



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
Despacho 004

Santa Marta, siete (7) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Elsa Mireya Reyes Castellanos**

Demandante:	Nación– Policía Nacional
Demandado:	Eusebio Vásquez Orozco
Radicación:	47-001-2331-003-2008-00293-00 (escritural)
Medio de Control:	Acción de repetición - primera instancia

No observándose motivo de nulidad que invalide lo actuado, se decide sobre la demanda que, en ejercicio de la acción de repetición, formuló la Policía Nacional contra el señor Eusebio Vásquez Orozco, previo los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1 Demanda:

La Nación– Policía Nacional, mediante apoderado judicial, incoó demanda en ejercicio de la acción de repetición contra el ex Agente de la Policía Nacional Eusebio Vásquez Orozco, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan:

1.1.1 Pretensiones¹

1.1.1.1 Que se declare responsable por culpa grave en su actuar al señor Eusebio Vásquez Orozco, frente a los hechos ocurridos el día 8 de diciembre de 1996, en el corregimiento de Gaira, Distrito de Santa Marta, donde resultó herido con arma de dotación oficial el joven Juan Gabriel Yépez Orozco, lo que dio lugar a que la Nación – Policía Nacional, indemnizara a éste por los perjuicios causados,

¹ Fólío 3.

tal como lo determinó el Tribunal Administrativo del Magdalena en sentencia de 15 de diciembre de 2006.

1.1.1.2 Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al demandado, a pagar a favor de la Nación – Policía Nacional, el total del capital que esta entidad canceló al señor Juan Gabriel Yépez Orozco, por los perjuicios causados o el monto que corresponda debidamente actualizado según lo estime la jurisdicción contenciosa administrativa.

1.1.1.3 Por ultimo solicitó, se condene en costas al demandado y que la sentencia que ponga fin al proceso, reúna los requisitos de los artículos 68 del C.C.A y 148 del C.P.C, donde conste una obligación clara, expresa y exigible que preste merito ejecutivo.

1.1.2 Hechos²

Para fundamentar las pretensiones, el apoderado del demandante expuso los hechos que se pasan a resumir:

1.1.2.1. El 8 de diciembre de 1996, el señor Juan Gabriel Yépez Orozco, resultó herido con arma blanca cuando intentaba evitar una riña entre padre e hijo, quienes eran sus vecinos, protagonizada por el señor William Caraballo, situación por la cual llamaron a la policía nacional.

1.1.2.2. Al lugar, hizo presencia la patrulla de la Estación de Policía del Rodadero, conducida por el señor Agente Eusebio Vásquez Orozco, quien determinó capturar al señor Juan Yépez Orozco, por lo que este se opuso, dado que era el señor Caraballo quien había protagonizado la riña y que él era el herido.

1.1.2.3. Como el señor Juan Gabriel Yépez Orozco, se negó a ser capturado y empezó a caminar rumbo al interior de su casa, el Agente realizó un disparo al aire para intimidarlo y posteriormente disparó haciendo blanco en la espalda del mencionado señor, impactando un proyectil en su glúteo derecho que le facturó la cabeza del fémur, lo que le ocasionó incapacidades producto de las lesiones sufridas.

² Folio 2 a 4.

1.1.2.4. A través de apoderado judicial, el señor Juan Gabriel Yépez, demandó a la Nación – Policía Nacional, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, demanda que fue del conocimiento del Tribunal Administrativo del Magdalena, que a través de sentencia de 15 de diciembre de 2004, declaró a la Policía Nacional responsable por los perjuicios causados al señor Yépez Orozco, como consecuencia del daño sufrido el 8 de diciembre de 1996 en el corregimiento de Gaira, originado en el hecho proveniente de Agente policial.

1.1.2.5. Que a través de Resolución No. 0631 del 13 de diciembre de 2006, la Policía Nacional, dio cumplimiento a la sentencia a favor del señor Juan Gabriel Yépez, ordenando cancelarle la suma estipulada en dicha providencia, correspondiente a (\$6.835.419.33) y mediante comprobante de egreso No. 3814 de 26 de diciembre de 2006, se saldó aquel monto.

1.1.3 Cargos de la demanda y concepto de violación.

Dentro del escrito de demanda, se invocaron como fundamentos de derecho las siguientes disposiciones:

Constitución Política de Colombia: Inciso 2° del artículo 90.

Leyes: Artículos 77, 78 y 178 del Código Contencioso Administrativo; numeral 9 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y Ley 678 de 2001.

1.2 Contestación de la demanda

El demandado a través de apoderado judicial, contestó la demanda solicitando que se denegaran las pretensiones de la acción invocada con base en lo establecido en lo previsto en el artículo 134B del C.C.A., adicionado por el artículo 2 de la Ley 446 de 1998, que dispone que la acción de repetición cuando la cuantía es inferior a 500 salarios mínimos debe ser conocida por los jueces administrativos, de allí que deba declararse la falta de competencia del Tribunal para conocer del asunto de la referencia.

También propone como excepción la inexistencia de la acción por causa pasiva del demandante – efectivamente sea responsabilidad de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público, la que se argumenta como sigue:

"Como ya se mencionó en esta contestación de la demanda, las condenas excesivas en acción de repetición contra exservidores públicos de bajos recursos, en la práctica han excluido de por vida a algunos servidores que no merecen sufrir una condena de exclusión irredimible. Así por ejemplo, muchas veces la condena de responsabilidad en contra del Estado es producto de un accidente de tránsito culposo, o de una manipulación culposa de un arma de fuego, por un agente de policía o un soldado raso, que por esta desafortunada impericia, que le puede suceder a cualquier persona, no merece ser excluido de por vida de la posibilidad de ocupar cargos del Estado o de celebrar contratos con el mismo, más si se tiene en cuenta que en Colombia, el Estado es el mayor empleador, y una de las mayores fuentes de ingreso y de trabajo para los ciudadanos. Para el caso concreto el Agente de Policía para ese entonces, realizó las labores tendientes de preservar el orden público y a proteger la vida, sin embargo, no tuvieron en cuenta en vincularlo al proceso de Reparación Directa por medio de la figura del Llamamiento en Garantía".

Por las razones expresadas en el escrito de contestación, solicita se declaren probadas las excepciones formuladas y se absuelva al demandado de las pretensiones incoadas (fls. 39 a 46).

1.3 Alegatos de conclusión.

Agotada la etapa probatoria, por auto notificado por estado escritural de 3 de junio de 2021, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

La parte demandante, mediante memorial allegado por medios tecnológicos el 15 de junio del año que avanza, solicitó se accediera a las súplicas incoadas, esto es, se condenará al señor Eusebio Vásquez Orozco a pagar la condena impuesta judicialmente a la Policía Nacional, por cuanto es claro que este señor *"para el momento de los hechos que originaron la demanda y posterior condena a la accionada, se apartó totalmente de este principio constitucional, como ya se mencionó y quedó demostrado por las consideraciones del fallador de segunda instancia"*, de tal suerte, dice el alegato, el "factor subjetivo se encuentra acreditado al considerar la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo".

Así entonces, se considera que se encuentran configurados los elementos que han de estar presentes conforme lo dispone la norma, Ley 678 de 2002 y la Jurisprudencia de la máxima Corporación de lo contencioso en Colombia.

Refiriéndose al asunto en particular, se expresó lo siguiente:

"(...), se encuentra más que acreditado que el demandado Eusebio Vásquez Orozco, accionó de manera irregular su arma de dotación oficial y causó con su conducta lesiones en la humanidad del señor Juan Gabriel Yepes Orozco, estableciéndose con ello una responsabilidad personal, quien por su capacidad e idoneidad, debió actuar de manera prudente, no obstante las consideraciones antes transcrita se advierte que la actuación del accionado, fue a todas luces desproporcionada, tal como así lo consideró el fallador dentro

del proceso contencioso, ignorando las normas constitucionales que rigen la responsabilidad de todo servidor público.

En ese orden de ideas, y por las razones antes expuestas considero que no se puede dejar de valorar las consideraciones realizadas por el fallador de primera y segunda instancia del proceso de reparación directa, que permiten establecer lo ocurrido, como da cuenta de las circunstancias del hecho y de la actuación del Eusebio Vásquez Orozco en este caso, y que permiten llevar a su señoría, a la conclusión que si hay lugar a declarar la responsabilidad al demandado”.

Por su parte, la parte demandada y el Ministerio Público, en esta oportunidad guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Cuestión previa

Aplicación de las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil

El artículo 267 del CCA, remite a las disposiciones del CPC, respecto a los aspectos que no regula, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo, sea del caso señalar que esta norma se encuentra derogada por la Ley 1564 de 2012, la cual entró en vigencia, en este departamento, el 01 de enero de 2014.

De tal suerte, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto del 8 de septiembre de 2016, con la ponencia de la doctora Martha Nubia Velásquez, determinó que, en cuanto a los aspectos no regulados en el CCA, siguen siendo aplicables las disposiciones del CPC – y no las del CGP.

Quiere decir lo anterior que el CGP, está vigente para los asuntos que se tramitan en esta jurisdicción por la Ley 1437 de 2011, pero respecto a los procesos regulados por el Decreto 01 de 1984, se deberá aplicar, como norma remisorio, el Código de Procedimiento Civil.

En ese orden de ideas, esta Sala, en atención a los argumentos esbozados en la providencia citada, aplicará las disposiciones contenidas en el CPC.

2.2. Problema jurídico

Se trata de determinar por el Tribunal Administrativo del Magdalena, si en el presente caso el ex Agente de Policía señor Eusebio Vásquez Orozco es responsable por haber incurrido en conducta gravemente culposa, como consecuencia de la condena impuesta a la Institución accionante por las lesiones ocasionadas al señor Juan Gabriel Yepes Orozco con arma de dotación oficial en hechos acaecidos el 8 de diciembre de 1996, o, sí, por el contrario, no se encuentra probada la conducta endilgada.

2.3. Tesis del Tribunal

La tesis que sostiene el Tribunal Administrativo del Magdalena es que debe acceder a las pretensiones de la demanda, pues en este caso se advierte que el señor Eusebio Vásquez Orozco, con su actuación en el procedimiento policial que ocurrió el 8 de diciembre de 1996, se excedió en el uso de arma de fuego, pues sin razones jurídicas ni fácticas que justifiquen su actuar, le propinó un tiro en el glúteo derecho al señor Juan Gabriel Yepes Orozco, sin que esta persona haya dado lugar a ello, pues no se demostró que este accionar fuera siquiera como consecuencia de la persecución del delito, tan solo fue la reacción de un policial que conociendo sus deberes, fue más allá, sin embargo, el valor de la condena no será por la totalidad de lo pagado por la entidad, sino el 50 sobre el capital, dado que en este caso se advierte por omisión, la concurrencia de culpas entre este y la Institución Policial.

2.4. La acción de repetición, normativa que debe aplicarse, sus presupuestos y la jurisprudencia.

La acción de repetición, a decir del Consejo de Estado, es un *"mecanismo para que la entidad condenada por razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo pueda solicitar de este el reintegro de lo que pagó como consecuencia de una sentencia, de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto"*³.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 4 de marzo de 2019, consejero ponente: Alberto Montaña Plata, radicación número: 76001-23-31-000-2003-04977-02 (52106).

Esta acción haya su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política y en los artículos 78 y 86 del Código Contencioso Administrativo, normas según las cuales:

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

“Artículo 78. Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexas. 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” (subrayas de la Sala).

“Artículo 86. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública” (se destaca).

Para el año 2001 se expide la Ley 678 “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”, normativa que regula los aspectos sustantivos y procesales de la acción ya señalada, la que fue definida como “una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial”.

En esta ocasión, la misma ley definió la conducta de los agentes —dolo o culpa grave—, a través de los artículos 5 y 6, los cuales prescribieron:

“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 ~~manifiesta e inexcusablemente~~ el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal".

El Consejo de Estado, frente a la aplicación de la Ley 678 de 2001, ha sido del criterio pacífico que esta se aplica hacia el futuro, es decir con hechos posteriores a su vigencia, mientras que, para casos anteriores, la conducta que se analiza en cuanto al dolo o la culpa grave, sigue los lineamientos del artículo 63 del Código Civil.

Sobre el particular en la sentencia ya citada de 4 de marzo de 2019⁴, precisó:

"31. La jurisprudencia de esta Corporación, en relación con la aplicación en el tiempo de la ley 678 de 2001, ha sido reiterada en aplicar la regla general según la cual la norma rige hacia el futuro, de modo que opera para los hechos ocurridos a partir de su entrada en vigencia y hasta el momento de su derogación, sin desconocer que, excepcionalmente, puede tener efectos retroactivos.

32. De esa manera, si los hechos o actos en que se fundamenta un proceso de repetición sucedieron en vigencia de la Ley 678 de 2001, son sus disposiciones las que sirven para establecer el alcance de los conceptos de dolo o culpa grave del demandado. Ha sostenido esta Corporación: "[...] [S]in perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción se acuda excepcionalmente al Código Civil y a los elementos que la doctrina y la jurisprudencia han edificado en punto de la responsabilidad patrimonial, siempre y cuando, claro está, no resulte incompatible con la Ley 678 y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política)" 25 .

33. En cambio, si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la imposición de la condena por cuyo pago se repite acaecieron con anterioridad a la vigencia de la Ley 678 de 2001, la Sala, para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo, ha acudido al Código Civil".

Así las cosas, si los hechos ocurrieron con posterioridad a la vigencia de la Ley 678 de 2001, el estudio de la conducta sigue las definiciones que esta trae al respecto, mientras que, si se trata de situaciones acaecidas con anterioridad a dicha ley, la regla que debe aplicarse es la definición de dolo y culpa que contiene el artículo 63 del Código Civil, normativa que prescribe:

"ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

⁴ Ibid Expediente: 76001-23-31-000-2003-04977-02 (52106).

Repetición – radicado 2008-00293-00 (escritural)

Demandante: Policía Nacional

Demandado: Eusebio Vásquez Orozco

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (destaca el Tribunal).

Según se determina en el proceso de la referencia, los hechos en los cuales resultó lesionado el señor Juan Gabriel Yepes Orozco, demandante en el proceso de reparación directa, ocurrieron el 8 de diciembre de 1996, por ello las reglas sustantivas que deben aplicarse a este caso son las anteriores a las previstas en la Ley 678 de 2001, es decir que para efectos de estudiar la conducta dolosa o gravemente culposa del agente implicado, habrá de aplicarse lo normado en el Código Civil que ya se citó y no las reglas de la ley citada, no obstante en materia procesal se seguirá la regla vigente al momento de la demanda.

En ese orden de ideas, para que consiga prosperidad la acción de repetición, de tiempo atrás y de manera reiterada el Consejo de Estado ha previsto que se acrediten unos presupuestos, estos son: i) "la existencia de una condena judicial o de un acuerdo conciliatorio que impuso a la entidad estatal demandante el pago de una suma de dinero"; ii) "la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular que cumple funciones públicas"; iii) "que el pago se haya realizado"; y, iv) "la culpa grave o el dolo en cabeza del demandado".

Sobre este último presupuesto, el Consejo de Estado, en sentencia de 24 de mayo de 2017⁵, explicó:

"Como el régimen sustantivo que gobierna esta acción de repetición es el anterior a la Ley 678 de 2001, no hay lugar a aplicar las presunciones legales allí previstas, sino que la entidad demandante tiene la carga de acreditar que la conducta del servidor público es dolosa o gravemente culposa, lo que supone un juicio de valor de su conducta para determinar su responsabilidad patrimonial.

