Corral Guevara en su calidad de cónyuge de este, actuando en nombre propio y en representación de sus hijas Luz Karime, Natalia Isabel y Paola Marcela Martínez Corral, contestó la demanda por medio de escrito de fecha 15 de septiembre de 2011¹¹, señalando con relación a lo hechos que unos son ciertos, otros no, y otros deberían probarse.

En primer lugar, indicó que la medida de aseguramiento dictada en contra de la señora Orfany Peña, se dio con ocasión de unos informes de la Policía Judicial en donde se había advertido que varios establecimientos de comercio ubicados en el municipio de Circasia (Quindío) proveían de armas a diferentes bandas delincuenciales que operaban en dicha comarca, entre las cuales se encontraba el inmueble donde ella era residente, y que de acuerdo a lo que se encontró en la diligencia de allanamiento, debía darse su captura y en consecuencia, decretar la medida de aseguramiento en su contra.

Por otro lado, advirtió con relación a la tardanza en los términos para resolver y tramitar tanto la medida de aseguramiento como el recurso de apelación presentado en contra de este, que dicha falla no puede ser atribuida al señor Martínez Solarte (Q.E.P.D.), pues el proceso había sido trasapelado por parte de la Secretaría Común de Cali, al punto de que cuando se lo pasaron al hoy demandado, ya estaba por fuera de término para resolver; de igual manera, indicó otros errores que hubo en el transcurso del proceso, así:

“... Por todo lo anterior es que el Fiscal Delegado ante el tribunal nacional se pronuncia manifestando “Es necesario, que por el Director Regional, se revisen los procedimientos adoptados allí, ya para darles más agilidad y/o para capacitar el personal y empezando por secretaría común” así que todo esto ocasionaron los hechos y que dieron lugar a la investigación; con el (sic) Resolución interlocutoria #168de septiembre 23 de 1993 se actuó de acuerdo a los elementos probatorios que tenía en el momento de la captura; para que se diera curso a la investigación, hechos que fueron investigados por El Capitán FELIPE BARRAGAN CLAVIJO jefe de Policía Judicial Sajín (sic) del Quindío, la fiscal cuarta Previa y Permanente de Armenia, Juez Quinto Penal del Circuito de Armenia Quindío, de igual forma este hecho determino(sic) que se

⁸ Fl.209 del C.1.

⁹ Fls.210-215 del C.1.

¹⁰ Fl.218 del C.1.

¹¹ Cuaderno 2.

ordenara por parte de la fiscalía su privación inmediata de la libertad y la remisión de las diligencias a la secretaría común especializada y demás habiéndole correspondido por reparto a la fiscalía octava de esa dependencia, quien a su vez lo remitió por competencia, a la fiscalía regional delegada de orden público, dependencia que luego de ordenar y escuchar la indagatoria de la implicada, remitió el negocio a la fiscalía regional de Cali, cuando tampoco era de su competencia error judicial de todos los anteriores funcionarios públicos cuando desde un principio debieron resolverle el caso a la presunta sindicada le dieron la vuelta del carrusel DE LA JUSTICIA(sic) y por último la fiscalía pretende culpar por dolo y por culpa grave cuando mi señor esposo JAIRO MARTÍNEZ SOLARTE (Q.E.P.D.) NO ACTUÓ CON CULPA GRAVE NI DOLO (...) No era el Fiscal de conocimiento en la investigación penal que se adelantó contra la presunta Orfany Peña...”¹².

Mediante providencia del 13 de octubre de 2011¹³, el Tribunal Administrativo del Quindío tuvo como sucesores procesales del señor Jairo Martínez Solarte, a las señoras María Elizabeth Corral (Cónyuge), Luz Karime, María Elizabeth y Paola Marcela Martínez Corral (hijas), quien en calidad de tales se dio por contestada la demanda.

Por medio de auto del 14 de agosto de 2012¹⁴ el Tribunal Administrativo de Quindío, abrió el proceso a etapa probatoria, y mediante proveído del 6 de septiembre de 2012¹⁵ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales, y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de rigor.

4. Alegatos de primera instancia.

El apoderado de la parte accionante Nación –Fiscalía General de la Nación, mediante escrito del 24 de septiembre de 2012¹⁶, presentó alegato de conclusión en el que insistió en lo dicho en su demanda, esto es, que se declarara la responsabilidad patrimonial del señor Jairo Martínez Solarte (Q.E.P.D.).

La parte demandada presentó alegatos de forma extemporánea, y el representante del Ministerio Público guardó silencio.

5. Sentencia del Tribunal.

El Tribunal Administrativo del Quindío mediante providencia del 9 de febrero de 2017¹⁷, negó las súplicas de la demanda basado en los siguientes argumentos:

Una vez analizado el acervo probatorio allegado al plenario, el Tribunal de conocimiento luego de indicar que se encontraban demostrados los elementos objetivos de la presente acción, señaló que no se acreditó que el ex funcionario demandado haya actuado con culpa grave o dolo referente a los hechos que rodearon la privación de la libertad de la señora Orfany Peña

¹² Fls.234-235 del C.1.

¹³ Fls.637-640 del C.3.

¹⁴ Fls.666-668 del C.3.

¹⁵ Fl.671 del C.3.

¹⁶ Fls.672-674 del C.3.

¹⁷ Fls.688-697 del C.Ppal.

Peña, elementos que fueron analizados bajo el criterio indicado en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, de la siguiente manera:

“... de las pruebas obrantes se concluyó que el daño fue haber decretado la medida de aseguramiento de detención preventiva y no haber dado trámite en forma oportuna el recurso de apelación presentado por la señora Peña Peña, lo que a la postre acarrió su detención injusta por espacio de nueve meses, toda vez que el delito fue inexistente –atípico-.

... De los apartes antes transliterados, se puede corroborar la falta de gestión oportuna en el trámite del proceso de la señora Orfany Peña Peña, lo que a la postre dio como resultado su detención ilegal, en parte, por falta de dirección del Fiscal que tenía a cargo el asunto; o sea el aquí demandado, pero también por la responsabilidad directa de la Secretaría Común Regional de Fiscalías de Cali, como lo afirma el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional, en auto del 1º de junio de 1994, ya comentado.

