



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
JUZGADO TREINTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Expediente: 110013331032-2013-00105-00
Demandante: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL
Demandado: HECTOR ALEXANDER BUITRAGO GUTIERREZ
Medio de Control: ACCIÓN DE REPETICIÓN

Sentencia No. 61

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control invocado, sin que se observen causales de nulidad, el Juzgado en primera instancia dictará la sentencia que en derecho corresponde.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

Las pretensiones planteadas surgen, en síntesis, por la siguiente situación fáctica que relata la parte actora:

Señala que el 2 de noviembre de 2005 se suscitó una discusión entre el Dragoneante Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez y el soldado regular Carlos Andrés Bernal Camelo por la negativa de éste último a cargar un recipiente con agua. Indica que ambos pertenecían al Batallón de Infantería No. 28 Colombia, con sede en el municipio de Nilo, Cundinamarca.

Narra que el señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez disparó con su arma de dotación oficial contra la humanidad del soldado Carlos Andrés Bernal Camelo, quien falleció en el instante, en tanto que el homicida emprendió la huida.

Destaca que el Juzgado 89 de Instrucción Penal Militar estableció que la muerte del fallecido soldado Carlos Andrés Bernal Camelo, ocurrida como consecuencia de una discusión entre éste y el soldado Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, no tenía justificación alguna.

Explica que por los anteriores hechos se realizó diligencia de conciliación el 29 de abril de 2010 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde acordaron el pago del 80% de la sentencia de primera instancia, aprobada mediante auto del 5 de mayo del año 2010 y quedando ejecutoriada el 14 de mayo de 2010, en aplicación de la teoría del depósito.

Relata que el Ministerio de Defensa, mediante la Resolución N° 0691 del 16 de febrero del 2011, dispuso reconocer una indemnización en favor del señor Carlos Alfredo Bernal y

Otros, por la muerte del soldado regular Carlos Andrés Bernal Camelo, por la suma de \$279.470.666,26, ordenando en el mismo acto administrativo pagar por concepto de capital el valor de \$237.961.536.00).

Conforme la certificación emitida por la Tesorería principal del Ministerio de Defensa, la suma de \$279.470.666,26, fue cancelada a través del Tesoro Nacional mediante transferencia electrónica a la cuenta No. 166670019594 del Banco Davivienda el 24 de febrero de 2011.

Concluye exponiendo que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa Nacional, en sesión de fecha 28 de noviembre de 2012 autorizó repetir contra del señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, por considerar que la conducta desplegada por el agente del Estado fue dolosa.

2. PRETENSIONES

En la demanda se formularon las siguientes:

“1.- Que se declare responsable al señor HECTOR ALEXANDER BUITRAGO GUTIERREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 14.281.324, de los perjuicios ocasionados a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, como consecuencia de la conciliación realizada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 29 de Abril de 2010, aprobada por el mismo despacho mediante auto de fecha el 05 de Mayo de 2010 quedando debidamente ejecutoriado el 14 de Mayo de 2010 en la que se acordó reconocer una indemnización por parte de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -EJERCITO NACIONAL, por la muerte del soldado regular CARLOS ANDRES BERNAL CAMELO .

2.- Que se condene al señor HECTOR ALEXANDER BUITRAGO GUTIERREZ , a cancelar la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$237.961.536.00), a favor de la NACIÓN- COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, suma que pago esta entidad por concepto de capital a favor del señor CARLOS ALFREDO BERNAL Y OTROS, por los perjuicios causados y que la Entidad Demandante tuvo que cancelar, mediante la Resolución número 0691 de fecha 16 de Febrero de 2011, con el fin de hacer efectiva la conciliada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de Abril de 2010, aprobada por la misma corporación mediante auto de fecha 05 de mayo de 2010 quedando debidamente ejecutoriado el 14 de Mayo de 2010.

3.- Que se condene al señor HECTOR ALEXANDER BUITRAGO GUTIERREZ a cancelar intereses comerciales a favor del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin al presente proceso.

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

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1 La demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el 08 de febrero de 2013 (fl. 19) correspondiendo por acta de reparto a este Juzgado, misma que fue remitida la H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca donde fue admitida mediante providencia adiada 04 de junio de 2013 (fls. 30-32).

3.2 Con fecha 01 de noviembre de 2013 (fl. 47), se llevó cabo la notificación personal al demandado Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, misma que se surtió a través del auxiliar de la justicia abogado José Guillermo Mejía Dávila, en calidad de Curador ad-litem, quien guardó silencio al momento de contestar la demanda.

3.3 Luego de la actuación surtida, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de auto del 30 de enero de 2014 (fls.49-52) declaró la falta de competencia objetiva por la cuantía, y ordenó remitir el proceso a este Despacho.

3.4 Con fecha 25 de junio de 2015 se realizó la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 66-70), en la que, una vez realizadas los diferentes segmentos, se decretaron las pruebas adosadas con la presentación de la demanda y las de oficio que consideró el Despacho; habiéndose culminado dicha etapa probatoria el 25 de julio de 2017, en la que mediante auto notificado en estrados, se dispuso lo pertinente y se les concedió a las partes 10 días para presentar por escrito los respectivos alegatos de conclusión, conforme al artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 143-144 c.u).

3.4 Dentro del término respectivo, tanto la entidad demandante como la parte demandada, hicieron uso de su facultad legal, en tanto, el Ministerio Público, no presentó concepto.

II. PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS DE LAS PARTES

A. PARTE DEMANDANTE

Expresa la entidad demandante a través de su apoderada judicial que el precepto constitucional contenido en el artículo 90 consagra la filosofía que amplía la responsabilidad estatal frente al agente, en aras de recuperar para el Estado la proporción de los perjuicios imputables al autor del hecho cuestionado, cuyo ejercicio busca asegurar la moralidad de la fe pública y así recuperar lo pagado por el Estado en virtud de la falla del agente.

Destaca que el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 678 de 2001 establece que se presenta el dolo cuando al agente estatal ha sido declarado penalmente y disciplinariamente responsable, en virtud de los hechos que han sido fundamento para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado.

Enfatiza el análisis en relación al dolo y la culpa grave de que trata la Ley 678 de 2001 y concluye puntualizando, que se encuentra plenamente individualizado el responsable de la muerte del entonces soldado Carlos Andrés Bernal Camelo, lo que permite inferir que el señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez no debió desplegar dicha conducta, con lo que infringió la normas constitucionales, disciplinarias, así como los reglamentos y disposiciones elementales de comportamiento, lo cual se califica como una falta gravísima, por consiguiente es llamado a responder, dada su calidad de agente del Estado para la época de los hechos, obligación que tiene el ente estatal de repetir en contra los servidores públicos que originan la declaración de responsabilidad.

B. PARTE DEMANDADA

Como se indicó en precedencia este extremo no allegó contestación a la demanda.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A. PARTE DEMANDANTE:

En su escrito de alegaciones de conclusión presentado por este extremo el 8 de agosto de 2017, visible a folios 145 a 157 del cuaderno 1, la vocera judicial, reitera lo esbozado en los hechos, pretensiones y argumentos de defensa formulados en el escrito de la demanda.

Así mismo, luego de relatar las actuaciones procesales surtidas, insiste en que el demandado Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, al momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, 02 de noviembre de 2005 se desempeñaba como orgánico del Batallón de Infantería No. 28 del Ejército Nacional, quien en un acto de soberbia, causó la muerte del señor Carlos Andrés Bernal Camelo, hecho que conllevó a que la entidad demandante procediera a reconocer en favor de los beneficiarios de la sentencia, dentro del proceso de reparación directa, perjuicios morales en la suma de \$279.470.666.

Asevera que dada la conducta dolosa del agente del Estado, con la cual transgredió el principal derecho fundamental amparado constitucionalmente como lo es el derecho a la vida, además de haber infringido la ley penal, y haber omitido dar aplicación al decálogo de manejo de armas, siendo su actuar negligente y descuidado, por tanto, es el llamado a responder por los perjuicios causados, los cuales se encuentran descritos en la diligencia de conciliación realizada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, misma aprobada mediante auto del 5 de mayo de 2010, debidamente ejecutoriado el 14 del mismo mes y año, donde se concilió sobre el 80% de la sentencia de primera instancia.

B. PARTE DEMANDADA:

A través del Curador Ad Litem designado de la lista de auxiliares de la justicia para asumir la defensa del señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, allegó escrito de alegatos de conclusión el 9 de agosto de 2017, visible a folios 158 a 161, destacando los cuatro presupuestos exigidos para la procedencia de la declaratoria del presente medio de control, relacionados con: *"i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena, ... ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación, 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. ... El pago efectivo realizado por el Estado, ... y, iv) La conducta calificada de dolosa o gravemente culposa..."*

Señala que para el presente caso, únicamente se configuran los dos primeros requisitos, por cuanto en relación con el tercer requisito relacionado con el pago, éste no se encuentra acreditado, por tanto precisa que: *"no son suficientes, al decir de la jurisprudencia, para demostrar que se cumple plenamente el requisito del pago."*

En tal virtud, expone que, al no encontrarse acreditado el tercer requisito, se releva de entrar a analizar el dolo o culpa grave del agente del Estado, por lo que concluye deprecando se nieguen las pretensiones de repetición en contra del demandado, y se condene en costas a la entidad demandante.

El Ministerio Público, no presentó concepto en este proceso.

IV. PRUEBAS

Documentales aportadas por la entidad demandante:

1. Copia autentica de la diligencia de conciliación realizada el día 29 de abril del año 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 2 c.2, 71 c.1).
2. Copia autentica del auto del 05 de mayo de 2010 mediante la cual se aprueba el acuerdo conciliatorio (fls. 3-6 c.2, 72-75 c.1).
3. Copia autentica de la Resolución 0691 del 16 de febrero del año 2011, mediante la cual reconoce los perjuicios al señor Carlos Alfredo Bernal y otros por parte de la Nación-Ministerio de Defensa (fls. 7-10)

4. Certificación suscrita por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa adiada 14 de enero de 2013, donde describe que el cumplimiento a lo resuelto en la resolución No. 0691 del 16 de febrero de 2011 que dispuso cancelar la suma de \$279.470.666,26, misma que fue cancelada el 24 de febrero de 2011, mediante transferencia electrónica a la cuenta No. 166670019594 del Banco Davivienda titular es el señor Ricardo Jose Martínez Triana, con los comprobantes de egreso Nos. 1500000703 y 1500000704 de fecha 24 de febrero de 2011 (fl. 11).
5. Oficio No OFI12-121350 del 29 de noviembre de 2012 en la cual el Comité de Conciliación y Defensa Judicial autoriza repetir en contra del señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez (fls. 12-13).
6. Oficio No.20125561294871 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SBD del 05 de diciembre 2012, signado por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional, donde indica que el señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, se encuentra retirado de la Institución y no registra datos de notificación (fl. 14).
7. Copia auténtica de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot, dentro del radicado 2009-050, que impone condena al señor al señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez por la muerte del señor Carlos Andrés Bernal (fls. 77-105 c.1).
8. Copia auténtica de la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Administrativo del Circuito de Girardot, dentro de radicado 2006-2070, que declaró responsable administrativamente a la entidad demandante –Nación-Ministerio de Defensa por los perjuicios morales causados a los familiares de causante Carlos Andrés Bernal, acompañado del auto aclaratorio adiado 11 de noviembre de 2009 (fls. 107-125 c.1)
9. Copia simple de la providencia del 13 de febrero de 2006 proferida por el Batallón de Infantería No. 28 Colombia, que dispone el archivo del proceso disciplinario adelantado en contra del señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez (fls. 129-140 c.1).

V. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

El presente litigio se circunscribe a determinar si el señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez es o no responsable de los perjuicios patrimoniales causados a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en virtud a la conciliación judicial realizada ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de abril de 2010 dentro del proceso de reparación directa con radicado 25000-23-26-000-2006-002070, aprobada por el mismo Despacho mediante auto del 5 de mayo de 2010 con ejecutoria del 14 de mayo de 2010, que generó el reconocimiento de una indemnización a los familiares, por la muerte del soldado regular Carlos Andrés Bernal Camelo, por valor de \$237'961.536, como consecuencia de presunta conducta desplegada por el agente público demandado.

2. ASPECTOS PROCESALES

Analizado el expediente no encuentra el Despacho alguna excepción previa que deba estudiar y/o decretar, por lo que se entra a resolver el problema jurídico planteado, conforme lo dispone el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

3. ASPECTOS SUSTANCIALES

3.1 Normatividad aplicable

Como quiera que en el sub - lite, los hechos que dieron origen a la condena proferida el 29 de abril de 2010 mediante acta de conciliación judicial, aprobada a través del auto calendado 5 de mayo de 2010, providencias emitidas por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sub Sección “B”, se produjeron en el año 2010, quiere decir ello, que a 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 1984.

Asimismo, en cuanto a las normas procesales por ser éstas de orden público y que rigen hacia el futuro con efecto general e inmediato, se aplicarán las contenidas en la Ley 678 de 2001.

El conflicto de leyes en el tiempo derivado del tránsito normativo ha sido ampliamente explicado por el H. Consejo de Estado, y para el efecto se transcribe la explicación que al respecto trajo dicha corporación en la sentencia del 10 de agosto de 2016 proferida dentro del proceso de repetición N° 27001-23-31-000-2004-01018-01 (41.451), así:

“Con antelación a la expedición de la Ley 678 de 2001, fueron varias las disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado en los términos consagrados en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política¹.

Posteriormente, una vez expedida la Ley 678 de 2001, puede afirmarse que se regularon en una sola normativa tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, como las definiciones de dolo y culpa grave con las que se califica la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales en las que estaría incurso el funcionario, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso. En cuanto a los aspectos procesales, se establecieron los asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

De manera pues, que los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001, potencialmente constitutivos de la acción de repetición contra funcionarios o exfuncionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen conformado, como se dijo, por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales. Sin embargo, esas situaciones pretéritas que son sometidas y susceptibles de conocimiento de la jurisdicción, tal y como ocurre en el presente evento, cuyos hechos, según la demanda, datan del año 1999, son las que plantean un conflicto de leyes en el tiempo, derivado del tránsito normativo, tema que resulta de trascendental importancia jurídica en la medida en que, como se señaló, la Ley 678 de 2001, a manera de ejemplo, en sus artículos 5 y 6, contiene definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se debe analizar la conducta del agente en el juicio de repetición y, además, se consagra una serie de presunciones legales en las que podría estar enmarcada la conducta del funcionario, preceptos de suyo más rigurosos que lo previsto en las normas anteriores aplicadas en esta materia² (artículos 63 y 2341 del Código Civil).

¹ “A manera de ejemplo los Artículos 63 y 2341 del Código Civil; Artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo; Artículos 6, 90, 95, 121, 122, 124 de la Constitución Política; Artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia; artículo 54 de la Ley 80 de 1993, derogado expresamente por el artículo 30 de la Ley 678 de 2002; Artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998”.

² “El artículo 5° define que “La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”, y la presume así: 1. Obrar con desviación de poder; 2. Haber expedido el acto

Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes en el tiempo por efecto del tránsito de legislación, se tiene suficientemente establecido por la jurisprudencia y la doctrina que la regla general es aquella que indica que la norma nueva rige hacia el futuro, esto es, que se aplica a los hechos producidos a partir de su nacimiento y extiende su vigor hasta el momento de su derogación; por excepción, puede ser retroactiva, esto es, cobijar hechos o situaciones ocurridas en el pasado y con anterioridad a su vigencia.