⁵ Sección Tercera, consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque, expediente número: 05001-23-31-000-1997-03458-01(49833).

En estos eventos, la Sala ha recurrido, para definir los conceptos de dolo y culpa grave, al artículo 63 del Código Civil. A partir de lo prescrito por esta norma, la culpa es la conducta reprochable del autor por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio

El criterio del juez contencioso administrativo en el fallo de responsabilidad patrimonial del Estado no vincula al juez de repetición, pues el hecho de que exista una sentencia condenatoria contra el Estado no equivale automáticamente al dolo o culpa grave del servidor público, sino que en el proceso de repetición se debe valorar su conducta” (destaca la Sala).

Pese que existe abundante pronunciamiento por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, este tema no ha sido ajeno a su estudio por la Corte Constitucional, recientemente en sentencia SU-354-20, *in extenso*, precisó:

“(…)”.

5.21. En este orden de ideas, esta Sala puede afirmar que la acción de repetición tiene:

(i) Una función resarcitoria, puesto que, sin perjuicio del pago de la condena por parte del Estado a efectos de asegurar el derecho a la reparación de la víctima, implica que el verdadero responsable del daño sea quien, en última instancia, asuma el valor de la indemnización del mismo a cuenta de su patrimonio;

(ii) Una función preventiva, porque busca disuadir a los agentes del Estado de incurrir deliberadamente o con manifiesta negligencia o imprudencia, en conductas susceptibles de generar daños, pues su patrimonio puede llegar a verse afectado para resarcir los costos de sus comportamientos cuando los mismos se encuentran por fuera de los márgenes propios de la adecuada gestión administrativa; y

(iii) Una función retributiva, dado que la obligación de reparar lo pagado por el Estado, si bien se configura como una responsabilidad civil de tipo patrimonial, surge también de un juicio de reproche al proceder del servidor público que, con sus actuaciones u omisiones dolosas o gravemente culposas, dio lugar a la condena al Estado.

5.22. Ahora bien, la identificación de las referidas funciones lleva a preguntarse si la acción de repetición tiene sólo una naturaleza patrimonial, dado su carácter resarcitorio civil, o si también puede predicarse de ella una naturaleza sancionatoria, debido a su carácter preventivo y retributivo propio de los mecanismos vinculados al *ius puniendi*.

5.23. Sobre el particular, en la Sentencia C-957 de 2014, reiterando la jurisprudencia constitucional sobre la materia, esta Sala solucionó expresamente dicha cuestión señalando que:

“(…) la responsabilidad patrimonial de la que habla la segunda parte del artículo 90 superior, no tiene un carácter sancionatorio, sino reparatorio o resarcitorio, en la medida que lo que se busca con esa disposición, es que se reintegre al Estado el valor de la condena que éste tuvo que pagar como consecuencia del daño antijurídico causado a la víctima, imputable al dolo o la culpa grave del agente, a fin de proteger de manera integral el patrimonio público, ya que es por medio de este patrimonio, entre otros elementos, que se obtienen los recursos para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho”.

5.24. En consecuencia, descartada la naturaleza sancionatoria de la acción de repetición, cabe preguntarse: ¿cómo deben entenderse las funciones retributiva y preventiva de dicho instrumento judicial ante su naturaleza meramente patrimonial?

5.25. Al respecto, este Tribunal considera que dichas funciones son predicables de la acción de repetición debido al carácter subjetivo que, por mandato constitucional, subyace a la responsabilidad de los funcionarios de Estado, pues el mismo implica que la procedencia de la pretensión de regreso esté supeditada a la existencia de culpa grave o dolo en la actuación del agente que causó el daño, con lo cual: (i) sólo ciertas acciones,

por ser evidentemente contrarias a la buena gestión de los bienes públicos, se consideran reprochables jurídicamente (función retributiva); y, por consiguiente, (ii) se busca disuadir a los sujetos para que no incurran en ellas (función preventiva).

5.26. En efecto, "es cierto que la acción de repetición es de naturaleza civil, patrimonial y subsidiaria por las razones que se han expuesto. Pero ello no descarta que su procedencia esté sujeta a la fuente de responsabilidad patrimonial fijada por el constituyente. De acuerdo con ello, el agente que obró legítimamente y el que procedió de manera irregular pero con grado de culpa leve o levisima, tienen la seguridad y la confianza de que en ningún caso serán convocados a reintegrar las sumas que el Estado fue condenado a pagar. Por el contrario, el agente estatal que procedió con dolo o culpa grave sabe que de generarse una condena en contra del Estado, será convocado a repetir lo que aquél tuvo que reconocer a las personas afectadas por el daño y beneficiadas con la sentencia".

5.27. Lo anterior es de gran relevancia a efectos de una adecuada aplicación de la figura de la acción de repetición, puesto que las distintas tensiones constitucionales que de ella se derivan deben atenderse a partir de sus tres funciones (resarcitoria, retributiva y preventiva), a fin de respetar la concepción de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado concebida por el Constituyente de 1991.

5.28. Específicamente, la aplicación de la acción de repetición debe tener en cuenta que, en un extremo, su objeto se centra en la protección del patrimonio público frente a las conductas dolosas o gravemente culposas de los agentes del Estado, así como en la preservación de la moralidad administrativa, por medio de la retribución de las acciones desviadas, negligentes o sumamente imprudentes de los funcionarios, sin perjuicio del claro efecto de prevención general que tiene la pretensión de regreso ante la eventual afectación del peculio particular.

5.29. En concreto, con la acción de repetición el Constituyente trató de enfrentar la situación conforme a la cual, al amparo de la ausencia de consecuencias patrimoniales del servidor público y bajo el prurito de que "el Estado paga", se cometiesen tropelías de toda índole o se obrase en la gestión pública con completo desentendimiento de los deberes que impone la labor administrativa.

5.30. Sin embargo, la aplicación de la acción de repetición no puede ignorar que, en el otro extremo, la figura no pretende imponer cargas desproporcionadas a quienes asumen el ejercicio del servicio público, comoquiera que con la pretensión de regreso no se busca que la responsabilidad inherente a la actividad del Estado recaiga en sus funcionarios o contratistas de manera indiscriminada, ya que ello sólo es posible, bajo ciertos parámetros que aseguren vigencia de la prohibición de exceso, cuando su intervención en la ocurrencia de daños antijurídicos sea premeditada, negligente o manifiestamente imprudente.

5.31. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado es:

(i) Subsidiaria, porque su procedencia está restringida a los eventos en los que la administración sea efectivamente condenada a pagar una indemnización por el daño antijurídico causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus agentes, por lo que la misma se concreta a través de la figura de la repetición;

(ii) Subjetiva, ya que la viabilidad de la acción de repetición depende de la demostración de que el daño que debió indemnizar el Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte de uno de sus funcionarios, por lo que no cualquier equivocación o descuido permite que se ejecute la acción de regreso, pues se requiere que ante la autoridad competente se acredite plenamente que la conducta que derivó en el menoscabo obedeció a un supuesto de imprudencia calificada o de arbitrariedad; y

(iii) Sujeta a criterios de proporcionalidad, toda vez que la transferencia al agente del Estado del valor de la indemnización por el daño que debió ser asumido por la administración debe efectuarse sin incurrir en excesos.

5.32. Así pues, los dos extremos referidos imponen aplicar la acción de repetición a la luz de los diversos mandatos constitucionales que pueden encontrarse en colisión y que, por consiguiente, exigen una labor de ponderación para evitar escenarios contrarios al ordenamiento superior. Para ilustrar, por un lado, se encuentran, por ejemplo, los principios superiores referentes a la responsabilidad subjetiva de los funcionarios, la moralidad

administrativa, la protección del patrimonio del Estado y el carácter reglado de la función pública. En contraste, por el otro lado, están los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y al debido proceso, los cuales determinan que la imposición de cargas a las personas atienda a las exigencias de proporcionalidad y prohibición del exceso.

5.33. La Corte Constitucional estima que la referida ponderación entre principios constitucionales debe llevarse a cabo en el ejercicio de la acción de repetición, tanto en (i) la valoración de la atribución de responsabilidad a título de dolo o culpa grave (elemento subjetivo), como en la formulación (ii) del remedio previsto, cual es el regreso de lo pagado por el Estado.

5.34. En cuanto hace a lo primero, la propia Constitución es expresa en señalar que la acción de repetición únicamente procede frente al dolo y la culpa grave del funcionario, por lo que esas condiciones de la atribución de responsabilidad deben evaluarse de manera estricta, no sólo porque responden a un claro mandato superior, sino en atención a la gravedad de la consecuencia que se predica del hecho de que se encuentren acreditadas.

5.35. Por lo anterior, sin perjuicio del deber de adelantar la acción de regreso a fin de salvaguardar el patrimonio público y la moralidad administrativa, la procedencia de la acción de repetición está supeditada a la realización de un juicio de atribución de responsabilidad patrimonial, en el cual deben asegurarse las garantías que conforman el derecho al debido proceso, en especial, cuando la pretensión de regreso se fundamente en las presunciones de dolo y culpa grave establecidas por el legislador.

(...)

c) Procedencia de la acción de repetición

5.42. Con base en lo dispuesto en los artículos 90 de la Constitución y 2° de la Ley 678 de 2001, este Tribunal ha explicado que la procedencia de la acción de repetición se encuentra supeditada a: "(i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; (ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena".

5.43. En esta misma línea argumentativa, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que la procedencia de la pretensión de regreso está determinada por la acreditación de los siguientes supuestos:

(i) "La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena: La calidad, la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado";

(ii) "La existencia de una condena judicial, una 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: 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, de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto";

(iii) "El pago 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 condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación, a través de prueba que, en caso de ser documental, generalmente suele constituirse por el acto mediante el cual se reconoce y ordena el pago en favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario"; y

(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".

5.44. Sobre el último supuesto, el Consejo de Estado ha explicado que, en los asuntos que se tramiten en vigencia de la Ley 678 de 2001, las entidades demandantes, a efectos de demostrar la responsabilidad del agente estatal, pueden apoyarse en las definiciones y presunciones de dolo y culpa grave contempladas en los artículos 5° y 6° de dicho cuerpo normativo, así como que, en las causas que versen sobre acontecimientos previos a la expedición del mismo, las autoridades accionantes deberán fundamentar sus alegatos a partir de la definición de los referidos conceptos contemplada en el artículo 63 del Código Civil.

5.45. En relación con el régimen de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado contemplado en la Ley 678 de 2001, es pertinente señalar que, en los artículos 5° y 6°, se contemplan una serie de criterios para determinar la configuración de la culpa grave o el dolo exigidos por el Constituyente para la procedencia de la acción de repetición. Específicamente:

(i) En el artículo 5° se establece 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

(ii) En el artículo 6° se 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".

5.46. Además, en dichas disposiciones de la Ley 678 de 2001, se contemplan las siguientes presunciones legales para facilitar la atribución de responsabilidad patrimonial de los agentes públicos:

Dolo (artículo 5°)	Culpa grave (artículo 6°)
<p>Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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. 	<p>Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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.

5.47. En torno a la constitucionalidad de dichas causales de presunción de dolo y culpa grave, esta Corte ha sostenido que las mismas:

(i) "Se justifican razonablemente por la necesidad de probar elementos subjetivos que por su naturaleza son de difícil prueba, con base en hechos objetivos susceptibles de demostración en las condiciones ordinarias, con el fin de hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el Art. 90 superior, y por la necesidad de proteger el patrimonio y la moralidad públicos y favorecer el cumplimiento de los fines esenciales del Estado".

(ii) Imponen a la administración el deber de probar "el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere".

(iii) No desconocen el derecho de defensa, porque al tratarse de presunciones de naturaleza legal, el demandado puede "desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad".

(iv) Son instrucciones dirigidas "al juez de la causa, en la que se determinan los parámetros bajo los cuales se debe juzgar la conducta del agente del Estado que incurre en la conducta civilmente reprochable".

(v) "No son las únicas de las cuales pueden deducirse las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales", ya que "el juez de la causa es libre de apreciar comportamientos dolosos o culposos en otras conductas no mencionadas en dichos numerales".

5.48. En este sentido, el Consejo de Estado ha explicado que bajo el imperio de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, se pueden identificar "tres posibles escenarios en los cuales la entidad estatal demandante puede imputarle una conducta dolosa o gravemente culposa al agente estatal, con la finalidad de comprometer su responsabilidad patrimonial", a saber:

(i) "El primer evento, y el más común, se presenta cuando, en el libelo, el Estado estructura la responsabilidad del demandado en uno de los supuestos consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en los cuales se presume el dolo o la culpa grave que le es imputable al agente público en nexos con el servicio, en ejercicio o con ocasión de sus funciones".

(ii) "Pueden existir situaciones en las cuales, aunque en la demanda no se identifica expresamente uno de los supuestos que hacen presumir el dolo o la culpa grave del demandado, los argumentos esbozados por el extremo activo de la litis son suficientes para que el juez pueda enmarcar su motivación en uno de los mencionados supuestos".

(iii) "Por último, pueden presentarse muchos más casos en los cuales, pese a que no se encuentran consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, dan lugar a 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. En efecto, las denominadas presunciones son solo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público que pueden invocarse y, por ende, demostrar en las demandas de repetición. Ahora, en eventos diferentes a los contenidos en las mencionadas normas no opera la presunción del dolo o de la culpa grave y, como consecuencia, se deberán describir las conductas constitutivas y, desde luego, acreditarse adecuadamente (...)".

5.49. Frente a los asuntos en los cuales la Sección Tercera del Consejo de Estado ha estimado procedente la aplicación de las presunciones contenidas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, a fin de demostrar el dolo o la culpa grave propia de la acción de repetición, cabe destacar que:

(i) Se ha aplicado a la presunción de dolo denominada "obrar con desviación de poder" (artículo 5.1), en los casos en los que se ha condenado al Estado al reintegro y pago de salarios de trabajadores que fueron desvinculados mediante actos administrativos declarados contrarios a derecho por jueces contenciosos por demostrarse que en la expedición de los mismos medió una finalidad ulterior diferente a garantizar el buen servicio público.

(ii) Se ha acudido a la presunción de dolo denominada "haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado" (artículo 5.4), en los eventos en los que se han presentado homicidios dentro de guarniciones militares que han sido juzgados por la Justicia Penal Militar y han dado lugar al pago de indemnizaciones por parte de la Nación a los familiares de las víctimas.

(iii) Se ha aplicado la presunción de culpa grave denominada "violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho" (artículo 6.1), en los asuntos en los que el Estado ha tenido que indemnizar los daños causados con ocasión de: (a) accidentes de tránsito originados por el desconocimiento de la normatividad vial por parte de funcionarios públicos en servicio; (b) homicidios en personas protegidas por parte de miembros de la fuerza pública infringiendo las disposiciones relativas al derecho internacional humanitario; o (c) actos administrativos de desvinculación del servicio sin motivación a pesar de que el derecho positivo exige tal carga.

(iv) Se ha utilizado la presunción de culpa grave denominada "violación del debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal" (artículo 6.4), en los casos en los cuales el Estado tuvo que pagar condenas por privaciones injustas de la libertad originadas en medidas de aseguramiento de detención preventiva impuestas indebidamente por fiscales.