... Así las cosas, de conformidad con el material probatorio recogido como son los fallos de primera y segunda instancia, expedidos en su orden por este Tribunal y por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso de reparación directa, donde resultó condenada la Fiscalía General de la Nación; el auto del primero (01) de junio de 1994, expedido por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional, mediante el cual decide la apelación interpuesta por la señora Peña Peña, en contra de la Resolución que decretó la detención preventiva, que hace parte del expediente por el delito de “Porte Ilegal de Armas” conformado en contra de la señora Orfany Peña Peña, que reposa en el plenario, puede afirmarse que efectivamente existió culpa del fallecido Fiscal demandado por la irregular privación de la libertad de la señora Peña Peña, pero su actuación, en el sentir de la Corporación, no puede ser calificada de grave, ni de exclusiva, ni mucho menos dolosa, toda vez que las decisiones por él proferidas, no siguieron el curso normal en razón a fallas de la Secretaría Común Regional de Fiscalías de la ciudad de Cali, como son las que da cuenta el fallo de primera instancia en el proceso de reparación directa conforme aparte arriba transliterado, sin que se tenga certeza del funcionario responsable de dichas anomalías”¹⁸.

Por todo lo anterior, para el *a quo* en el presente asunto a pesar de encontrarse acreditados los presupuestos objetivos para la procedencia de la acción impetrada, lo mismo no ocurrió al valorar la conducta del demandado, dado que no se demostró el dolo o culpa grave en su actuar, por lo que dispuso negar las pretensiones de la demanda.

6. El recurso de apelación.

Mediante escrito del 23 de febrero de 2017¹⁹ el apoderado de la entidad demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 9 de febrero de 2017, en el cual manifestó no estar de acuerdo con la sentencia impugnada, dado que el demandado tenía el deber de velar por el correcto desarrollo del proceso iniciado en contra de la señora Orfany Peña Peña.

Afirma el libelista que el Tribunal no ahondó en el concepto de las figuras de dolo y culpa grave, pues si bien se encontró demostrado que hubo una irregular privación de la libertad de la señora Peña Peña, por falta de gestión en la dirección del proceso por el Fiscal que lo tenía a cargo, injustificadamente dicha culpa no alcanza a ser calificada como grave, insistiendo que el

¹⁸ Fl.698 del C.Ppal.

¹⁹ Fls.701-707 del C.Ppal.

daño ocasionado a la administrada fue producto de una negligencia que excluye toda justificación, y agregó lo siguiente:

“... Considera esta apoderada que lo primero que debió analizar el Fiscal aquí demandado era si la conducta era típica (TIPICIDAD), de tal resultado concluir que al no existir delito, por ende no procedía a imponer medida de aseguramiento y si bien existen los recursos, finalmente mientras estos se resuelven, pues el ciudadano termina privado de la libertad injustamente, por cuando en el momento de imponer la medida de aseguramiento el análisis realizado no se compadece con el exigido por el derecho (penal).

... decisiones que como fue probado, denotan un comportamiento ajeno a derecho que lo mínimo que se espera de un Fiscal Especializado, es que realice un análisis de la TIPICIDAD DE LA CONDUCTA, que se compadezca con la responsabilidad en el desarrollo de sus funciones y el cargo que ostenta... Al respecto, es importante manifestar que en el escrito de demanda presentado por la Fiscalía General de la Nación, se invocó como causal para repetir la segunda del artículo 71 de la Ley 270 de 1996, sin embargo, el Tribunal en su sentencia, no se refirió a ésta, no analizó este punto central de la demanda”.

Por lo anterior, solicitó que se revocara la sentencia impugnada y en consecuencia se accedieran a las pretensiones de su demanda.

Por medio de auto del 7 de marzo de 2017²⁰, el Tribunal Administrativo del Quindío concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

El 15 de junio de 2017²¹ esta Corporación admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 9 de febrero del mismo año.

A través de auto del 19 de julio de 2017²² se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

La parte demandante presentó alegato de conclusión mediante escrito del 16 de agosto de 2017²³, en el que insistió en los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

Por su parte, el Ministerio Público mediante concepto N°121 del 31 de agosto de 2017, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que a su consideración no se encuentra acreditado el carácter doloso o gravemente culposa en la conducta del encartado, tampoco se encuentra probada la mala fe en la que supuestamente incurrió el señor Jairo Martínez Solarte al proferir la medida de aseguramiento en contra de la señora Orfany Peña, *“asimismo hay ausencia de pruebas que demuestren que las actuaciones que desplegó el Dr. Jairo Martínez*

²⁰ Fl.728 del C.Ppal.

²¹ Fl.734 del C.Ppal.

²² Fl.737 del C.Ppal.

²³ Fls.739-741 del C.Ppal.

se realizaron con intención de lesionar los intereses de la entidad para la cual trabajaba por lo que en este caso no están llamadas a ser reprochables”.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 9 de febrero de 2017, con fundamento en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 7 de la Ley 678 de 2001 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 – modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2. Normatividad aplicable.

Precisa la Sala que en el *sub – lite*, los hechos que dieron origen a la condena proferida el 28 de abril de 2010 por la Sección Tercera del Consejo de Estado en contra de la entidad demandante, se produjeron el 28 de junio de 1997, fecha en la cual falleció el menor Juan Sebastián Ramírez Jiménez al interior de las instalaciones del Hospital San Cayetano de Marquetalia –Caldas. De tal manera que, en los aspectos de orden sustancial son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 90 de la Constitución Política de 1991, 77 y 78 del Decreto - Ley 01 de 1984²⁴.

Así mismo, se advierte que en cuanto a las normas procesales por ser éstas de orden público y que rigen hacia el futuro con efecto general e inmediato, se aplican las contenidas en la Ley 678 de 2001, tanto para los procesos que se encontraban en curso al momento en que empezó su vigencia, así como los procesos que se iniciaron con posterioridad a dicho momento, con excepción de *“los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”, los cuales “se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*²⁵.

3. Elementos para la procedencia de la acción de repetición.

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias²⁶ los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las

²⁴ Respecto de la aplicación de las normas sustanciales en los casos de acción de repetición, se ha entendido que si los hechos que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, 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 del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 2 de mayo de 2007, expediente: 18621; 6 de marzo de 2008, expediente: 26227; 16 de julio de 2008, expediente: 29221.

²⁵ Art. 40 de la ley 153 de 1887.

²⁶ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición²⁷.

Los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria de repetición son los siguientes:

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena

La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación²⁸, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.

La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto²⁹.

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación.

iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables.

4. Medios probatorios.

Obran dentro del plenario los siguientes medios de prueba:

²⁷ Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407.

²⁸ La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente.

²⁹ Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327.

Documentales³⁰.