Este postulado según el cual, en principio, la ley rige hacia el futuro y no puede ser retroactiva, da a entender válidamente que los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor o ex servidor público, acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime si se tiene en cuenta que la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de dolo o culpa grave, de manera que, en aras de garantizar el derecho al debido proceso, se impone lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 29 de la Constitución Política, en virtud del cual:

"...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".

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará con preferencia a la restrictiva o desfavorable". (Se destaca).

De acuerdo con la norma anterior, viene a ser indispensable efectuar las siguientes precisiones:

a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor o ex servidor público, son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter "civil" que se le imprime a la acción en el artículo 2° de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquella y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos³.

b) Si los hechos o actuaciones 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.

En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar conforme con las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento; 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración; 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado; y 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial. Por su parte el artículo 60, señala que "La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones", y la presume por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; 2. Carencia o abuso de competencia para proferir 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; y 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal".

³ Artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política.

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacia el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Es decir, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua.

Se colige de lo anterior que la Ley 678 de 2001, se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001, fecha de su entrada en vigencia⁴, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, el estudio de responsabilidad del agente público se deben analizar conforme a la normativa anterior; excepto que en la nueva resulten aplicables por resultar más favorable y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998.

En consecuencia, por versar el sub judice sobre hechos que se remontan al 11 de septiembre de 1999, la normativa sustancial bajo la cual se examinará corresponde a la vigente para aquella época y a la luz de los conceptos expuestos a propósito de las mismas en esta providencia". (Negrilla del juzgado).

3.2. Procedencia y elementos de la acción de repetición

Establece el artículo 90 de la Constitución Política:

"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."

Los artículos 77 y 78 del otrora Decreto - Ley 01 de 1984 establecieron la vía judicial como el camino para que la entidad pública que haya efectuado un reconocimiento indemnizatorio, derivado de una conciliación o de una condena en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, pudiera repetir contra el funcionario que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiera ocasionado el daño y, además, que en el evento de la declaratoria de responsabilidad, la sentencia siempre dispondría que los perjuicios sean pagados por la entidad.

Preceptuaban los artículos 77 y 78 del C.C.A:

"Artículo 77.- Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en ejercicio de sus funciones.

Artículo 78.- Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere."

⁴ "Según Diario Oficial No. 44.509 de 4 de agosto de 2001".

Por su parte el artículo 2° de la Ley 678 de 2001 *“Por medio de la cual se reglamenta 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”*, definió la acción de repetición en los siguientes términos:

“Artículo 2. Acción de repetición. La acción 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. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial (...).”

Conforme a lo anterior, la acción de repetición es el mecanismo judicial a través del cual el Estado puede pretender recuperar de sus servidores o ex-servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas, los dineros que ha pagado en razón de las condenas impuestas a través de una sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, a efectos de resarcir los daños antijurídicos que le han sido imputados.

De manera que la acción de repetición se erige entonces, como el mecanismo procesal especial con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, pues tiene el derecho-deber de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que se declare responsable al sujeto, que con su actuar doloso o gravemente culposo, ha causado un daño antijurídico por el cual el Estado ha respondido.

Ahora bien, para la procedencia y prosperidad de la acción de repetición, existe una serie de requisitos que se deben reunir, para lo cual, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, ha explicado en abundantes providencias 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 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 repetición⁵.

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 de un acto administrativo o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.

ii) La existencia de una sentencia judicial o una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de

⁵ Sentencia del 28 de abril de 2001, expediente: 33407

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 conflicto⁶.

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, a través de una prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.

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. CASO EN CONCRETO

Se analizará en el *sub judice* Héctor si hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, esto es, si se cumplen con los requisitos de la acción de repetición antes señalados, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente.

Ahora bien, respecto del primer requisito, (calidad del agente) esta Juzgadora lo tendrá por acreditado, de acuerdo con el material probatorio arrimado al plenario, que refleja la calidad del Soldado Regular en su condición de Dragoneante del señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, tal como se desprende de lo consignado en las providencias obrantes que en el plenario relacionado con los procesos seguidos en contra del citado demandado Buitrago Gutiérrez, con fundamento en los hechos ocurridos el 02 de noviembre de 2005, donde falleció el señor Carlos Andrés Bernal Camelo, esto es, *i)* sentencia condenatoria proceso penal con radicado 2009-0050 (fls. 80,), *ii)* sentencia de primera instancia dictada por el juzgado Administrativo del circuito de Girardot con radicado 2006-2070 (fl. 109 ss), y *iii)* la investigación disciplinaria adelantada por el Batallón de Infantería No. 28 Colombia de fecha 13 de febrero de 2006 (fl. 129), esta última indica:

"En primer lugar se tiene probado dentro de la presente investigación que tanto el señor soldado regular BERNAL CAMELO CARLOS ANDRES (q.e.p.d.) como el señor Dragoneante BUITRAGO GUTIERREZ HECTOR ALEXANDER, se encontraban prestando servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería No. 28 Colombia."

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 dentro del proceso obra copia autenticada del acta adiada 29 de abril de

⁶ Sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327

2010, aprobaba mediante providencia del 5 de mayo de 2010 por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "B", dentro del proceso de reparación directa con radicado 25000-23-26-000-2006-002070, con la cual se acredita la **conciliación judicial celebrada** sobre el 80% de la sentencia de primera instancia, la cual fue dictada por el Juzgado Administrativo del Circuito de Girardot, el 29 de octubre de 2009, que condenó a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a pagar en favor de los señores Carlos Alfredo Bernal y Ana Sofía Camelo Páez, en calidad de padres, y a los señores Ruth Stella Bernal Camelo, Johel, Neffer Bernal Calderón, Abimelec, Carlos Alfredo, Consuelo, Carlos Arturo y Damaris Bernal Calderón, en calidad de hermanos, los perjuicios morales y materiales, radicado 2006-2070, con ocasión de la muerte violenta del soldado Carlos Andrés Bernal Camelo (fls.71 a 71 c.1).

Consta, de las copias aportadas, que dicho fallo fue favorable a las pretensiones de la demanda profiriendo una condena contra la, ahora demandante, por valor de doscientos treinta y siete millones novecientos sesenta y un mil quinientos treinta y seis pesos m/cte. (\$237'961.536), suma que pretende el extremo demandante, pague el demandado en su favor, dentro del presente asunto por concepto de capital.

Tal decisión fue notificada en estrados el 29 de abril de 2010, expidiéndose las copias correspondientes, con constancia de ejecutoria el 14 de mayo de 2010 (fl. 75 c1). Encontrándose acreditado el segundo de los requisitos exigidos para la prosperidad del medio de control de repetición.

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

Resolución No. 0691 del 16 de febrero de 2011 emitida por el director de asuntos legales del Ministerio de Defensa Nacional *"por la cual se da cumplimiento a un acuerdo conciliatorio a favor de CARLOS ALFREDO BERNAL Y OTROS"* mediante la cual se resolvió:

"ARTICULO 1o.- Reconocer, ordenar y autorizar el pago de la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON 26/100 M/CTE (\$279,470,666.26), en la forma como quedó expuesta en la parte motiva a favor de: CARLOS ALFREDO BERNAL Y OTROS; a través de su apoderado doctor(a) RICARDO JOSE MARTINEZ TRIANA, con C.C. No. 79.304.419 de Bogotá, y, Tarjeta Profesional de Abogado No. 68.381 del Consejo Superior de la Judicatura.

ARTICULO 2o.- La Tesorería Principal de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional-Gabinete, pagará la suma liquidada previo los descuentos de ley con cargo al rubro presupuestal de sentencias mediante consignación a favor del doctor(a) RICARDO JOSE MARTINEZ TRIANA, con C.C. No. 79.304.419 de Bogotá, en la Cuenta de Ahorros No. 166670019594, del Banco Davivienda, cuyo comprobante reemplazará en sus efectos al paz y salvo que expide la Tesorería Principal del Ministerio de Defensa Nacional. ..." (fls. 7 a 10 c.2).

Certificación de fecha 14 de enero de 2013 expedida por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual hace constar:

"QUE LA RESOLUCION No. 0691 DEL 16 DE FEBRERO DE 2.011, POR VALOR DE \$279.470.666.26 SE CANCELO AL SEÑOR RICARDO JOSE MARTINEZ TRIANA, IDENTIFICADO CON CEDULA DE CIUDADANIA No. 79.304.419, CON LOS COMPROBANTES DE EGRESO Nos. 1500000703 y 1500000704 DEL 24 DE FEBRERO DE 2011, A TRAVES DE LA DIRECCION DEL TESORO NACIONAL MEDIANTE TRANSFERENCIA ELECTRONICA A LA CUENTA No. 166670019594 DEL BANCO DAVIVIENDA S.A. EL 24 DE FEBRERO DE 2011.

LA ANTERIOR SE EXPIDE A SOLICITUD DE LA DOCTORA SONIA CLEMENCIA URIBE RODRIGUEZ, COORDINADORA DEL GRUPO CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL DE LA DIRECCION DE ASUNTOS LEGALES." (Mayúscula del texto original). (fl. 11 c.2)

De esta manera, para el Despacho queda demostrado con las pruebas que militan en el proceso, que la entidad demandante cumplió con la obligación a su cargo, consistente en el **pago** de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia por el Juzgado Administrativo del Circuito de Girardot, habiéndose conciliado ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sub sección "B", que fue realizado dicho pago al apoderado judicial de los beneficiarios por consignación bancaria. En consecuencia, se tiene por cumplido el tercero de los requisitos.

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, el H. Consejo de Estado ha explicado en diferentes oportunidades⁷ 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, las disposiciones la Ley 678 de 2001, que define en sus artículos 5 y 6, las presunciones de dolo y de culpa grave:

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

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

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*

ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

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

Conforme con lo anterior, el máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo⁸ considera necesario precisar que en estos eventos de que tratan los preceptos antes referenciados, a la entidad demandante le asiste la carga de probar únicamente los supuestos a los que aluden las normas. Se trata de "presunciones legales"⁹ (*iuris tantum*)

⁷ Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente: 29.223; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 22 de julio de 2009, expediente: 25659.

⁸ Reiteración de lo dicho en la sentencia del 29 de mayo de 2014. Exp: 40.755.

⁹ 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

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”, al señalar la citada norma:

“ARTICULO 66. PRESUNCIONES. *Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.”

A su turno, por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, el Código General del Proceso (capítulo de pruebas), preceptúa:

“Artículo 166. Presunciones establecidas por la ley. *Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.*

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.”

Por lo mismo, en estos casos no se compromete el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el agente estatal contra el cual se dirija el medio de control de repetición siempre podrá presentar prueba en contrario que lo libere de responsabilidad civil¹⁰.

Entonces, consultados sus antecedentes normativos legales para determinar la historia fidedigna de su establecimiento, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil (*voluntas legislatoris*), se tiene que el establecimiento de estas “presunciones legales” tenía por objeto tornar eficaz este medio de control. En efecto, en la ponencia para primer debate en el Senado, se puso de presente que lo que persigue esta medida es que:

“(…) el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró”.¹¹

De modo que en estos casos por tratarse de una presunción legal, es decir, 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.

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, Seña Editora, 2013, p. 124 y 125.

¹⁰ Sentencia C-374 de 2002 emitida por la H. Corte Constitucional.

¹¹ Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 14 del 10 de febrero de 2000, p. 16

En relación a las presunciones en sede del medio de control de repetición, ha tenido la oportunidad de pronunciarse el H. Consejo de Estado a través de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2011¹², en donde puntualizó el alcance de dichos supuestos, los cuales se transcribe un extracto:

"(i).- La presunción es un juicio lógico del legislador, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de otro hecho debidamente probado. Cuando un hecho está amparado con una presunción, se entiende que está exento o no necesita de prueba, pues, precisamente, el objeto de la presunción es excluir ese hecho del tema probatorio¹³ para tenerlo como realizado y verídico dentro del proceso, dado que, como es la propia ley la que deduce esta consecuencia, se está seguro de la deducción.

(ii).- Las presunciones pueden ser de derecho ("iuris et de iure", de derecho y por derecho); y legales ("iuris tantum", sólo de derecho). Las presunciones legales admiten prueba en contrario, mientras que las presunciones de derecho dan certeza plena y absoluta del hecho y no admiten prueba en contra, pues se fundan en el orden público.

(iii).- La fuerza de la presunción depende de la certeza del hecho conocido y de su relación con un hecho desconocido que se establece como consecuencia de la demostración de aquél. Por lo tanto, para su aplicación siempre se tiene que probar un hecho, esto es, aquel del cual se deduce o se supone que es cierto otro hecho, siendo este último el que al final interesa al proceso. En otras palabras, los hechos en que se apoya una presunción legal se deben establecer o, mejor aún, probar y, en este caso la presunción opera a favor de quien la invoca, relevándola o eximiéndola de la prueba del hecho inferido o indicado en la disposición que la contempla, a menos que la otra parte infirme la conclusión legal probando lo contrario.

(iv).- Sin embargo, la dispensa de la prueba mediante la aplicación de una presunción es sólo en parte, porque siempre el que la invoca está obligado a demostrar el hecho en que la misma se funda o del cual la ley deduce la consecuencia. De ahí que el profesor Rocha afirme que "[l]a dispensa de la carga de la prueba para el favorecido con una presunción es, pues, apenas parcial y respecto del hecho deducido, que es, el que indudablemente interesa demostrar. Pero no resulta favorecido sino probando otros hechos, aquellos que siendo ciertos, hacen creíble el segundo hecho.¹⁴

(v).- La presunción legal se funda en la más alta probabilidad de certeza pero no excluye la posibilidad de error en el razonamiento del hecho cierto del cual se parte para obtener una deducción y tampoco sobre la base conocida cuando la misma termina resultando falsa o inexacta. Por eso, siempre se permitirá destruirla, esto es, se otorga a la parte contra quien se hace valer, la posibilidad de probar la inexistencia del hecho que legalmente se presume, aun cuando fueren ciertos los antecedentes o circunstancias con fundamento en los cuales lo infiere la ley, como también cuando éstos terminen siendo falsos. Es decir, la conjetura, suposición o deducción de ley se puede desvirtuar por la parte a quien no le conviene, pues admite prueba en contrario, circunstancia que libera de la carga de probar el hecho presumido a la parte favorecida con la misma y la traslada a la otra parte quien debe desvirtuarlo.

(vi).- En definitiva, al que desee beneficiarse de una presunción le corresponde probar el hecho conocido y demostrado, ope legis, se aprovecha del otro hecho que resulta indirectamente probado, pero siempre con la posibilidad de que la parte contraria contra quien se aduce pueda desvirtuar el hecho presumido con el objeto de evitar la operancia de la deducción contenida en la ley.

Así las cosas, la Ley 678 de 2001, al desarrollar el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, en especial, para efectos de determinar si los servidores, exservidores o particulares que desempeñen funciones administrativas actuaron con dolo o culpa grave, estableció un listado de hechos en los que se dice presumir, según las reglas de la experiencia, que han obrado bajo esas modalidades de conducta. Con ello, el legislador buscó que en el caso de que se demostraran las conductas descritas en los artículos 5 y 6 de la citada ley, el juez tuviera por cierto que el comportamiento del agente público fue con dolo o culpa grave.

¹² Consejo de Estado, sentencia del 28 de febrero de 2011, expediente 34.816. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ DEVIS Echandia, Hernando, Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte General, Tomo V, De la Prueba, Editorial Temis, Bogotá, 1967, Pág. 287.

¹⁴ ROCHA Alvira, Antonio, Op. cit., Pág. 558.

De todos modos, estima la Sala necesario precisar que las denominadas presunciones son sólo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público, pues pueden presentarse muchos más casos que, pese a que no se encuentran consagrados en las citadas causales de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, originan que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar.

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 inferencia, claro está que admite prueba en contrario (carga del agente público demandado), en aras de garantizar su derecho a la defensa". (Negrilla y subraya destaca el Despacho).

De manera que, según la posición esbozada en esta providencia los supuestos contenidos en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, ya que 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 enunciados se presume que el proceder del agente fue doloso o gravemente culposo.

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."

Por otra parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-374 de 2002 analizó la constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, indicando que las presunciones buscaban relevar al Estado de la carga de la prueba dentro de la acción de repetición, sin perjuicio de que la parte demandada pudiera desvirtuarlas mediante prueba en contrario, lo anterior, debido a que las presunciones allí consagradas no constituyen un juicio anticipado que desconozca la presunción de inocencia del agente o ex agente del Estado:

"(...) con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtir en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso¹⁸".

Sobre el mismo asunto se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-455 de 2005, precisando que:

"(...) La Corte recaba en su providencia que, de no haber apelado el legislador al sistema de las presunciones en materia de acción de repetición, muy difícil sería adelantar exitosamente el juicio correspondiente, al tiempo que se harían nugatorios los propósitos perseguidos por la propia Ley 678 de 2001.

Además de lo dicho, el pluricitado fallo afirma que la presunción contenida en las normas acusadas no quebranta el principio de presunción de inocencia toda vez que la acción de repetición es una acción netamente civil -no es una acción penal-, razón por la cual es permitido presumir la culpa o el dolo.

Por último, la Corporación asevera que el principio de presunción de buena fe tampoco se ve vulnerado por los artículos acusados por cuanto que aquél va dirigido a proteger a los particulares frente a las actuaciones que deben surtir ante las autoridades administrativas -las cuales se presumirán adelantadas de buena fe-, y en el caso particular no se habla propiamente de una gestión de los particulares frente al Estado.

(...)

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

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

Así las cosas, cuando el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en alguna de las hipótesis consignadas en los artículos 5º y 6º de la Ley 678, el legislador previó una serie de "presunciones legales" como

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C 374 de 2002.

mecanismos procesales enderezados a tornar efectiva la acción de repetición prevista en la Constitución Nacional.

Ahora, 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 y es su atribución realizar una nueva evaluación de la conducta del agente.

En tal virtud, el hecho de que el legislador suponga en estos eventos la responsabilidad civil del agente estatal, ello no impide que esta presunción pueda ser destruida con la presentación de pruebas de descargo que desvirtúen las presunciones de la ley.

De otro lado, también conviene destacar que la previsión en los citados artículos 5º y 6º de la Ley 678 no entraña que las allí consignadas sean las únicas por las cuales puedan calificarse de conductas dolosas o gravemente culposas.

De suerte que, el juez del medio de control de repetición podrá deducir otras conductas que puedan calificarse como tales al apreciar otros comportamientos del agente estatal que no encuadren en ninguno de los dos preceptos o que no hayan sido mencionadas en ellos. En otras palabras, la relación de hipótesis allí consignadas en modo alguno limita o reduce el ámbito de acción del juez de la acción de repetición.

De lo anterior se colige, que las presunciones son suposiciones que pueden provenir de la ley o del juicio del juez frente a la observancia de los hechos, las cuales constituyen medios indirectos para alcanzar la verdad a partir de hechos conectados entre sí. Es así como, el actor debe demostrar que de una circunstancia o causal, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias que permitan liberar su responsabilidad patrimonial. Entonces, las presunciones persiguen finalidades constitucionalmente valiosas, pues al facilitar el ejercicio del presente medio de control de repetición, en los casos en que el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en las conductas dolosas o gravemente culposas de sus agentes, permite alcanzar los objetivos de garantizar la integridad del patrimonio público, la moralidad y eficacia de la función pública, en concordancia con los artículos 123 y 209 de la Constitución Política.

Así las cosas, es evidente 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 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.

En virtud de lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional contenido en el artículo 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 garantías mínimas 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.

Corolario con lo esbozado en precedencia, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios que obran en el expediente a efectos de determinar si se encuentra probado la culpa grave o dolo del demandado, de acuerdo con el material allegado que conforman el presente plenario:

-Copia auténtica de la sentencia adiada 24 de noviembre de 2011 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot Cundinamarca mediante la cual condenó al señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, a la pena principal de trescientos (300) meses de prisión y a la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, por un periodo de 20 años, como autor responsable del delito de homicidio agravado en contra del entonces soldado regular Carlos Andrés Bernal Camelo, providencia que quedó ejecutoriada el 6 de diciembre de 2011 (fl. 105 vto. c.1), dicho fallo se apoyó en los siguientes considerandos (fls. 99-100:

"Luego fue un acto de soberbia por parte del Dragoneante BUITRAGO exigirle a su compañero que tenía que subir solo un timbo de agua que debía ser muy pesado y ameritaba que dos personas lo cargaran. Pero que prevalido de una aparente superioridad de rango le hacía creer que tenía derecho de exigirle a su inferior que tenía que hacer una fuerza descomunal y subir él solo la caneca de agua, sin brindarle ninguna colaboración para realizar tal tarea.

No se puede hablar de una insubordinación militar y que la víctima de manera testaruda estaba yendo contra sus obligaciones militares. Lo que se le propuso al soldado BERNAL era una misión que debía ser cumplida por dos personas, por eso razonablemente el Cabo envió a cuatro soldados para que en pareja fueran y llenaran los timbos y subieran el agua del almuerzo.

*Caso muy distinto es que el dragoneante BUITRAGO, ante la negativa de su "subalterno" de llevar el timbo de agua solo, y su forma irreverente de replicarle, asumió el hecho como una afrenta a su rango, del cual no podía descender para colaborar y llevar entre juntos el agua; razón por la cual prevalido de una furia descomunal que se le notaba físicamente tal y como lo describen sus compañeros que estaba "...puto..." "...verde de la rabia..." y por supuesto verbalmente, **pues no olvidemos que fue el Dragoneante el que le dijo al soldado Bernal "...que si quería morirse"**¹⁹, **opta en vez de ayudarlo por dispararle en tres ocasiones sin el menor resquemor, justamente en el momento en que el soldado BERNAL, se encontraba agachado revisando el timbo del agua;** para luego de haberlo hecho ahí sí salir corriendo asustado por haber matado a su compañero y desaparecer del lugar por un tiempo, hasta el 24 de noviembre de 2005 cuando se presenta voluntariamente ante la Procuraduría Seccional de Girardot¹⁹.*

No pudiendo en este caso hablarse de una ira e intenso dolor causado por una provocación grave e injusta, pues la negativa a cumplir una orden dada por un superior no significa que tal actitud se tenga como motivo para dispararle a un subalterno. Lo correcto hubiera sido reportar el hecho a su superior jerárquico es decir al Cabo VASQUEZ, quien hubiera tomado disciplinariamente la medida pertinente a que hubiera lugar. Y no actuar de la manera impulsiva que lo hizo, máxime cuando ya está establecido hasta la saciedad que jamás el soldado BERNAL hizo ademan o postura corporal alguna que siquiera hiciera pensar que pretendía atacar al Dragoneante con su fusil.

Corolario de lo anterior es la certeza que tiene este Despacho sobre la responsabilidad penal del acusado HÉCTOR ALEXANDER BUITRAGO GUTIÉRREZ como autor del punible de homicidio agravado en contra de CARLOS ANDRÉS BERNAL CAMELO, razón por la cual se dictará sentencia condenatoria en su contra, de conformidad con lo expuesto en precedencia."

Al retrotraernos a los hechos, tenemos que tienen ocurrencia como consecuencia de una desavenencia frente al cumplimiento de la orden impartida por el Dragoneante Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez (aquí demandado), relacionado con trasladar por parte del soldado Carlos Andrés Bernal Camelo, un recipiente lleno de agua para preparar el

¹⁹ Investigación Penal # 178 Juzgado 89 Instrucción Penal Militar Declaración Medardo García, pág. 35

almuerzo, donde el mentado Dragoneante en uso de su jerarquía frente al subalterno Bernal Camelo, se negó en ayudarlo a cargar el pesado recipiente, bajo la insistencia que el soldado debía cargarlo solo, a pesar de requerir de dos personas para trasladarlo, tal como lo hicieron los otros dos soldados, de los cuatro enviados por el superior del Dragoneante; máxime cuando el mentado Dragoneante amenazó de muerte al soldado Carlos Andrés, al decirle *"entonces quiere morirse"*, dada la negativa de éste para ir a conseguir un palo para cargar el agua; mientras que, el soldado Bernal no desplegó ademán o postura corporal alguna que permitiera pensar que la integridad física o la vida del Dragoneante Buitrago se encontrara en peligro, pese a haberle, éste último, desafiado a pelear a puños, donde el soldado Bernal le precisó que a golpes no, por ser él, de menor contextura física, sino con cuchillo; insultos recíprocos que conllevaron a que el Dragoneante Buitrago Gutiérrez optara por hacer sentir su superioridad con el arma de dotación oficial, y sin reparo produjo tres disparos de impacto sobre la humanidad del soldado Bernal Camelo, ocasionándole la muerte, cuando el fallecido se encontraba recogiendo el agua y con el fusil asegurado e inofensivo, en medio de sus piernas.

De lo anterior el juzgador penal advirtió la ausencia de causales de eximentes de responsabilidad, por lo que se vislumbra que el demandado Buitrago Gutiérrez se dejó llevar por la ira como emoción de choque, que lo llevó a hacer desaparecer el obstáculo que le desagradaba con la ofensa presente del soldado Bernal, y lo condujo a la comisión del hecho punible de homicidio en contra de su compañero el entonces soldado regular Carlos Andrés Bernal Camelo, al desasegurar el arma de dotación oficial y propinarle un tiro en la cabeza y dos que rozaron el pecho, tal como lo expuso el testigo Medardo García Cubillos, en la investigación penal adelantada (fl. 93).

Tal como lo destaca el juzgador penal, la conducta desplegada por el Dragoneante Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, en el momento de accionar su arma de dotación contra el soldado Carlos Andrés Bernal Camelo, corresponde a *"dolo de ímpetu"*, al considerar (fl. 103):

"... el sentenciado es un hombre de 29 años de edad, bachiller, soltero, sin antecedentes, que actuó con dolo de ímpetu y en unos instantes cambió el giro de su vida de tener un buen desempeño militar a huir por haber matado a un compañero y luego presentarse a asumir sus consecuencias."

En cuanto al denominado *"dolo de ímpetu"*, el Despacho resalta, según documento recuperado en el enlace <http://universojus.com/definicion/dolo-de-impetu>, define:

"Dolo de ímpetu. El engaño contractual o la intención delictiva que se conciben y ejecutan sin largo intervalo entre la idea y el hecho. Aunque el perjuicio pueda ser igual, moralmente se advierte una diferencia atenuante para quien obra con dolo de ímpetu comparado con la persistencia y elaboración detallada del propósito maligno que configura la premeditación..."

En palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 14 de julio de 1999, con ponencia del Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego, precisó:

"el dolo de ímpetu consiste en la consciencia y voluntad de dañar la integridad personal de otro, cualquiera sea la magnitud del daño, de modo que uno u otro resultado nocivo (lesiones o muerte) le pertenecen al sujeto por haber sido presupuestados directa y coetáneamente en su conocimiento y querer, así exista por dicho estado de ánimo una parcial superposición de la decisión y la ejecución del acto". (Negrilla destaca el Despacho).

Entonces, tal como se aprecia en la sentencia penal legalmente incorporada al presente proceso, resulta incuestionable que, en aquellos eventos en que la condena haya sido impuesta a título de dolo, no resultará viable al juez contencioso administrativo,

desconocer la valoración realizada por el juez penal, que para el presente asunto determinó la actuación del demandado bajo el “*dolo de ímpetu*”, el cual, según las definiciones transliteradas, describen a la persona que obra en un momento de arrebatado determinado por injusta provocación, movida por una reacción emocional, sin que exista premeditación o deliberación para perpetrar el delito, teniendo en cuenta que dicho dolo no corresponde a esa persona, sino que, ante una situación trágica de su vida, se ve precisada a delinquir, es decir, que para el caso que ocupa la atención del Despacho, la reacción emocional del demandado Buitrago Gutiérrez lo condujo a cegar la vida su compañero Bernal Camelo, sin que existiera una causa justificable, acto que no fue accidental, sino con conocimiento de causa de su propio actuar, al producir disparos con su arma de dotación oficial en la humanidad del hoy fallecido, Carlos Andrés Bernal

Entonces, sobre el particular, la jurisprudencia de la sección tercera del H. Consejo de Estado, ha señalado²⁰:

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

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

En cambio, el dolo, constituye un concepto jurídico relacionado con la intención del sujeto de generar el resultado, o de realizar el verbo rector que describe la acción típica; por consiguiente, de manera independiente a que se entienda como un elemento psicológico o normativo, lo cierto es que su análisis se efectúa en el fuero interno del individuo, puesto que su acreditación supone la constatación de un elemento cognoscitivo (conocer la realidad, la trasgresión normativa, y el resultado esperado), y volitivo (aceptar y buscar intencionalmente la consecuencia derivada del comportamiento, esto es, de la acción), lo que según el tratadista Reyes Echandía²¹ describe:

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

Por consiguiente, el elemento que caracteriza al dolo en sus diferentes significados, es decir las referidas al derecho privado o al público (penal, etc.), es la intencionalidad, el elemento volitivo que lleva implícito el desear, el querer o desear la materialización de algo que es censurado por el ordenamiento jurídico.

²⁰ Sentencias del 2 de noviembre de 1989, expediente 5625; Sentencia del 19 de noviembre de 1998, expediente 12.124 y sentencia del 21 de septiembre de 2000, exp. 11766.

²¹ REYES Echandía, Alfonso “La culpabilidad”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 56

Entonces, al tener en cuenta que el Estado Colombiano se edifica en el principio del Estado Social de Derecho, lo cual tiene como eje principal de la organización pública a la persona, entendida como un sujeto titular de derechos que deben ser protegidos en su integridad por quienes detentan el poder público. En otras palabras, y dada la evocación de la Carta Política, los derechos humanos y, especialmente, los de carácter fundamental son inviolables, inalienables e imprescriptibles y, precisamente es el Estado el principal encargado de velar por el respeto de dichas garantías esenciales del ser humano.

Habida cuenta de lo antes expuesto, los hechos punibles por regla general se configuran en la mayoría de los casos por la inobservancia de los reglamentos, de las órdenes y normas empleadas por el sujeto activo del ilícito, a quien se le exige evitar el resultado antijurídico en su conducta que realice frente a los demás individuos, puesto que cuando el agente activo olvida observar el cuidado suficiente o no toma las previsiones necesarias, crea riesgos tan dolorosos, como en el caso que ocupa la atención del Despacho, enlutan a una familia, que tiene que soportar la pérdida injustificada de uno de sus integrantes del núcleo, a quien entregó en buenas condiciones para la prestación del servicio militar obligatorio, empero por un acto de arrebató determinado por la injusta provocación y movido por una reacción emocional del Dragoneante Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, al momento de ver incumplida la orden impartida a su inferior de transportar solo el recipiente con agua por ser muy pesado, dispara el arma de dotación oficial y causa la muerte al soldado regular Carlos Andrés Bernal Camelo, máxime cuando fue puesto en una situación de indefensión o inferioridad, toda vez que según lo establecido en el proceso penal el soldado fallecido jamás desplegó conducta alguna que pusiera en peligro la integridad de su agresor Buitrago Gutiérrez; por lo que, se itera, que dicha negativa a cumplir una orden dada por un superior no es óbice que esta actitud se tenga como razón impulso para dispararle a un subalterno, menos aún, cegarle su vida, incurriendo en una falta de cuidado del arma bajo su custodia, lo que permitió que el homicida consumara el hecho dañoso; debiendo acudir, en dicho caso, a su superior jerárquico, quien hubiese decidido la conducta disciplinaria del insubordinado, y no actuar de la manera impulsiva como lo hizo, razón por la que incurrió en el delito de “Homicidio Agravado”, previsto y sancionado por la ley penal “Delitos contra la vida e integridad personal”, “Del homicidio”, y “... colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”.

De lo anterior se vislumbra, el actuar del Dragoneante Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, quien fue el autor del delito investigado, a título de dolo. (fl. 103 c.1).

- Copia de la sentencia de 26 de octubre de 2009 dictada por el Juzgado Administrativo del Circuito de Girardot, Cundinamarca mediante la cual se accedió a las pretensiones invocadas por el señor Carlos Alfredo Bernal y Otros con la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en ejercicio del medio de control de reparación directa por la muerte del entonces soldado regular Carlos Andrés Bernal Camelo, donde se hicieron, entre otras, las siguientes consideraciones:

“En el sub-lite y conforme se decantó antes, se encuentra probado que la muerte del SLR CARLOS ANDRES BERNALCAMELO se produjo por causa de lesión cerebral sufrida al recibir el impacto de proyectil encontrándose en cumplimiento de misión asignada en desarrollo del servicio militar obligatorio, y bajo tal paradigma estableció que el proyectil fue disparado con el fusil galil calibre 5,56 No. 95102546 y que tal arma de fuego es de dotación oficial, el régimen de responsabilidad aplicable sería el de riesgo excepcional, no obstante y en cuanto se encuentra probado que el arma en referencia no portaba el cartucho de vida y fue detonada por otro conscripto en discusión sostenida con el occiso, evidencia la concurrencia de irregularidad que impone su valoración desde el régimen subjetivo de responsabilidad.

Esquema en el que cabe precisar que el hecho que el homicidio se haya perpetrado por conscripto con arma de dotación oficial y en cumplimiento de misión, desvirtúa la falta personal del agente, en cuanto el concepto de causalidad no hace relación a un vínculo de carácter natural o físico entre el hecho y el daño, sino esencialmente a una relación jurídica. De contera, que el homicidio se haya consumado por persona que se encontraba en el momento del hecho, bajo la vigilancia y cuidado de la accionada, erige en razón suficiente para imputar a esta, responsabilidad patrimonial por el perjuicio causado.

Es así que en materia de responsabilidad por el hecho de la persona que se tiene a cargo, prevé el artículo 2347 del Código Civil, en preceptiva que se encuentra aplicable a la responsabilidad patrimonial del Estado, así:

"Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado."

De igual modo, que para consumir el homicidio se haya empleado arma de dotación oficial, cuya custodia consecuentemente y dada su naturaleza de elemento peligroso y con capacidad intrínseca de causar la muerte, gravitaba en cabeza de la accionada, constituye nexo causal que ubica en esta la responsabilidad patrimonial del perjuicio causado.

Nexo causal que se toma más categórico al considerar que el hecho determinante del daño, fue el empleo de tal arma y que al momento del disparo del proyectil se encontraba sin el dispositivo de seguridad "cartucho de vida", en cuyo porte obligatorio, no retiro sino a orden, debe instruirse al personal de reclusos, y que por demás es de fácil control visual y debe ser verificado permanentemente por el comandante de escuadra, sección, pelotón, compañía y personal de servicios de la unidad.

Consecuentemente y desvirtuada la falta personal del agente, se tiene como régimen de responsabilidad aplicable, el de falla probada del servicio, como quiera que conforme a los hechos probados, deviene relevante que la accionada incurrió en descuido del personal de conscriptos a su servicio, por omisión en su deber de salvaguarda de la vida del SLR. CARLOS ANDRES BERNAL CAMELO, en cuanto fue expuesto a que un compañero de misión en altercado personal le disparará con su arma de dotación oficial, y falta de diligencia en la escogencia, instrucción en el manejo de su autoridad y del arma de dotación oficial y vigilancia del Dragoniante (sic) HECTOR ALEXANDER BUITRAGO GUTIERREZ, por cuanto de haber resultado eficaz no se hubiera presentado el insuceso homicida, máxime cuando comportó el dispositivo de seguridad "cartucho de vida", y con ello incurrió además en falta de cuidado del armamento bajo su custodia, que permitió que el homicida consumara el hecho dañoso.

Por ende deviene para la accionada el imperativo de indemnizar el perjuicio causado, mayor si se conjuga el hecho que la víctima directa fungía para el momento en que se le infringió el daño, como conscripto, y en virtud de tal condición, aquella se encontraba obligada a garantizar su integridad y seguridad.

3.4.1- Existencia del daño

Establecido en orden de las anteriores valoraciones, el nexo causal y título de imputación a la accionada, procede abordar el tópico del daño, del que cabe señalar que como concepto refiere a una alteración material exterior configurativa de aminoración de una situación favorable, y comporta afrenta a la integridad de una cosa, de una persona o de una actividad, y que en sentido jurídico reproduce la alteración negativa de un estado de cosas existente y exige que sea personal, directo y cierto.

Esquema en el cual y como quiera que las pretensiones indemnizatorias de la demanda se contraen a la reparación de los perjuicios materiales-lucro cesante y morales causados indirectamente a las personas que conformaban el núcleo familiar del fallecido SLR. CARLOS ANDRES BERNAL CAMELO, es de concluir que el daño reclamado es subsumible dentro de la noción de daño antijurídico establecido por la jurisprudencia, y puede ser objeto de indemnización según se encuentre probado. (...)" (Subraya del texto original).

-La anterior decisión fue objeto de conciliación judicial ante la Subsección "B", Sección Tercera del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, obrante en copia auténtica a folio 71 del cuaderno principal la correspondiente Acta calendada 29 de abril de 2010, aprobada mediante auto calendado 5 de mayo de 2010, ejecutoriado el 14 de mayo de 2010 (fl. 6 c.2), providencia que se translitera al tenor:

*"Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil diez (2010), siendo las dos de la tarde (02:00 p.m.), el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SALA UNITARIA DEL MAGISTRADO DOCTOR LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERÓN, se constituyó en audiencia pública, para llevar a cabo la diligencia de conciliación decretada mediante auto del veinticuatro (24) de febrero de dos mil diez (2010), dentro del proceso No. 2006 - 2070. Se hacen presentes, además del suscrito Magistrado, la doctora Sandra Haidee Arévalo Hernández, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.747.348 de Bogotá (Cundinamarca), y TP: 61553-D1 del C.S.J., apoderada de la parte demandada la cual solicitó la audiencia de conciliación, también se hacen presentes el señor Procurador Nicolás Yépez Corrales identificado con cédula de ciudadanía No. 10.276.602 de Manizales, el doctor Ricardo José Martínez Triana identificado con cédula de ciudadanía No. 79.304.419 de Bogotá, y TP: No. 68381 del C.S.J., además se hacen presentes el señor Carlos Alfredo Bernal identificado con cédula de ciudadanía No. 2.211.151 de Ibagué, y la señora Ana Sofía Camelo Páez identificada con cédula de ciudadanía No. 38.232.322 de Ibagué como partes demandantes, el Despacho concede la palabra a la apoderada de la parte convocante quien manifiesta: **El comité de conciliación del Ministerio de Defensa en sesión del día 13 de abril de 2010, autorizó por unanimidad conciliar en aplicación a la TEORÍA JURISPRUDENCIAL DEL DEPOSITO en un 80% de la sentencia de primera instancia el valor que se cancelará de acuerdo al turno que le sea asignado por el grupo de sentencias en el momento de presentación de la cuenta de cobro y de acuerdo a lo establecido en los artículos 176 y 177 del CCA., el Despacho concede la palabra al apoderado de la parte Convocada quien manifiesta: que de conformidad con dialogo con mis poderdantes presentes en esta audiencia hemos decidido aceptar la conciliación en 80% de la sentencia de primera instancia**, el Despacho concede la palabra al señor Procurador quien manifiesta: **el Ministerio Público celebra el ánimo de entendimiento entre las partes y no encuentra respecto de los términos de la conciliación objeción a la misma. El Magistrado Leonardo Torres Calderón manifiesta: dado que hay acuerdo conciliatorio entre las partes la conciliación judicial lograda se someterá a aprobación de la Sala el próximo miércoles 5 de mayo, y el auto se publicará por estado el martes 11 de mayo de 2010, en constancia se cierra y se firma por quienes en ella intervinieron siendo las 3:00 p.m."** (Negrilla destaca el Despacho).*

Revisado el anterior acervo probatorio encuentra esta juzgadora que se satisface el elemento subjetivo en contra del agente demandado, así como los elementos necesarios y concurrentes definidos para la declaratoria del medio de control de repetición conforme las pretensiones formuladas por la apoderada de la entidad demandante, puesto que, en efecto, ha quedado demostrado el presente asunto que la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional fue condenada por la jurisdicción contencioso administrativa por cuenta de la prosperidad de un medio de control de reparación directa promovida por los familiares del fallecido soldado Carlos Andrés Bernal Camelo.

De igual forma, ha quedado acreditado que el deceso del citado uniformado se debió al actuar del Dragoneante Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, quien encontrándose en desempeño del servicio militar, accionó su arma de dotación contra la humanidad del fallecido Bernal Camelo, en los términos de la sentencia penal que el actuar del demandado Buitrago Gutiérrez fue con dolo al indicar: *"el sentenciado es un hombre de 29 años de edad, bachiller, soltero, sin antecedentes, que actuó con dolo de ímpetu..."*, y esta juzgadora no tiene otra opción diferente que dar crédito a este razonamiento pues el solo hecho que el uniformado (Dragoneante) resolviera accionar el arma de fuego de dotación oficial, es reflejo patente de un acto de suma indolencia, al no dar el uso adecuado y pertinente a su instrumento de dotación oficial, cuya alta peligrosidad llama, justamente, a extremar las cautelas cuando se procede a su uso, en claro incumplimiento de los reglamentos establecidos para el manejo de armas.

Aunado a lo anterior, pese a que es cierto que en el momento de los hechos el agente demandado se encontraba en desarrollo del servicio militar, debe tomarse en consideración que el uso que éste le dio a su arma de dotación no buscaba la prestación del mismo, puesto que en el momento del insuceso, en un momento de soberbia apuntó hacia la humanidad de su compañero a quien ya había amenazado de muerte, y accionó

el arma contra éste, con tan mala fortuna, que tal actuación terminó por concretarse en el desenlace fatal ya conocido, lo cual ilustra, una vez más, acerca de la violación a las normas de cuidado, lo que puso en riesgo de manera injustificada la vida e integridad física del fallecido soldado Bernal Camelo, y por otro tanto, implica un uso que no consulta los fines para los cuales el agente estatal fue dotado con dicha arma, que no son otros que la defensa de la vida, honra y bienes de las personas y de la institucionalidad del Estado.

En consecuencia, el detrimento patrimonial sufrido por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con ocasión de la condena dictada por el Juzgado Administrativo de Circuito de Girardot, Cundinamarca, aprobada mediante acta de conciliación judicial por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, deviene imputable a la actuación del entonces Dragoneante Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, quien, no desvirtuó la presunción establecida en el artículo 6 de la Ley 878 de 2001, por el contrario, lo que se evidencia es que violó la precaución debida que demanda la manipulación de un arma de fuego, al accionarla imprudentemente contra otra persona, siendo este actuar calificado por el juez penal como homicidio agravado, por cuanto los pormenores del caso revelan que se actuó con infracción al deber objetivo de cuidado que le era exigible al demandado en razón a su rol funcional, infracción ésta que sólo encuentra su razón de ser en la evidente soberbia del agente acá enjuiciado.

Así las cosas, el Despacho tendrá por probada el elemento subjetivo de la responsabilidad del señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, a título de dolo, y por consiguiente declarará la prosperidad de la pretensión de repetición adelantada por conducto de apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contra del citado demandado.

4. Liquidación de la condena

Para efectos de la liquidación de la condena a imponer en este fallo de repetición el Despacho tendrá en cuenta que del monto pagado por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a los beneficiarios de la condenada dictada en el juicio de reparación directa ha de descontarse el rubro correspondiente a los intereses, pues éstos últimos corresponden asumirlos al ente administrativo condenado y no pueden ser imputados como obra del actuar gravemente culposos del demandado Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez.

Entonces, es adecuada la pretensión invocada por la entidad demandante, respecto al total pagado por valor de doscientos treinta y siete millones novecientos sesenta y un mil quinientos treinta y seis pesos m/cte. (\$237'961.536), una vez descontado el valor correspondiente al pago de intereses, valor total que ascendió a la suma de doscientos setenta y nueve millones cuatrocientos setenta mil seiscientos sesenta y seis pesos con veintiséis centavos (\$279'470.666,26), razón por la cual la liquidación se llevará a cabo sobre doscientos treinta y siete millones novecientos sesenta y un mil quinientos treinta y seis pesos m/cte. (\$237'961.536), en armonía con lo dispuesto en el acto administrativo que da cumplimiento al acuerdo conciliatorio (fl. 8 c.1), lo anterior, en consideración a que los intereses no pueden ser imputados al demandado, al ser generados por el no pago oportuno de la Administración, debiendo ésta asumir las consecuencias de su actuación tardía.

Resta entonces, actualizar el monto de la condena, a lo cual se procederá siguiendo la fórmula de matemática empleada por el H. Consejo de Estado para el efecto:

Ra: Vh (Valor histórico)*IPC final/IPC inicial

Renta actualizada (Ra): Rh (\$237'961.536)* $\frac{137,99 \text{ (índice final – agosto 2017}^{22})}{103,83 \text{ (índice inicial – febrero 2011}^{23})}$

Ra: \$316'250.721

Corolario de lo expuesto en precedencia, hay lugar a condenar al señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez al pago de la suma de trescientos dieciséis millones doscientos cincuenta mil setecientos veintiún mil pesos (**\$316'250.721**) a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión del medio de control de repetición.

De igual forma, se dispondrá que el pago de esta condena se efectúe dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la presente decisión.

5.- De la condena en costas.

El numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., señala que *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

Como en el presente proceso no se encuentra demostrada tal situación, no se accederá a la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN TERCERA-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONDENAR al señor Héctor Alexander Buitrago Gutiérrez, identificado con la cédula de ciudadanía número 14.281.324, al pago de **trescientos dieciséis millones doscientos cincuenta mil setecientos veintiún mil pesos m/cte, (\$316'250.721)**, a favor de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

SEGUNDO: FIJAR para el cumplimiento de esta sentencia, el plazo de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Sin costas en el presente asunto, atendiendo lo expuesto en precedencia.

QUINTO.- Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011 y/o artículo 295 del C.G.P., según corresponda.

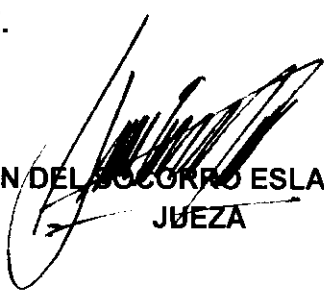
SEXTO.- Ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría, **expídanse** las copias auténticas con constancia de ejecutoria al apoderado de la parte demandante, al Ministerio Público, y a la entidad demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, numeral 2 del artículo 114 del C.G.P. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 1995.

²² IPC vigente para la fecha en que se dicta el presente fallo

²³ IPC vigente para el momento en que la Nación - Ministerio de Defensa hizo el pago de la condena a sus beneficiarios

SEPTIMO.- Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hubiere lugar a ello y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JAZMIN DEL SOCORRO ESLAIT MASSON
JUEZA

AA