5.50. En relación con los casos relacionados con despidos o retiros de personal, esta Sala resalta que si bien algunos de los supuestos inferenciales contenidos en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 resultan asimilables a las causales de nulidad de los actos administrativos, lo cierto es que la declaratoria de la ilegalidad de una resolución de desvinculación "no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, puesto que, con fundamento en lo establecido en el Art. 90 de la Constitución, siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave", y, en este sentido, "la aplicación de las referidas presunciones" únicamente tienen el alcance de "invertir la carga de la prueba".

5.51. Ahora bien, teniendo en cuenta que la procedencia de la repetición está íntimamente ligada con el juicio de responsabilidad del Estado, en la Ley 678 de 2001 se contempló que la pretensión de regreso puede satisfacerse "dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho", bajo la posibilidad que tienen la entidad pública perjudicada o el Ministerio Público de "solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario".

5.52. Sobre el particular, en la Sentencia T-842 de 2004, la Sala Octava de Revisión de este Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a una acción de tutela en la cual el actor cuestionaba el hecho de no haber sido vinculado a un proceso en el que se decidió sobre la legalidad de un acto de insubsistencia que había expedido. En concreto, el actor señalaba que al prosperar las pretensiones de dicha causa por haber actuado con desviación de poder, se interpuso una acción de repetición en su contra, frente a la cual sostenía que no iba tener todas las garantías de defensa que hubiera podido ejercer en el evento de haber sido convocado al trámite jurisdiccional previo, máxime cuando la entidad demandante acudió en su escrito introductorio a las presunciones legales contenidas en la Ley 678 de 2001. Al respecto, esta Corporación consideró que el amparo no estaba llamado a prosperar, entre otras razones, porque:

(i) De conformidad con el derecho positivo, la vinculación del accionante al proceso contencioso administrativo en el que se decidió sobre la legalidad del acto de insubsistencia era procedente en caso de que alguna de las partes lo hubiera solicitado, ya que la misma no era una actuación obligatoria sino potestativa. En consecuencia, al no haberse presentado requerimiento en tal sentido por los extremos en litigio, los jueces "no quebrantaron las garantías constitucionales del actor (...), en cuanto, si bien no lo convocaron a la litis, esto se debió a que les correspondía respetar la estrategia defensiva de las partes, así por fuerza de las circunstancias hayan tenido que evaluar su conducta y detenerse en sus motivaciones".

(ii) Si bien "lo deseable, atendiendo los dictados de los artículos 228, 229 y 230 de la Carta, redundan en torno a que las oposiciones, pruebas y alegaciones de los agentes estatales que dan lugar a daños antijurídicos imputables al Estado se presenten en los procesos que los definen", lo cierto es "no se puede desconocer que se trata de un asunto facultativo, no atribuible al juzgador y que no puede dar lugar, por consiguiente, a la invalidez de los juicios así la responsabilidad del Estado quede definida".

(iii) En los eventos en los que no sea vinculado el agente al proceso contencioso que da lugar a la condena del Estado, "no queda duda sobre la necesidad de volver, íntegramente, sobre la conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales, que dieron lugar a la actuación estatal que mereció la condena, si es que la entidad pública quiera sacar adelante la acción de repetición, como es su deber -artículo 90 C.P.-". Por consiguiente, "para condenar al agente estatal en acción de repetición, en razón de que buscó "la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado", los jueces deberán adquirir -dentro del asunto en trámite- plena certeza de que el servidor público actuó con desviación de poder, con pleno respeto de las garantías constitucionales de las partes".

(iv) "No sobra reiterar, en punto a las presunciones que preocupan al actor, que como lo ha sostenido esta Corporación en las diferentes oportunidades en que ha debido estudiar la conformidad con la Carta Política de los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, que la inversión de la carga probatoria procede sobre hechos debidamente probados, de modo que dentro de la acción de repetición en curso no verá (...) menguado su derecho de defensa, toda vez que en el caso de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un acto administrativo, la declaración de nulidad de éste no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público".

(...)

5.55. En este punto de la fundamentación, reiterando lo expuesto páginas atrás sobre la hermenéutica histórica y finalista del inciso segundo del artículo 90 superior, la Corte estima pertinente insistir en que la procedencia de la acción de repetición está sujeta a la efectiva demostración por parte de la entidad convocante de la actuación dolosa o gravemente culposa de su agente. En consecuencia, los jueces contenciosos administrativos deben ser garantes de que la administración cumpla con dicha carga, incluso en los casos en los que acudan a las presunciones legales.

5.56. En efecto, la Carta Política exige "la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente", y, 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".

5.57. En atención a dicho carácter subjetivo de la acción de repetición, esta Corporación estima necesario resaltar que los jueces de lo contencioso administrativo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 superior, deben asegurar el respeto del derecho al debido proceso de los agentes del Estado que sean sometidos a una causa de repetición, por lo que están en la obligación de evitar que los análisis construidos para enjuiciar la responsabilidad patrimonial del Estado sean simplemente extrapolados al examen de la responsabilidad patrimonial de los agentes de la administración. Lo anterior, porque:

(i) La configuración superior de los juicios de responsabilidad y los presupuestos de la misma son distintos en uno y otro caso (objetivo y subjetivo);

(ii) La pretensión de regreso conlleva por mandato constitucional que la atribución de responsabilidad subjetiva deba hacerse directamente al servidor público, sin que le sea trasladable el título de responsabilidad en función del cual se condenó al Estado; y

(iii) El respeto del derecho fundamental al debido proceso implica que el funcionario deba tener la oportunidad de cuestionar el elemento subjetivo que se exige para determinar su responsabilidad, sin que quepa oponerle las conclusiones a las que se llegó sobre el particular en un juicio en el que no fue parte.

5.58. Así pues, esta Sala advierte que lo que es oponible al servidor público del fallo condenatorio del Estado es: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) la imputación del mismo al Estado, y (iii) la circunstancia de la condena con la consiguiente obligación de reparar a cargo de la administración. Empero, no cabe derivar la responsabilidad subjetiva a partir de esa instancia previa, porque ese proceso de atribución debe cumplirse de manera integral en la causa que da lugar la acción de repetición.

5.59. Por lo anterior, si bien la ley contempló unas presunciones a partir de las cuales las autoridades no tienen la obligación de probar que el supuesto de la inferencia (v.gr. desviación de poder o violación manifiesta e inexcusable de una norma de derecho) constituye una actuación dolosa o gravemente culposa, pues ello se conjetura de la ley; lo cierto es que sí resulta imperioso que las entidades acrediten con suficiencia que la actuación del agente, por su arbitrariedad o suma negligencia, fue determinante en la ocurrencia del supuesto de la presunción.

5.60. En este orden de ideas, los operadores jurídicos tienen que ser cuidadosos al analizar los argumentos de la parte demandada y los elementos de juicio allegados al litigio, toda vez que los mismos, a pesar de no llegar a tener la aptitud de desvirtuar la obligación resarcitoria de la entidad (asunto que no es objeto de debate en sede de repetición), sí pueden ser concluyentes para descartar que la actuación que originó el daño se realizó con dolo o culpa grave.

5.61. En este sentido, la Corte Constitucional toma nota de que, a fin de comprobar que una conducta es atribuible a título de dolo o culpa grave, pueden ser determinantes aspectos propios de la gestión administrativa, tales como (i) las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o (ii) el grado de diligencia que le sea atribuible al servidor público en razón de los requisitos para acceder al cargo, la jerarquía del mismo en la escala organizacional o la retribución económica recibida por el servicio prestado.

5.62. Finalmente, esta Sala evidencia que si bien al tenor del artículo 4° de la Ley 678 de 2001 es un deber de las entidades ejercitar la acción de repetición so pena de

responsabilidades disciplinarias y fiscales, lo cierto es que en razón del carácter subsidiario de la pretensión de regreso, su impulso por parte de la administración sólo debe procurarse cuando se acredite, con estrictos estándares de atribución de responsabilidad subjetiva, el dolo o la culpa grave del agente estatal, evitando su interposición cuando únicamente existan fundamentos precarios o altamente discutibles.

5.63. A su vez, este Tribunal advierte que es determinante el rol que desempeña el juez de lo contencioso administrativo para establecer no sólo la corrección formal de la acusación sino también para desarrollarla en términos que permitan que la figura se aplique en su sentido constitucional, esto es: (i) con rigor en la protección del patrimonio público y de la moralidad administrativa y (ii) en armonía con las funciones que le son propias (resarcitoria, preventiva y retributiva), (iii) pero con pleno respeto por la posición del servidor público, quien tiene derecho a un estricto juicio de atribución de responsabilidad que le permita ejercer su garantía de defensa.

d) Consecuencias de la acción de repetición

5.64. En el evento de verificarse la configuración de la responsabilidad patrimonial del agente del Estado en los términos expuestos en el acápite anterior, le corresponde al juez contencioso administrativo determinar el monto que el servidor deberá reintegrar a la administración como consecuencia de su actuación dolosa o culposa grave.

5.65. Al respecto, cabe resaltar que, inicialmente, en el artículo 14 de la Ley 678 de 2001 se establecía que "cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo o la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo a sus condiciones personales y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición".

5.66. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la expresión "a sus condiciones personales" contenida en la disposición transcrita fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en Sentencia C-484 de 2002, al considerar que:

El artículo 90 superior "ordena el ejercicio de la acción de repetición con la pretensión de obtener el reembolso de lo pagado". En consecuencia, "el quantum de la pretensión lo señala la condena al Estado y, persigue, como salta a la vista evitar el detrimento patrimonial de la entidad pública. No es una sanción sino apenas la recuperación de lo pagado por el Estado para que quien dio origen con su dolo o culpa grave a la condena patrimonial a éste reintegre entonces a las arcas públicas lo que de ellas, por su dolo o culpa grave, fue desembolsado como consecuencia de haber quebrantado su deber de obrar en el ejercicio del cargo conforme a la Constitución, la ley o el reglamento.

Siendo ello así, es inexecutable el artículo 14 de la ley acusada, en cuanto autoriza a la autoridad judicial para cuantificar el monto de la condena atendiendo a las "condiciones personales" del servidor público. Pero no se quebranta la Constitución en cuanto a éste se ordene reembolsar al Estado las sumas a que fue condenado, teniendo en cuenta la participación del agente estatal en la producción del daño, su culpa grave o su dolo en el caso concreto, pues bien puede suceder que se presente el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, caso en el cual habrá en la sentencia se cuantificará el monto de la condena correspondiente, sin que por ello se quebrante la Constitución".

5.67. En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha señalado que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 678 de 2001, el quantum a reintegrar por el agente a la administración se encuentra determinado por el monto de la condena pagada por el Estado y la participación probada del servidor en el daño. Por consiguiente, dicha corporación ha explicado que para el efecto se debe tener en cuenta que:

(i) El agente no está obligado a asumir los intereses que se pudieren causar desde la ejecutoria de la condena hasta su pago final, porque estos son atribuibles a la demora de la entidad en cumplir la obligación; y

(ii) En ciertos escenarios puede presentarse el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, por lo que la suma cancelada a título indemnizatorio puede llegar a ser dividida entre varios individuos o disminuida.

5.68. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha expresado que a fin de fijar la condena de repetición, en determinados casos, pueden existir "circunstancias atenuantes" que a pesar de no tener la entidad para modificar la calificación de la actuación del agente como dolosa

o gravemente culposa, sí influyen en el monto del reintegro que debe efectuar el servidor, como sucede en los casos en que las acciones u omisiones que causaron el daño persiguieron un fin legítimo y no se realizaron de mala fe.

5.69. A su turno, en la Sentencia SU-222 de 2016, esta Corporación explicó que la condena de repetición tiene que respetar el principio de proporcionalidad. Específicamente, esta Sala indicó que:

"La sentencia en la cual se defina el caso debe sujetarse además a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. El Estado como entidad demandada debe, conforme a la jurisprudencia de la Corte, perseguir en la repetición el reembolso de lo pagado en la condena. No obstante, ello no implica para el juez que declare la responsabilidad subjetiva del agente estatal, una obligación de condenar a este último por la totalidad del monto por el cual condenó al Estado. Del mismo modo que los presupuestos para declarar responsable al Estado son distintos de los exigidos para condenar por responsabilidad al servidor o ex servidor público contra el cual se repite, y por tanto es posible que ambas cuestiones tengan resultados finales distintos, también es posible que las consecuencias de una y otra declaración disten de ser idénticas.

El juez, en ejercicio de su independencia e imparcialidad, debe evitar excesos; es decir, cargas excesivas y desproporcionadas en cabeza de una persona. Entre los fines esenciales del Estado se encuentra asegurar la vigencia de un orden justo (CP art 2) y reconocerles primacía a los derechos inalienables de la persona (CP art 3)".

5.70. Ahora, a partir de lo reseñado y de la interpretación histórica y finalista de la acción de repetición realizada páginas atrás, esta Corporación advierte que la condena que se origine con ocasión de la pretensión de regreso debe tasarse atendiendo a las circunstancias objetivas del asunto, no derivadas de la situación personal de cada servidor en atención a lo dispuesto en la Sentencia C-484 de 2002, sino predicables en general de las relaciones entre los funcionarios y la administración.

5.71. De este modo, si bien el tenor literal del artículo 90 superior y el carácter resarcitorio de la acción de repetición apuntan a que el servidor público deba responder por la cuantía equivalente a la de la condena impuesta al Estado, es posible que no se preserve de manera exacta dicha correspondencia, cuando las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad impongan una solución distinta.

5.72. En consecuencia, los jueces de repetición, a efectos de tasar el monto de la condena, deben examinar el grado de participación del demandado en los hechos que dieron lugar al daño, teniendo en cuenta que la conducta de agente, a pesar de ser dolosa o gravemente culposa, podría no ser la única causa del daño.

5.73. Así por ejemplo, pueden presentarse eventos en los que: (i) la responsabilidad sea atribuible a múltiples personas en razón de la distribución de funciones y jerarquías dentro de la institución pública; (ii) el daño causado se derive en parte del riesgo inherente a la actividad de la entidad; o (iii) el menoscabo se origine, entre otros factores, en fallas estructurales en los diseños de los procesos misionales de la administración.

5.74. Igualmente, la Corte Constitucional precisa que los jueces contenciosos administrativos al momento de fijar el monto a repetir deben identificar el verdadero valor del daño atribuible al agente, ya que en algunas ocasiones la condena al Estado puede verse seriamente incrementada por factores ajenos a la voluntad del servidor y que, por ello, no le resultan imputables.

5.75. Para ilustrar, esta Sala estima que desborda el alcance del inciso segundo del artículo 90 superior pretender que el funcionario: (i) asuma las consecuencias de la demora en la resolución del proceso judicial en el que se impone la condena al Estado; o (ii) esté obligado a pagar elementos de la reparación que tengan un objetivo mayor al resarcimiento del daño concreto que causó, como ocurre con medidas de no repetición dirigidas a superar problemáticas institucionales.