1. Copia del proveído de fecha 23 de septiembre de 1993³¹, por medio del cual la Fiscalía Delegada ante el Juez Regional de Santiago de Cali, decretó medida de aseguramiento en contra de la señora Orfany Peña Peña al considerarla presunta autora del delito tipificado en el artículo 2º del decreto 3664 de 1986, pues las características del arma encontrada no reunía los requisitos para ser considerada como arma de defensa personal, de conformidad a lo establecido en el artículo 7º del Decreto 2003 de 1982; de igual manera, consideró que las exculpaciones dadas por la sindicada no eran suficientes para desvirtuar el indicio grave que generaba el guardar armas de desconocidos en su establecimiento de comercio y durante tanto tiempo (2 meses).

2. Copia del escrito de fecha 7 de octubre de 1993³² por medio del cual la detenida Orfany Peña presentó recurso de apelación en contra de la Resolución que dispuso imponerle medida de aseguramiento, afirmando que si bien el perito concluye que el arma incautada no tiene el carácter de un arma de defensa personal, lo cierto es que, tampoco manifestó si el arma es de uso privativo de las fuerzas armadas.

3. Copia del proveído de fecha 9 de noviembre de 1993³³ proferido la Fiscalía Delegada ante el Juez Regional de Cali, por medio del cual se concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la señora Orfany Peña en contra de la Resolución del 23 de septiembre de ese mismo año, que dispuso imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su contra, advirtiendo anomalías en su trámite procesal.

4. Copia de la constancia secretarial de fecha 16 de noviembre de 1993³⁴, por medio del cual se expresó que a partir de esa fecha empezaba a correr el término de cinco (5) días para que la sindicada Orfany Peña sustentara el recurso de apelación interpuesto contra la resolución interlocutoria del 23 de septiembre de 1993, tal y como lo establece el artículo 196 A de la Ley 81 del 2 de noviembre de 1993.

5. Copia del proveído de fecha 28 de febrero de 1994³⁵, por medio del cual el Jefe de la Secretaría Común de la Fiscalía Regional de Cali, ordenó la re- foliatura del expediente previo al envío de dichas diligencias a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional de Santa fe de Bogotá, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la sindicada Orfany Peña en contra de la providencia que decidió imponerle medida de aseguramiento.

³⁰ Los documentos aportados en copia simple, serán valorados bajo los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, Exp. 25.022.

³¹ Fls.30-34 del C.1.

³² Fls.35-42 del C.1.

³³ Fl.122 del C.1.

³⁴ Fl.43 del C.1.

³⁵ Fl.44 del C.1.

6. Copia del interlocutorio de fecha 1 de junio de 1994³⁶, proferido por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional de Santafé de Bogotá por medio del cual se revocó la medida de aseguramiento impuesta en contra de la señora Peña por el delito tipificado en el artículo 2º del decreto 3664 de 1986.

7. Copia de la sentencia anticipada de fecha 14 de diciembre de 1994³⁷, proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Armenia por medio de la cual decidió rechazar los cargos impuestos por la Fiscalía Octava Especializada de Ley 30 de 1986 y otros en contra de la señora Orfany Peña Peña, *“por considerar que se han violado garantías fundamentales con su formulación”*, pues su conducta no se ajustaba a ningún tipo penal.

8. Copia de la sentencia de fecha 25 de julio de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío por medio de la cual se condenó a la Nación –Fiscalía General de la Nación administrativamente responsable de los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por la señora Orfany Peña Peña, con ocasión de la *“prolongación ilegal de su detención por parte de funcionarios de aquella entidad, situación que se extendió entre el 17 de diciembre de 1993 y el 18 de marzo de 1994, en la ciudad de Armenia, Quindío”*, advirtiéndose que allí no se discutía la legalidad o ilegalidad *“... del allanamiento, la captura, ni aún del auto detencionario, lo que sí se logró comprobar sin ninguna dubitación fue la persistente transgresión de las normas procedimentales vigentes en materia penal, al no ser atendidas dentro de los términos legales las peticiones que en tiempo planteaba la sindicada detenida, lo que trajo como consecuencia la prolongación injustificada de la privación de la libertad ...”*.

9. Copia de la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2003³⁸ proferida por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, y por medio de la cual se confirmó la responsabilidad administrativa de la demandada Nación –Fiscalía General de la Nación, y se modificó lo concerniente a los perjuicios reconocidos, condenándosele a pagar la suma de SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$7'190.644.00). Respecto al análisis de la responsabilidad de la entidad demandada, puntualizó que esta se encontraba acreditada independientemente de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, pues el resultado final fue la absolución de la procesada, lo que la hacía que se abriera paso a la responsabilidad de la Administración Pública.

10. Resolución N°6400 de fecha 22 de diciembre de 2004³⁹, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación ordenó dar cumplimiento a varios créditos judiciales a cargo de dicha entidad, entre los que se encontraban el referente al pago de la sentencia condenatoria surtida

³⁶ Fls.45-54 del C.1.

³⁷ Fls.55-60 del C.1.

³⁸ Fl.92-111 del C.1.

³⁹ Fls.126-130 del C.1.

dentro del proceso de reparación seguido por la señora Orfany Peña Peña, que mediante sentencia del 27 de noviembre de 2003 proferida por el Consejo de Estado la condenó a pagar la suma de *“siete millones ciento noventa mil seiscientos cuarenta y cuatro pesos (\$7'190.644,00)”*.

11. Copia del comprobante único de depósito N°49376476 de fecha 3 de marzo de 2005⁴⁰, por valor de SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (\$7'190.644,00) de la Fiscalía General de la Nación a favor del apoderado de la señora Orfany Peña Peña, señor Carlos Humberto Vásquez Agudelo⁴¹.

12. Copia del oficio N°5000-6-003 de fecha 5 de enero de 2006⁴², por medio del cual la Fiscal Coordinadora de la Unidad Especializada de Santiago de Cali (Valle del Cauca), le informó a la Jefe de la Oficina Jurídica de dicha entidad de Bogotá, que el funcionario que instruyó la investigación radicada bajo el N°6009 fue el señor Jairo Martínez Solarte, *“quien bajo reserva de identidad, instruyó la investigación en esta ciudad, hasta cuando ordenara la remisión por competencia a la ciudad de Armenia –Quindío”*; en cuanto a quien ocupada el cargo de Jefe de la Secretaría Común de la Extinta Fiscalía Regional de esa ciudad, afirmó que no se podía asegurar el nombre del funcionario.

