

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE TUNJA

Tunja, veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

DEMANDADO: NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA

RADICACIÓN: 15001 33 33 007 2013 00240 - 00

MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.- La demanda y la tesis de la entidad demandante (fl. 2-7):

LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, actuando por conducto de apoderado legalmente constituido para el efecto, acudió ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de repetición consagrado en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, en contra del señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, solicitando que se declare su responsabilidad, a título de culpa grave, por los hechos que originaron el pago realizado en virtud del acuerdo conciliatorio celebrado dentro del proceso de reparación directa No. 150013333007-2007-00033-00, aprobado mediante auto de fecha 04 de mayo de 2011, proferido por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene al demandado al pago de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$171.768.700,52), que corresponden al valor asumido por la entidad como consecuencia del hecho dañoso.

Finalmente, solicita la indexación de las sumas reconocidas, la fijación de un plazo para el cumplimiento de la obligación y la imposición de condena en costas.

Como sustento de sus pretensiones, la apoderada del ente demandante señaló:

Que el 19 de enero de 2007, se hicieron presentes algunos miembros del Ejército Nacional en la Plaza de Mercado del Sur del Municipio de Tunja, en cumplimiento de la Misión No. 014, cuyo objeto era la verificación de antecedentes de la población civil que se encontraba en el lugar.

Que dentro de los uniformados que estaban presentes se encontraba el Soldado Regular NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, quien accionó su arma de dotación contra el civil JOSÉ VÍCTOR GÓMEZ PLAZAS, causándole la muerte, luego de que desobedeciera la orden de alto para realizar una requisa.

Que como consecuencia de lo anterior, los familiares de la víctima presentaron demanda de reparación directa contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, donde la entidad resultó condenada al pago de perjuicios según sentencia de fecha 19 de enero de 2011, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja; que seguidamente, se llevó a cabo el acuerdo conciliatorio aprobado mediante auto fecha 04 de mayo de 2011, en virtud del cual se realizó el pago de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$171.768.700,52).

Que dicho pago se materializó el 28 de octubre de 2011, habiendo sido ordenado y autorizado mediante Resolución No. 5260 del mismo año.

Que para la fecha de presentación de la demanda, cursaba en la Justicia Penal Militar proceso contra el señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, por los delitos de lesiones personales y homicidio, causa dentro de la cual se profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y que actualmente goza del beneficio de libertad provisional.

Que la conducta desplegada por el señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA puede calificarse como gravemente culposa, toda vez que el daño causado fue consecuencia de una inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones, al no cumplir con el decálogo de manejo de armas de fuego y las instrucciones impartidas por sus superiores sobre el particular, acreditándose los presupuestos para repetir en su contra el pago realizado por la entidad.

▪ **Fundamentos de derecho:**

En la demanda se invocan como vulnerados los siguientes preceptos:

- Arts. 2, 6, 90 y 207 de la Constitución Política
- Ley 678 de 2001
- Art. 142 de la Ley 1437 de 2001

Señalando que, si bien el Estado debe responder patrimonialmente por los daños ocasionados a terceros, es procedente repetir contra el funcionario que ha generado tal responsabilidad estatal por cuenta de un actuar doloso o gravemente culposo; lo anterior, en aras de recuperar en favor del erario el monto proporcional de los perjuicios causados.

2.- Contestación y tesis del demandado (fls. 179 - 180):

Mediante escrito radicado dentro del término establecido para el efecto, el curador ad-litem del demandado contestó la demanda pronunciándose sobre

los hechos señalando que se atiende a las pretensiones que se encuentren acreditadas una vez examinados los elementos de prueba allegados al proceso.

3.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Dentro del término de traslado para alegar (fls. 216 - 217), las partes y el Ministerio Público se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- Entidad demandante (fls. 232-383): Luego de referirse a las normas y parámetros jurisprudenciales que regulan la acción de repetición, reiteró los argumentos expuestos en la demanda frente a la responsabilidad del demandado.

3.2.- Curador ad-litem del demandado (fls. 230 - 231): Adujo que en el presente caso no se encuentran reunidos los presupuestos exigidos para la prosperidad del medio de control, precisando: (i) Que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, no es posible presumir la existencia de dolo o culpa grave, sino que por el contrario, dichas circunstancias deben ser demostradas durante el decurso procesal; (ii) que dentro del plenario no se encuentra acreditada la existencia de dolo o culpa grave en el actuar del agente estatal; (iii) que dada su condición de soldado en servicio militar obligatorio, no era pertinente dotar al demandado de armamento altamente peligroso; (iv) que dentro del expediente no obra prueba de que el demandado haya recibido instrucción sobre el porte y manejo de armas de fuego; (v) que no existe claridad frente a las directrices impartidas por el comandante respecto de los procedimientos o situaciones que pudieran presentarse en la operación; (vi) que en consecuencia, se torna evidente la responsabilidad de la entidad demandada al no tener en cuenta el debido cuidado en el ejercicio de una actividad peligrosa, dejando a la deriva a un agente sin la idoneidad y experiencia para el manejo de este tipo de operaciones; (vii) que no se advierte la existencia de condena penal o disciplinaria en contra del demandado; (viii) que tan sólo se acreditó la investigación en curso de la Justicia Penal Militar. Agregó que si bien se presentó una falla del servicio que conllevó el fallecimiento del señor Gómez Plazas, lo cierto es que en el presente caso lo relevante es determinar si el agente estatal contaba con todas las herramientas para determinarse, o si por el contrario, existe una responsabilidad directa de las fuerzas militares al dotar de arma a un individuo sin formación profesional para hacer uso de ellas y; (x) que operó el fenómeno de la caducidad al haber transcurrido más de dos años entre el pago y la presentación de la demanda.

3.3.- Ministerio Público (fl. 368-322173): Emitió concepto favorable frente a las pretensiones de la demanda, por considerar que en el presente caso se encuentran demostrados los elementos exigidos para estructurar la responsabilidad del agente estatal. En tal sentido señaló que en virtud del acuerdo conciliatorio celebrado dentro del proceso de reparación directa No. 150013333007-2007-00033-00, surgió para la administración la obligación de pagar la suma de dinero que hoy se reclama, pago que tuvo lugar el 28 de octubre de 2011; además, refiere que de acuerdo a medios de prueba que obran en el proceso ordinario, que el demandado ostentaba la calidad de agente estatal para la fecha de los hechos, que el demandado actuó con culpa grave al

accionar su arma de fuego contra el señor JOSÉ VÍCTOR PLAZAS GÓMEZ, sin la debida precaución y desobedeciendo las órdenes impartidas previamente al inicio del operativo, dando lugar al daño antijurídico, y a la consecuente condena en contra de la entidad accionada, sin que se evidencie alguna causal eximente de responsabilidad.

C O N S I D E R A C I O N E S:

1.- PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde al Despacho determinar si el pago que la entidad demandante, a saber la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL afirma haber efectuado en virtud del acuerdo conciliatorio celebrado con los familiares de la víctima dentro del proceso de reparación directa No. 150013333007-2007-00033-00, aprobado con auto de fecha 04 de mayo de 2011, proferido por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, es atribuible a un actuar gravemente culposo del señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA en su condición de ex soldado regular, en los hechos ocurridos el 19 de enero de 2007 al haber accionado su arma de dotación contra el civil JOSÉ VÍCTOR GÓMEZ PLAZAS, suceso que causó su fallecimiento.

No pasa por alto el Despacho que en el escrito de alegatos la entidad accionada calificó la conducta de la agente como dolosa, sin embargo, la imputación efectuada en la demanda fue a título de culpa grave -que será analizada en esta oportunidad-, en el entendido de que desde la demanda y los argumentos que la sustentan, se refiere tal título indicando que el daño causado fue consecuencia de una inexcusable omisión en el ejercicio de la función del demandado por no cumplir el decálogo para el manejo de armas, ni las órdenes y directrices de sus superiores relativas al manejo de armas de fuego; así mismo, se señaló en la demanda que se configuró un actuar gravemente culposo del funcionario del Ejército Nacional NELSON FERNEY al omitir su deber constitucional, legal y reglamentario de proteger a los habitantes del territorio nacional a través de acciones peligrosas derivadas del uso de armas de fuego y al incumplir las directrices de los comandantes respecto del uso de tales artefactos.

Ahora, efectos de resolver el anterior problema jurídico, el Despacho procederá a analizar los siguientes aspectos, en su orden: **i)** marco constitucional y legal de la acción de repetición, **ii)** de los requisitos para la prosperidad de las pretensiones en acción de repetición, y **iii)** análisis del caso concreto.

3.- MARCO JURÍDICO:

3.1.- Fundamento Constitucional y legal de la acción de repetición.

De conformidad con las previsiones constitucionales contenidas en el Art. 90 Superior, la acción de repetición fue consagrada constitucionalmente como un deber atribuido a los entes estatales al disponer que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados

por la acción u omisión de las autoridades públicas, previendo que, en el supuesto de que se imponga una condena al Estado como consecuencia de la reparación patrimonial de un daño que haya sido causado por cuenta de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, el Estado deberá repetir contra éste¹.

Dicho planteamiento constitucional fue desarrollado por la Ley 678 de 2001, **por la cual se reglamentó la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, indicando que esta acción está encaminada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública**, constituyendo un deber de las entidades públicas promover la acción de repetición cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes.

La Ley 678 de 2001, reguló el tema de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través de la acción de repetición y del llamamiento en garantía y finalmente la Ley 1437 de 2011, contempló en su artículo 142 el medio de control de repetición 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 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.”

Ahora bien, en cuanto a la normatividad aplicable en el aspecto sustancial, el Consejo de Estado, ha precisado que “...las normas aplicables para dilucidar si el demandado actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo en que tuvo lugar la conducta del agente estatal...”, posición que se aviene con el principio de legalidad contenido en el Artículo 29 Superior, el cual establece que “...Nadie podrá ser juzgado **sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa**, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”.

¹ ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Atendiendo entonces a la precisión previamente citada, es claro que el análisis de la responsabilidad del agente público debe efectuarse atendiendo a los parámetros establecidos en la Ley 678 de 2001, pues dicha norma reglamentó lo concerniente a la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, normativa expedida el 03 de agosto de 2001, esto es, con anterioridad a la materialización de la conducta que se le endilga al demandado, NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, que tuvo lugar el 19 de enero de 2007.

Así las cosas, en relación con los aspectos sustanciales, además de las normas constitucionales pertinentes, resultan aplicables al presente caso las disposiciones previstas en la Ley 678 de 2001 y en cuanto a las normas procesales, como se efectuó desde la admisión de la demanda, es claro que se debe aplicar lo dispuesto en el C.P.A.C.A. y la Ley 678 de 2001, vigentes a la fecha en que se instauró la presente demanda.

3.2.- De la naturaleza de la acción de repetición.

El artículo 2º de la Ley 678 de 2001 define la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial que debe ser ejercida en contra del servidor o ex-servidor público que a consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado en virtud de una sentencia condenatoria, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

Para la Corte Constitucional, la acción de repetición tiene carácter indemnizatorio y a través de ella el Estado pretende el reintegro de los dineros cancelados a título de indemnización a favor de un particular y en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto². En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que según las voces del precitado artículo 2º de la Ley 678 de 2001, *"...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..."*³, acción que de conformidad con el mismo mandato, puede ejercitarse contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

² Sobre la naturaleza de la acción, la citada Corporación expuso "...Como puede observarse, esta acción tiene un carácter claramente indemnizatorio. La Corte Constitucional sostuvo en relación con los elementos y la finalidad de la misma: "De acuerdo con lo anterior, la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. "Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos (sic) causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. "Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. "Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública." Sentencia C-832 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil..."

C. Constitucional. M.P. Jaime Araujo Rentaría. Sent. C-778/03 del 11 de septiembre de 2003. Exp. D-4477.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755). Actor: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Demandado: Jhon Jairo Parra Rentería. Referencia: Acción de Repetición (Consulta de Sentencia).

Han sido entonces coincidentes las Altas Corporaciones en precisar que la acción de repetición, tiene por finalidad garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella⁴ y que en tal virtud, al tenor de lo previsto por la citada Ley 678 de 2001, **la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos⁵: i)** la existencia de condena judicial, acuerdo conciliatorio, transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que imponga una obligación de pagar una suma de dinero a cargo de la entidad estatal correspondiente; **ii)** el pago efectivo realizado por la entidad pública; **iii)** la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas; **iv)** la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa; y **v)** que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

Luego, la no acreditación de los tres primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante, el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad y la calidad del demandado, tornan improcedente la acción y relevan del análisis de la responsabilidad que se imputa.

4.- CASO CONCRETO:

De acuerdo con el material probatorio recaudado durante el decurso procesal y los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado⁶, en torno a que la Administración, por ostentar la calidad de parte demandante tiene la carga de acreditar oportuna y debidamente los hechos en que se funda la demanda, es preciso establecer si se encuentran reunidos los presupuestos que permitan estructurar la responsabilidad del agente del estatal, en los siguientes términos:

4.1.- Existencia de una obligación impuesta al Estado para reparar un daño antijurídico.

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“...El primer presupuesto para que haya lugar a la procedencia de este medio de control consiste en que el Estado se haya visto compelido a la reparación de un daño antijurídico, por virtud de un fallo condenatorio, de una conciliación debidamente aprobada en sede judicial o haya dado reconocimiento indemnizatorio por virtud de otra forma de terminación de un conflicto, tal y como prevé el artículo 2º de la Ley 678 de 2001...”*.

En el presente caso, se encuentra acreditado que el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja mediante sentencia de fecha 19 de enero de 2011, proferida dentro del proceso de REPARACIÓN DIRECTA No. 150013333010-2007-00033-00 (fls. 22- 42), declaró administrativamente

⁴ Normas que consonantes con los artículos 6, 90, 95, 121, 122 y 124 de la Constitución Política; los artículos 63 y 2341 del Código Civil; los artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996; el artículo 54 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998.

⁵ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 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; y 26 de febrero de 2014, expediente: 48384.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. 04-12-2006. Rad. 110010326000199900781-01 (16887). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Consejo de Estado. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, por la muerte del señor JOSÉ VICTOR GÓMEZ PLAZAS, producida por un miembro de las fuerzas militares con su arma de dotación oficial, en actos propios del servicio.

Como consecuencia de lo anterior, el Juzgado de conocimiento, condenó a la administración a pagar los siguientes valores:

- **POR CONCEPTO DE DAÑOS MORALES** la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la señora BLANCA ROSARIO PLAZAS, en su calidad de madre del occiso, y la suma de 50 salarios mínimos mensuales vigentes, respectivamente, para señores LUIS FERNANDO, JOSÉ ANTONIO, JOSÉ ALFONSO, YURY PAOLA y MARÍA INÉS PLAZAS, cada uno en su calidad de hermanos de la víctima.
- **POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE**, la suma de ONCE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$11.558.498), a favor de la señora BLANCA ROSARIO PLAZAS, en su calidad de madre del occiso.
- **POR CONCEPTO DE DAÑO A LA VIDA RELACIÓN** la suma de 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), por concepto de daño a la vida relación, a favor de la señora BLANCA ROSARIO PLAZAS, en su calidad de madre del occiso.

Posteriormente se llevó a cabo la audiencia de conciliación contemplada en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, que tuvo lugar el 26 de abril de 2011 (fls. 44 - 46), donde las partes acordaron que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, pagaría a los entonces demandantes el 80% de la condena, acuerdo que finalmente fue aprobado mediante auto de fecha 04 de mayo de 2011 (fls. 47 - 51), ejecutoriado el 13 de mayo siguiente (fl. 43).

Bajo este contexto, para el Despacho es claro que en el presente caso se encuentra debidamente acreditada la obligación a cargo de la entidad demandante de reparar un daño antijurídico, en virtud del acuerdo conciliatorio debidamente aprobado por la autoridad judicial, evidenciándose el cumplimiento de la primera de las exigencias para la prosperidad del medio de control.

4.2.- Pago efectivo de la condena judicial:

Frente al pago efectivo de la condena, dentro del expediente obra copia de la Resolución No. 5260 del 18 de octubre de 2011 (fls. 19-54), por medio de la cual la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES DEL MINISTERIO DE DEFENSA, dispuso reconocer, ordenar y autorizar el pago de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$171.768.700,52), por concepto de la obligación derivada del acuerdo conciliatorio aprobado mediante auto calendarado el 04 de

mayo de 2011, señalando que la Tesorería Principal de la entidad se encargaría de cancelar la obligación al Abogado DARÍO ECHEVERRY DÍAZ, en su condición de apoderado de los beneficiarios.

De igual forma, obra copia de los certificados de fecha 11 de diciembre de 2013 (fl. 108) y 09 de abril de 2019 (fl. 200), expedidos por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa, donde se indica que finalmente el pago ordenado en el referido acto administrativo, fue realizado al apoderado de los interesados mediante transferencia electrónica a la cuenta No. 43.391.070.042 del Banco de Colombia el 28 de octubre de 2011.

En consecuencia, para el Despacho es claro que en el presente caso se encuentra acreditado el pago conforme a lo establecido en el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde precisamente se estipula que será prueba suficiente el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones; por lo anterior, se satisface la segunda exigencia a que alude la jurisprudencia⁸, para la procedencia de la condena en repetición.

4.3.- Calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas y calificación de la conducta como determinante del daño reparado por el Estado.

Como se señaló, para efectos de adelantar el juicio de responsabilidad, es preciso identificar la calidad del agente, esto es, determinando si para el momento en que se realizó la conducta, ostentaba la condición de servidor público o si se trataba de un particular en ejercicio de funciones públicas.

Además, resulta de vital importancia examinar si se encuentra presente **el elemento subjetivo que permite imputar responsabilidad al demandado**, es decir, si como se dice en la demanda, la actuación del agente que originó la condena contra el Estado, es imputable a título de culpa grave.

Como se dijo anteriormente, este análisis de la conducta del agente, debe efectuarse atendiendo a los parámetros fijados por la norma legal vigente al momento de la realización de la conducta, situación que ha sido depurada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que frente a estas situaciones ha sido enfático en precisar que *“...las normas sustanciales aplicables para dilucidar si el llamado actuó con culpa grave o dolo, serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público ...”*,⁹ que en este caso, serían las vigentes para la época en que se desarrolló la misión No. 14 por parte de los miembros del Ejército Nacional del Batallón Cacique Tundama, suceso que tuvo lugar el día 19 de enero de 2007.

Pues bien, se observa que el artículo 6º de la referida ley, prevé que la conducta del agente del Estado es **gravemente culposa** *“...cuando el daño es*

⁸ “La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada. La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial o en la conciliación, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.” (Consejo de Estado, sentencia del 18 de abril de 2016, radicado interno No. 40694, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.)

⁹ *Ibidem*.

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...". Acorde con lo señalado por la disposición, se presume que la conducta es gravemente culposa en los siguientes eventos:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho;*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable;*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable;*
- 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal."*

Según el artículo 63 del Código Civil, la culpa grave se denomina como aquella negligencia grave o culpa lata, *"(...) 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"*¹⁰.

La Corte Constitucional¹¹ al analizar los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, explicó que las presunciones legales tienen como finalidad proteger la moralidad y el patrimonio público, razón por la cual, fueron establecidas como mecanismos procesales tendientes a hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el Art. 90 Superior, en contra de los servidores públicos que con sus acciones u omisiones han dado lugar a condenas de reparación integral en contra del Estado.

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en estos eventos, la Administración en su condición de demandante tiene la carga de probar únicamente los supuestos a los que aluden las normas, pues *"...se trata de "presunciones legales"¹² (iuris tantum) y no de "derecho" (iuris et de iure), esto es, de aquellas que admiten prueba en contrario, como lo dispone el artículo 66 del Código Civil y que por lo mismo, de "esta forma se garantiza el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción"..."*¹³.

De esta forma se garantiza el derecho fundamental al debido proceso del demandado, pues el agente o ex - agente estatal queda habilitado para presentar prueba en contrario que lo libere de responsabilidad¹⁴. En otras palabras, por tratarse de una presunción legal, esto es, que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que se presume, o de las circunstancias en que se configuró el hecho para justificar su actuación y liberarse de responsabilidad.

¹⁰ Ver Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera de fecha 27 de noviembre de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01875-01(31975). C.P.: Ramiro Saavedra Becerra

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

¹² El profesor Betancur Jaramillo cuestiona el nomen iuris adoptado por el legislador de 2001, y afirma que "vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá de concluir que lo que quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su artículo 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente. En otras palabras, cuando la primera norma enuncia cinco hechos (...) no lo hace a título de antecedentes para que de él se infiera o presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados y probados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste (...). Corrobora la idea de que el artículo 5º no establece presunciones sino que enuncia casos de dolo, la definición misma que sobre éste hace en su inciso 1º, al señalar que el agente actúa con dolo cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado" BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Medellín, Señá Editora, 2013, p. 124 y 125.

¹³ Consejo de Estado. Óp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755). Ver también providencia de la Sección Tercera Subsección C del 27 de agosto de 2015. Radicación: 110010326000201300108 00 (48016). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

Frente al tema de **las presunciones en materia de repetición**, el Consejo de Estado realizó un análisis en torno a su alcance, puntualizando, entre otros, los siguientes aspectos:

“(…) No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones “se presume”, “se reputa”, “se considera”, “se colige”, “se entenderá” u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo.¹⁵

Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas¹⁶, a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.¹⁷

Obsérvese, por ejemplo, que si el agente actuó con desviación de poder no es que se presuma el dolo, sino que esa conducta fue dolosa, máxime cuando la definición que sobre éste hace el inciso primero del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 se refiere a que el agente actúa con dolo cuando quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado, la cual coincide en líneas generales con la noción de desviación de poder que consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto o ajeno del que la ley quería al otorgarla; por tanto, en este evento, probados los supuestos de la desviación de poder (carga de la prueba de la entidad pública) resultará probado el dolo en forma directa y no por simple deducción o

¹⁵ ROCHA, Alvira, Antonio, Op. cit., Pág. 574.

¹⁶ En este sentido sobre este asunto Cfr. BETANCUR, Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Medellín, Séptima Edición, 2009, Págs. 85 y 86. “Ahora la ley no sólo los define, sino que enuncia en sus arts. 5 y 6 unas mal llamadas ‘presunciones’ más a título de ejemplo que de inferencia. Por eso, vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá que concluir que lo quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su art. 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente./ En otras palabras, cuando la primera norma enuncia 5 hechos (...) no lo hace a título de antecedente para que de él se infiera o se presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste. (...) Igual reflexión cabe hacer con la culpa grave desarrollada en el art. 6. Los cuatro numerales que trae la norma, luego de la definición, son típicos casos de esa culpa grave y no presunciones de la misma (...) sin necesidad de inferencia alguna./ La ley así, como con el dolo, hace de la culpa grave un tipo legal y las conductas que puedan subsumirse en dicho tipo son constitutivas de culpa grave o dolo y no meras inferencias que se deduzcan de hechos conocidos como los enunciados en los antecitados artículos.”

¹⁷ Empero, repárese que, incluso, la Corte Constitucional en sentencia C-778 de 11 de septiembre de 2003, encontró algunas incongruencias en el señalamiento de las causales, así: “i) La incompetencia del agente estatal es la conducta que puede considerarse como la más grave, de las varias indicadas, y a pesar de ello da lugar a presunción de culpa grave (Art. 6º. Num. 2) y no de dolo./ ii) La expedición de una resolución, auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial genera presunción de dolo (Art. 5º. Num. 5), y la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho origina presunción de culpa grave (Art. 6º. Num. 1)./ Se observa que objetivamente se trata de unas mismas conductas, que por el aspecto subjetivo reciben una doble calificación jurídica, en forma contradictoria./ No obstante, estas incongruencias no son relevantes, ya que, tanto en el caso de que el comportamiento se subsuma en la presunción de dolo como en el caso en que el mismo se encuadre en la presunción de culpa grave, los efectos jurídicos son iguales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 90 superior y el Art. 2º de la Ley 678 de 2001 en relación con la acción de repetición.”

inferencia, claro está que admite prueba en contrario (carga del agente público demandado), en aras de garantizar su derecho a la defensa”.

En conclusión, los supuestos contenidos en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, sin que se describa un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, pues lo que se define es que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados se presume que el proceder del agente fue doloso o gravemente culposo; presunción que, como ya se dijo, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada con la presentación de pruebas que deben ser valoradas independientemente en sede de repetición por el fallador. De tal manera, que *“su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que para efectos de la acción de repetición el juez -en estos casos- está autorizado a realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.”*¹⁸

Además, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁹ ha reiterado que la responsabilidad personal del agente en procesos de repetición solo puede predicarse en la medida en que se acredite, al considerar que *“... el criterio que tiene el juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial del Estado no ata al juez de la repetición²⁰, ya que en esta sede judicial puede hacer una valoración y calificación distinta, en la medida en que ya no se ocupa de evaluar la responsabilidad del Estado sino la conducta del agente.”*

Ahora, en el caso concreto, se allegaron los siguientes documentos con los que pretende acreditarse tanto la calidad del agente estatal, como su responsabilidad a título de culpa grave:

a) Certificación sobre el concepto del comité de conciliación:

Dentro del plenario obra certificación de fecha 25 de octubre de 2013 (fls. 52-53), emitida por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa, donde se indica que dicho comité consideró procedente presentar demanda de repetición contra el demandado, señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, en su calidad de Soldado Regular del Ejército Nacional, dada su presunta responsabilidad en los hechos que dieron origen a la condena.

En este punto debe tenerse en cuenta que, de manera reiterada el Consejo de Estado, se ha referido a *“la imposibilidad de valorar las actas de conciliación extrajudicial o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas, como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que*

¹⁸ Consejo de Estado. Óp. Cit. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

¹⁹ Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección B. sentencia del 08 de julio de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2008-10548-01(42419). C.P.: Ramiro Pazos Guerrero

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, rad. 41001233100019980000101 (29.222), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*se fundamentan las pretensiones o en las que se apoya su defensa*²¹, razón por la cual en esta oportunidad el contenido del certificado allegado no puede tenerse en cuenta para acreditar la calidad del agente estatal, ni menos aún su responsabilidad a título de culpa grave.

b) Actuaciones surtidas dentro del proceso que dio lugar a la condena objeto de repetición:

En el expediente obra copia de las siguientes actuaciones adelantadas en el marco del proceso ordinario de reparación directa que dio origen a la condena objeto de repetición:

- **Sentencia de fecha 19 de enero de 2011** (fls. 22- 42), proferida dentro del proceso de REPARACIÓN DIRECTA No. 150013333010-2007-00033-00, por medio de la cual el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja declaró administrativamente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, por la muerte del señor JOSÉ VICTOR GÓMEZ PLAZAS, producida por un miembro de las fuerzas militares con su arma de dotación oficial, en actos propios del servicio, condenando a la entidad al pago de perjuicios morales y materiales a los familiares de la víctima.
- **Acta correspondiente a la audiencia de conciliación** llevada a efecto el 26 de abril de 2011 (fl. 17 -19), donde las partes del referido proceso acordaron que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, pagaría a los entonces demandantes el 80% de la condena.
- **Auto de fecha 04 de mayo de 2011** (fls. 47 - 51), por medio del cual el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, aprobó el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes.

Pues bien, de manera reiterada el Consejo de Estado ha señalado que las providencias proferidas dentro del proceso que dio lugar a la condena objeto de repetición, en sí mismas no constituyen prueba de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad, pues las conclusiones que allí se señalan, no han sido obtenidas al interior de un trámite donde los implicados hayan tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y controvertir los elementos de prueba que llevaron al juzgador a la convicción de las consideraciones que sirven como fundamento de su decisión.

En efecto, el Órgano Vértice de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ha determinado que ***“la motivación de la sentencia judicial que imponga un condena patrimonial a cargo de una entidad pública y el pago de la misma no son pruebas idóneas para establecer per se la responsabilidad del demandado en acción de repetición”***²².

²¹C.E.3.A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00049-01(50762).

²² C.E.3. 22 de julio de 2009, Mauricio Fajardo Gómez, R: 200012331000200101333 01 (27.779). En igual sentido pueden consultarse las sentencias C.E.3.C. 23 de mayo de 2012, Olga Melida Valle R: 73001-23-31-000-2008-00366-01(40005) y C.E.3.C. 21 de febrero de 2011, Olga Melida Valle De La Hoz R: 25000-23-26-000-2000-01876-01(25597).

En aquellos casos en los cuales la acción de repetición se fundamenta únicamente en las consideraciones que dieron lugar a la imposición de una condena, la Alta Corporación ha sostenido que ***“estas no son suficientes para comprometer al demandado ni para concluir que su actuación hubiere sido dolosa o gravemente culposa, dado que la conducta imputada debe ser demostrada en el proceso de repetición en aras de garantizar a favor del demandado el debido proceso, puesto que la acción de repetición es autónoma e independiente respecto del proceso que dio origen a la misma.”***²³

En esta línea de pensamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que ni las decisiones judiciales ni los elementos de juicio recaudados durante la actuación que dio origen a la condena, son oponibles a los demandados en acción de repetición, pues de lo contrario, ***“se estaría vulnerando el derecho al debido proceso, por cuanto se estaría fundamentando la decisión en unas pruebas que no fueron controvertidas por el accionado”***²⁴.

No pasa por alto el Despacho que durante el año 2017, fueron proferidas varias providencias, por la Subsección C, donde se tuvo en cuenta la sentencia objeto de repetición, como una de las pruebas de responsabilidad del agente estatal²⁵; sin embargo, con posterioridad fueron proferidas otras decisiones, por la Subsección A con distintos ponentes, donde nuevamente se hizo referencia la imposibilidad de tener en cuenta las sentencias objeto de repetición como medios de prueba a partir de los cuales pueda establecerse el dolo o la culpa grave del demandado, retomando este criterio que había sido fijado de tiempo atrás por las referidas subsecciones igualmente con ponentes diversos²⁶.

Pese a lo anterior, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado señaló que ***“las conclusiones probatorias del proceso de reparación directa tampoco pueden ser tenidas en cuenta en sede de repetición, porque ello implicaría aceptar el juicio que se formó otro juez, sin que las partes tuvieran la oportunidad de contradecir tales pruebas o intervenir en su producción”***²⁷, de manera que, las providencias judiciales por las que se repite, a lo sumo podrían servir de punto de partida para determinar cuál es el hecho o la conducta que se predicen constitutivas de dolo o culpa grave, mas no para determinar la responsabilidad del agente estatal²⁸.

Bajo este contexto, para el Juzgado es claro que la tesis mayoritaria vigente en la actualidad, es aquella según la cual, las providencias objeto de repetición, no constituyen prueba fehaciente de la responsabilidad del agente estatal, criterio que valga señalar, también ha sido acogido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, entre otras, en sentencia de fecha 24 de mayo de 2018, donde se indicó que el juicio realizado al interior de un proceso que por repetición se adelanta contra un servidor o ex servidor público, parte de la noción de autonomía de

²³ Ibidem

²⁴ C.E.3.C. 23 de mayo de 2012, Olga Melida Valle R: 73001-23-31-000-2008-00366-01(40005).

²⁵ Entre otras pueden consultarse las sentencias C.E.3.C.19 de Diciembre de 2017, GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE R: 05001-23-33-000-2012-00668-01(52748) y C.E.3.C.19 de Diciembre de 2017, GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE R: 11001-33-31-717-2010-00119-01(51198).

²⁶ En efecto, con posterioridad a las decisiones proferidas con ponencia del Doctor GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, fueron proferidas las sentencias C.E.3.A. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, 10 de diciembre de 2018 R: 41001-23-31-000-2010-00166-01(60423) y C.E.3.A, 3 de octubre de 2019, María Adriana Marín R: 25000-23-26-000-2005-02304-01 (55721), donde se hace referencia a la improcedencia de tener en cuenta la sentencia objeto de repetición como prueba de la responsabilidad del agente estatal, criterio que valga señalar había sido acogido de tiempo atrás por el Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre otras, en las siguientes providencias C.E.3. 22 de julio de 2009, Mauricio Fajardo Gómez, R: 200012331000200101333 01 (27.779). En igual sentido pueden consultarse las sentencias C.E.3.C. 23 de mayo de 2012, Olga Melida Valle R: 73001-23-31-000-2008-00366-01(40005) y C.E.3.C. 21 de febrero de 2011, Olga Melida Valle De La Hoz R: 25000-23-26-000-2000-01876-01(25597), constituyéndose en la tesis mayoritaria sobre el particular.

²⁷ C.E.3.A, 10 de diciembre de 2018 R: 41001-23-31-000-2010-00166-01(60423), Marta Nubia Velásquez Rico

²⁸ Consejo de Estado, 03 de octubre de 2019, María Adriana Marín R: 25000-23-26-000-2005-02304-01 (55721)

juzgamiento en relación con el proceso primigenio del cual se derivó la condena, de tal suerte que el análisis del Juez de repetición está circunscrito a las características propias que definen este tipo de debate procesal, desligándolo de las valoraciones y conclusiones que, de acuerdo a la realidad procesal tenida para ese momento, fueron realizadas y adoptadas por el juzgador de la demanda inicial, concluyéndose que la sentencia objeto de repetición, constituye prueba de la condena judicial pero no de la culpa grave o dolo del agente o ex agente del Estado²⁹.

Por consiguiente, en el presente caso no es viable estructurar la calidad del agente estatal y su responsabilidad con base en las providencias y actuaciones surtidas dentro del proceso de REPARACIÓN DIRECTA No. 150013333010-2007-00033-00, que fueron allegadas al plenario, pues aun cuando se celebró conciliación judicial en torno a la responsabilidad patrimonial de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, por la muerte del señor JOSÉ VICTOR GÓMEZ PLAZAS, lo cierto es que las consideraciones probatorias y jurídicas realizadas por el juzgador en aquella oportunidad, no pueden trasladarse al asunto que hoy ocupa la atención del Despacho, toda vez que el señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, hoy demandado, no intervino en dicho trámite judicial, y por tanto, resultaría violatorio de su derecho al debido proceso tener en cuenta valoraciones sobre pruebas que en su momento no tuvo la posibilidad de controvertir.

c) Providencias proferidas por la justicia penal militar:

Durante el decurso procesal se allegaron copias de las siguientes actuaciones adelantadas ante la justicia penal militar:

- Copia de la providencia de fecha 02 de enero de 2007 (fls. 202-203), por medio de la cual, el Juzgado Trece de Instrucción Penal Militar de Tunja, declaró abierta la investigación penal contra el señor NELSON RIVERA, por el fallecimiento del señor JOSÉ VÍCTOR PLAZAS GÓMEZ, en hechos ocurridos el 19 de enero del mismo año.
- Copia de la decisión de fecha 29 de enero de 2007 (fls. 204 - 209), por medio de la cual el Juzgado Trece de Instrucción Penal Militar de Tunja, resolvió imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva al señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, en su condición de soldado regular, presuntamente responsable de los hechos.
- Copia del proveído calendado el 23 de mayo de 2007 (fls. 210-211), por medio del cual el Juzgado Trece de Instrucción Penal Militar de Tunja, decidió conceder la libertad provisional al señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, bajo caución prendaria.
- Copia del respectivos pases al Despacho y de las providencias de fechas 28 y de noviembre de 2011(fl.12) y 26 de agosto de 2013 (fl. 2013), por

²⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, Sentencia de fecha 24 de mayo de 2018, proferida con ponencia de la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del medio de control de Repetición adelantado por el Departamento de Boyacá, contra el señor Medio de control: Repetición Jorge Eduardo Londoño Ulloa, radicado con el No. 15001-33-33-001-2013-00180-01

medio de las cuales, la Fiscalía 24 Penal Militar de Brigada avocó el conocimiento del asunto penal en cuestión.

- Copia del pase al Despacho de fecha 25 de septiembre de 2013 (fls. 215), efectuado por la Secretaría de la Fiscalía 24 Penal Militar de Brigada señalando que el día anterior, esto es, el 24 de septiembre de 2013, venció el término durante el cual se dejó a disposición de las partes la investigación.

En este punto, el Despacho advierte que, a diferencia de lo señalado frente a las sentencias objeto de repetición, el Consejo de Estado ha precisado que es posible tener como prueba trasladada las decisiones proferidas en los procesos penales y disciplinarios adelantados contra los agentes estatales, e incluso ha tomado como referentes de responsabilidad las pruebas enunciadas en dichas providencias, cuando los implicados han tenido la oportunidad de controvertirlas en los procesos primigenios o las han solicitado o invocado como prueba en el proceso de repetición³⁰.

En este sentido se ha dicho que excepcionalmente, dado su carácter de prueba documental, estas decisiones pueden servir como fundamento de la condena o la absolución en el proceso contencioso administrativo en aquellos eventos en los que constituyan la única prueba de las circunstancias del ilícito que ha sido juzgado y ofrezcan total certeza al juez administrativo sobre los elementos de la responsabilidad del funcionario. Ello, teniendo en cuenta que, en la medida en que fueron proferidas en el marco de procesos a los que este último compareció, se entiende que dichas decisiones fueron el resultado de un debate procesal en el que se respetó su derecho de contradicción³¹.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que no existen pruebas distintas a las reseñadas a partir de las cuales pueda estructurarse la calidad del agente estatal y su responsabilidad frente a los hechos de la demanda, razón por la cual, el Despacho procederá a analizar el contenido de tales decisiones penales, en orden a establecer si se acreditan tales presupuestos, teniendo en cuenta que el señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, intervino en la actuación al haber sido vinculado mediante indagatoria (fl. 205).

En este punto, se observa que la única decisión que ofrece algunos elementos de juicio susceptibles de análisis, es la relativa a la imposición de la detención preventiva, proferida el 29 de enero de 2007 (fls. 204 - 209), donde se reseñaron algunas pruebas que sirvieron de sustento a la actuación, mientras que las decisiones de apertura de investigación (fls. 202-203), y levantamiento de la medida de detención (fls. 210-211), no contienen reseña probatoria alguna y por lo tanto, no resultan de utilidad en el presente caso.

³⁰ En este sentido pueden consultarse las siguientes providencias:

- C.E.3.C. 1 de octubre de 2018, C.P. Guillermo Sánchez Luque R: 05001-23-31-000-2002-00260-01(53990).

- C.E.3.C. 17 de septiembre de 2018, Guillermo Sánchez Luque R: 85001-23-33-001-2015-00154-00(58062)

- C.E.3.C. 17 de septiembre de 2018, Guillermo Sánchez Luque R:11001-33-31-032-2009-00109-01(50268)

³¹ Este criterio fue precisad en la sentencia C.E.3.B. 8 de junio de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth R: 73001-23-31-000-2008-00625-01(42964), donde se citan como fundamento las sentencias C.E.3. 13 de agosto de 2008, C.P.RUTH STELLA CORREA PALACIO R: 17001-23-31-000-1995-06024-01(16533) y C.E.3 28 de enero de 2009, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO R: 07001-23-31-000-2003-00158-01(30340).

Así pues, de la decisión de detención preventiva, se resaltan los siguientes aspectos:

- El Juzgado Tercero de Instrucción Penal Militar señaló que la investigación tuvo su inicio en virtud del informe presentado por el señor CS RICARDO CALDERÓN CARRILLO orgánico del Batallón de ASPC No.1., donde se relataron los hechos ocurridos el día 19 de enero de 2007. Indicando: (i) que cuando el pelotón especial de la Policía Militar desarrollaba la misión fragmentaria No. 014, resultó herido entre otros particulares, el señor JOSÉ VÍCTOR PLAZAS; quien posteriormente falleció y (ii) que al ser requerido para una requisita y verificación de antecedentes el señor JOSÉ VÍCTOR PLAZAS, empezó a correr, siendo perseguido por el Soldado Regular NELSON FERNEY RIVERA CASTALÑEDA, quien accionó su fusil causándole la muerte.
- Luego de enlistar las pruebas recaudadas, sin señalar su contenido, dicho despacho judicial se refirió a la indagatoria, indicando que en aquella oportunidad el implicado manifestó: (i) que para el momento de los hechos se encontraba realizando requisitas con su escuadra; (ii) que cuando el Cabo Calderón requirió al sujeto, éste empezó a correr; (iii) que a pesar de habersele ordenado en diferentes oportunidades que se detuviera, el particular hizo caso omiso; (iv) que cuando empezó a perseguir al sujeto, éste dirigió su mano hacia la cintura, por lo que inmediatamente reaccionó cargando el fusil; (v) que más adelante el sujeto se detuvo, sacó un arma de su cintura y empezó a apuntarle; (vi) que en consecuencia el uniformado procedió a disparar su fusil; (vii) que en ese momento se formó una multitud, lo que fue aprovechado por el particular para entregar su arma a otro hombre y; (ix) que el uniformado recuerda haber disparado su arma por una sola vez hacia el piso desprendiéndose una ráfaga de tres tiros.
- Seguidamente, se procedió a la calificación jurídica provisional, precisando: (i) que la conducta presuntamente desplegada correspondía a los delitos de homicidio y lesiones personales y; (ii) que la justicia penal militar era competente para conocer del asunto por tratarse de un soldado regular en servicio activo, quien para el momento de los hechos se encontraba dando cumplimiento de la orden fragmentaria No. 014 emitida por el Comando del Batallón de Servicios.
- Con posterioridad, se realizaron textualmente las siguientes consideraciones: *“Con el fin de establecer si verdaderamente han infringido la norma anteriormente descrita e imponerle medida de aseguramiento, o por el contrario abstenerse de tal medida, conforme a lo estipulado por el Art. 521 del Estatuto Castrense, teniendo en cuenta los hechos sucedidos el día 19 de enero de 2007, en la plaza de mercado del sur ubicada en la ciudad de Tunja (Boyacá), cuando tropas del Batallón de ASPC No. 1 “CACIQUE TUNDAMA” se encontraban cumpliendo la misión fragmentaria No. 014 que buscaba brindar seguridad a la población civil, realizando misiones tácticas de registro y control militar de área en el*

casco urbano de la ciudad de Tunja, con el fin de evitar actos por parte de organizaciones al margen de la ley, contra las entidades gubernamentales o sectores comerciales de la ciudad, en este caso la plaza de mercado de esta ciudad, uno de los soldados que componían el dispositivo accionó su arma contra un ciudadano causando en él heridas y posteriormente su muerte, al igual que al de otras dos mujeres que en el momento se encontraban en el sitio. Toda vez que el objeto del proceso penal y aún más específicamente de la etapa de instrucción, es reconstruir los hechos objeto de la investigación para acercarse a la verdad de lo ocurrido, concluyendo de esta forma si el poder punitivo tiene mérito para reprochar la conducta o si por el contrario debe abstenerse, luego de estructurarla dentro de los requisitos de la conducta punible como son la tipicidad, culpabilidad y la antijuridicidad. Encontramos entonces que el fallecimiento del sujeto que se identifica como JORGE VICTOR PLAZAS GÓMEZ y las lesiones sufridas por la señora LIGIA GAUNA REYES, a quien el Instituto Nacional de Medicina Legal le dictaminó una incapacidad provisional de doce (12) días sin que en el mismo se determinen secuelas, se encuentra plenamente demostrado por en primer lugar, por la denuncia penal presentada por su hermano y por el informe rendido por el investigador de campo, quien además de realizar algunas diligencias preliminares fijó el cadáver en forma fotográfica y por los testimonios de quienes han depuesto durante la investigación, también se encuentra probado que el acto por el cual perdió la vida el mismo se dio con ocasión a una reacción del uniformado ante una supuesta agresión de la que fue víctima, sin embargo no encuentra este despacho en el presente momento procesal justificación a la actuación del procesado en primer lugar porque no existe un solo testimonio que corrobore lo dicho por este, es decir, no hay por lo menos conocidos dentro de la investigación, testigos que narren lo ocurrido aquella tarde, ya que de los testimonios recepcionados no existe uno solo que haya presenciado el momento tanto de la persecución, como en el que los sujetos accionaron sus armas. De contera que a esta instructora, solo le quedan los medios probatorios técnicos para siquiera aproximarse a la realidad de lo ocurrido en el momento en que el procesado RIVERA CASTAÑEDA accionó su fusil, y determinar así las circunstancias en que éste lo hizo con el resultado conocido como es el fallecimiento del señor JOSÉ VÍCTOR PLAZAS GÓMEZ y las lesiones sufridas en la humanidad de LIGIA GAUNA REYES Y MARÍA IRENE HIGUERA DE ROJAS. Para que una conducta sea punible, esta debe ser típica, antijurídica y culpable, entendiendo la tipicidad como el hecho penal descrito en la ley penal como punible, la antijuridicidad cuando la conducta lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado, y por último la culpabilidad como el reproche que se hace al sujeto imputable que ha obrado de manera típicamente dolosa o culposa y con antijuridicidad. Indiscutiblemente los hechos ocurridos el pasado 19 de enero de 2007, encajan en la descripción típica del típico de homicidio pues no cabe duda que el procesado fue quien al accionar su arma causó lesiones graves que terminaron con el deceso de JOSÉ VÍCTOR PLAZAS GÓMEZ, por si fuera poco con la misma acción se generaron lesiones a las señoras MARÍA IRENE HIGUERA DE ROJAS, a quien no se le han podido determinar pues a pesar de haber sido citada se conoce que fue atendida

por urgencias en el hospital San Rafael de esta ciudad, y respecto de la señora LIGIA GAUNA Reyes le fue dictaminada una incapacidad provisional de 12 días, por lo que la tipicidad de la conducta está más que demostrada, por si fuera poco la conducta del procesado lesiona el bien jurídico de la vida y la integridad personal, puesto que al accionar su arma puso en peligro, no solo su vida sino las de las demás personas que se encontraban en la plaza teniendo en cuenta que el día de la semana en que ocurrieron los hechos era día de mercado. En cuanto a la culpabilidad, tenemos que el soldado recibió instrucción de manejo de armas, que antes de que el personal militar que participó en la operación, no solo se revisaron las armas de los soldados sino que además se ordenó a los uniformados que debían llevar el cartucho de la vida y que no podían cargar su fusil, sino a orden de su comandante, luego al hacerlo, no solo desobedeció una orden impartida desde antes de iniciar e operativo, sino que además, conociendo el poder y alcance de su arma de dotación, aun así la accionó ocasionando la muerte de JOSÉ VÍCTOR PLAZAS GÓMEZ y lesiones personales a MARÍA IRENE HIGUERA DE ROJAS y LIGIA GAUNA REYES...”.

Como puede verse del contenido de esta providencia, se tiene que la actuación penal se adelantó en contra del señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, en su calidad de soldado regular en desarrollo de la operación fragmentaria No. 014. Sin embargo, en el plenario no obra ningún medio de prueba o certificación expedida por parte del Ejército Nacional que permita establecer la vinculación el demandado a la institución y de la cual se verifique con certeza que el mismo ostentaba la calidad de soldado regular para la época de los hechos que se le endilgan, tal como se señala en la actuación penal.

Aunado a lo anterior, y aun cuando en gracia de discusión se tuviera por cierto el supuesto de que el demandado era soldado regular adscrito al Ejército Nacional para la época de los hechos, en lo que tiene que ver el elemento subjetivo, el Juzgador Penal, concluyó de manera genérica, que hasta ese momento procesal, la conducta podía calificarse como dolosa debido a que el uniformado, a pesar de contar con instrucción en el manejo de armas y tener la orden previa de no accionar su fusil sin autorización del comandante, decidió proceder indebidamente causando la muerte al particular, lo anterior, sin identificar las pruebas que le permitieron arribar a tales conclusiones, aun cuando se señala que no existía certeza sobre el desarrollo de los hechos al no contar con testigos del suceso.

Bajo este contexto, el Despacho considera que la providencia bajo estudio únicamente podría tomarse como un referente para estructurar, en alguna medida, la calidad del agente y la existencia del hecho objetivamente considerado, pues frente a ellos se señaló el fundamento probatorio, mientras que por el contrario, la decisión por sí sola, no resulta suficiente para edificar el elemento subjetivo de responsabilidad, frente al cual se hizo referencia de manera provisional, sin identificar con precisión los elementos de juicio que le sirvieron de sustento.

Por consiguiente, la decisión de la justicia penal militar no ofrece plena certeza sobre la calidad y la responsabilidad subjetiva del señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA, máxime cuando se trata de una providencia que no tiene carácter definitivo en la actuación penal, y que por el contrario, calificó la conducta de manera provisional para efectos de imponer la medida de detención, sin que se conozca el trámite posterior de ese proceso, esto es, si se condenó no al implicado, pues no se allegó prueba alguna sobre el particular, siendo carga de la parte demandante conforme a lo prescrito en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa de los artículos 211 y 306 del CPACA.

Además de lo anterior, tampoco obra en el plenario elemento de prueba alguno que permita establecer con algún grado de certeza que el demandado -aun teniendo por cierta su calidad de soldado regular-, omitió algún deber exigible por el ejercicio de su función como soldado, que fue capacitado en el manejo de armas a su ingreso a la institución y que todo ello fue con anterioridad a los hechos que conllevaron el trámite del proceso ordinario de reparación directa, que incumplió tales protocolos o desatendió las órdenes de sus Superiores respecto del porte y manejo de armas cometiendo una conducta calificable como gravemente culposa; en esos términos, no es dable tener acreditado el elemento subjetivo de la responsabilidad, el cual también resulta indispensable para atribuirle responsabilidad patrimonial al demandado.

Finalmente, y ante la escasa actividad probatoria en el asunto de la referencia, debe aludir el Despacho a la carga de la prueba que debe asumir la parte demandante, en relación con lo cual resulta oportuno indicar que el Consejo de Estado ha señalado que **las entidades públicas que ejercen la acción de repetición deben realizar una labor probatoria que tienda a demostrar el dolo y la culpa grave con el que actuó el funcionario demandado, concretamente señaló:**

*“No satisface esta conducta procesal cuando la actora se limita a afirmar o incluso, en principio, cuando simplemente allega al expediente la sola sentencia de condena a cargo del Estado, puesto que en este juicio no se trata de una pretensión ejecutiva, sino de un **proceso contencioso y declarativo de su responsabilidad por culpa grave o dolo en su acción u omisión que habría ocasionado un daño que resarciría el Estado, y en el cual el interesado en obtener una sentencia favorable de la jurisdicción deberá desplegar una actividad probatoria prolífica, acorde y proporcional con dicho interés, siendo por tanto indispensable que sea celoso en atender la carga procesal probatoria que implica el acreditamiento de los elementos que han sido explicados, para el éxito y prosperidad de las pretensiones y el aseguramiento de los fines constitucionales y legales de la acción de repetición...**”³². (Negritas el Despacho)*

En tal sentido, la citada Corporación en providencia del 27 de agosto de 2015, proceso 110010326000201300108-00 (48016), señaló que **“lo vital es que quede evidenciado en el plenario que la conducta del servidor público, ex servidor o particular que ejecute funciones públicas fue dolosa o gravemente culposa, es decir, que ese elemento subjetivo enmarcado en el actuar del**

³² Consejo de Estado, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp. No. No 52001-23-31-000-1998-00150-01 (17482), Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

servidor público se destaque y aflore en la actuación procesal, para que así, la entidad pública pueda sacar avante sus pretensiones económicas.”

Así entonces, considerando que en el presente caso no se acreditó que la condena impuesta a la entidad demandante por la muerte del señor JOSÉ VÍCTOR PLAZAS GÓMEZ tuviere como fundamento la actuación gravemente culposa del señor NELSON FERNEY RIVERA CASTAÑEDA respecto de quien tampoco resultó debidamente acreditada su condición de ex -agente del Estado en la calidad soldado regular para la época de los hechos, como se indica en la demanda, habrán de negarse las pretensiones de la misma.

5.- DE LAS COSTAS:

Sobre el particular, el Despacho advierte que el Tribunal Administrativo de Boyacá³³ ha señalado que *“No hay lugar a vacilaciones sobre el interés público que fundamenta a la acción de repetición y por ende el juez al momento de definir el caso que se sometió a su conocimiento, debe aplicar la excepción a la regla general contemplada en el artículo 188 del CPACA y no condenar en costas. Si bien, esta Sala únicamente consideraba esta excepción cuando el Estado resulta condenado, lo cierto es que la norma no establece diferencias, y de forma general se refiere a los procesos en los que se ventile un interés público, razón por la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del CPACA no habrá condena en costas, (...)”* (Negrilla del Despacho).

En consecuencia, de conformidad con la excepción planteada en el artículo 188 del C.P.A.C.A., no se condenará en costas en atención a que en el presente proceso se ventiló un asunto de interés público.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, en contra del señor **NELSÓN FERNEY RIVERA CASTAÑEDA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS en la presente instancia, de acuerdo a lo antes expuesto.

TERCERO: Por Secretaría, **NOTIFICAR** del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del C.P.A.C.A. a las partes y al Ministerio Público. En concordancia con lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el **numeral 5.5 del Art. 5 del Acuerdo PCSJA20- 11556**³⁴ proferido por el Consejo Superior de la Judicatura el 22 de mayo de 2020, la notificación de esta providencia se hará de manera electrónica, pero los

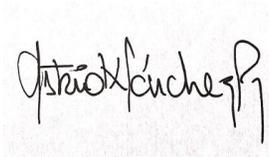
³³ Sentencia de 12 de abril de 2018, Exp. No. 15001333301120130019601, Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

³⁴ Por medio del cual se prorroga la suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayo

términos para su control o impugnación seguirán suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga.

CUARTO: Si existe excedente de gastos procesales, **DEVOLVER** al interesado. **REALIZAR** las anotaciones de rigor en el Sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 C.P.A.C.A.). **ARCHIVAR** el expediente dejando las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
JUEZ