5.76. De manera similar, este Tribunal considera que en ningún caso el agente debe ser obligado a responder por sumas adicionales al monto de la condena impuesta a la administración, como ocurre con los intereses moratorios que pueden causarse por el retraso en el pago de las indemnizaciones conforme lo ordena el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tanto que los mismos constituyen una sanción al Estado por su falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

5.77. Por otra parte, y de manera general, los jueces de lo contencioso administrativo deben adoptar las provisiones correspondientes para que la condena que se imponga como producto de una acción de repetición en los términos del artículo 90 superior, no se convierta en una decisión que, debido a su desproporción, vulnere los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. En particular, debe tenerse en cuenta que no siempre todo el monto al que haya sido condenado el Estado como consecuencia de un daño antijurídico derivado de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes puede serle atribuido a éstos, en atención a la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la potencialidad dañosa de la actuación del Estado y la responsabilidad que cabe exigir a sus agentes.

e) Aspectos procedimentales relevantes para la resolución de los casos

5.78. En relación con los aspectos procedimentales de la pretensión de regreso, esta Corporación resalta que, además de lo ya expuesto, en la Ley 678 de 2001 se regula: (i) lo relativo a las autoridades judiciales competentes para su examen y el procedimiento respectivo (artículos 7° a 10), (ii) la caducidad de la acción (artículo 11), (iii) la procedencia de acuerdos conciliatorios (artículos 12 y 13), (iv) la ejecución de las condenas (artículos 15 y 16), (v) las condiciones del llamamiento en garantía con fines de repetición (artículos 19 a 22), y (vi) las medidas cautelares (artículos 23 a 29).

5.79. En la presente oportunidad, este Tribunal toma nota de que la acción de repetición debe ser interpuesta por la entidad que realizó el pago indemnizatorio, así como que la misma se tramita ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo "de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto (...) para las acciones de reparación directa", el cual se encuentra consagrado en los artículos 179 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.80. Además, en cuanto a la competencia para conocer de las acciones de repetición presentadas en contra de altos funcionarios del Estado, es pertinente mencionar que en el parágrafo del artículo 7° de la Ley 678 de 2001, se indica que cuando el referido medio de control se dirija, entre otros, en contra del Presidente de la República, el Fiscal General de la Nación, los congresistas o los magistrados, el proceso se adelantará en única instancia ante el Consejo de Estado, sin perjuicio de la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de revisión.

f) Presupuestos constitucionales de la acción de repetición

5.81. En la presente ocasión, a partir de las anteriores consideraciones, fundadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en los precedentes de esta corporación, es posible establecer unos presupuestos constitucionales que fijan el ámbito de la acción de repetición y el marco que gobierna la actuación de los funcionarios competentes para resolverla.

- **Presupuesto 1:** La prosperidad de la acción de repetición está determinada por la acreditación, por parte de la entidad demandante, de los siguientes supuestos ante el juez contencioso administrativo:

(i) La existencia de una providencia judicial condenatoria, un acuerdo conciliatorio, una transacción o cualquier otro documento válido para finalizar un conflicto, en el que se le imponga al Estado la obligación de pagar una suma de dinero por haber causado un daño antijurídico;

(ii) La calidad del demandado como servidor del Estado o particular que cumplía funciones públicas para el momento en que ocurrió el daño antijurídico;

(iii) El pago de la obligación dineraria al destinatario; y

(iv) La atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente a título de dolo o culpa grave.

- **Presupuesto 2:** La atribución de la conducta determinante del daño antijurídico al agente, a título de dolo o culpa grave, implica probar ante el juez contencioso administrativo que, al margen del análisis efectuado en la providencia de responsabilidad del Estado:

(i) El daño antijurídico haya tenido su origen en una acción u omisión del demandado; y

(ii) Que tal actuación, conforme a la normatividad vigente para la época en que se presentó el daño antijurídico: (a) estuvo dirigida a "la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado" (dolo), o (b) es calificable como "una infracción directa a la Constitución o a la ley" o "una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones" (culpa grave).

- **Presupuesto 3:** Las presunciones legales de dolo y culpa grave contempladas en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001:

(i) No relevan a la entidad actora de probar ante el juez contencioso administrativo que (a) el daño antijurídico tuvo su origen en una acción u omisión atribuible al demandado, y que (b) tal actuación se enmarca en alguno de los supuestos legales (i.e. desviación de poder o infracción manifiesta e inexcusable de una norma de derecho); y

(ii) Ante la demostración de que la actuación del agente se enmarca en alguno de los supuestos legales, eximen a la entidad de acreditar que la acción u omisión estuvo dirigida a "la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado", o es calificable como "una infracción directa a la Constitución o a la ley" o "una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones".

- **Presupuesto 4:** A efectos de garantizar el derecho al debido proceso, en el trámite de repetición la valoración en torno a la existencia de dolo o culpa grave debe realizarse de manera integral, y para determinar la responsabilidad del agente, está excluida la posibilidad de extrapolar las conclusiones sobre la responsabilidad del Estado o del agente que puedan estar contenidas en la providencia condenatoria a la administración. Por consiguiente, el juez contencioso debe examinar todos los elementos de juicio allegados al proceso de repetición y realizar un análisis totalmente independiente, en el cual el demandado tenga la oportunidad real de ejercer su defensa.

- **Presupuesto 5:** A fin de determinar si el daño antijurídico tuvo su origen en una acción u omisión atribuible al demandado, así como si dicha actuación fue dolosa o gravemente culposa, el juez de lo contencioso administrativo debe valorar los aspectos propios de la gestión pública, tales como: (i) las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o (ii) el grado de diligencia que le sea exigible al servidor en razón de los requisitos para acceder al cargo, la jerarquía del mismo en la escala organizacional o la retribución económica por los servicios prestados.

- **Presupuesto 6:** Una vez constatada la responsabilidad patrimonial del agente, el juez de lo contencioso administrativo deberá determinar el monto a reintegrar al Estado por parte del servidor, adoptando las previsiones respectivas para que la condena de repetición no se convierta en una decisión que, en razón de su desproporción, vulnere los derechos fundamentales por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. Con tal propósito, sin entrar a analizar las condiciones subjetivas del funcionario, el operador jurídico debe:

(i) Valorar el grado de participación del demandado en los hechos que dieron lugar al daño y las circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración, pues puede ocurrir que: (a) la responsabilidad sea atribuible a múltiples personas debido a la distribución de funciones y jerarquías dentro de la institución pública; (b) el perjuicio causado se derive en parte del riesgo inherente a la actividad de la entidad; o (c) el menoscabo se origine, entre otras razones, por fallas estructurales en los diseños de los procesos misionales de la administración;

(ii) Tener en cuenta circunstancias atenuantes que, a pesar de no tener la entidad para modificar la calificación de la actuación del agente como dolosa o gravemente culposa, sí influyen en el monto del reintegro que debe efectuar el servidor, como sucede en los casos en que las acciones u omisiones que causaron el daño persiguieron un fin legítimo y no se realizaron de mala fe;

(iii) Precaver que el monto a reintegrar no sea mayor a la obligación impuesta al Estado, con lo cual, por ejemplo, el funcionario no debe asumir los intereses que se causen desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria hasta su efectivo pago por parte de la administración; e

(iv) Identificar el verdadero valor del daño atribuible al agente, ya que, en algunas ocasiones, la condena al Estado puede verse seriamente incrementada por factores ajenos a la voluntad del servidor y que, por ello, no le resultan imputables. Por consiguiente, debe

evitarse que el servidor asuma: (a) las consecuencias de la demora en la resolución del proceso judicial en el que se determinó la responsabilidad de la administración; o (b) el pago de elementos de la reparación que tengan un objetivo mayor al resarcimiento del perjuicio concreto que causó el agente, como ocurre con medidas de no repetición dirigidas a superar problemáticas institucionales. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que no siempre todo el valor del daño es susceptible de trasladarse al agente responsable a título de dolo o culpa grave, atendiendo a criterios de proporcionalidad en el ejercicio de la función pública y a la responsabilidad que cabe a quienes actúan a nombre del Estado.

- **Presupuesto 7:** En casos en los que existan dudas en torno a la forma en la que deba realizarse la imputación de la responsabilidad patrimonial al agente del Estado o en relación con la fijación del monto de la condena, la administración, a fin de determinar si promueve la pretensión de regreso, y el juez contencioso administrativo, al momento de resolver el caso, deben tener como criterios orientadores de su actuación que la acción de repetición tiene: (i) una naturaleza subsidiaria, subjetiva y sujeta a criterios de proporcionalidad, y (ii) una triple funcionalidad, a saber: resarcitoria, preventiva, y retributiva" (destaca la Sala).

Con fundamento en lo antes expuesto y teniendo en cuenta los requisitos y presupuestos legales, amén de los jurisprudenciales ya transcritos, procede la Sala a efectuar el análisis correspondiente a fin de determinar su cumplimiento o no.

2.5. Caso concreto.

La Policía Nacional, por intermedio de apoderado, presentó demanda por medio de la acción de repetición, contra el ex Agente de la Policía Nacional señor Eusebio Vásquez Orozco, pues considera que este con su conducta gravemente culposa dio lugar a que esa Institución fuese condenada judicialmente al pago de una indemnización por las lesiones que con arma de dotación oficial aquel agente le infligió al señor Juan Gabriel Yepes Orozco el 8 de diciembre de 1996.

Notificada la demanda, la parte demandada a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por una parte, adujo la falta de competencia del Tribunal para decidir este caso, por cuanto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134B, la competencia corresponde a los jueces administrativos; y, de otra parte, se planteó la excepción de "inexistencia de la acción por causa pasiva del demandante – efectivamente sea responsabilidad de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público", pues a decir de este, el Agente de la Policía para ese entonces, realizó las labores tendientes a preservar el orden público y a proteger la vida.

Antes de continuar con la resolución del caso, debe esta Sala hacer un pronunciamiento sobre la falta de competencia, a fin de comprobar si le asiste o no razón al demandado al plantear aquel medio exceptivo:

El artículo 7 de la Ley 678 de 2001, prevé la competencia para conocer de la acción de repetición, en los siguientes términos:

Repetición – radicado 2008-00293-00 (escritural)
Demandante: Policía Nacional
Demandado: Eusebio Vásquez Orozco

"Artículo 7º. Jurisdicción y competencia. La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición.

Será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo.

Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto".

Parágrafo 1º. *Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (...)"*

Bajo la regla de la norma especial, es evidente que el legislador estableció que factor conexidad sería la forma determinante de la competencia, esto es, el juez — individual o colectivo— que conozca de la acción de reparación directa o del medio de control de reparación directa, es el competente para decidir sobre la acción de repetición.

Sobre este preciso aspecto, el Consejo de Estado⁶, precisó:

16. En relación con la competencia para conocer de las acciones de repetición interpuestas en vigencia del Código Contencioso Administrativo -como el caso concreto- la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha considerado que:

"...conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la Ley 678 [7-1] establece como premisas para la aplicación de la mencionada regla de competencia la existencia de una sentencia condenatoria contra el Estado y el trámite de un proceso previo ante esta Jurisdicción, evento en el cual compete conocer de la repetición al juez o al tribunal administrativo ante el que se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial.

"Es decir, que para determinar la competencia en acciones de repetición originadas en procesos que hayan cursado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, basta acudir en forma exclusiva al principio de conexidad, previsto como principal en el artículo 7 [1] de la Ley 678 de 2001, sin perjuicio del criterio subjetivo de atribución de competencias que para los dignatarios con fuero legal contempla la misma ley ([7] [pár. 1]) y sin que se requiera establecer la cuantía de la demanda, según lo disponían los artículos 132 y 134B del C.C.A., antes de la entrada en vigencia de la citada ley, por cuanto la aplicación de dichos artículos en estos casos está excluida en razón de que contrarían el factor de conexidad".

17. De conformidad con lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca era el competente para conocer y decidir la controversia, dado que fue la Corporación judicial que profirió la sentencia por medio de la cual se le impuso a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional la condena por cuyo pago se ejerció la acción de repetición".

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, providencia de 4 de marzo de 2019, consejero ponente: Alberto Montaña Plata, radicación número: 76001-23-31-000-2003-04977-02 (52106)

Repetición – radicado 2008-00293-00 (escritural)

Demandante: Policía Nacional

Demandado: Eusebio Vásquez Orozco

De acuerdo con lo expuesto y habida cuenta que el artículo 7 de la Ley 678 de 2001, es posterior a lo dispuesto en los artículos 132 y 134B del C.C.A. el factor cuantía quedó excluido por la normativa especial en razón del principio de conexidad sobre el factor cuantía, y comoquiera que el proceso de reparación directa tuvo como primera instancia el Tribunal Administrativo del Magdalena, no queda duda que esta corporación la competente para decidir sobre la acción de repetición, por lo tanto se declarará no probada la excepción de falta de competencia, propuesta por la parte demandada.

Luego de resolver sobre aquella figura, continua la Sala el estudio de los elementos o requisitos habilitantes para la procedencia de la acción de repetición, tal como a continuación se expone:

2.5.1 El señor Juan Gabriel Yepes Orozco, por intermedio de apoderado formuló acción de reparación directa, la cual le correspondió al Tribunal Administrativo del Magdalena, radicada bajo el No. 5240, luego del trámite procesal, esta Corporación el 15 de diciembre de 2004, dictó sentencia condenatoria contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, estas son las razones que motivaron esa resolución:

"Se alega por la parte demandante que se presenta responsabilidad del Estado por falla del servicio presunta, por la circunstancia de que la herida recibida por la víctima, fue ocasionada con arma de dotación oficial, accionada o disparada esta por un miembro de la fuerza pública en ejercicio de funciones propias del cargo.

La demandada, por el contrario, aduce que no hay falla de la administración por cuanto no está probado de quien causó los perjuicios materiales y morales al actor fue un miembro de la Policía Nacional, y además alega que se está en presencia de una causal exonerativa de responsabilidad como es la culpa de la víctima, y en razón de ello impetra que se proceda a negarlas súplicas de la demanda.

Ahora bien, para decidir la controversia conviene acotar que cuando se trata de ejercicio de actividades peligrosas por parte de la administración, que implican riesgos, como el uso de armas de dotación oficial o la conducción de vehículos automotores, al afectado sólo le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre este y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. En tal sentido se pronunció el Consejo de Estado, al decir:

..."A partir de la expedición de la nueva Constitución Política, todo debate sobre la responsabilidad del Estado debe resolverse como fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la misma, según el cual este responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, que les sean imputables". Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición, para que surja la responsabilidad.

Sin embargo, reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a la administración a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, la utilización de armas de fuego ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa, y cuando su guarda

corresponde al Estado, por tratarse de arma de dotación oficial, el daño causado cuando el riesgo se realiza, puede resultar imputable a este último.

No se trata, en consecuencia, de un régimen de falta del servicio probada, ni de falta presunta, en el que estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente.

Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre este y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la falta; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima".