5. El caso en concreto

Así las cosas, se analizará en el *sub judice* si hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del señor Jairo Martínez Solarte (Q.E.P.D.), es decir, si se cumplen con los requisitos de la acción de repetición antes señalados, de acuerdo con el material probatorio recaudado.

Ahora bien, respecto del primer requisito, (calidad del agente) la Sala lo tendrá por acreditado, de acuerdo con el material probatorio arrimado al expediente y puntualmente de acuerdo al oficio N°5000-6-003 de fecha 5 de enero de 2006⁴³, por medio del cual la Fiscal Coordinadora de la Unidad Especializada de Santiago de Cali (Valle del Cauca), le informó a la Jefe de la Oficina Jurídica de dicha entidad de Bogotá, que el funcionario que instruyó la investigación radicada bajo el N°6009 en dicha ciudad fue el señor Jairo Martínez Solarte, *“hasta cuando ordenara la remisión por competencia a la ciudad de Armenia –Quindío”*. Por lo antes expuesto el primer requisito para la prosperidad de la acción de repetición se encuentra demostrado.

Para acreditar el segundo de los requisitos (condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere el pago a cargo del Estado), la Subsección observa que

⁴⁰ Fl.133 del C.1.

⁴¹ Fl.134 del C.1.

⁴² Fls. 115-116 del C.1.

⁴³ Fls. 115-116 del C.1.

dentro del proceso obra copia de la sentencia del 27 de noviembre de 2003⁴⁴ dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de una acción de reparación directa promovida por la señora Orfany Peña Peña contra la Nación –Fiscalía General de la Nación, radicado bajo el interno N°12678, por medio de la cual se declaró la responsabilidad administrativa de la demandada, y se accedió parcialmente a sus pretensiones, exactamente, en lo que tiene que ver con los perjuicios inmateriales generados a la demandada como consecuencia de su privación injusta de la libertad.

Consta de las copias aportadas, que dicho fallo fue favorable a las pretensiones de la demanda accediendo a la reparación de los perjuicios ocasionados y ordenó como consecuencia de ello el pago de SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$7'190.644.00), al momento en que se produjo el fallo.

También obra constancia que para el 23 de enero de 2004, el fallo cobró ejecutoria según certificación expedida en tal sentido por el Secretario del Consejo de Estado⁴⁵. Así las cosas, se cumplió con el segundo de los requisitos exigidos para la prosperidad de la acción de repetición.

Respecto de la tercera exigencia, esto es, el pago efectivo, la entidad demandante allegó los siguientes medios probatorios:

1. Resolución N°6400 de fecha 22 de diciembre de 2004⁴⁶, por medio de la cual el Fiscal General de la Nación ordenó dar cumplimiento a varios créditos judiciales a cargo de dicha entidad, entre los que se encontraban el referente al pago de la sentencia condenatoria surtida dentro del proceso de reparación seguido por la señora Orfany Peña Peña, que mediante sentencia del 27 de noviembre de 2003 proferida por el Consejo de Estado la condenó a pagar la suma de *“siete millones ciento noventa mil seiscientos cuarenta y cuatro pesos (\$7'190.644,00)”*.
2. Copia de comprobante único de depósito N°49376476 de fecha 3 de marzo de 2005⁴⁷, por valor de SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (\$7'190.644,00) de la Fiscalía General de la Nación a favor del apoderado de la señora Orfany Peña Peña, señor Carlos Humberto Vásquez Agudelo⁴⁸.

De esta manera, para la Sala queda demostrado con las pruebas arrimadas al proceso, que la entidad demandante cumplió con la obligación a su cargo, consistente en la comprobación del pago a favor de la entonces accionante por valor de SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (\$7'190.644,00), valor que guarda plena correspondencia con el monto reconocido y liquidado por la Entidad demandante en la

⁴⁴ Fl.92-111 del C.1.

⁴⁵ Fl.114 del C.1.

⁴⁶ Fls.126-130 del C.1.

⁴⁷ Fl.133 del C.1.

⁴⁸ Fl.134 del C.1.

Resolución No. 6400 de 22 de diciembre de 2004, y sin que la parte demandada en su contestación haya objetado el pago de la misma.

En consecuencia, aportada en el *sub lite* la prueba idónea que acredita que se realizó efectivamente el pago, se tiene por cumplido el tercero de los requisitos para la procedencia de la acción de repetición.

Por último, respecto del requisito consistente en la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa, la Sala ha explicado en diferentes oportunidades que, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos, en este caso, a lo establecido en el artículo 63 del Código Civil:

“ARTICULO 63. 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”.

El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición⁴⁹ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77⁵⁰ y 78⁵¹ del C. C. A.. Así, dijo⁵² que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política⁵³ y en la ley.

Es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier

⁴⁹ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

⁵⁰ Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

⁵¹ Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

⁵² Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

⁵³ 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”.

error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

Así las cosas, la determinación de si una conducta es dolosa o gravemente culposa, reviste un carácter probatorio, debido a que el actor debe demostrar que resulta probada tal circunstancia, solo en tal caso habrá lugar a endilgarle responsabilidad patrimonial a los demandados.

Ahora bien, en orden a emitir pronunciamiento sobre el dolo o culpa grave del demandado, se encuentra el siguiente elemento probatorio:

1. Copia del proceso penal con radicado N°6009 seguido en contra de la señora Orfany Peña Peña por el delito de porte ilegal de armas tipificado en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, en el cual se destacan diferentes piezas sustanciales y procesales que reflejan el curso de dicha investigación.
2. Copia de la sentencia de fecha 25 de julio de 1996 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, por medio de la cual se condenó a la Nación –Fiscalía General de la Nación administrativamente responsable de los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por la señora Orfany Peña Peña, con ocasión de la *“prolongación ilegal de su detención por parte de funcionarios de aquella entidad, situación que se extendió entre el 17 de diciembre de 1993 y el 18 de marzo de 1994, en la ciudad de Armenia, Quindío”*, advirtiéndose que allí no se discutía la legalidad o *“... del allanamiento, la captura, ni aún del auto detencionario, lo que sí se logró comprobar sin ninguna dubitación fue la persistente transgresión de las normas procedimentales vigentes en materia penal, al no ser atendidas dentro de los términos legales las peticiones que en tiempo planteara la sindicada detenida, lo que trajo como consecuencia la prolongación injustificada de la privación de la libertad ...”*.

3. Copia de la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2003⁵⁴ proferida por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, y por medio de la cual se confirmó la responsabilidad administrativa de la demandada Nación –Fiscalía General de la Nación, se modificó lo concerniente a los perjuicios reconocidos determinado una condena por la suma de SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$7'190.644.00). Respecto al análisis de la responsabilidad de la entidad demandada, puntualizó que esta se encontraba acreditada independientemente de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, pues el resultado final fue la absolución de la procesada, lo que la hacía que se abriera paso a la responsabilidad de la Administración Pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procederá a analizar si el daño ocasionado a la señora Orfany Peña Peña dentro del trámite del proceso penal seguido en su contra, fue el producto de la conducta dolosa o gravemente culposa del ex funcionario de dicha entidad, Jairo Martínez Solarte (Q.E.P.D.), la cual será estudiada con base en los cargos propuestos por la demandante en su libelo demandatorio.

En ese orden de ideas, en la misiva referida la accionante pretende que se declare patrimonialmente responsable al señor Jairo Martínez Solarte (Q.E.P.D.), al considerar que en su calidad de Fiscal Delegado ante el Juez Regional de Cali, (i) profirió una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin los requisitos mínimos exigidos por el Código de Procedimiento Penal, y (ii) por la dilación de términos procesales *“hechos que sirvieron de fundamento para que el Consejo de Estado mediante sentencia del 27 de noviembre de 2003 proferida dentro del proceso de reparación directa 12.678, declarara a la Nación –Fiscalía General de la Nación, responsable por la detención injusta de la cual fue víctima la señora Orfany Peña Peña”*⁵⁵.

Mirado así el asunto, la Sala procederá a analizar si con el material probatorio aportado al expediente, el primero de los cargos expuestos en la demanda tiene vocación de prosperidad, esto es, si la medida de aseguramiento fue proferida con el mínimo de requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal vigente al momento de los hechos.

Al respecto, para esta Subsección es claro que el Fiscal Delegado ante el Juez Regional de Cali (Valle) en su decisión de imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva⁵⁶ en contra de la señora Orfany Peña Peña, tuvo como fundamento lo establecido en el Decreto 2700 de 1991 (Código Procesal Penal Vigente al momento de los hechos), así como el Decreto 1663 de 1979 modificado por el Decreto 2003 de 1982 (por medio del cual se expidió el Estatuto Nacional para el Control y Comercio de Armas, Municiones, Explosivos y sus

⁵⁴ Fl.92-111 del C.1.

⁵⁵ Fl.2 del C.1.

⁵⁶ Fls.30-34 del C.1.

Accesorios), y el Decreto 3664 de 1986 (que en su artículo 2º establecía un tipo penal respecto al porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares), y que sumado al acervo probatorio recopilado, le permitió concluir acerca de su procedencia, así:

“... Para fundar medida de aseguramiento de detención pre cautelariva en el caso específico el canon 388 del ordenamiento Procesal Penal reclama de las probanzas allegadas a la foliatura, en contra del imputado, la existencia al menos de un indicio grave de responsabilidad. Veamos:

En sentir de la Fiscalía, el indicio grave de responsabilidad que se erige como determinante en el presente asunto es, a no dudarlo, el hecho que en el inmueble habitado por la justiciable fueron encontrados, entre otros elementos, una escopeta marca Bernardelly, de fabricación Italiana, calibre 16 original, amén de municiones; su explicación sobre la tenencia (...) en particular de la escopeta no es del todo convincente pues nadie, aún en condición de administrador y/o propietario de un establecimiento público, accede a guardar un arma de fuego a un desconocido y, de aceptarlo en gracia de discusión, menos tenerla durante dos meses. Ella sabía, como lo ha manifestado en diligencia ausente de juramento, que se trataba de un arma de fuego y municiones y sin embargo nada hizo para entregarla a su propietario y/o las autoridades”⁵⁷.

Sin embargo, cuando el asunto pasó a conocimiento de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional de Bogotá en virtud del recurso de apelación interpuesto por la señora Peña Peña en contra de la medida de aseguramiento decretada en su contra, la norma que calificaba el arma que se le había decomisado como un “*arma de guerra o de uso privativo de las fuerzas militares*”, había sido modificada por el Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993, ocasionando la variación en la calificación de su conducta, pues a la luz de esta nueva normatividad, las características del arma decomisada la hacían pertenecer a aquellas armas denominadas de “*defensa personal*”, y por consiguiente, se hizo imperativa la aplicación del principio de favorabilidad en beneficio de aquella, debiendo en consecuencia revocar la medida de aseguramiento recurrida.

Sumado a lo anterior, la modificación de dicha normatividad fue precisamente el argumento central para que en interlocutorio del 14 de diciembre de 1994⁵⁸ el Juez Quinto Penal del Circuito de Armenia improbara la diligencia de sentencia anticipada llevada a cabo por la Fiscalía Octava Especializada de Armenia el día 1 de diciembre de 1994, en la que afirmó que la conducta por la cual se sindicaba a la señora Orfany Peña era atípica, considerando por ende que se habían “*violado garantías fundamentales con su formulación*”.

En igual sentido, se refirió la Fiscalía Once (11) Especializada de Ley 30 de 1986 de Armenia, en proveído del 18 de julio de 1995⁵⁹ por medio del cual decidió precluir toda investigación que se seguía en contra de la entonces sindicada, en la que precisó lo siguiente:

“... Considera este despacho, que el actuar inicial del Fiscal Octavo Especializado, fue adecuado a la ley, por cuanto el decreto 2003 de 1982 contemplaba en su artículo 2 la clasificación de las armas teniéndose entonces que el tipo de arma retenida de acuerdo a la longitud de su cañón era de aquellas contempladas como de uso privativo de las fuerzas militares por lo tanto, le

⁵⁷ Fls.32-33 del C.1.

⁵⁸ Fls.55-60 del C.1.

⁵⁹ Fls.160-168 del cuaderno penal 2.

correspondía conocer de la investigación a la Fiscalía Regional de Orden Público, por cuanto se consideraba a la encartada como infractora del decreto 3664 de 1986 en su artículo 2. Tanto es así que esta inmediatamente avocó conocimiento continuando con la investigación y ordenando el peritaje del arma, donde se concluyó por parte del perito que el arma incautada no era de aquellas de defensa personal, procediendo entonces dicha fiscalía a proferir resolución interlocutoria resolviendo la situación jurídica de esta y dictando contra ella medida de aseguramiento consistente en detención preventiva ... Dicho dictamen se produjo de acuerdo al decreto mencionado (2003/82) por cuanto era la normatividad vigente en esa época.