Posteriormente, el mismo Consejo de Estado señaló:

"... basta la realización del riesgo creado por la Administración Pública para que el daño resulte Imputable a ella. En consecuencia, es el Estado quien responde cuando utiliza cosas peligrosas para cumplir sus funciones frente a quien no ha asumido los riesgos de esa actividad y sufre un daño"

"No debe olvidarse que los miembros de la fuerza pública reciben la suficiente instrucción y preparación en el ejercicio de la actividad que les corresponde, al punto de estar obligados a observar las indicaciones sobre el manejo mecánico y las respectivas medidas de seguridad en el uso de las armas de fuego. El adiestramiento recibido no se limita a la manipulación de estos elementos sino a evitar posibles daños como consecuencia de dicho uso"

Agrégase a lo anterior que las normas de Policía son claras al establecer limitantes en el uso de las armas por parte de las autoridades policiales, quienes, "Para preservar el orden público la policía empleará sólo medios autorizados por la ley o reglamento y escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes..." (art. 109 Decreto 522 de 1971, modifica art. 30 Código Nacional de Policía). Por ello, la jurisprudencia nuestra acerca de situaciones como la que se decide ha dicho que, tratándose de personas que huyen y no obedecen a las intimidaciones de detenerse, deben agotarse todos los medios para capturar al que huye y en último extremo, siempre que "la peligrosidad del sujeto lo justifique", se emplearán las armas de fuego con el propósito de impedir la huida, haciendo primero los disparos al aire y después al sujeto, procurando causarle el daño más leve"

Examinado el caso concreto y el acervo probatorio allegado, no cabe duda que aquí se presentó una protuberante falta del servicio, por lo siguiente:

En el plenario está demostrado que el día 8 de diciembre de 1996 el actor, Juan Gabriel Yepes Orozco, resultó lesionado en su humanidad, causada la lesión con arma de fuego, disparada esta por el Agente Eusebio Vásquez Orozco, cuando éste, en cumplimiento de actividades propias del cargo cumplía un operativo en el sector de Gaira, Distrito de Santa Marta. De igual manera, de los testimonios recibidos se desprende que el actuar policial, ante la renuencia de Yepes Orozco para dejarse conducir por el citado Agente, fue desproporcionada, exagerada y reprochable, pues no sólo aquel disparó contra una persona desarmada, indefensa, que no ofrecía peligro alguno, sino que se hizo por la espalda. No existe, por lo demás, prueba indicativa de que las circunstancias obligaran al Agente Vásquez Orozco a utilizar el medio y proceder referidos, y como bien lo expresa el señor Procurador Judicial 43 en Asuntos Administrativos, "No se observa razón alguna para que el agente de la autoridad accionara su arma de dotación oficial, sin que pueda pasar desapercibido que JUAN YEPES no portaba arma alguna. No cabe duda entonces, que existió una falla en la conducta observada por los miembros de la Policía Nacional, que se ocasionó un daño a un bien jurídicamente tutelado, demostrándose el nexo causal entre este y aquella...", criterio este que acoge la Corporación en razón de hallarlo ajustado a derecho, pues la conducta sumida por el Agente Vásquez Orozco contraviene los principios fundamentales de nuestra Carta Política, en cuyos artículos 1o y 2, en lo pertinente, se estipula que "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria... fundada en el respeto de la dignidad humana..."; en la cual "Las autoridades... están instituidas para proteger a todas las personas residentes... en su vida, honra, bienes...", preceptos superiores estos que resultan quebrantados por el actuar policial en el asunto en referencia.

Sea dable acotar que la alegada culpa de la víctima como causal exonerativa de responsabilidad del Estado no está probada en el proceso, cuando le correspondía a la

parte demandada la carga de hacerlo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En cambio, si está demostrado de manera fehaciente que al actor se le causó un daño, proveniente de arma de dotación oficial accionada por agente policial, hallándose éste en desempeño de actividad propia del cargo. Por consiguiente, se declarará la responsabilidad de la administración”.

Esta sentencia estuvo precedida de las siguientes actuaciones procesales:

El 5 de mayo de 1997, se dispone la admisión del proceso con radicado 5240, ordenando notificar al Ministro de Defensa y al Director de la Policía Nacional, así como al agente del Ministerio Público, actuación que se cumplió en debida forma según se extrae del expediente ya indicado, que se trajo como prueba trasladada.

A folios 37 y 38 del expediente con radicado 5240 se aprecia memorial presentado por el Procurador Judicial 43 el 15 de mayo de 1997, solicitando el llamamiento del agente de la Policía Nacional Eusebio Vásquez Orozco, la que se hizo en los siguientes términos:

“La anterior petición la formulo con el objeto de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncie sobre la posible conducta gravemente culposa o dolosa, en que hayan podido incurrir el citado agente en los hechos que dieron origen al presente proceso, y para que, por consiguiente, se decrete la correspondiente indemnización que ha de pagar a la persona pública demandada en caso de ser condenada, en virtud del mérito ejecutivo de la sentencia que así lo dispondría.

Sustento mi solicitud a que en virtud de los hechos que sirven de soporte a la demanda, podría deducirse culpa grave o dolo por parte del agente VÁSQUEZ OROZCO, con las consecuencias previstas en el artículo 90 de la Constitución Nacional (sic) y los artículos 77 y 78 del C.C.A.

Se dice en la demanda que el agente EUSEBIO VÁSQUEZ OROZCO le disparó por la espalda al señor JUAN YEPEZ OROZCO con el arma de dotación oficial, agrediendo sin ninguna justificación y en forma desproporcionada. La conducta anterior encuadra dentro de los comportamientos doloso o gravemente culposo merecedores de vinculación al proceso mediante llamamiento en garantía”.

Según se observa a folio 40 de aquel expediente, el 28 de mayo de 1997 el Tribunal Administrativo del Magdalena profirió auto aceptando el llamamiento en garantía al señor Eusebio Vásquez Orozco, toda vez que considero que los “hechos de la demanda, a los cuales se refiere el Agente del Ministerio Público, pueden ciertamente conducir a posible responsabilidad del citado miembro de la Policía Nacional en caso de ser demostrados los mismos, y si además se acreditare una conducta dolosa o gravemente culposa de dicha persona, como lo requiere el artículo 90 de la Constitución Nacional”, llamamiento que se hizo conforme a lo dispuesto en los artículos 55, 56 y 57 del C.P.C.

El agente llamado en garantía fue notificado del auto que ordenaba su vinculación, del auto admisorio y de la demanda el 20 de octubre de 1998, según se desprende del acta que obra a folio 60 del expediente trasladado, de tal manera que dentro del término de fijación en lista que se hizo el 1 de diciembre de 1998 como aparece a folio 61, el agente llamado en garantía guardó silencio, esto es, no contestó la demanda.

El llamamiento en garantía se encuentra previsto, dado el momento de los hechos, en el artículo 57 del C.P.C., norma según la cual:

"ARTÍCULO 57. LLAMAMIENTO EN GARANTIA. *Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores".*

A su turno el artículo 217 del C.C.A., admite el llamamiento en garantía, entre otro proceso, en la acción de repetición, de la siguiente manera:

"Artículo 217. DENUNCIA DEL PLEITO, LLAMAMIENTO EN GARANTÍA Y RECONVENCIÓN. *En los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvencción, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".*

De lo transcrito se observa a simple vista que solo la parte demandada puede en el plazo señalado, solicitar el llamamiento en garantía, lo que excluiría al Ministerio Público, sin embargo, el artículo 277 de la Constitución Política de 1991, le otorga al Procurador General de la Nación unas funciones que puede ejercer a través de sus agentes, siendo una de ellas la de intervenir en los "procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales"

Sobre este particular asunto la Corte Constitucional en sentencia C-965-03, explicó sobre el llamamiento en garantía efectuado por el Ministerio Público, lo siguiente:

"5.2.9. Conforme con el fundamento constitucional, legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales y de los particulares que ejercen funciones públicas y administrativas, se tiene que, por regla general, es el propio Estado - a través de las distintas instituciones que lo representan- el llamado a ejercer la acción de repetición. Sin embargo, en la medida en que la Carta no señala los mecanismos procesales por medio de los cuales debe hacerse efectiva dicha acción, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración política, ha dispuesto básicamente que se desarrolle a través de tres modalidades - cuyas relaciones jurídicas difieren en cuanto a su alcance y contenido -, con las que se busca obtener el resarcimiento a favor del Estado y por cuenta del agente causante del perjuicio.

- Una es la acción de repetición que regula el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, la cual, como se mencionó anteriormente, le permite a la víctima o al perjudicado con el daño antijurídico demandar a la entidad estatal, al agente o ambos, debiéndose establecer la responsabilidad del funcionario durante el curso del proceso. En punto a este mecanismo, en la Sentencia C-430 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) que lo declaró executable, la Corte hizo las siguientes precisiones: 1) que aun cuando tal mecanismo habilita al afectado para promover la acción resarcitoria contra la entidad, el funcionario o ambos, debe entenderse que "la responsabilidad del agente se ve comprometida siempre que prospere la demanda contra la entidad, o contra ambos"; y 2) que en caso de prosperar la demanda contra los dos, en el caso del funcionario por haber actuado con dolo o culpa grave, la sentencia así lo declarará, "[p]ero la obligación de resarcir los perjuicios se impone a la entidad y no al funcionario", conservando aquella el derecho a repetir lo pagado;

- Otra corresponde al llamamiento en garantía de que trata el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, que consiste en la vinculación del funcionario presuntamente culpable, por solicitud de la entidad demandada o del Ministerio Público, e incluso de oficio por el juez administrativo, al mismo proceso en el que se reclama de aquella su responsabilidad. Siguiendo el mandato contenido en la norma en cita, la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa han tenido oportunidad de aclarar que el llamamiento en garantía es esencialmente facultativo u opcional. Ello significa que corresponde de manera privativa y discrecional a quienes están legitimados para utilizar dicho instrumento procesal, concretamente a la entidad demandada o al Ministerio Público, adoptar la decisión de vincular o no al proceso al servidor público que con su presunta conducta dolosa o gravemente culposa, dio origen a que el Estado fuera demandado con una pretensión de responsabilidad patrimonial.

- Y en último caso está la acción de repetición ordinaria o de repetición propiamente dicha, definida en el artículo 2° de la Ley 678 de 2001 como una acción independiente y autónoma, de naturaleza civil y carácter patrimonial, que debe ejercerse contra el servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a que se condene al Estado a pagar una indemnización. En punto a la acción de repetición, de la definición se extrae que se trata de una acción obligatoria y no facultativa, y que debe ejercerse por el Estado siempre que concurren los siguientes presupuestos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contenciosa administrativa a reparar los antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público; y (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.

5.2.10. Ahora bien, en torno a la decisión adoptada por el legislador en la norma acusada, de limitar el llamamiento en garantía únicamente a los procesos relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, constata la Corte que la misma es consecuencia del amplio margen de libertad de configuración política con que cuenta aquél en materia de regulación procesal, al tiempo que encuentra un principio de razón suficiente en el hecho de que tales procesos, en estricto sentido, son los establecidos especialmente para definir los asuntos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento de las indemnizaciones a que haya lugar.

En el caso de algunas de las acciones que son citadas por el actor, como la acción de tutela, la acción de cumplimiento e incluso la acción de nulidad, las cuales no fueron habilitadas por la norma para ejercer en ellas el llamamiento en garantía, considera la Sala que éstas tienen un fundamento constitucional autónomo y una finalidad propia que difiere sustancialmente del objeto de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues por expresa disposición constitucional, el objetivo fundamental de las mismas o su propósito específico no es perseguir u obtener un resarcimiento patrimonial; razón que explica por qué su régimen sustancial y procesal no ha sido previsto y desarrollado en torno a ese objetivo. A manera de ejemplo, podría señalarse que, en lo que tiene que ver con la acción de tutela, por expresa disposición del artículo 86 de la Carta, su finalidad específica es la protección judicial e inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o violados por las autoridades públicas o los particulares en los casos que señale la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste, sea necesaria la tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Respecto de la acción de cumplimiento, el artículo 87 del mismo ordenamiento Superior la concibe como el medio judicial idóneo para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos, exceptuándose el cumplimiento de aquellas

disposiciones que establezcan gastos (art. 9° Ley 393 de 1997). Y tratándose de la acción de simple nulidad, por mandato de los artículos 237-2 de la Constitución y 84 del C.C.A., a ésta se le asigna la función específica de preservar la legalidad en abstracto de los actos administrativos, "a través de un proceso en que no se debaten pretensiones procesales que versan sobre situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, limitándose a la simple comparación del acto con las normas a las cuales ha debido estar sujeto".

Desde este punto de vista, la medida legislativa cuestionada resulta igualmente razonable y proporcionada, ya que al restringir la reclamación patrimonial contra el Estado y sus funcionarios a unas acciones diseñadas especialmente para ese efecto, como sucede con las relativas a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, lo que se busca es realizar los principios de seguridad jurídica y debido proceso, como también ordenar y tecnificar el tema de la reclamación patrimonial, la cual reviste la mayor importancia en razón a los altos intereses que allí se encuentran comprometidos, entre los que se cuentan no sólo los del Estado, sino también los de sus agentes, las víctimas y los perjudicados. Respecto al amplio margen de libertad política que le asiste al legislador para regular las acciones judiciales, y en particular para decidir de forma razonable los procesos en que cabe ejercer el llamamiento en garantía, dijo la Corte en reciente pronunciamiento:

"11.1. Siendo, como lo es, el llamamiento en garantía un instrumento procesal para vincular como parte a un tercero interviniente que desde cuando se admite el llamamiento por el juez queda vinculado de manera forzosa a lo que se resuelva en la sentencia, es competencia propia del legislador instituirlo en los procesos cuando a su juicio sea procedente para realizar de manera concreta el principio de la economía procesal." (Sentencia C-484 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Y es que, el hecho de que el llamamiento en garantía haya sido concebido como un instituto jurídico de carácter facultativo, en cuanto puede o no ser utilizado por la entidad demandada en el respectivo proceso, descarta igualmente que su inclusión en todo tipo de actuación judicial constituya un imperativo jurídico. Esta circunstancia avala de tesis acogida por la jurisprudencia, en el sentido de que es el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración política y fundado en un principio de razón suficiente, el llamado a establecer los casos en que la administración puede hacer uso de dicha figura, acertando al permitir su promoción en aquellos procesos que tienen como objetivo fundamental definir los asuntos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento de las indemnizaciones que la misma genere.

Sobre este último aspecto de análisis, habrá de precisarse que la circunstancia de no poder reclamar en un mismo proceso y a través del llamamiento en garantía la responsabilidad patrimonial del servidor público, no conlleva la irresponsabilidad del funcionario ni el desconocimiento del deber constitucional de repetir contra éste, ya que se le puede imponer la obligación de indemnizar el daño antijurídico por otro medio judicial. Ciertamente, siendo consecuente con las explicaciones dadas en párrafos anteriores, para la Corte es claro que la forma como la Constitución y la ley han concebido y desarrollado la acción de repetición, permite garantizar que en todos los casos en que se produzca condena contra el Estado y la misma se deba a una conducta dolosa o gravemente culposa del agente, la administración se encuentra en plena capacidad de recuperar el monto de la indemnización que corresponda.

5.2.11. En cuanto a la previsión normativa de que sea directamente la entidad pública afectada la competente para llamar en garantía, tampoco considera la Corte que por su intermedio se esté fijando un criterio de exclusividad que restrinja la legitimidad por activa para formular el llamamiento en garantía. A juicio de la Corte, la norma es razonable y proporcional en cuanto no radica únicamente en cabeza de la entidad afectada la decisión de llamar en garantía, sino que la extiende al Ministerio Público quien precisamente tiene asignada entre sus funciones constitucionales la defensa del patrimonio público. Al respecto, el numeral 7° del artículo 277 de la Carta dispone que el Procurador General de la nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá la función de "Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales".

Siguiendo la jurisprudencia citada, es claro que el llamamiento en garantía en los términos dispuesto en el artículo 217 del C.C.A., y artículo 57 del C.P.C., puede ser

solicitado no solo por la parte demandada en la acción de repetición, acción contractual o acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino que también puede ser ejercida aquella por el Ministerio Público, tal como ocurrió en el asunto que se viene comentado.

Obliga el artículo 57 del C.P.C., que la sentencia que ponga fin al proceso se pronuncie sobre la relación legal o contractual de ese tercero llamado a indemnizar, de tal suerte que si en la sentencia se profiere una decisión sobre el particular no podría volverse sobre lo mismo, sin embargo, no es evidente que en estos casos — llamamiento en garantía— se genere el fenómeno de la cosa juzgada, esto, por cuanto la sentencia que decida sobre la relación legal del tercero, verificada la conducta dolosa o gravemente culposa, solo podrá disponer que se repita contra aquel, así lo deja entrever el Consejo de Estado en sentencia de 29 de agosto de 2014⁷, al precisar lo siguiente:

"(...) la entidad bien puede optar por llamar en garantía o con posterioridad a la condena interponer una acción de repetición, como sucedió en este caso, sin que pueda afirmarse que los derechos y garantías fundamentales del servidor público tienen mayor o menor protección en una u otra alternativa. De tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia que:

(...) los perjudicados [pueden] demandar, ante esta jurisdicción, a la entidad pública, al funcionario o ambos como pasa a explicarse:

a) Si se demanda sólo a la entidad y no se hace llamamiento en garantía, la condena será contra ésta. Si dentro del proceso se infiere que la responsabilidad del ente se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, podrá la administración demandar en acción de repetición a dicho funcionario.

b) Si se demanda sólo a la entidad, esta podrá llamar en garantía al funcionario que la comprometió con su conducta dolosa o gravemente culposa. Aquí la condena, frente al demandante se entiende, será sólo contra la entidad. Pero, si además se comprobó dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario, la sentencia deberá disponer que la entidad repita contra dicho funcionario por lo que le corresponde.

c) Si se demanda a la entidad y al funcionario y se considera que éste debe responder, en todo o en parte, se impondrá la condena contra aquélla, debiendo ésta repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera, una vez efectuado el pago.

Lo precedente permite afirmar que en tales eventos por voluntad de la ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, en donde de manera expresa la ley (art. 293 del decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario.

Se insiste que en los eventos de responsabilidad extracontractual o de reparación directa, la posibilidad de demandar al funcionario se da cuando a éste pueda imputársele dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (art. 77 del c.c.a.).

Hechas las precisiones precedentes, se anota:

⁷ Sección Tercera, Subsección B, consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, radicación número: 85001-23-31-000-2010-00033-01(41125)

Los artículos 77 y 78 del C.C.A., aunque anteriores al art. 90 de la nueva carta, continúan vigentes porque no solo no coliden con éste, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal, como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicios.

Se estima, entonces, que para la prosperidad de la repetición deberá no sólo resultar probada la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, sino que, precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó daño a la persona demandante. Se entiende, asimismo, que una vez cumplida la obligación por la entidad, esta deberá repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera.

Lo precedente tiene su apoyo, como se dijo, en el artículo 78 del C.C.A., armonizado con el 77 del mismo estatuto".

Siguiendo el lineamiento que se transcribió, si bien es cierto que en el proceso de la referencia, el señor Eusebio Vásquez Orozco fue llamado en garantía dentro del proceso de reparación directa 5240 promovida por el señor Juan Gabriel Yepes Orozco, contra la Nación —Ministerio de Defensa Nacional —Policía Nacional, y, también, que la sentencia que se profirió en dicho proceso por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 15 de diciembre de 2004, en la que nada se dijo sobre el llamamiento en garantía, no impide que la parte demandada en este caso repita contra aquel funcionario mediante la aludida acción, pues es claro que la ausencia de pronunciamiento respecto de esa relación, no significa *per se* inexistencia de responsabilidad del agente, de tal manera que bien puede demandarse al agente mediante la acción de repetición, amén que el silencio del Tribunal en relación con el llamamiento en garantía tampoco puede verse como fenómeno de cosa juzgada.

Hechas las anteriores precisiones, en orden a definir el asunto, se procede seguidamente a estudiar, como se advirtió con anterioridad, si se cumplen los presupuestos jurisprudenciales ya comentados:

2.5.2 Como ya de manera precedente se reprodujo, el Tribunal Administrativo del Magdalena el 15 de diciembre de 2004, en el expediente 5240 de reparación directa promovida por el señor Juan Gabriel Yepes Orozco contra la Nación —Ministerio de Defensa Nacional —Policía Nacional, declaró responsable de los perjuicios causados al mencionado señor por hecho ocurridos el 8 de diciembre de 1996, por lo tanto, condenó a la parte demandada a pagar a este la suma de \$ 5.542.423,55 por concepto de daño emergente, daño futuro y perjuicios morales (fls. 14 a 26).

Así las cosas, es claro que se cumple con el primero presupuesto jurisprudencial, pues no queda duda que se produjo una condena contra la Nación que impuso al Ministerio de Defensa Nacional —Policía Nacional el pago de la suma ya señalada.

2.5.3 Prosiguiendo con el estudio de los requisitos jurisprudenciales, se advierte que, de acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de Área de Talento Humano del Departamento de Policía Magdalena de 11 de noviembre de 2008, el señor Eusebio Vásquez Orozco, identificado con la cédula de ciudadanía número 8.660.495, fue agente de la Policía Nacional entre el 1 de septiembre de 1983 y el 21 de enero de 2004 (fl. 13), actualmente retirado con derecho a asignación de retiro, circunstancia esta que se aprecia en el cuaderno administrativo aportado por aquella entidad.

Así pues, resulta palmario que el señor Vásquez Orozco, se acredita que se reúne la condición de agente o ex agente del Estado (agente de Policía), además se encuentra demostrado que dicho agente fue quien disparó el arma de dotación oficial contra el señor Juan Gabriel Yepes Orozco en hechos acaecidos el 8 de diciembre de 1996.

2.5.4 La entidad condenada judicialmente al pago de la reparación patrimonial de la que fue declarada responsable, expidió la Resolución 0631 de 13 de diciembre de 2006 mediante la cual se ordenó dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, ejecutoriada el 16 de marzo de 2005, ordenando pagar a Juan Gabriel Yepes Orozco la suma de \$5.542.423.55 e intereses por valor de \$1.292.995.78, dinero que fue transferido a la apoderada de aquel señor el 26 de diciembre de 2007, de acuerdo con el comprobante de pago que milita a folio 31 del expediente de repetición.

Ello, entonces, pone de presente que la entidad ahora demandante realizó el pago de la condena judicial a la que fue obligada judicialmente, por lo que sin mayores elucubraciones se tiene por demostrado el pago efectivo de la indemnización de perjuicios impuesta al Ministerio de Defensa Nacional —Policía Nacional.

2.5.5 Por último, el presupuesto más importante en cuanto a la acción de repetición se refiere, esto es, que se demuestre la culpa grave o el dolo en cabeza de los demandados, para lo cual se harán las siguientes manifestaciones:

Es en las pretensiones, y no en ningún otro capítulo de la demanda, pues no se expone argumento alguno, que se extrae que se pretende se declare que el señor Eusebio Vásquez Orozco es responsable de la condena patrimonial que sufrió la entidad demandada como consecuencia de su conducta gravemente culposa por los hechos ocurridos el 8 de diciembre de 1996, cuando el agente de Policía disparó su arma de dotación oficial, estando el señor Juan Gabriel Yepes Orozco, de espaldas, hiriéndolo en el glúteo derecho.

Aparte de lo señalado en precedencia, la entidad demandante ningún esfuerzo argumentativo hace por demostrar en qué consiste la culpa grave del agente, tan solo viene en los alegatos de conclusión a dejar expuesto como idea de aquella responsabilidad que la sentencia condenatoria afirma que *"no se observa razón alguna para que el agente de la autoridad accionara su arma de dotación oficial, que pueda pasar por desapercibido que Juan Yepes no portaba alguna"*, sin embargo, en esta oportunidad indistintamente trata la conducta del agente como dolosa y/o con culpa grave, dejando al arbitrio del juez que este decida y encuadre la presunta conducta del aquí demandado, sin embargo, no se realiza esfuerzo alguno en orden a determinar si la conducta que se alega para efectos de las pretensiones, se circunscribe a título de dolo o de culpa grave, no dejarlo en manos del juez porque no es su atribución, máxime cuando del contenido del artículo 177 del C.P.C, se observa que se impone a la parte que alega unos hechos materia de debate el deber de probarlos.

No obstante, lo expresado, y en aras del derecho de acceso a la administración de justicia, esta Sala hará una revisión del material probatorio adosado al proceso con el fin de precisar la concurrencia de alguna de las conductas aducidas en la demanda.

La sentencia que puso fin a la primera instancia, señaló dentro de sus consideraciones los siguiente:

"(...) de los testimonios recibidos se desprende que el actuar policial, ante la renuencia de Yepes Orozco para dejarse conducir por el citado Agente, fue desproporcionada, exagerada y reprochable, pues no sólo aquel disparó contra una persona desarmada, indefensa, que no ofrecía peligro alguno, sino que se hizo por la espalda. No existe, por lo demás, prueba indicativa de que las circunstancias obligaran al Agente Vásquez Orozco a utilizar el medio y proceder referidos, y como bien lo expresa el señor Procurador Judicial 43 en Asuntos Administrativos, "No se observa razón alguna para que el agente de la autoridad accionara su arma de dotación oficial, sin que pueda pasar desapercibido que JUAN YEPES no portaba arma alguna."

En efecto, dentro del proceso de reparación directa 5240, trasladado como prueba, como antes se anotó, se escuchó el testimonio de las señoras Neftalina Esther Cantillo Patiño e Hilda Cecilia Campo Correa, quienes dijeron lo siguiente en relación con el proceder del agente Eusebio Vásquez Orozco:

A la pregunta sobre el relato de los hechos, la primera respondió: "(...) un señor también del barrio estaba peleando con el hijastro, Juan –Yepes— entró a evitar la pelea, entonces el muchacho la cogió con Juan, a Juan lo llevó una hermana a la casa, Juan estaba en la casa cuando llegaron el muchacho de la pelea y otro hermano, le patearon la puerta y le partieron los vidrios del ventanal, Juan salió a defenderse de lo que le habían hecho en la casa, uno de los muchachos lo apuñaleó, entonces cuando llegó la Policía, Juan estaba lleno de sangre, la Policía lo que le dijo que se fuera a dormir, él le dijo a la Policía que él necesitaba que lo llevaran a un centro de salud, el Policía le dijo que a él que no tenía que decirle lo que tenía que hacer, Juan le dijo que eso era un deber, entonces la Policía quería ponerle las esposas para llevárselo preso y él no se dejaba llevar, entonces Juan Forcejeaba para que no lo esposaran, después Juan salió caminando el Policía le hizo un disparo y él no se detuvo, después hizo el segundo disparo en la pierna en la parte de atrás en la nalga".

Mientras que la segunda deponente, ante esa misma pregunta, indicó: "El discutió y peleó con un muchacho entonces la hermana de él se lo llevó para la casa entonces vino el que estaba peleando con él y otro y le levantaron la casa a piedra, Juan como pudo se salió de la casa y corrió calle abajo, ahí llegó la patrulla y él no se deja esposar, él como que estaba herido en una mano, era como un raspón. el Policía le iba a poner las esposas y no se dejó, al mover las manos él lo salpicó de sangre, el Policía le dijo que se fuera acostar entonces Juan salió corriendo entonces fue cuando el Policía le dio un tiro en el pie y Juan siguió corriendo entonces el Policía le volvió a disparar y le dio en la nalga" (fls 80 a 83 del proceso de reparación directa).

Sobre este mismo caso, en investigaciones administrativa⁸ seguidas por la Policía Nacional de acuerdo a los cuadernos remitidos por aquella entidad, el agente Vásquez Orozco⁹, dejó su testimonio acerca de lo ocurrido el 8 de diciembre de 1996, sobre el particular, manifestó:

⁸ Investigación de carácter administrativa distinguida con el No. 106/96, adelantada contra el AG Vásquez Orozco Eusebio

⁹ Cuaderno 07 remitido por la Policía Nacional.

Repetición – radicado 2008-00293-00 (escritural)

Demandante: Policía Nacional

Demandado: Eusebio Vásquez Orozco

"cuando llegaron al lugar de los hechos el sujeto JUAN GABRIEL YEPES, comenzó a lanzarles palabras soez y la sangre que se limpiaba por las heridas producidas por otro sujeto que se había dado a la fuga, que trataron de convencerlo para llevarlo hasta el Centro de Salud para que lo curaran, el cual se negó rotundamente diciendo que no se iba a montar a la patrulla y quería que capturaran al sujeto que lo había herido por lo que le decían que no se podía debido a que estaba dentro de su residencia, que en vista de eso arremetió contra la patrulla lanzando piedras partiéndole el vidrio lateral y trasero de la patrulla de siglas Nro. 18-761 perteneciente a la Estación de Policía El Rodadero, que se bajó de la patrulla con el fin de retenerlo cuando éste se lanzó contra él tratando de agredirlo físicamente tratando de arrebatarle el Revólver que él llevaba en la mano, accionándosele ocasionándole una herida en el glúteo"

Entre tanto el S.I Miguel Camacho Fontanilla¹⁰, en declaración rendida en la "investigación de carácter administrativa distinguida con el No. 106/96, adelantada contra el AG Vásquez Orozco Eusebio", manifestó:

"al llegar al lugar de los hechos encontraron a una persona herida de nombre JUAN GABRIEL YEPES OROZCO, el cual sangraba en diferentes partes del cuerpo producida por otra persona que no se encontraba en el lugar de los hechos, que intentaron de llevar al herido al Centro de Salud para la asistencia médica y éste quería que capturaran al sujeto que lo había herido, que al ver que la persona se negaba a hacer (sic) trasladado al Centro de salud procedieron a trasladarse del lugar, que éste entonces procedió a echarles la sangre que derramaba en la cara y en los uniformes provocándolos (sic) que cuando llevaban aproximadamente de recorrido el sujeto arremetió contra la patrulla, lanzando objetos contundentes piedra grande contra lo patrulla, rompiendo el vidrio trasero y lateral de la Patrulla 18-761, que se bajaron del vehículo con el fin de capturarlo y trasladarlo al Centro de Salud y dejarlo a disposición de la autoridad competente, éste se negó y opuso resistencia agrediendo al AG. VASQUEZ ORZOCO EUSEBIO con otra piedra que tenía en la mano, que en el forcejeo para trasladarlo el AG. VASQUEZ se le accionó el revólver causándole lesiones en el glúteo, posteriormente la ciudadanía les hizo una asonada agrediendo y terminaron de causarle daños a la patrulla rompiendo el otro vidrio y abolladura en diferentes partes del vehículo".

En esa misma investigación, el señor Juan Gabriel Yepes Orozco¹¹, víctima, relató lo siguiente:

"(...), el señor William Caraballo se manifestó hacia él y a su residencia causándole daños con arma blanca en el cuerpo y en su residencia partiendo varios vidrios y láminas de eternit, que minutos después llegó una patrulla de la Policía en el cual venía el AG. EUSEBIO VÁSQUEZ o VELÁSQUEZ y al verlo (...), y lo mandó a dormir, que él contestó que si no iban a detener a nadie y ni lo iban a llevar a un puesto de salud, como tampoco le iban a preguntar nada, que discutieron porque él no le gustó la forma en que él le había respondido sus palabras y el agente tomó la decisión de llevarlo preso, que él se opuso ya que se encontraba botando mucha sangre, y que supuestamente lo necesitaba en esos instantes era atención médica, que decidió irse para la casa a pedir plata para irse al hospital y que el agente le hizo un tiro al aire y él siguió caminando porque conoce sus derecho y un señor agente no puede dispararle a un ciudadano sin haberle hecho nada, por simplemente por reclamar sus derecho pero que este le disparó nuevamente hiriéndolo en la nalga".

Sobre la culpa y la culpa grave prevista en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el Consejo de Estado en sentencia de 15 de julio de 2019¹², dilucidó:

¹⁰ Ib.

¹¹ Cuaderno 07 remitido por la Policía Nacional.

¹² Sección Tercera, Subsección B, consejero ponente: Martín Bermúdez Muñoz, radicación número: 54001-23-31-000-2003-00797-01(59199)

"17.- Así las cosas, frente a los agentes estatales la condena penal con fundamento en el dolo hace tránsito a cosa juzgada y en la acción de repetición no podrá desconocerse la sentencia penal para absolver al agente que ha sido condenado a ese título. Ello también quiere decir que para condenar al agente en la acción de repetición, la sentencia de condena a título de dolo es prueba suficiente para dar por demostrado este elemento.

18.- No puede afirmarse lo mismo en relación con la sentencia penal de condena a título de culpa, en la medida en que el artículo 90 de la C.P. exige la prueba de la culpa grave y no simplemente de la culpa que exige el Código Penal, razón por la cual, aun si el agente estatal fue condenado penalmente a título de culpa, será el Juez de la acción de repetición quien deberá determinar si el daño por el cual se persigue su responsabilidad fue causado con la culpa grave que exige la norma constitucional.

19.- A la luz de lo dispuesto en el artículo 23 del Código Penal <<la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente (i) debió haberlo previsto por ser previsible, (ii) o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo>>. Así las cosas, no siempre que se demuestre la culpa penal del agente puede tenerse por demostrado que su negligencia fue de tal magnitud que permita presumir el dolo en su actuación. La demostración de la culpa grave impone contar con medios de prueba que permitan deducir que el agente conocía el daño que podía generar su acto (no solo que debía conocerlo) no obstante lo cual obró sin tomar las precauciones necesarias para evitar su ocurrencia y, así no se acredite que quiso causarlo, es necesario probar que el grado de negligencia que acompañó su conducta fue de tal magnitud que permite presumir tal intención.

20.- En la acción de repetición no basta constatar que el agente estatal incumplió un deber legal o desconoció una regla establecida en el manual de funciones; es necesario examinar las circunstancias concretas dentro de las cuales ocurrieron los hechos para determinar si el agente obró con la intención de causar el daño o con una negligencia tan extrema que permita presumirlo.

21.- La doctrina se refiere a las nociones de dolo y culpa grave en los siguientes términos:

<<Haber tenido la intención de realizar un acto, de provocar un resultado, no es tan sólo haberse representado de antemano ese acto o ese resultado, haberlo esperado: la intención en el lenguaje corriente supone una voluntad dirigida hacia una finalidad, el deseo de ver que se realice una consecuencia determinada.

<<El derecho francés se mantiene, pues, fiel a la concepción tradicional del dolus romano. El delito se caracteriza por la malignidad, por la intención maliciosa, por el deseo, en el responsable de perjudicar a otro...

<<Sin embargo, por medio de un rodeo, el derecho francés parece volver, al menos en cierto grado a la teoría de la representación, a contentarse con la previsibilidad del daño, sin exigir la intención de causarlo. Eso es lo que parece resultar de la asimilación de la culpa grave o lata con el dolo.

<<Ese principio introducido en derecho romano en la forma e interpolación en la esfera de la responsabilidad contractual, al mismo tiempo que se creaba esa categoría nueva de la culpa denominada la culpa lata, no tardó en implantarse en el ámbito de la responsabilidad delictual, el único que se examina por ahora.

<<La culpa grave entra en la categoría de las culpas, de lo que denominamos hoy los cuasidelitos; por consiguiente, de las culpas no intencionales: el autor del daño no ha deseado la realización del mismo. Entonces ¿por qué asimilarlo al delito, al dolus? La razón tradicional de esta distinción está en que la negligencia o la imprudencia cometida es tan grosera, que apenas si es creíble que su autor no haya deseado, al obrar, causar el daño que se ha producido... <<Para Josserand, la culpa grave es "una enormidad que revela la incapacidad, la ineptitud del culpable para cumplir con las obligaciones a las que está sujeto, con la misión contractual o extracontractual que le incumbe." <<Si, en esta hipótesis, no se considerara que ha habido delito, se estaría desarmado ante los que negaran su mala intención y se atrincheraran detrás de su torpeza o de su inexperiencia. La maldad misma, como se ha dicho, adoptaría la máscara de la tontería. Para cortar por lo sano esa defensa, era necesario crear una presunción: la ley supone probada, en el autor de una culpa muy grave, la intención de dañar. Se advierte así que la asimilación de la culpa lata con el dolo no es un retorno disimulado a la teoría de la representación; es una regla que se aplica en

el terreno de la prueba. Pero esta presunción ¿es una presunción absoluta o relativa? ¿Puede ser combatida, o no puede serlo, por el responsable? Tan sólo son irrefragables las presunciones declaradas como tales por un precepto expreso. La presunción sentada por el adagio <<culpa lata dolo aequiparatur>> no puede ser, pues, sino relativa; se destruye con la prueba de la falta e intención maliciosa...>>.

<<Sin embargo, la jurisprudencia se contenta con aplicar el principio tradicional de asimilación de la culpa cuasidelictual grave con la culpa delictual, sin distinguir según que la prueba de la falta de intención maliciosa se haya presentado o no. Y es que, junto a la justificación habitual de la asimilación cabe dar otra más, válida al menos en ciertos supuestos: la imprudencia o la negligencia pueden ser tan graves, revelar una preocupación tan escasa por los intereses ajenos y a veces por su vida, que puede justificarse la misma severidad a su respecto que en relación con una culpa intencional.>>

22.- En la propia jurisprudencia del Consejo de Estado que se cita en el fallo de primera instancia se lee sobre este particular:

<<Frente a estos conceptos el Consejo de Estado ha dicho que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que debe armonizarse con lo previsto en los artículos 6 y 90 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos>>.

23.- La anterior posición fue con posterioridad reiterada en los siguientes términos:

<<Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, 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.

<<Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional haya estipulado expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o exfuncionarios sólo rige 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 se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo que podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública>>

24.- Y, bajo el mismo lineamiento, la Sección ha señalado:

<<El dolo y la culpa grave constituyen el elemento subjetivo que debe estar acreditado para que sea viable la acción de repetición, como quiera que se trata de una acción personal, en la cual se valora y juzga el comportamiento del funcionario, servidor público o agente estatal, en la producción de un determinado daño que ha sido previamente resarcido por la organización estatal>>.

25.- En el presente asunto, si bien el demandado en repetición fue condenado penalmente, lo fue a título de culpa o simple negligencia, en la medida en que no aseguró su arma estando cargada y esta se accionó accidentalmente generando los resultados conocidos; tal circunstancia no configura la culpa grave necesaria para condenarlo a reintegrar lo pagado, en la medida en que no existen pruebas que evidencien que obró con un grado de negligencia tal que pueda inferirse del mismo la intención de causar el daño o, al menos, pueda deducirse que habiendo previsto que efectivamente este podía generarse no obró de otro modo. Lo que está demostrado en el proceso es la ocurrencia de un lamentable accidente en el que, así pueda imputársele culpa o negligencia al demandado, en modo alguno está probado que obrara con el grado de culpabilidad previsto en el artículo 90 de la C.P. para justificar su condena.

26.- La Sala tiene como prueba en este caso la propia versión del agente demandado, rendida en el curso del proceso penal adelantado en su contra, porque ella es concordante con las demás declaraciones y pruebas obrantes en dicho expediente. De acuerdo con la

misma, el accidente ocurrió cuando el agente salía del batallón y cumplió con su deber de mostrarle el arma a su compañero que oficiaba de <<armerillo>>; el hecho de que los seguros estuvieran desactivados se explica porque el agente en ese momento estaba saliendo del batallón y era posible que se produjesen ataques desde el exterior.

27.- En la indagatoria del agente se lee sobre este particular:

<<Como ya íbamos a salir entonces yo tenía la costumbre de mostrarle al armerillo MARTÍNEZ ALFONSO RODRIGO, a quien le decíamos PABLITO, el armamento que me asignaban a mí, le dije entonces a PABLITO mire PABLITO, como indicándole el arma y él alcanzó a decirme muestre Machito, cuando de pronto se disparó el arma y lo único que vi fue una nube roja, cuando me di cuenta que PABLITO estaba en el suelo (se deja constancia que el indagado solloza y angustiosamente declara) entonces yo me tiré sobre él y vi que le salía ese chorro de sangre tan impresionante, yo solté la UZI y con la mano como para taponarle para que no le saliera sangre, eso fue horrible, le tomé el pulso, signos vitales y vi que estaba luchando contra lo imposible y me retiré y volté a mirar porque ARCE gritó, este (...) la embarró, yo me arrodillé ante PABLITO y en ese momento llegó RAMÍREZ, él trataba de alzarme, ni yo mismo me podía parar, cuando me paré llegó mi Coronel J-3, yo ya estaba de pie y me empezó a requisar, yo le decía mi Coronel, yo no estoy armado, no estoy armado, sin embargo él me requisó y me llevó al armerillo de la guardia y empezaron a llegar los muchachos y empezaron a calmarme, que un accidente lo tiene cualquiera y en vista de que había mucha gente rodeándome y me llevaron para el subcomando. Todos mis compañeros estaban extrañadísimo porque yo soy de las personas más meticulosas con el armamento, inclusive cuando PABLITO necesitaba alguna consulta con respecto al armamento él me lo consultaba y me pedía una opinión>>.

28.- El agente sostuvo que no tuvo una discusión con el patrullero encargado del armerillo, con quien tenía una muy buena relación y afirmó que era su gran compañero y amigo (fls. 28-32 c. 2).

29.- La prueba anterior aparece respaldada con la declaración del agente Fabio Augusto Jiménez Celis ante la Fiscalía General de la Nación, que dio cuenta de las relaciones de amistad entre el agente y la víctima y de los vanos esfuerzos que éste hizo para intentar salvarle la vida y manifestó:

<<Yo no escuché ninguna discusión entre ellos porque no hubo ninguna y entre ellos se llevaban bien como compañeros y esa muerte fue un accidente, porque eso fue rápido y yo le dije a LÓPEZ que como iba a ser eso y él lloraba y se pegaba contra la cómoda>> (fls. 21-22 c. 2).

30.- De igual forma, el agente Elber Heladio Jeréz Ruiz sostuvo que vio a <<LÓPEZ PÉREZ asustado, él tenía en ese momento el arma en la mano que era una subametralladora UZI de dotación de la Policía y en el mismo instante la dejó caer sobre una cama y él lo primero que hizo fue que gritó el nombre PABLITO, que era el apelativo que se le tenía a él de cariño y se fue al cuerpo donde estaba el tendido, y pidió que llamaran un carro y entonces ahí le estaba saliendo sangre por la cabeza y trató de taponarle la herida por donde salía la sangre con la mano>> (fls. 25-27 c. 2).

31.- Por último, en los propios fallos de la justicia penal militar se da cuenta de la buena conducta del agente demandado y se establece con toda claridad que no se trató de un daño intencional; no puede afirmarse tampoco que, frente a las circunstancias concretas se hubiese podido concluir que el agente estuvo en condiciones de prever lo que ocurriría. Su culpa se dedujo – en abstracto – de la afirmación conforme con la cual los militares y policiales son instruidos sobre los riesgos que conlleva el porte de las armas de fuego.

32.- El Consejo Verbal de Guerra y el Tribunal Superior Militar, respectivamente, sancionaron penalmente al agente de policía por el delito de homicidio culposo y lo condenaron a la pena principal de dos (2) años de prisión y una multa de mil pesos.

33.- El Juzgado de Primera Instancia – Consejo Verbal de Guerra del Departamento de Policía de Norte de Santander, mediante sentencia de 25 de julio de 2000, encontró acreditada su responsabilidad, en la medida en que, habiendo recibido instrucción en el manejo de armas, no aseguró su fusil de dotación estando cargado, lo que habría podido evitar el resultado dañoso. Se lee sobre este particular:

"En el caso de marras donde se presentó la acción típica de un homicidio en la persona de MARTÍNEZ ALFONSO RODRIGO, por aparentemente un acto imprudente de JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ, lo que se trata de definir es si la acción ejecutada por LÓPEZ PÉREZ lo fue realmente o se debió a una acción fortuita derivada de un desperfecto mecánico del arma catalogada como uzi, calibre 9 m.m., adscrita a la Policía Fiscal y Aduanera e identificada con el No. 0116.

Pues bien, la polémica que se transó jurídicamente en el debate del Consejo de Guerra otorgaba esta disyuntiva (la causal de inculpabilidad y la responsabilidad culposa), que se resuelve desafortunadamente para los intereses del sindicato y apoderado naturalmente tal como lo manifestaba la representante del Ministerio Público, para accionar el arma o dispararla, se necesitó la intervención de un ser humano o palabras más concretas, necesitaba la acción humana, sin la cual, decía la doctora, salía el disparo, la que establece la diferencia entre una situación fortuita y culposa.

¿Cómo podría plantearse un caso fortuito, en cuanto a los disparos del arma? La respuesta podría otorgarse, si verbigracia JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ u otro policial o hasta un particular, se le cae el arma al suelo y por el desperfecto del arma o por su celosía ésta da lugar a la salida por la boca del cañón de un proyectil o de varios proyectiles, pero en el caso sub examen era precisamente JULIO CESAR LÓPEZ PÉREZ quien portaba en su mano el arma de fuego y ya se ha explicado en la resolución de convocatoria cuáles son los pasos que se deben ejecutar para que por la boca de ese cañón salga uno o varios disparos y que resumiéndolos nuevamente, en tratándose de este tipo de arma se definen en: a) la montada del carro hacia atrás, que da lugar a que el cartucho o proyectil pase por el proveedor al sitio por donde va a salir una vez se ejecuten los otros pasos; b) la colocación del selector de cadencia en la posición "A" o en la posición "R" debido a que la otra posición la "S" significa seguro, donde no puede ejecutarse la tercera de estas, debido precisamente a su nombre y c) tomar el arma oprimiendo simultáneamente el disparador y el gatillo y el seguro de puño que está en la parte posterior de la empuñadura, siendo esta última una acción doble y simultánea que no permite que con la sola opresión u obturación del gatillo se disparen estas armas siendo una característica propia de las mismas.

La anterior explicación nos remitía a la indagatoria de LÓPEZ PÉREZ en donde concuerda su versión en cuanto al montaje y desaseguramiento del arma, con lo que naturalmente no le queda sino ejecutar la última acción que se definió como doble y simultánea y que necesariamente tuvo que haber llevado a efecto para que saliera los disparos que cegaron la vida de MARTÍNEZ ALFONSO" (fls. 214-220 c. 3).

34.- El Tribunal Superior Militar, mediante providencia de 16 de agosto de 2001, confirmó la decisión, por encontrar demostrada la responsabilidad del PT. Julio César López Pérez, en el homicidio de su compañero Rodrigo Martínez Alfonso. En síntesis, consideró que el sindicato omitió las normas de seguridad consagradas en el decálogo de armas de fuego, pues "jamás un arma de las calidades de la subametralladora UZI se dispara sin que previamente haya sido cargada, pues al estar o no asegurada no le eximía el cuidado de no mantenerla cargada, menos en un recinto donde se movilizaban sus compañeros de armas". Se lee sobre este particular:

"De la actuación procesal emerge el hecho incontrovertido de que la conducta es punible por ser culposa, bien que el acusado no observó la previsibilidad que se debe tener en el manejo cuidadoso de las armas de fuego, máxime cuando se trató de un individuo que recibió la instrucción y conocimiento necesarios para manipular una subametralladora y no obstante lo anterior actuó conforme describen los hechos, muy seguramente confiado por razón del rutinario manejo de este tipo de armamento, lo cual trajo consigo por su descuido, el accionar del disparador en forma accidental según cuenta el encausado, con los lamentables resultados ya conocidos" (fls. 2- 7 c. 1).

35.- El Juzgado de Ejecución de Penas, el 27 de noviembre de 2002, declaró la extinción de la pena de dos años de prisión impuesta al PT. Julio César López Pérez y dispuso su libertad inmediata (fls. 235-238 c. 3).

36.- Con los medios probatorios obrantes en el expediente está acreditado que el patrullero demandado, JULIO CÉSAR LÓPEZ PÉREZ, dio muerte a su compañero de armas, el también patrullero Rodrigo Martínez Alfonso, causándole cuatro heridas con una subametralladora UZI en el pómulo izquierdo, región auricular y occipital izquierda y derecha con exposición de masa encefálica (fls. c. 2).

37.- Para la Sala resulta evidente que el agente demandado dio muerte a otro uniformado y aunque no está acreditado que obró con la intención de causarla, queda claro que actuó con culpa: portaba el arma oficial sin seguro y cargada; el arma se disparó y causó la muerte de la víctima.

38.- Si bien dicha actuación revela una conducta negligente constitutiva de culpa en la medida en ocurrió como consecuencia del imprudente manejo de un arma de fuego, a la misma no se le puede asignar la categoría de culpa grave exigida por el artículo 90 constitucional, con las características de esta forma de culpabilidad antes señaladas".

Nótese entonces de acuerdo con la jurisprudencia citada que ese alto tribunal discierne entre culpa y culpa grave, que es esta última conducta la que sanciona el artículo 90 de la Constitución Política, de tal suerte que una conducta negligente por imprudencia no conlleva a la culpa grave, esta puede decirse que está al mismo nivel del dolo, por eso el esfuerzo probatorio debe implicar que el agente estatal haya obrado casi con la intención de hacer daño.

El empleo del uso de la fuerza por los servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley, siempre ha sido limitado, por ello, por ejemplo, en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990¹³, se acogieron los siguientes principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego:

"4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;
- c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;
- d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

6. Cuando al emplear la fuerza o armas de fuego los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ocasionen lesiones o muerte, comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores de conformidad con el principio 22".

Concordante con ello, el Código de Policía (Decreto 1335) vigente para el momento de los hechos —8 de diciembre de 1996—, en el artículo 29 se ha autorizado el empleo de la fuerza cuando:

"Artículo 29. Sólo cuando sea estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

¹³ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>

- a) *Para hacer cumplir las decisiones y las órdenes de los jueces y demás autoridades;*
- b) *Para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía;*
- c) *Para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad;*
- d) *Para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente;*
- e) *Para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública;*
- f) *Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes;*
- g) *Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves".*

Puede decirse que constitucional, legal y convencionalmente el empleo de la fuerza y de las armas de fuego está sometido a unas reglas de tal suerte que su uso debe sujetarse a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad

Bajo tales aspectos, resulta evidente que el accionar del agente de la Policía Vásquez Orozco, al dispararle por la espalda a un ciudadano que no ofrecía resistencia alguna, que no estaba armado y que no representaba un peligro, desconoció los límites que a ellos se le imponen, límites que no son ignorados por el agente pues está claro que al pasar como agente alumno, allí recibió la instrucción para ello, nada justifica el accionar, ni siquiera puede tenerse como excusa de su accionar el principio de necesidad, pues está más que demostrado que la víctima no estaba en condiciones de superioridad o de fuerza frente al policial, de tal manera que este podía controlar la situación sin el uso del arma de fuego

En efecto, el señor Miguel Camacho Fontanilla compañero del agente Vásquez Orozco el día 8 de diciembre de 1996, justifica el accionar del arma cuando indica en su testimonio que el motivo por el que se hirió al *"individuo fue porque este puso resistencia negándose a su conducción, teniendo que utilizar la fuerza para su traslado"*, situación que no prueba que el agente Vásquez Orozco estaba autorizado para usar el arma de fuego, tal respuesta del agente de Policía no puede, como ya se dijo, encuadrarse en el principio de necesidad ni el de proporcionalidad, puesto que el servidor público no estaba ni en situación de inferioridad ni el supuesto agresor tenía elemento alguno con que infligirle daño alguno, es decir hubo desproporción y esta era conocida por el agente.

Puesta de este modo las cosas, es evidente que el señor Eusebio Vásquez Orozco, como miembro de la fuerza pública colombiana desconoció negligentemente las

reglas que deben precaverse en el empleo de la fuerza y de las armas de fuego, situación que lo pone en el campo de la responsabilidad por culpa grave, pues era conocedor del daño que infirió al señor Yepes Orozco, sin justificación alguna.

Incluso como lo dice la sentencia condenatoria en el proceso de reparación directa que sirve de sustento a esta acción, *el actuar policial, ante la renuencia de Yepes Orozco para dejarse conducir por el citado Agente, fue desproporcionada, exagerada y reprochable, pues no sólo aquel disparó contra una persona desarmada, indefensa, que no ofrecía peligro alguno, sino que se hizo por la espalda*, es decir, tampoco *“se observa razón alguna para que el agente de la autoridad accionara su arma de dotación oficial, sin que pueda pasar desapercibido que JUAN YEPES no portaba arma alguna”*.

El artículo 63 del Código Civil, prescribe las clases de culpa, así:

“Art. 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

(...)

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

En el caso *sub examine* no puede dejar pasar por el alto este Tribunal que efectivamente no se probó que hubiera condena penal o disciplinaria contra el señor Vásquez Orozco, pero tal circunstancia no atenúa ni desvirtúa la incuria de este en el empleo de las armas de fuego, pues excedió, sin justificación alguna, los límites que le impone la normativa, al enfrentar desproporcionada e incontroladamente una situación en la que no se preveía el uso de arma de fuego, máxime cuando la persona no se le señalaba de delito o contravención alguna ni ofrecía peligro al servidor público, es más la decisión de agente de accionar dos veces el arma, desdice del cuidado que debe observarse en situaciones como esta, de allí que esta Sala evalúe la conducta como culpa grave, pues el actuar del agente fue más allá de la imprudencia, pues se constituye en una omisión al deber de cuidado del ciudadano Yepes Orozco, por lo tanto, le es imputable al entonces agente del Estado, la responsabilidad por haber obrado con culpa grave, tal como lo determina el artículo 90 superior, por lo que se accederá a las pretensiones conforme se cuantificará más adelante.

2.6 Cuantificación de la condena.

El artículo 78 del C.C.A, vigente para cuando se impuso la condena a la entidad demandante, precisa que el funcionario está llamado a responder en todo o en parte, por lo que debe evaluarse si concurre alguna omisión del Estado a efecto de determinar el porcentaje que le corresponda al agente, sobre el valor a que fue condenada la entidad demandante.

A su turno el artículo 14 de la Ley 678 de 2001, sobre la cuantificación del monto de la condena, prescribe:

"Artículo 14. Cuantificación de la condena. Cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo a la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo a sus condiciones personales y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición".

Al estudiar la constitucionalidad de esta normativa, la Corte Constitucional en sentencia C-484-02, aclaró:

"9. Inexequibilidad parcial del artículo 14 de la Ley 678 de 2001

9.1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 90 de la Carta, inciso segundo, si se condena al Estado a reparación patrimonial de un daño antijurídico que fuere consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, habrá de repetirse contra éste. Ello significa que el mandato constitucional ordena el ejercicio de la acción de repetición con la pretensión de obtener el reembolso de lo pagado. El quantum de la pretensión lo señala la condena al Estado y, persigue, como salta a la vista evitar el detrimento patrimonial de la entidad pública, mandato constitucional al cual no se le pueden hacer esquinces por el legislador. No es una sanción sino apenas la recuperación de lo pagado por el Estado para que quien dio origen con su dolo o culpa grave a la condena patrimonial a éste reintegre entonces a las arcas públicas lo que de ellas, por su dolo o culpa grave, fue desembolsado como consecuencia de haber quebrantado su deber de obrar en el ejercicio del cargo conforme a la Constitución, la ley o el reglamento.

9.2. Siendo ello así, es inexequible el artículo 14 de la ley acusada, en cuanto autoriza a la autoridad judicial para cuantificar el monto de la condena atendiendo a las "condiciones personales" del servidor público. Pero no se quebranta la Constitución en cuanto a éste se ordene reembolsar al Estado las sumas a que fue condenado, teniendo en cuenta la participación del agente estatal en la producción del daño, su culpa grave o su dolo en el caso concreto, pues bien puede suceder que se presente el fenómeno jurídico de la concurrencia de culpas, caso en el cual habrá en la sentencia se cuantificará el monto de la condena correspondiente, sin que por ello se quebrante la Constitución".

En el expediente allegado por la Policía Nacional que consta de más de 8 cuadernos, se demuestra que el señor Eusebio Vásquez Orozco canceló a la víctima Juan Gabriel Yepes Orozco los gastos médicos y su incapacidad, aspectos que no fueron tenidos en cuenta en el fallo condenatorio dentro del proceso de reparación directa pues este señor pese que fue llamado en garantía, prefirió guardar silencio, pero nada obsta para que de acuerdo con el principio de justicia y

equidad, se le tenga en cuenta para rebajar en un 30% el valor de la condena, es decir que la parte demandada en este caso, presupone el reconocimiento de lesiones personales, de ahí el pago de aquellos conceptos.

No obstante, lo señalado en precedencia, se tiene que la Ley 200 de 1995, Código Disciplinario Único, en el artículo 41 se contempla las prohibiciones a todo servidor público, así:

Artículo 41º.- Prohibiciones. *Está prohibido a los servidores públicos:*

1(...).

5. *Ocupar o utilizar indebidamente oficinas o edificios públicos.*

6. *Ejecutar actos de violencia, malos tratos, injurias o calumnias contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo.*

7. *Omitir, negar, retardar o entorpecer el despacho de los asuntos a cargo de los servidores públicos o la prestación del servicio a que están obligados.*

(...)

11. *Ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres.*

12. *Constituirse en acreedor o deudor de alguna persona interesada directa o indirectamente en los asuntos a su cargo, de sus representantes o apoderados o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil y compañero o compañera permanente.*

13. *El reiterado e injustificado incumplimiento de sus obligaciones civiles, laborales, comerciales y de familia, salvo que medie solicitud judicial.*

(...)

16. *Causar daño o pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones.*

(...)

27. *Incumplir cualquier decisión judicial, administrativa, contravencional, de policía o disciplinaria u obstaculizar su ejecución.*

(...)

33. *Las demás prohibiciones incluidas en leyes y reglamentos".*

En el cuaderno 6 del expediente adosado por la Policía Nacional, obra la siguiente información relacionada con el comportamiento del señor Vásquez Orozco, como miembro de la Policía Nacional:

SANCIONES EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS						
CORRECTIVO	IDIASI	CAUSAL	F. FISCAL	DISPOSIC	F. DISPOSIC	
Arresto Severo	11	Negligencia cuapl. dis	09-MAY-1992	2	17-DIC-1990	
Arresto Severo	11	Disociar compañeros	09-JUN-1992	0	0106	20-JUL-1993
Arresto Severo	01	Apropiarse o malversar	24-ENE-1993	0	0012	24-ENE-1993
Multas	51	Mentir al super. acunt	20-AGO-1994	0	0091	30-MAR-1995
Amonestacion	01	No inf. o retardar hec.	05-ENE-1995	0	104	05-JUL-1995
Multas	51	Perder, dañar, extrav.	06-MAY-1995	2		26-ABR-1996
Amonestacion	01	Ausentarse Gn. hasta 4	14-MAR-1996	0	068	29-APR-1996

Del extracto de la hoja de vida que aparece en la captura de pantalla, se evidencia que aquel policial ha sido objeto de diferentes sanciones disciplinarias, arrestos por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, manipulación imprudente de su arma de dotación, disociar a los compañeros, apropiarse o malversar dineros, mentir al superior, así como multas por perder, dañar o extraviar bienes públicos y amonestaciones como ausentarse, etc.

Estas situaciones disciplinarias impuestas por la Policía Nacional, ponen de presente que el señor Vásquez Orozco, se liaba en el servicio público como un servidor proclive a situaciones irregulares, con conductas irreverentes, por decir lo menos, frente a sus superiores, comportamientos indebidos que involucraban conductas lesivas contra sus propios compañeros, contra la Institución, contra sus superiores, situaciones estas que ameritaban, sin lugar a dudas, el retiro del servicio.

Pero contrario a ello, la Policía Nacional lo mantuvo en el cargo hasta su retiro voluntario del servicio, pese que con aquellas conductas infería daño en el buen nombre de la Institución Policial, de tal suerte que al sostenerlo en el cargo, no hacía cosa distinta que cohonestar sus malas conductas, las cuales, en últimas, se materializaron durante el procedimiento policial en el que resultó lesionado el señor Juan Gabriel Yepes Orozco y por la cual se declaró la responsabilidad de la aquí demandante, propiamente por uso excesivo de la fuerza.

En ese contexto, para la Sala es claro que la Policía Nacional contribuyó a la causación de su propio daño, al omitir sancionar con mayor severidad la conducta disciplinaria del agente aquí inculpado, por lo tanto, se ordenará una reducción adicional del 30% de la condena por concurrencia de culpas.

Así las cosas, la condena que debe imponerse en este caso debe reducirse en un total del 50% teniendo en cuenta que el comportamiento omisivo de la demandante incidió en el resultado dañoso.

2.7 Condena en costas.

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria o de mala fe atribuible a los extremos procesales, como lo exige el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el **Tribunal Administrativo del Magdalena**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de falta de competencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, propuesta por la parte demandada, de acuerdo con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condénase al señor Eusebio Vásquez Orozco, identificado con la cédula de ciudadanía número 8.660.495 expedida en Barranquilla, en concurrencia con el comportamiento de la Policía Nacional, la cual hará que se disminuya la condena en un 50%, esto es, a pagar la suma de **\$2.771.213,27**, por las razones expuestas en este proveído

TERCERO: Denegar las restantes súplicas de la demanda.

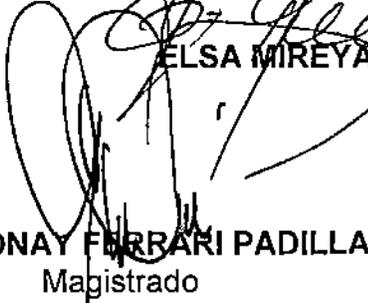
CUARTO: A la suma de dinero aquí ordenada deberá aplicarse la indexación conforme lo disponen los artículos 176 a 178 del C.C.A., teniendo en cuenta la fórmula jurisprudencial, según la cual: $R = Rh \frac{t}{n}$

QUINTO: Sin condena en costas, en esta instancia.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el proceso de la referencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada


ADONAY FERRARI PADILLA
Magistrado


MARTHA MOGOLLÓN SAKER
Magistrada