En diciembre 17 del mismo año, sale al ámbito jurídico una nueva normatividad de carácter penal, cual es el decreto 2535 de 1993, la cual deroga en forma expresa todas las normas anteriores que le sean contrarias, trayendo consigo una nueva clasificación de las armas en su artículo 7, donde se observa claramente que ya el arma incautada no se encuentra dentro de las llamadas armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública sino que se considera un arma de defensa personal...”⁶⁰

Aunado a lo anterior, cuando el Tribunal Administrativo de Quindío estudió la acción de reparación directa interpuesta por la señora Orfany Peña, advirtió respecto a la responsabilidad de la hoy accionante, que en dicho litigio no se discutía la legalidad o ilegalidad “... *del allanamiento, la captura, ni aún del auto detencionario, lo que sí se logró comprobar sin ninguna dubitación fue la persistente transgresión de las normas procedimentales vigentes en materia penal, al no ser atendidas dentro de los términos legales las peticiones que en tiempo planteara la sindicada detenida, lo que trajo como consecuencia la prolongación injustificada de la privación de la libertad ...*”.

Y finalmente, cuando esta Honorable Corporación pasó a estudiar el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Quindío señaló que la responsabilidad de la administración se encontraba acreditada independientemente de la licitud o ilicitud de la decisión que sirvió de fundamento, pues el resultado final de dicha investigación fue la absolución de la procesada, lo que era suficiente para que se abriera paso a la responsabilidad de la administración pública.

Con todo lo anterior, para la Sala es claro que si bien la señora Orfany Peña le fue precluída la investigación penal seguida en su contra por el delito de porte ilegal de armas, y que la medida de aseguramiento que había sido decretada en su contra fue revocada en segunda instancia, al considerarse en ambas decisiones que la conducta por la cual se le sindicada resultaba atípica, lo cierto es que, al momento en que el demandado, señor Jairo Martínez Solarte en su calidad de Fiscal Regional de Cali, profirió la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su contra, la normatividad que calificaba el arma incautada a la señora Peña como un arma de guerra o de uso privativo de las fuerzas militares se encontraba vigente, evidenciándose con esto, la ausencia de una conducta dolosa y/o gravemente culposa en su decisión, tal y como lo ratifican las consideraciones de cada una de las providencias antes referidas, en el que señalaron hasta la saciedad que en virtud de la vigencia del Decreto 2535 de 1993, el arma incautada no se hallaba dentro de las llamadas “armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública”.

⁶⁰ Fls.164-165 del cuaderno penal 2.

De manera que, es palmario que al momento en que se produjo la definición de la situación jurídica de la señora Orfany, el funcionario instructor contaba con un indicio grave de responsabilidad, esto es, que de acuerdo a la normatividad vigente al momento de los hechos, las características del arma incautada pertenecían a aquellas denominadas como *“armas de guerra o de uso privativo de las fuerzas militares”*, sin que la sindicada hubiera dado justificación suficiente de su conservación y tenencia, pues tal y como lo refirió en su momento el Fiscal instructor en la providencia que resolvió imponerle a esta medida de aseguramiento, *“nadie aún en condición de administrador y/o propietario de un establecimiento público accede a guardar un arma de fuego a un desconocido, y ... menos tenerla durante dos meses”*, sin haber hecho algo para entregarla a su propietario o a alguna autoridad.

Descartada la presencia de dolo y/o culpa grave por parte del ex funcionario demandado en la providencia que decidió imponer medida de aseguramiento en contra de la señora Orfany Peña Peña, la Sala procederá a analizar el siguiente cargo referido por la demandante, esto es, que haya existido dolo y/o culpa grave en la dilación de términos procesales que finalmente sirvieron de fundamento para que *“el Consejo de Estado mediante sentencia del 27 de noviembre de 2003 proferida dentro del proceso de reparación directa 12.678, declarara a la Nación –Fiscalía General de la Nación, responsable por la detención injusta de la cual fue víctima la señora Orfany Peña Peña”*⁶¹.

Así las cosas y con referencia a este último cargo, en el expediente se tiene demostrado que el día 15 de septiembre de 1993 se practicó diligencia de allanamiento por parte de la Fiscalía Cuarta (4) de la Unidad Previa de la ciudad de Armenia (Quindío), en la que tuvo como resultado la captura en flagrancia de la señora Orfany Peña, quien al día siguiente fue puesta a disposición de la Fiscalía Octava (8) Especializada de Armenia (Quindío), autoridad que a su vez en proveído del mismo día dispuso su remisión a un Juez Regional Delegado de Orden Público de la misma ciudad, al considerar que por las características del arma decomisada, era este despacho penal quien tenía la competencia de asumir el conocimiento del mismo.

En Resolución N°781 del mismo día, esto es, del 16 de septiembre de 1993⁶², la Fiscalía Regional de Armenia ordenó que la detenida fuera escuchada en indagatoria, y que una vez surtida la misma, las piezas procesales fueran remitidas a la Dirección Regional de Fiscalías de Santiago de Cali.

Así, llevada a cabo la diligencia de indagatoria referida, la Fiscalía Regional de Armenia (Quindío) le informó a su homóloga de Cali, que a través de Resolución N°781 había asumido el conocimiento de los hechos; posteriormente a través de oficio N°1259 de fecha 20 de

⁶¹ FI.2 del C.1.

⁶² FI.12 del cuaderno penal 2.

septiembre de 1993⁶³ dicha Fiscalía de Armenia remitió a su homóloga de Cali las respectivas diligencias, para efectos de que resolviera situación jurídica de la sindicada, Orfany Peña Peña.

Una vez recibida las presentes diligencias por la Secretaría General de la Dirección Regional de Fiscalías de Santiago de Cali el día 21 de septiembre de 1993⁶⁴, fueron puestas a disposición del Jefe Regional *“para asignar Fiscal”* tal y como consta en informe secretarial de la misma fecha⁶⁵.

Seguidamente, el día 23 de septiembre de 1993⁶⁶ la Fiscalía Delegada ante el Juez Regional de Santiago de Cali, dispuso resolver situación jurídica de la sindicada, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su contra.

Posteriormente, la notificación personal de dicha providencia tuvo lugar hasta el día 4 de octubre del mismo año⁶⁷ (en cumplimiento del despacho comisorio N°1083 del 29 de septiembre de 1993⁶⁸), siendo allegada por parte la Fiscalía Regional de Armenia a la Secretaría General de la Dirección Regional de Fiscalías de Santiago de Cali, el día 8 de octubre del mismo año⁶⁹.

A través de informe secretarial de fecha 5 de noviembre de 1993⁷⁰, el Técnico Judicial grado II pasó al despacho del señor Jefe de la Unidad Regional de Fiscalías el respectivo proceso, *“para que por su conducto sea entregado al señor Fiscal Regional que conocer de la presente investigación informándole que se remite cuaderno original donde visible a ...folio 74 se lee recurso de apelación interpuesto por Orfany Peña Peña, a folio 93 Solicitud de libertad provisional”*, en la que a su vez se observa una anotación de remisión que reza: *“en la fecha remito cuaderno original a despacho del señor Fiscal Regional”*, la cual se evidencia se realizó el día 9 de noviembre de 1993.

En consecuencia, la Fiscalía Delegada ante el Juez Regional por medio de proveído de esta fecha, o sea del 9 de noviembre de 1993⁷¹ decidió conceder el recurso de apelación interpuesto por la sindicada, para lo cual solicitó tener en cuenta lo establecido en el artículo 196 A de la Ley 81 de 1993; igualmente, ordenó a la Secretaría remitirle un cuaderno de copias a la **mayor brevedad posible**, con el propósito de resolver la petición de libertad provisional elevada por la defensa de la señora Peña Peña.

De manera que, reposa en el plenario constancias secretariales de fecha 16 de noviembre y 2 de diciembre de 1993, por medio del cual se corrió traslado del recurso de apelación interpuesto

⁶³ Fl.27 del cuaderno penal 2.

⁶⁴ Fl.28 del cuaderno penal 2.

⁶⁵ Fl.31 del cuaderno penal 2.

⁶⁶ Fis.32-36 del cuaderno penal 2.

⁶⁷ Fl. 62 del cuaderno penal 2.

⁶⁸ Fl.47 del cuaderno penal 2.

⁶⁹ Fl.57 del cuaderno penal 2.

⁷⁰ Fl.67 del cuaderno penal 2.

⁷¹ Fl.68 del cuaderno penal 2.

en contra de la medida de aseguramiento a la sindicada para que lo sustentara, así como a los no recurrentes, respectivamente, actuación que finalmente terminó el día 9 de diciembre de 1993⁷².

Sin embargo, la defensa de la sindicada Peña Peña mediante escrito del 4 de enero de 1994⁷³, solicitó al Fiscal Delegado ante el Juez Regional de Cali, dar una explicación respecto al trámite de la solicitud de libertad provisional; así mismo, solicitó el cambio de radicación de la investigación al considerar que el conocimiento de los hechos correspondían a la “justicia especializada y no a la regional”.

Posteriormente, se observa proveído suscrito por el Jefe de la Secretaría Común de la Fiscalía Regional de Cali de fecha 28 de Febrero de 1994⁷⁴ en la que ordenó la refoliatura del expediente con el propósito de que fuera remitido a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional de Bogotá, en virtud del recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución del 23 de septiembre de 1993.

Por otro lado, mediante informe secretarial del 1 de marzo de 1994 el proceso penal pasó al despacho del Coordinador Regional de Fiscalías con el fin de que fuera entregada dicha investigación al señor “*Fiscal Regional que le haya correspondido*”, e informó el conflicto de competencias propuesto por la defensa de la señora Orfany Peña Peña.

Dicha situación fue finalmente resuelta por el Fiscal Delegado ante el Juez Regional de Cali, quien a través de providencia del 3 de marzo de 1994⁷⁵ decidió remitir el proceso por competencia a la Fiscalía Especializada Delegada de Armenia, pues consideró que con la entrada en vigencia del Decreto 2535 de 1993, la norma que sustentaba su competencia había cambiado.

Por lo anterior, la Fiscalía Octava Especializada de Armenia avocó conocimiento mediante proveído del 18 de marzo de 1994⁷⁶, decisión que a su vez decidió otorgar libertad provisional a la sindicada Orfany Peña Peña⁷⁷.

Con todo lo anterior, para la Sala es claro que del material probatorio allegado no es posible afirmar que el demandado haya actuado de manera dolosa y/o gravemente culposa, pues sus

⁷² "ARTÍCULO 196A. SUSTENTACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA PROVIDENCIAS INTERLOCUTORIAS. Cuando se haya interpuesto como único el recurso de apelación, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de cinco (5) días, para la sustentación respectiva. Precluido el término anterior, correrá traslado común a los no recurrentes por el término de seis (6) días.

⁷³ Fl.100 del cuaderno penal 2.

⁷⁴ Fl.105 del cuaderno penal 2.

⁷⁵ Fls.124 del cuaderno penal 2.

⁷⁶ Fls.128 -129 del cuaderno penal 2.

⁷⁷ Fls.130 del cuaderno penal 2.

actuaciones se surtieron dentro de los términos establecidos en la norma procesal penal, tal y como pasará a exponerse a continuación:

En primer lugar, frente a la definición de la situación jurídica de la señora Orfany Peña Peña, para el despacho es claro que una vez fue escuchada en indagatoria (la cual se realizó dentro del término establecido en el artículo 386 del Decreto 2700 de 1991, esto es, dentro de los 3 días siguientes a su captura), el proceso fue remitido el día 21 de septiembre de 1993 al despacho del Fiscal Delegado ante el Juez Regional de Cali, para que resolviera la situación jurídica de la capturada.

Al respecto, el artículo 387 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos) preveía que después de tomada la indagatoria al capturado, el Fiscal de conocimiento contaba con cinco (5) días para definir la situación jurídica del capturado; sin embargo, dicha disposición permitía que el término para definir su situación jurídica fuera de veinte (20) días, siempre y cuando el competente de definirla fuera un Juez Regional, en donde la indagatoria del capturado la hubiera recibido un fiscal de sede distinta, así:

“ARTICULO 387. Definición de la situación jurídica. Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria o vencido el término anterior, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar dentro de los cinco días siguientes, con medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique, u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el sindicado suscribirá un acta en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad competente cuando se le solicite.

Si el sindicado no estuviere privado de la libertad, el plazo para resolver situación jurídica será de diez días contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente. El fiscal dispondrá del mismo término cuando fueren cinco o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas se hubiere realizado el mismo día.

En los delitos de conocimiento de los jueces regionales recibida la indagatoria el fiscal definirá la situación jurídica dentro de los veinte días siguientes si aquella hubiere sido recibida por un fiscal de sede distinta”.

En el presente caso, al tratarse de unos hechos que le competían al Fiscal Delegado ante el Juez Regional de Cali, sumado al hecho de que la indagatoria de la capturada la recibió un Fiscal de una sede distinta (en este caso el Fiscal Delegado ante el Juez Regional de Armenia), para esta Subsección es evidente que contaba hasta con veinte (20) días para resolver la situación jurídica de la capturada, y comoquiera que este se hizo antes de este término, el trámite llevado a cabo por parte del demandado como funcionario de la Fiscalía General de la Nación, se encuentra ajustado a la normatividad vigente al momento de los hechos.

En segundo lugar, respecto al tiempo transcurrido entre la presentación del recurso de apelación y el auto que decidió concederlo ante el superior, para esta Corporación en el expediente tampoco se evidencia una falta por parte del demandado, pues si bien el recurso de apelación en contra de la providencia que definió la situación jurídica de la señora Peña Peña, se presentó ante la Secretaría General de la Dirección Regional de Fiscalías dentro de los

términos permitidos por la Ley, lo cierto es, que esta dependencia lo remitió al despacho del Fiscal encargado solamente hasta el 9 de noviembre de 1993 (tal y como se observa en constancia secretarial⁷⁸) y teniendo en cuenta que el auto que concedió dicho recurso de coincidió con esta fecha, al tenor de lo establecido en el artículo 205 del Decreto 2700 de 1991⁷⁹ la Sala puede concluir que la actuación de dicho ex funcionario estuvo acorde a la normatividad que lo regía.

No obstante, de lo analizado se desprende que quien tenía el deber de velar por el paso al despacho de los expedientes para su correspondiente resolución, no era el Fiscal de conocimiento, sino el personal de asignado a la Secretaría Común Regional de Fiscalías de dicha ciudad encabezado al momento de los hechos por su Jefe encargado, el señor Edison Restrepo Florez, y comoquiera que ninguno de estos funcionarios fueron demandados en esta acción, la Sala no podrá realizar ninguna declaración de responsabilidad en su contra.

Finalmente, con relación el término entre el proveído de fecha 9 de noviembre de 1993, por medio del cual el demandado ordenó remitir a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional de Bogotá, y el proveído de fecha 18 de marzo de 1994 por medio del cual la Fiscalía Octava Especializada decidió dejar en libertad provisional a la señora Orfany Peña, así como de aquella decisión proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional de Bogotá (la cual resolvió revocar la medida de aseguramiento decretada en contra de la señora Orfany Peña Peña), para la Sala es evidente que la mora en el cumplimiento de los términos procesales no se debió al actuar negligente del demandado, pues como se demostró con todo el acervo probatorio obrante, las decisiones y órdenes que este impartió se dieron dentro del marco normativo vigente para la época de los hechos, cosa distinta es que los funcionarios que han debido ejecutarlas no las hicieron dentro del término esperado, esto es, el diferente personal asignado a la Secretaría Común Regional de Fiscalías de Santiago de Cali de dicha dependencia, el cual se encontraba encabezado al momento de los hechos por su Jefe (encargado), quien como se señaló en el párrafo anterior, no fue demandado en la presente acción patrimonial.

Se concluye de esta manera, que el actuar del demandado en el trámite llevado a cabo en el proceso penal seguido en contra de la señora Orfany Peña se ajustó a la normatividad vigente, sin que se observara dolo y/o culpa grave en su dirección.

Bajo esa misma línea, llama la atención de la Sala la notable negligencia de la defensa judicial de la entidad demandante al no haber demandado a los funcionarios que verdaderamente bajo el marco de sus funciones tenían el deber de velar por el trámite secretarial de los expedientes asignados a su cargo, como lo es el paso al despacho y el cumplimiento de las diferentes órdenes del Fiscal (como la remisión a segunda instancia de los expedientes apelados), los

⁷⁸ Fl.67 del cuaderno penal 2.

⁷⁹ **ARTICULO 205.** Concesión del recurso de apelación. Si el recurso fuese viable, se concederá en forma inmediata mediante auto de sustanciación en que se indique el efecto en que se concede.

cuales se ven transgredidos en el presente caso, y que demuestra la falta de interés de la entidad pública demandante en sacar adelante las pretensiones de su demanda y recuperar el patrimonio público.

La Sección Tercera y esta Subsección ha insistido de manera enfática que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que “... *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*” y, en acatamiento del mismo, es menester reiterar la observancia de la carga procesal que le atañe a la entidad demandante de probar en la acción de repetición los requisitos configurativos de la misma **y los fundamentos de hecho de la demanda como noción procesal que se basa en el principio de autorresponsabilidad de las partes** y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable de todo aquél a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable, en este caso, haber dirigido la demanda en contra de los funcionarios encargados del trámite secretarial del proceso que se adelantó en contra de la señora Orfany Peña Peña.

Por último, y de acuerdo a lo planteado en párrafos anteriores, la Sala considera oportuno efectuar un severo llamado de atención a las entidades públicas, por la falta de vigilancia y control de la actividad procesal como actores en la interposición de la denominada acción de repetición, la cual propende establecer la responsabilidad de sus agentes y la recuperación de los dineros de naturaleza pública. Lo anterior, teniendo en cuenta la manera descuidada y poco diligente, que se observa en la presentación de este tipo de demandas, en las cuales no se acredita cabalmente el cumplimiento de los requisitos esenciales para la prosperidad de dicha acción, **esto es, la calidad del agente, la condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos, el pago efectivo y por último, el dolo o culpa grave del servidor público,** a pesar de la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en la materia.

Cabe advertir, que la indebida escogencia del demandado en cada una de las demandas presentadas por el Estado para la procedencia de la acción de repetición, no ha permitido en esta instancia conceder y en consecuencia, hacer efectiva la acción de repetición, como en el caso analizado en el sub lite, situación que genera desgaste y congestión en la administración de justicia, poca efectividad en el cumplimiento de la finalidad de la acción y en algunos casos, podría llegar a configurarse un detrimento patrimonial del erario público por la sumas pagadas y no recuperadas y adicionalmente, por los costos administrativos generados por la interposición de la demandas, solo para dar cumplimiento a un mandato legal.

Por lo antes expuesto, y en aras de materializar el propósito de la acción de repetición consagrada desde nuestra Carta Magna, se ordenará poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República, para que en el campo de sus competencias como entes de control, realicen las acciones preventivas y correctivas pertinentes.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Quindío de fecha 9 de febrero de 2017, bajo las consideraciones expuestas en esta providencia.

6. Condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Quindío el 9 de febrero de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado