



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**

Bogotá, D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

<b>Referencia:</b>	<b>110013331033-20008-00074-00</b>
<b>Sentencia:</b>	<b>SC3-20092477</b>
<b>Acción:</b>	<b>ACCIÓN DE REPETICIÓN</b>
<b>Demandante:</b>	<b>MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL</b>
<b>Demandado:</b>	<b>ROMMEL DARÍO DURANGO GAÑAN</b>
<b>Tema:</b>	Acción de repetición. Cambio de línea de la Sala en cuanto a la aplicación de esta acción a los conscriptos. Valor de las certificaciones para acreditar el pago. Culpa grave. Se demostró el actuar irresponsable, negligente e imprudente del demandado frente al manejo del arma dada en dotación. Condena proporcional con relación a la obligatoriedad del servicio y el Estado como garante de los conscriptos.

Procede la Subsección a proferir sentencia de primera instancia dentro del presente proceso de repetición instaurado por **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** contra **ROMMEL DARÍO DURANGO GAÑAN**.

**I. ANTECEDENTES**

**1.- La demanda.**

En demanda presentada 21 de febrero de 2008 el **MINISTERIO DE DEFENSA** solicitó que se declare responsable al señor **ROMMEL DARÍO DURANGO GAÑAN** de los perjuicios ocasionadas a la demandante condenada administrativamente mediante fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de abril de 2005, dentro de la acción de reparación directa adelanta por los perjuicios ocasionados al señor JAIME LUCAS BARRERO Y OTROS. Como consecuencia se ordene al demandado pagar la suma de \$ 152.600.000 a favor de la entidad demandante; se condene a pagar los intereses comerciales de esta suma desde la ejecutoria de la providencia hasta que ponga fin al proceso; y que se ajuste la condena tomando como base el índice de precios al consumidor.

Como fundamentos de hecho, expuso que, el joven Jaime Enrique Barreto ingresó al Ejército Nacional para prestar servicio militar obligatorio, siendo incorporado el 28 de enero de 2003 como infante de marina regular.

Indica que el 18 de julio de 2003, se encontraban los soldados Jaime Enrique Barreto y Rommel Darío Durango Gañan, en una de las garitas del Batallón de apoyo y servicios para el combate de IM.

Refiere que el demandado disparó el arma de fuego que se trataba de un fusil de uso oficial causándole la muerte al Soldado Barrero Jaime Enrique.

Concluye que como consecuencia de estos hechos se profirió fallo declarando la responsabilidad de la entidad hoy demandante, dentro del proceso NO. 04-642, lo que posteriormente, dio origen a la Resolución No. 0898 de 2006, por medio de la cual se paga a Jaime Lucas Barrero y otros la suma de \$ 184.896.222.

## **2. Tramite de la demanda.**

La presente acción fue repartida en primer momento al Juzgado 33 Administrativo del Circuito de Bogotá el 21 de febrero de 2008 (fl. 19 Cp1) quien, con auto del 8 de abril de 2008, admitió la demanda (fls. 21 vlt a Cp1) con auto del 7 de septiembre de 2008, decretó las pruebas pedidas por las partes (fl. 47 vlt a Cp1), corrió traslado para alegar de conclusión con auto del 18 de enero de 2011 ( fl. 53 Cp1) para finalmente, el 22 de febrero de 2011, proferir sentencia de primera instancia negando las pretensiones de la demanda. (fls. 64 a 75 Cp1) contra esta decisión se interpuso recurso de apelación (fls. 77 a 83 ib), el cual fue repartido al Magistrado Carlos Alberto Vargas Bautista, quien, con auto del 11 de julio de 2011, decidió decretar la nulidad desde el auto que admitió la demanda en razón a la competencia de las acciones de repetición (fls. 98 a 100 ib )

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección "B", con auto del 14 de septiembre de 2011, admitió la demanda y ordenó la respectiva notificación al demandado (fls.108 y 109 ib.), trámite que se surtió por emplazamiento el cual concluyó nombrando curador ad litem (fls. 206 ib); posteriormente, el día 10 de septiembre de 2019 se decretaron las pruebas pedidas por las partes, se incorporaron las pruebas recaudadas en proceso declarado nulo y se corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 218 a 219 ib).

## **3. Contestaciones de la demanda.**

El 8 de abril de 2019, radicó contestación de la demanda la Curadora Ad- litem, manifestando que se opone a cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que conforme a lo probado se demostró que el demandado siempre jugaba amenazando a sus compañeros con el arma de dotación, no obstante, los superiores nunca implementaron correctivos inmediatos frente a esta situación, faltando control de personal; indica que se demuestra la negligencia en el uso y manejo de las armas de dotación por parte de la entidad demandante; precisa que no está demostrado que el demandado hubiese ocasionado la muerte al Infante Barrero; manifiesta que nunca fue la intención del demandado de matar a su compañero, pues los mismos no tenían problemas, pues por el contrario eran amigos; refiere que hay más personas involucradas en estos hecho como el encargado de revisar el arma a los miliares (fls. 208 a 211 C1)

## **4. Alegatos de las partes y Concepto del Ministerio Público.**

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público tampoco emitió concepto alguno.

## **II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO**

La Sala observa que, revisado integralmente el proceso, se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y el derecho a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia.

### **III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA**

Debe determinar la Sala, el demandado Rommel Darío Durango Gañan es responsable patrimonialmente frente al Estado, por los hechos acaecidos el 18 de julio de 2003, los cuales dieron origen a un reconocimiento indemnizatorio por parte de la entidad accionante, proveniente de una condena.

Se precisa que con esta sentencia se cambia la línea que estaba asumiendo esta Sala respecto a la improcedencia de la acción de repetición contra conscriptos, y en su lugar, por existir razones suficientes y realizando una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, se considera que procede la acción de repetición contra los conscriptos en calidad de agentes del Estado.

Entonces la tesis de la Sala es que el demandado sí es responsable patrimonialmente frente al Estado puesto que en la acción de la referencia se demuestra que i) para el momento de los hechos, era Infante de Marina Regular de la Armada Nacional, ii) existía una sentencia condenatoria en contra de la entidad accionante, iii) se demuestra el pago efectivo de la misma y iv) se logra demostrar que el demandado actuó con culpa grave frente a los hechos que dieron origen a la condena, pues de manera irresponsable, negligente e imprudente desobedeció las órdenes de los superiores respecto a no cargar el arma, y por el contrario, por descuido la dejó cargada omitiendo las medidas de seguridad, propiciando de esta manera concreción del riesgo inherente al uso de armas de fuego, y causándole la muerte de esta forma a su compañero IMAR Barrero. No obstante, la condena será proporcional y racional a la obligatoriedad del cargo de conscripto que desempeñaba el demandado, y el Estado como garante de los conscriptos.

Para resolver el problema, la Sala abordará el asunto los siguientes temas: Acción Repetición. Concepto. Presupuestos procesales de la acción, los requisitos de procedibilidad, elemento subjetivo y el caso en concreto.

### **IV. CONSIDERACIONES**

#### **1.- Presupuestos procesales de la acción.**

##### **1.1 Competencia.**

Esta Subsección es competente para conocer del presente proceso, como quiera que se trata de una acción de repetición contra un ex servidor público, para el reembolso de la suma de \$ 152.600.000 pagada por el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional en cumplimiento de la condena impuesta en sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso con radicado No. 04-0642 de fecha 27 de abril de 2005, esto al tenor del artículo 7 de la Ley 678 de 2001, aplicando el principio de conexidad, pues quien conoció el proceso fue el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

## **1.2- Caducidad de la acción.**

Al respecto, es necesario tener en cuenta que al tenor del numeral 9 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 11 de la Ley 678 de 2001, y del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, la acción de repetición caduca "*a/ vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad*", o del vencimiento del término de 18 meses de que dispone la Entidad condenada para efectuar el pago, en los eventos en los cuales no se hubiere pagado la condena respectiva (art. 177 inc. 4 C.C.A)<sup>2</sup>.

En el caso sub examine, se tiene que en sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción de reparación directa con radicado No. 04-0642 de fecha 27 de abril de 2005, se condenó a la entidad pública, por lo que el vencimiento del plazo de 18 meses de que dispone la entidad condenada para pagar, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia (la fecha de ejecutoria fue 29 de julio de 2005 fl. 25 Cuaderno pruebas 2) fenecieron el día **30 de enero de 2007**.

Sin embargo, se encuentra que la Entidad demandante realizó el pago el **13 de junio de 2006** (fl. 4 ib), esto es antes de la fecha de vencimiento de los 18 meses otorgados para el pago, por lo que la caducidad se contará a partir del día siguiente de la fecha del pago, entonces, entre el 14 de junio de 2006 al 14 de junio de 2008, corría el término de 2 años, la demanda fue presentada el 21 de febrero de 2008 (fl. 19 Cp1), es decir la demanda se presentó en tiempo.

## **1.3.- Legitimación en la causa.**

### **1 .3.1.- Legitimación por activa.**

Los artículos 4 y 8 de la Ley 678 de 2001 y el inciso segundo del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo determinan que "*es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes*"; "*deberá ejercitar la acción de repetición la persona de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley*", y "*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*".

<sup>1</sup> Es de advertir que el Consejo de Estado-Sección Tercera- Subsección "A" en sentencia del 10 de agosto de 2016, rad. (37265), sostuvo que se permiten los pagos parciales, pues "*es válido afirmar que si bien el pago se constituye como un presupuesto para que la acción de repetición tenga vocación de prosperidad, toda vez que otorga legitimación en la causa para demandar, no necesariamente implica que se deba rechazar la demanda cuando la acción se haya iniciado por el pago parcial de la condena impuesta, de lo cual se desprende, en consecuencia, que resulta procedente ejercitar la acción con la pretensión de repetición incluso cuando el pago efectuado por la administración no se corresponda con el total al que haya sido obligada, pero, por obvias razones, en dicho evento solamente se podrá repetir por los valores efectivamente cancelados*"

<sup>2</sup> Sentencia C 832 de 2001 donde se declara exequible la expresión "*contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad*", contenida en el numeral 9º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo."

En el presente asunto se allegó copia de la sentencia proferida dentro del proceso de acción de reparación directa con radicado No. 04-0642 de fecha 27 de abril de 2005, en donde se condenó al Ministerio de Defensa- Armada Nacional por los daños ocasionados a los demandantes Jaime Lucas Barrero y otros (fls. 33 a 76C1) razón por la cual, es clara la legitimación en la causa por activa de la Nación- Ministerio de Defensa.

### **1.3.2.- Legitimación por pasiva.**

Al tenor del artículo 2 de la Ley 678 de 2001, la acción de repetición "*deberá ejercerse contra el 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*".

En este caso se observa que la demanda fue incoada contra el señor Rommel Darío Durango Gañan quien al momento de los hechos que dieron origen a la condena se desempeñaba como Infante de Marina (fls.27 a 36 Cuaderno de pruebas), por tanto, está legitimado para comparecer como demandado en el presente proceso.

## **2. De las excepciones propuestas.**

Las excepciones propuestas por la apoderada del demandado, por ser argumentos relacionados con el fondo del asunto, se resolverán dentro de las consideraciones de este fallo.

## **3. Argumentos Jurídicos**

### **3.1 De la acción de repetición**

El artículo 90 de la Constitución Política estableció la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que sean causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, así mismo, este artículo consagró que en el evento de que sea condenado el Estado por reparación patrimonial, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, la administración deberá repetir contra este último, a través de la acción de repetición.

Ahora bien, la evolución normativa de la responsabilidad de los agentes del estado, cuando con su conducta el Estado ha tenido que responder patrimonialmente, viene desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), el Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena. Finalmente se elevó a deber constitucional en el artículo 90 inciso 2º.

En desarrollo de la anterior norma constitucional se expidió la Ley 678 de 2001, "*por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición*", en donde se estableció tanto los aspectos sustanciales como los

procesales de esta acción. Esta norma definió la acción de repetición como una acción de naturaleza civil, patrimonial y autónoma, resarcitoria de perjuicios cuyo objeto es la protección del patrimonio público, la cual debe ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiese dado lugar al reconocimiento y pago de una indemnización por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. (Art. 2).

Frente a este tema, el Consejo de Estado<sup>3</sup> ha sostenido que:

*"Considerando que el actuar del Estado se ejecuta a través de personas naturales, éstas podrán declararse patrimonialmente responsables, cuando con sus actuaciones u omisiones, calificadas como dolosas o gravemente culposas, se haya causado un daño antijurídico. La acción de repetición se erige, entonces, como el mecanismo procesal especial con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el derecho-deber de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que se declare responsable al sujeto, que con su actuar doloso o gravemente culposo, ha causado un daño antijurídico por el cual -el Estado- ha respondido. El objeto de la acción de repetición se encamina a la protección directa del patrimonio y de la moralidad pública y, además, estimula el correcto ejercicio de la función pública. Sumado a lo anterior, un efecto indirecto de esta acción se dirige a la reducción del manejo indebido de los dineros y bienes públicos, pues este mecanismo procesal se establece como la herramienta propicia para que las entidades públicas actúen contra los agentes que por conductas arbitrarias han generado una condena en contra del Estado, más aún, cuando se cuenta con la posibilidad de perseguir, directamente, su patrimonio, a través de medidas cautelares o de la ejecución de la sentencia."*

**Los requisitos de procedibilidad de la acción de repetición.** La Corte Constitucional, ha sostenido que la acción de repetición se encuentra supeditada a la observancia de los siguientes requisitos, (i) que la entidad pública sea condenada por la jurisdicción contencioso administrativa para efectos de reparar los daños con ocasión de una acción u omisión de un particular; (ii) que se demuestre que el daño se produjo a raíz de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada haya realizado el pago de la suma de dinero.<sup>4</sup>

Por su parte el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento<sup>5</sup>, ha reiterado la postura de la Sección Tercera<sup>6</sup>, de que los elementos necesarios y concurrentes para la declaratoria de repetición son:

<sup>3</sup> Consejo de Estado- Ssección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., , Radicación número 25000-23-26-000-1998-01148-01(16335).

<sup>4</sup> Sentencia C 619 de 2002.

<sup>5</sup> Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia del 12 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación: 68001233100020090036201 (54.394)

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

<sup>6</sup> ibídem

- i) **"La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena.** La calidad y la actuación u omisión de los agentes del Estado debe ser materia de prueba, con el fin de brindar certeza sobre la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado y de su participación en la expedición del acto o en la acción u omisión dañina, determinante de la responsabilidad del Estado.
- ii) **"La existencia de una condena judicial, una 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, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto.
- iii) **"El pago efectivo realizado por el Estado.** La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo que hubiere realizado respecto de la suma dineraria que le hubiere sido impuesta por una condena judicial o que hubiere asumido en virtud de una conciliación.
- iv) **"La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.** La entidad demandante debe probar que la conducta del agente o ex agente del Estado fue dolosa o gravemente culposa conforme a las normas que para el momento de los hechos sean aplicables."

Esta alta corporación, ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y se encuentran sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, y el último requisito, en cuanto a la conducta del agente, es de carácter subjetivo, el cual se encuentra sometido a la normatividad vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión que dio origen a la responsabilidad del Estado, es decir, se debe acreditar dentro del proceso la responsabilidad subjetiva del demandando.

Es muy importante señalar que la conducta subjetiva del agente del estado es un garantía y una realización a los principios de la buena fe, debido proceso, inocencia, responsabilidad y solidaridad pública, que le permiten al servidor público cumplir sus obligaciones y deberes sin miedo o con la confianza que requiere el buen servicio público, por ello, solamente el actuar irresponsable, mal intencionado o descuidado son los que le genera responsabilidad.

En este entendido, la normatividad que se encontraba vigente para efectos de determinar el dolo o la culpa grave del agente al momento de los hechos (en el caso en concreto año 2003), era la Ley 678 de 2001, que define dolo y culpa grave y señala unas presunciones, así:

**ARTÍCULO 5: 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. (**Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-455 de 2002**)

Entonces, la responsabilidad subjetiva que se le exige al agente del estado en las acciones de repetición deben ser a título de dolo o culpa grave, siempre aplicando la normatividad que se encuentre vigente al momento de los hechos, por esta razón, no cualquier conducta que desconozca el ordenamiento jurídico permite inferir la responsabilidad del servidor o ex servidor público, por lo que resulta necesario estudiar la gravedad de la falla de su conducta.

Con respecto a la responsabilidad subjetiva del servidor público o exagente estatales o particulares revestidos de funciones administrativa, que con su conducta dolosa o gravemente culposos dieron origen a la condena en contra del estado, es importante señalar que al tratarse de un juicio de responsabilidad patrimonial de naturaleza civil e indemnizatoria, el juez no puede limitarse a los postulados abstractos de las disposiciones sino que debe analizar el “caso concreto” a partir de las “funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos de estos, y los conceptos de buena y mala fe contenidos en la Constitución Política”, frente a las cuales se haya presentado un “incumplimiento grave... a una actuación consciente y voluntaria del agente, esto es, con el pleno conocimiento de la irregularidad de sus acciones y con la intención de producir las consecuencias nocivas, configurando así una actuación dolosa. O, por el contrario, si al actuar pudo prever la irregularidad en la que incurría y evidenció el daño que podría generar



y aun así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo, configurando una actuación gravemente culposa.”<sup>7</sup> (Art. 6, 90, 91, 121 y 122 CP)

Aunado a lo anterior, también ha sostenido el Consejo de Estado, que el operador no debe limitarse a las definiciones contenidas en el Código Civil de dolo o culpa grave, sino debe analizar las características particulares del caso, las cuales deben armonizarse con lo contemplado en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, también, deberá tener en cuenta los reglamentos o manuales respectivos y los conceptos de buena y mala fe contenidos en la Constitución Política y en la Ley.<sup>8</sup>

**Sobre el alcance que ha dado el Consejo de Estado de las presunciones consagradas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.** Esta alta corporación en recientes pronunciamientos<sup>9</sup> ha reiterado sobre este tema, que estas presunciones son legales (iuris tantum) y no de derecho (iuris et de iure), entonces, por un lado, la carga de probar únicamente los supuestos a los que alude la norma es de la administración demandante y por el otro lado, el agente o ex agente estatal contra el cual se dirige la acción de repetición, tiene el derecho de presentar prueba en contrario para ser liberado de responsabilidad civil.

De igual forma, en este mismo precedente el Consejo de Estado ha mantenido su posición de que los supuestos contenidos en los artículos 5 y 6 ibídem, más que estatuir presunciones lo que realiza es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, esto como quiera que ellos no describen antecedentes a partir de los cuales se puede inferir o se presume el dolo o la culpa grave, sino que simplemente están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados se presume que el proceder de la agente fue doloso o gravemente culposo, así que las previsiones señaladas en esta norma, no son las únicas que puedan calificarse como conductas dolosas o gravemente culposas, por eso el Juez que estudia la acción de repetición podrá deducir otras conductas que pueden apreciarse como dolosas o gravemente culposas y que no se encuadran o no se mencionan en los preceptos mencionados en la norma.

De esta manera se concluyó:

... **las presunciones** son suposiciones que pueden provenir de la ley o del juicio del juez frente a la observancia de los hechos, las cuales constituyen medios indirectos para alcanzar la verdad a partir de hechos conectados entre sí. Es así como, el actor debe demostrar que de una circunstancia o causal, resulta probado el hecho al cual se refiere la presunción, invirtiéndose la carga de la prueba al demandado, el cual deberá probar la inexistencia del hecho o de las circunstancias que permitan liberar su responsabilidad patrimonial. (...) Es evidente entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su

<sup>7</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 08/01/2016, radicado número 54001233100020020152901 (40476). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>8</sup> Consejo de Estado- Sección Tercera, sentencia del 12 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación: 68001233100020090036201 (54.394).

<sup>9</sup> Consejo de Estado-Sección Tercera- Subsección C, sentencia del 9 de septiembre de 2016 con radicación: 5400123330002012000202 y sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación: 85001233300020140004501, , CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

10

Lo anterior significa que el debate sobre la responsabilidad subjetiva del demandado siempre puede ser objeto de debate o juicio dentro del proceso. En caso de la presunción legal, lo que se prueba son los hechos descritos en las disposiciones o que se presente la circunstancia allí establecida, entonces, se infiere que el dolo o la culpa grave queda probada. En el caso de que no exista presunción, entonces, se debe probar directamente la responsabilidad a título de dolo o culpa grave. Sin embargo, en los dos casos, este elemento subjetivo puede ser controvertido al interior del proceso de repetición, la diferencia está en que en el primer caso la responsabilidad se infiere y lo que se controvierte son los hechos que configuran la presunción, mientras que en el segundo se prueba directamente.

### **3.2 De la acción de repetición en contra de los conscriptos - cambio de precedente de esta Sala en cuanto a su improcedencia.**

#### **3.2.1 del precedente judicial <sup>11</sup>**

**Definición.** El precedente judicial, ha sido entendido por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“Por precedente se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”<sup>12</sup>

En este mismo sentido, el Consejo de Estado, en providencia del 14 de julio de 2016<sup>13</sup> aclaró que:

“Constituye precedente aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente.

(...) la sentencia que se califica como tal **debe haber creado una regla para solucionar un determinado conflicto jurídico.**”

Sin embargo, debe “aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez”<sup>14</sup>, por lo que deberán identificarse las providencias que efectivamente se constituyen como creadoras de derecho,

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE (E): JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA sentencia del cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 85001233300020140004501 (53130).

<sup>11</sup> Tomada de la aclaración de voto realizada el trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), dentro del proceso No. 25000-23-36-000-2018-00885-00.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-360 de 2014. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera ponente: Rocio Araujo Oñate. Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00657-01(AC)

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 19 de febrero de 2015, Expediente No. 2013-02690-01, CP: Alberto Yepes Barreiro.

de aquellas que solo resultan ser reiteración de las subreglas jurisprudenciales ya establecidas.

**Clases.** Ahora bien, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, se han reconocido dos tipos de precedentes diferentes, que deben ser tenidos en cuenta por el operador jurídico, al momento de proferir sentencia; el horizontal y el vertical. Respecto a ambos, ha sostenido la Corte Constitucional, que:

“El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El segundo, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.”<sup>15</sup> (Subrayado fuera del texto original).

En este sentido, es claro que en salvaguarda de la armonía y coherencia del sistema jurídico, se ha establecido la necesidad de respetar y reconocer las subreglas jurídicas que sobre la temática que se discuta, provienen tanto del superior jerárquico como de las autoridades judiciales de la misma jerarquía, no pudiendo desconocerse la importancia de uno y otro, como quiera que:

“El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución, [mientras que] el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.”<sup>16</sup>

Es por ello que la uniformidad de las decisiones adoptadas dentro de casos con idénticos supuestos de hecho, permite que “los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales”<sup>17</sup>. Principios constitucionales últimos, que no pueden ser desconocidos o minimizados por el aparato judicial, toda vez que tienen relación inescindible con el Estado Social de Derecho.

Debido a su importancia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de diferentes instrumentos jurídicos que propenden por el respeto del precedente judicial horizontal y vertical, dentro del marco de la autonomía judicial que le es propia al fallador de instancia. Dichos lineamientos generales pueden resumirse en las siguientes premisas:

“(i) la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley establece un

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-360 de 2014. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-354 de 2017. MP: Iván Humberto Escruera Mayolo.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias "la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico"; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, "tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad"; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102)."<sup>18</sup> (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, sería desacertado asegurar la omisión en el reconocimiento y aplicación del precedente judicial dentro de las decisiones judiciales proferidas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, al evidenciarse la intención clara del legislador colombiano, respecto a la unificación de la jurisprudencia y la creación de recursos que permitan su extensión y uniformidad.

### **3.2.2 Separación del precedente judicial. Carga Argumentativa en cabeza del fallador de instancia.**

Si bien es cierto que en principio, el operador jurídico está supeditado a las subreglas jurisprudenciales contenidas en el precedente judicial, conforme los términos descritos *supra*, lo cierto es que "el respeto por el precedente jurisprudencial no puede ser entendido de manera absoluta, pues se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales" por lo que "se ha admitido la separación del mismo siempre que se expongan las razones por las cuales se aparta"<sup>19</sup> del mismo.

Lo anterior, no sólo se fundamenta en el dinamismo del derecho, sino en la multiplicidad de hechos disímiles que pueden converger en cada caso en concreto que no fueron concebidos en otros fallos judiciales, que podrían creerse idénticos, por lo que "siempre que exista una justificación razonable y proporcional, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia"<sup>20</sup>.

Con fundamento en lo anterior, se ha resaltado la importancia de la carga argumentativa para justificar el apartamiento del precedente judicial dentro de las providencias judiciales, así:

*"(...) la carga argumentativa del juez que se desliga del precedente implica una exigencia tal, que si él no realiza una debida justificación de las razones que lo alejaron de tal precedente constitucional se genera un defecto que puede viciar la decisión. El desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe. Por lo cual y a pesar de la regla general de obligatoriedad del precedente judicial, siempre que el juez exprese contundentemente las razones válidas que lo*

<sup>18</sup> *Ibídem.*

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. CP: William Hernández Gómez. Rad. 2015-03165.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-360 de 2014. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

llevaron a apartarse del precedente constitucional, su decisión será legítima y acorde a las disposiciones legales y constitucionales.<sup>21</sup> (Subrayado fuera del texto original).

En ese sentido, la autoridad judicial que pretenda separarse del precedente judicial sobre la materia, deberá cumplir con los **principios de transparencia y suficiencia**, lo que supone que el fallador deberá (i) hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o actuar como si nunca hubiera existido y (ii) ofrecer una carga argumentativa clara, razonable, suficiente y de acuerdo a derecho, mediante la cual explique detalladamente los motivos por los cuales considera necesario apartarse de sus propias decisiones o de las que han sido adoptadas por su superior jerárquico<sup>22</sup>.

La argumentación jurídica que debe surtir en caso de darse la separación de las subreglas jurisprudenciales, también tiene lugar cuando "lo que se busca es exponer una nueva regla de decisión, a partir de los errores que puedan existir en la orientación vigente o por la importancia de brindar una nueva lectura que, desde el punto de vista interpretativo, brinde una mayor protección a valores, principios y derechos consagrados en la Carta"<sup>23</sup>, por lo que se ha asegurado que:

"No basta entonces simplemente con ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta forzoso demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver un nuevo caso sometido a decisión. Una vez satisfechas estas exigencias, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato y garantizada la autonomía e independencia de los jueces."<sup>24</sup> (Subrayado fuera del texto original).

En ese orden de ideas, si un juez se aleja del precedente judicial sin cumplir con los principios de transparencia y suficiencia, entendida ésta última no sólo como la necesidad de exponer los motivos por los cuales se aparte de posición reiterada de la Sala de decisión, sino como el cuestionamiento jurídico de la subregla jurisprudencial, mediante el cual se evidencia la inaplicación de la misma al caso en concreto, puede asegurarse que la actuación llevada a cabo por la autoridad judicial señalada constituye una vulneración al derecho a la igualdad de las partes que acuden a la administración de justicia en busca de la resolución de una controversia.

Por último, cabe advertirse que el cumplimiento en la carga argumentativa por parte del fallador de instancia, también se encuentra relacionado con el deber constitucional<sup>25</sup> y legal<sup>26</sup> del juez de motivar sus providencias, como quiera que mediante la exposición de los fundamentos que soportan su decisión judicial, se garantiza la maximización de derechos de índole constitucional como lo es el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes.

Sobre la debida motivación de las providencias judiciales, ha sostenido la H. Corte Constitucional:

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-354 de 2017. MP: Iván Humberto Escruera Mayolo.

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2016. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 548 de 1997. MP: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional. Sentencia T-214 de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>26</sup> Código General del Proceso. Artículo 42, numeral 7º.

*"La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales."<sup>27</sup> (Subrayado fuera del texto original).*

Por tanto, es clara la carga argumentativa que recae sobre la autoridad judicial que pretende apartarse del precedente judicial, sea este vertical u horizontal, en los términos que han sido descritos con anterioridad.

Ahora, en consideración al marco teórico desarrollado *supra*, es posible identificar las siguientes reglas:

- a) El operador jurídico debe respetar y reconocer el precedente judicial existente sobre el asunto que se discuta, sea este vertical u horizontal.
- b) El precedente judicial no es absoluto y por tanto, podría el fallador de instancia apartarse del mismo, siempre que cumpla con la carga argumentativa que le es impuesta constitucionalmente para tal fin; debe cumplir con los principios de transparencia y suficiencia, por lo que debe (i) hacer referencia al precedente que abandona, reconociendo su existencia y aplicación en pronunciamientos similares y (ii) expresar detalladamente los motivos por los cuales considera necesario apartarse de sus propias decisiones o de las que han sido adoptadas por su superior jerárquico.
- c) En caso de que ocurra el apartamiento del precedente judicial, sin que se cumpla con las premisas anteriormente señaladas, se podría estar frente a la vulneración de los derechos constitucionales a la igualdad y al debido proceso de las partes que acuden a la administración de justicia para efectos de dar solución a cualquier controversia jurídica.

### **3.2.3 cumplimiento de los requisitos para el cambio de precedente en el caso en concreto.**

- i) Referencia al precedente que se abandona. Esta Sala ha negado las pretensiones de la demanda incoadas por las entidades del Estado en contra de los conscriptos, partiendo de la interpretación del artículo 2º de la Ley 678 de 2001, que dispone que la acción de repetición debe ejercerse contra del servidor o ex servidor público, para ello, se realizó un desarrollo normativo de las distintas modalidades de vinculación con el Estado concluyendo que, si bien el conscripto cumple una función, labor o actividad como agente del Estado o a nombre de éste, no por ello, es un servidor público, aunado a que no se encuentra vinculado a través de las diferentes modalidades para ser servidor público (Empleado Público, Trabajador Oficial, Los miembros de las Corporaciones Públicas), y su función en la Administración se circunscribe a cumplir un deber constitucional de

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-214 de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

obligatorio cumplimiento, por lo tanto no cualifica para fines de la acción de repetición como "servidor público".<sup>28</sup>

- ii) Motivos por los cuales es necesario apartarse de este precedente de la misma Sala. La Sala impone la necesidad de realizar un cambio del precedente jurisprudencial antes citado, pues existen razones de peso y fuerza que priman sobre los criterios que dieron origen al anterior precedente, por lo siguiente:

Si bien es cierto, como lo afirma y lo estudió el precedente de esta Sala antes citado, los concriptos no son servidores públicos y el art. 2° de la Ley 678 de 2001 dispone que la acción procede contra "servidores o exservidores públicos" también es cierto, que esta disposición normativa no debe ser interpretada de forma aislada bajo el método de "interpretación gramatical" pues pese a ser un instrumento de carácter legal, el mismo está supeditado a la Constitución, "por lo que devendrá en inválido jurídicamente todo ejercicio hermenéutico del derecho que, excusado en la presunta claridad del texto ley, ofrezca resultados incompatibles con los derechos, principios y valores dispuestos en la Carta Política"<sup>29</sup>, en este sentido, para el caso en concreto, se debe tener presente que la Constitución política en su artículo 90 es claro en señalar que en "el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de **un agente suyo**, aquél deberá repetir contra éste.", lo que quiere decir, que la norma antes citada debe interpretarse de forma armónica y coherente conforme a lo dispuesto en este artículo de la Carta Política, pues la misma cumple una función directiva donde la armonía con la Carta política opera como árbitro entre dichas interpretaciones jurídicas divergentes, otorgándose con ello seguridad jurídica, la racionalidad y la razonabilidad al orden jurídico en su conjunto.<sup>30</sup>

Además, no se puede pasar por alto que, primero, la Ley 678 de 2001 tiene por objeto el regular el artículo 90 de la Constitución respecto a la acción de repetición, y segundo, el querer del legislador, pues analizada esta disposición normativa en su integridad se encuentra por ejemplo que su artículo 4 habla de la obligatoriedad de la acción respecto a los **agentes del Estado** y los artículos 5 y 6 ib. hablan sobre las presunciones de dolo o culpa grave respecto de los **agentes del Estado**, es decir, una interpretación razonable, coherente y racional del artículo 2° de la Ley 678 de 2001 es que la acción de repetición se encuentra dirigida en contra de los agentes del Estado incluidos en este ítem, los servidores públicos.

---

<sup>28</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección C, sentencia del 1° de abril de 2020, radicado 11001 33 360322009 0005202, MP. Fernando Iregui Camelo Y Sentencia del 07 de febrero de 2018, radicado 258993333001201400989-01 , MP María Cristina Quintero Facundo.

<sup>29</sup> Sentencia C 054 de 2016.

<sup>30</sup> Ib.

Igualmente, esta Sala no puede pasar por alto que existe precedente reiterado<sup>31</sup>, del Consejo de Estado donde establece que dentro de los elementos necesarios y concurrentes para la declaratorio de responsabilidad se encuentra el demostrar “ La **calidad de agente del Estado** y su conducta determinante en la condena” más no demostrar la calidad de servidor público; asimismo, existe sentencia de este alto tribunal condenando a agentes del Estado en la calidad de conscriptos<sup>32</sup>, y superando el elemento de la calidad del agente en caso de conscriptos<sup>33</sup>.

Así las cosas, considera esa Sala que es procedente la acción de repetición en contra de los conscriptos, pues si bien no son servidores públicos, si son agentes del Estado que están llamados a responder por su actuar doloso o gravemente culposo en caso de demostrarse el mismo.

## **V. EL CASO CONCRETO**

### **1. Los hechos probados.**

Los siguientes son los elementos probatorios que se recaudaron en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de dilucidar si procede o no declarar la responsabilidad de los demandados.

- 1.1. Copia del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera- Subsección B dentro del proceso No. 04-0642 de fecha 27 de abril de 2005, a través del cual se condena a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, al pago de los perjuicios causados a los demandantes Jaime Lucas Barrero y otros. Se allega constancia de ejecutoria. ( fls. 13 a 25 Cuaderno pruebas 2)
- 1.2. Resolución No. 0898 del 23 de mayo de 2006, a través de la cual el Ministerio de Defensa Nacional, da cumplimiento a una sentencia a favor del señor Juan Lucas Barrero y otros. ( fls. 1 a 3 ib.)
- 1.3. Certificación suscrita por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa donde establece que dando cumplimiento a la anterior resolución, se canceló mediante transferencia electrónica a través de la Dirección Del Tesoro Nacional al señor Fabio Hernán Forero López identificado con cc No. 79.605.537 a la cuenta corriente No. 039300595 del Banco de Bogotá con el comprobante de egreso No. 2028 del 13 de junio de 2006. (fl. 4ib.)

---

<sup>31</sup> Sobre este tema pueden consultarse las siguientes sentencias: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407, entre otras.

<sup>31</sup> ibidem

<sup>32</sup> ver sentencias SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 85001-23-31-000-2006-00039-01(39881), Actor: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, Demandado: HERNEY FERNANDO ABRIL

<sup>33</sup>( SECCIÓN TERCERA, UBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (E), Bogotá, D.C. cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 85001-23-33-000-2014-00045-01(53130) y SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia del once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018).Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00726-01(57548)



- 1.4. Oficio No. OFI07-83343 del 10 de diciembre de 2007, a través del cual el Ministerio de Defensa informa que el comité por unanimidad autoriza repetir en contra del aquí demandando. (fl. 5 ib)
- 1.5. Oficio No. 247 JIGAR 726 del 9 de octubre de 2007, a través del cual se remite sentencia de fecha 29 de octubre de 2004 proferida dentro del proceso penal adelantado en contra del Infante de Marina ROMMEL DARÍO DURANGO GAÑAN. ( fl. 26 ib)
- 1.6. Sentencia proferida por el Juzgado Primero de Instancia de Inspección CGFM, ARC Y FC de fecha 29 de octubre de 2004, a través del cual se condena al señor ROMMEL DARÍO DURANGO GAÑAN, a pena de 24 meses de prisión y multa de 20 SMLMV, como autor y penalmente responsable del delito de homicidio en la modalidad de culpa de la cual fue víctima el también Infante de Marina BARRERO RICAURTE JAIME ENRIQUE. ( fls. 27 a 36 ib.)
- 1.7. Proceso penal adelantado en contra del IMAR ROMMEL DURANGO GAÑAN por parte de la Justicia Penal Militar dentro del cual se encuentran los siguientes elementos materiales probatorios:
- 1.7.1 Anotaciones al folio de vida del señor DURANGO GAÑAL ROMMEL DARÍO por las Fuerzas Militares de Colombia- Armada Nacional – Batallón de Instrucción de IM No.1 donde se describe los siguiente: ( fls. 40 a 42 C3)

Fecha	Asunto	Anotación
17-02-03	Apertura	Se abre folio de vida por ingresar a la armada nacional como Infante de Marina Regular .
17-02-03	Asignación	Escuadra de pelotón de compañía "Bravo"
24-02-03	Instrucción	En la fecha el IMAR inicia la primera semana de instrucción de adaptación.
03-03-03	Instrucción	En la fecha el IMAR inicia la segunda semana de instrucción de adaptación.
10-03-03	JPM	En la fecha el IMAR recibe instrucción sobre el código de justicia penal militar sobre delitos, desobediencia, insubordinación, deserción, ataque al centinela, delito de centinela, ataque al interior ataque el superior ataque al compañero
15-03-03	Paseo	En la fecha IMAR asiste al paseo de integración y bienestar
20-03-03	IPT	En la fecha el IMAR recibe la instrucción preparatoria de tiro, decálogo de la seguridad de las armas de fuego, barras de puntera, triangulación, posiciones para el tiro, principios básicos de tiro, partes del polígono y voces de mando en el polígono.
22-03-03	Asignación de armamento	En la fecha al IMAR le asignan FUSIL M14 de dotación

25-03-03	Inst. de tiro	En la fecha el IMAR realiza ejercicio de tiro de adaptación conforme al programa
25-03-03	Inst. de tiro	En la fecha el IMAR realiza ejercicio de tiro de cereo con muy buenos resultados obteniendo el alza de combate.
26-03-03	Inst. de tiro	En la fecha el IMAR realiza ejercicio de tiro precisión a 50 mts obteniendo un puntaje .
27-03-03	Inst. de tiro	En la fecha el IMAR realiza ejercicio de tiro precisión a 100mts obteniendo un puntaje .
27-03-03	Inst. de tiro	En la fecha el IMAR realiza ejercicio de tiro instintivo nocturno a 25 mts obteniendo un puntaje .
31-03-03	Inst. de tiro	En la fecha el IMAR realiza ejercicio de tiro instintivo diurno obteniendo un puntaje.
31-03-03	Inst. de tiro	En la fecha el IMAR realiza ejercicio de tiro de precisión nocturno a 25 mts obteniendo un puntaje(...)
16-05-03	Traslado	En la fecha el IMAR llega (ilegible) y se presenta a la compañía
16-05-03	Asignación	En la fecha el IMAR es asignado a la primera escuadra del segundo pelotón de la compañía asignada
16-05-03	Armamento	En la fecha el IMAR se le asigna fusil M14 serie No. 798326.
26-06-03	Ejercicio tiro	En la fecha el IMAR efectúa ejercicio de tiro de adaptación a 25 mts. Obtiene buenos resultados
02-07-03	Instrucción	En la fecha IMAR recibe instrucción de PNM
07-03	Concepto	Hasta la fecha el IMAR no ha presentado sanciones disciplinarias y su comportamiento a nivel no presenta variación.

- 1.7.2 Copia de la minuta S/C Tunjitas donde se describe como reporte del día 18 de julio de 2003, lo siguiente " AL BASPCIM para reportar un accidente así siendo aproximadamente las 6.00 se empezó a efectuar el relevo del puesto Tunjitas, entonces el IMAR Durango Gañan quien se acercó a saludar al IMAR Romero Ricaurte dicho IMAR se puso a jugar con el IMAR Barrero endicho juego el IMAR Durango Gañan cargo el fusil el cual resbalo de sus manos golpeando con la culata en el piso el cual se disparó propinado un disparo al pecho del IMAR Barrero Ricaurte (...)" ( fls. 51 a 55 C3)
- 1.7.3 Informe presentado por el Sub oficial Control IGAR ROMERO LLANOS EDWIN donde manifiesta

" (...) Llegando al puesto de Tunjitas siendo aproximadamente las 7:00 R el carro del relevo se le pinchó un neumático, procedí a darle la orden al suboficial tercero IM Tavares Mejía Víctor quién recibía el turno en Tunjitas, Que realizará el relevo de la Guardia de acuerdo a lo estipulado por el comandante del batallón. posteriormente di la orden de desembarcar del

vehículo y nos dirigimos en fila al puesto de Tunjitas, al llegar a este se repartió la seguridad del personal dónde nos concentramos, la cual era el área del parque, autoricé a 3 infantes de Marina ir la tienda que quedaba al frente a las casas fiscales.

Asimismo, les autorice dos infantes de Marina para que fueran al baño. el personal de suboficiales salientes de Guardia que iban el relevo se quedó encargado del personal de los puestos relevados que se encontraban reunidos en este sitio, sí de acuerdo con la cadena de mando, teniendo en cuenta que yo debía llamar por radio a comunicaciones del batallón para informar la avería del carro de la Guardia a efecto de que enviaran otro.

Cuando en ese momento escuché un disparo procedió a verificar qué había ocurrido de inmediato vi al Infante de Marina BARRERO RICAURTE JAIME ENRIQUE sentado en una banca del parque de Tunjitas, sin saber lo que había ocurrido, al lado se encontraba el Infante de Marina Durango gañán que él decía que estaba jugando sin aún entender la situación, al observar que el Infante se encontraba herido de inmediato salí CEMED NORTE a solicitar asistencia médica para el Infante de Marina con la novedad que solo se encontraba una enfermera, a no encontrar asistencia médica lo embarque en un taxi con la ciudad del suboficial tercero IM HERMIDAS ALFONSO LUIS y el Infante de Marina de LA CRUZ ÁLVAREZ ALEXANDER (...)

De acuerdo con informaciones dadas por el personal de infantes manifiestan que el Infante de Marina DURANGO GAÑÁN tenía por costumbre amenazar con el fusil a más de un Infante de Marina para lo cual anexo informes que han llegado a mis manos lamentablemente después de haber ocurrido los hechos. ( fls. 57 y 58 C3)

- 1.7.4 Informes presentados por los demás militares que presenciaron los hechos, entre ellos el del IMAR Andrés Mauricio López Sabogal, quien sostiene " que en cierta ocasión el infante de marina en forma de broma me apunto con el fusil y lo cargo".( fls. 59 a 79 C3)
- 1.7.5 Oficio No. 5521 del 1 de agosto de 2003, suscrito por el Jefe de Servicios de Psiquiatría del Hospital Militar Central donde informa que el Infante de Marina ROMMEL DARÍO DURANGO GAÑAN estuvo hospitalizado en la Unidad de Salud Mental del Hospital Militar Central el 18 de julio al 30 de julio de 2003, con una impresión diagnóstica de reacción de estrés agudo. En el momento del egreso, examen mental dentro de los parámetros normales y por intermedio de coordinación militar del hospital fue trasladado a la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional(fl. 80 c3)
- 1.7.6 Declaración del IMAR Andrés Mauricio López Sabogal quien refiere que conoció de los hechos por el radio del comandante de guardia; respecto de las órdenes que se tiene para prestar el turno de guardia en Tunjitas en lo que tiene que ver con la seguridad de las armas de dotación indica que la guardia se " agarra" en un parque, donde se bajan todos, a la garita que está en el parque la cual se denomina garita centro porque todas las garitas que existen en ese puesto Tunjitas se comunican con esa, el suboficial de guardia Tunjitas verifica el armamento, es decir que no lleven cartuchos en la recamara del fusil y luego "abre" a cada uno a su puesto. Cuando van a soltar

la guardia, entonces lo reúnen a todos en el parque en la garita del centro, quita el proveedor y verifica nuevamente el armamento; sobre las instrucciones que deben seguir en la seguridad con el arma de fuego manifiesta que " no halar la palanca de maniobra hacia atrás porque es cuando el fusil se carga, no jugar con el armamento. No apuntar a un objetivo al que no se vaya a disparar. Todos los días nos recuerdan el decálogo de seguridad de las armas de fuego" "el arma debe estar con proveedor, asegurado y sin cartucho en la recámara" sostiene que cuando se hace el relevo es cuando se verifica el fusil para saber " a cuál se le ocurrió bajar la palanca y cargar el fusil. Después de verificar que no hay cartucho en la recámara apuntan hacia arriba y ordena halar el gatillo. Después ordenan bajar la palanca sin proveedor, asegurar el fusil y poner el proveedor(...)" respecto a cargar el arma es decir introducir un cartucho en la recámara indica que esto es a órdenes del suboficial o ya en caso muy extremo cuando se sientan atacados; sostiene que el fusil no se puede cargar accidentalmente, porque se tiene que accionar la palanca de maniobra. ( fls. 101 a 103 C3) en otra declaración afirmó que su compañero Durango cargaba el fusil en forma de broma y les apuntaba. ( fls. 148 C3)

- 1.7.7 Declaración del IMAR Andrés Felipe Muriel, quien manifiesta que el día de los hechos venían en el camión de relevo de prestar la guardia de Lisboa haciendo los relevos y llegando a la guardia de Tunjitas se pinchó el carro, por lo que el suboficial más antiguo dio la orden de avanzar porque ya faltaban dos cuerdas, el Infante Barrero " alargó el paso" para irse a sentarse al parque que es donde está el puesto de control de esa guardia y ahí se hace el relevo; indica que cuando se estaban haciendo los relevos de los 6 infantes que prestaban guardia en Tunjitas, se escuchó un disparo por lo que se dirigió a esa lugar donde encontró al Infante Durango con el fusil en el piso y él parado, pálido y con cara de asustando y a Barrero estaba sentado en la banca con las dos manos hacia atrás de la banca y tenía una mancha de sangre al costado izquierdo; respecto a las órdenes para prestar guardia en Tunjitas y la seguridad de las armas refiere que no se puede disparar sin orden del comandante y nunca se debe tener el fusil cargado, verificar si el arma está cargada, nunca accionar el disparador, no jugar con las armas y tener siempre en cuenta el decálogo de las armas; precisa que el IMAR DURANGO GAÑAN entregaba la guardia; sostiene que el fusil no se puede cargar accidentalmente, porque se tiene que accionar la palanca de maniobra para meter el cartucho en la recámara. ( fls. 104 a 107 C3)
- 1.7.8 Declaración del IMAR Omar Gustavo Fula Ávila quien indica que el día de los hechos escuchó un disparo y cuando se acercó al lugar vio al Infante Barrero tirado en la silla con un impacto de bala; frente a la seguridad de las armas reitera que las órdenes que tienen es no mantener el arma cargada durante la guardia, y en caso de ataque no disparar sin recibir orden del suboficial que está a cargo, revisar que el arma este sin proyectil en la recámara, no apuntar a los objetivos a los cuales no desea disparar, manipular el arma de fuego como si estuviera cargada; precisa que el IMAR DURANGO GAÑAN entregaba la guardia. ( fls. 108 a 110 C3)
- 1.7.9 Declaración del señor SSMIM Tabares Mejía Víctor Hugo quien manifiesta que el día de los hechos iba en el camión de relevo como Suboficial entrante de

guardia, y que a una cuadra del puesto denominado Tunjitas se pincha el camión, por lo que el Cano Romero al ver el incidente le ordena que baje al personal de su guardia, los forme y de una forma ordenada caminen hasta el sitio de la guarda, orden que cumplió a cabalidad, llegando al sitio de la guardia dio instrucciones claras y específicas sobre el uso material de guerra, consignas generales sobre los puestos de centinela, dicho ello, procedió al relevo, y se dirige a la garita del suboficial para recibir el cargo, pasados unos segundos, se escuchó el disparo y cuando se dirigió al lugar encontró a un herido, posteriormente refiere que quien disparó le manifestó "mi Cabo es que estábamos jugando, es que estaba haciendo una chaza y se me resbaló el fusil y se me disparó"; agrega que las órdenes que se imparten para la seguridad de las armas de dotación es que, primero, se verifica el armamento cuando uno llega a la guardia, se les dice que no se puede cargar el fusil asignado, no se pueden poner a jugar con el armamento y el uso de las armas es estrictamente a órdenes del suboficial control del puesto, y que en general se les recuerda el decálogo de seguridad con las armas de fuego; también precisa que el fusil no se puede cargar accidentalmente. ( fls. 111 a 114 C3)

- 1.7.10 Estudio de balística realizado por Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictamen No. BOG2003-025597, donde se concluye que la vainilla recibida para estudio fue percutida por el fusil marca M14 calibre 7,62 51 con número de serie 798326. (fls. 119 a 121 C3)
- 1.7.11 Declaración del S3MIM Javier Orlando Ortiz quien refiere que el día de los hechos se encontraba de guardia en COARC y se realizó el relevo sin novedad, hasta cuando se pinchó el camión donde iban, por lo que continuaron a pie, el Cabo Moncada -suboficial Saliente de guardia Tunjitas y el Cabo Tabares. Entrante de guardia, realizaron el relevo, y que cuando se dirigía a la garita de control de puesto escucho el disparo, y al dirigirse al sitio encontraron a un infante en una silla del parque sentado, herido, y al frente otro infante diciendo "lo mate"; no le costa si el infante que disparó había sido relevado; manifestó como se debe hacer el relevo y cuando se verifica el armamento; reitera que el colocar proveedor, cargarlo y quitarlo, es a órdenes del personal más antiguo, además siempre se reitera el decálogo de las armas; indica que después de los hechos el soldado DURANGO estaba muy alterado por lo que fue aislado y que le manifestó que estaba jugando con el herido cargo el fusil, y lo fue apoyar en el piso y se disparó; precisa que el comentario de todos los soldados era que Durango le gustaba hacer esos juegos( fls. 125 a 130 C3)
- 1.7.12 Declaración de S3MIM Luis Eduardo Hermida Alonzo quien expone sobre los hechos acontecidos respecto al disparo que recibió el Infante Barrero por parte de Durango; sobre cómo se hacían los relevos; refiere que no tenía conocimiento si el Infante Durango ya había sido relevado para el momento de los hechos; refiere que los infantes le comentaron que el Soldado Durango tenía la costumbre de apuntar a los compañeros por broma. ( fls.131 a 135 C3)
- 1.7.13 Declaración de S3mim Edwin Romero Llanos, quien hace referencia a cómo sucedieron las cosas, recalca los posibles errores que se cometieron en el relevo; manifiesta que el señor Durango le había manifestado que era un

- juego, que estaban era jugando; que después de sucedidos los hechos el Soldado López le manifestó que el IMAR Durango tenía esa costumbre de bromear apuntándole a sus compañeros. ( fls.136 a 141C3)
- 1.7.14 Declaración del IMAR Ramírez Doria Leider quien sostiene que conoce al Soldado Durango desde que estaban en Bogotá, que aquel le apuntaba el arma de fuego, ese mismo día a las 4 de la mañana jugando; refiere que el suboficial saliente no había realizado revista del armamento porque estaba entregando la guardia al entrante y esperando que todos por IMAR formaran. ( fl. 152 C3)
- 1.7.15 Declaraciones de los IMAR Fula Ávila Omar, Úsuga Úsuga Milton, Quintero Rojas Esneider, quienes hacen referencia a como se dio el relevo de la guardia en Tunjitas el día de los hechos, quien se encontraba a cargo de revisar el armamento, sobre el decálogo de las armas y su reiteración en cada servicio. ( fls. 154 a 159 C3)
- 1.7.16 Dictamen pericial realizado al fusil M14 No. serie 798326 perteneciente al señor Rommel Darío Durango por parte del Jefe Técnico Otolio Velásquez, del cual concluye que tanto el seguro del arma como su martillo no presentan fisuras, desgastes o falta de alguna parte de su cuerpo por fractura, por lo que para que el usuario o tirador pueda disparar y efectuar un disparo en este fusil tiene que obligatoriamente que quitar o desactivar el seguro, pues conforme al estado del arma, es imposible que se pueda liberar el martillo y producir el disparo. ( fls. 175 a 184 C3)
- 1.7.17 Necropsia de Jaime Enrique Barrero Ricaurte realizada por el Instituto de medicina Legal y Ciencias Forenses que arroja como conclusión causa de la muerte: herida por proyectil de arma de fuego de alta velocidad – muerte violenta a determinar ( fls. 189 a 196 C3)
- 1.7.18 Indagatoria realizada al señor Rommel Darío Duran Gañan quien manifiesta que el día de los hechos recibió la guardia en la garita 2 de Tunjitas, como a las 12:30 de la noche, cuando entraron a esa guardia no les revisaron el fusil ni cuando salieron tampoco, que él se encontraba eso de las 7 de la mañana hablando con Barrero Ricaurte, que él venía de otra guardia y que al jugar con la mano , empujándonos, pero no jugando con el fusil, al descargar este al piso fue cuando se ocasionó el disparo; indica que entre las 11 a 12 de la noche de ese día les revisaron el arma ahí en la guardia y se fueron a recibir la guardia aTunjitas, que siempre dicen “bajar los mecanismos hacia abajo y meter el dedo a ver si tiene proyectil y ahí disparar uno al aire en seco y ahí se le mete el proveedor y se asegura, no se le mete ningún cartucho a la recamara de su fusil de dotación” y que cuando disparó en seco no pasó nada; que después de esto él ni nadie introdujo ningún cartucho en la recamara del fusil; refiere que al momento de los hechos ya había sido relevado, y que el paso a seguir era revisar el fusil a ver si estaba cargado y entregar la guardia al cabo relevante, situación que no realizó, porque uno nunca revisa el arma hasta que llega al batallón, que el Cabo nunca revisa el arma ni cuando llega a la guardia ni cuando sale; indica que no le dio parte al Cabo por ponerse hablar con Barrero; que solo podían cargar el fusil cuando el Cabo diera la orden, y que el arma debía estar con el proveedor puesto con seguro y sin cartucho en la recamara; niega haber cargado el arma; que no sabe porque su arma resulto carga que puede que se la

hubieran cargado en el camión, indica que desconoce esa situación; describe como se carga el fusil; niega el haberle apuntado al IMAR Leider Miguel Ramírez en la mañana de los hechos; que al bajar el fusil al piso, no verificó que estuviera asegurado; (fls. 199 a 207C3)

## **2 Precisiones del caso.**

Lo pretendido dentro del presente proceso es la declaratoria de responsabilidad del señor IMAR ROMMEL DURANGO GAÑAN, con ocasión de su conducta en los hechos presentados el 18 de julio de 2003, donde resultó muerto el IMAR BARRERO RICAURTE JAIME ENRIQUE, y como consecuencia de ello se profirió sentencia condenatoria dentro de la acción de reparación directa con radicado No. 04-0642 de fecha 27 de abril de 2005, declarando responsable al Ministerio de Defensa, por los daños morales causados a los demandantes Jaime Lucas Barrero y otros.

## **3. Cumplimiento de los requisitos para la procedibilidad de la acción de repetición.**

Frente a este tema, la Sala procederá a analizar uno por uno los requisitos establecidos para la procedencia de la acción de repetición en el caso en concreto, teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, así:

3.1 La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena. Este requisito se encuentra cumplido, teniendo en cuenta que el demandado ROMMEL DURANGO GAÑAN ingresó a la Armada Nacional como Infante de Marina Regular desde el 17 de febrero de 2003, conforme se demuestra en el folio de vida (1.7.1)

3.2 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.

Este requisito se satisfizo, como quiera que dentro del proceso obra sentencia condenatoria proferida dentro del proceso de acción de reparación directa radicado No. 04-0642 de fecha 27 de abril de 2005, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera-Subsección B, a través del cual se condena a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, al pago de los perjuicios causados a los demandantes Jaime Lucas Barrero y otros. (1.1)

3.3. El pago efectivo realizado por el Estado.

Frente a la condena impuesta a la Nación- Ministerio de Defensa, en la sentencia ante referenciada, y su pago, se encuentra las siguientes pruebas, en el expediente i) Resolución No. 0898 del 23 de mayo de 2006, a través de la cual el Ministerio de Defensa Nacional, da cumplimiento a una sentencia a favor del señor Juan Lucas Barrero y otros(1.2) y ii) Certificación suscrita por la Tesorera Principal del Ministerio de Defensa donde establece que dando cumplimiento a la anterior resolución, se canceló mediante transferencia electrónica a través de la Dirección Del Tesoro Nacional al señor Fabio Hernán Forero López

identificado con cc No. 79.605.537 a la cuenta corriente No. 039300595 del Banco de Bogotá con el comprobante de egreso No. 2028 del 13 de junio de 2006. (1.3)

Así las cosas, se encuentra acreditado el pago efectivo por parte de la entidad pública a los beneficiarios, esto como consecuencia de las condenas impuestas judicialmente, es de advertir, que en algunas sentencias del Consejo de Estado se exigía para acreditar el pago efectivo, la copia del paz y salvo suscrito por el interesado, no obstante, en sentencias de esta misma corporación, ha encontrado acreditado el pago efectivo sin necesidad de este paz y salvo<sup>34</sup>, sino con otras pruebas que son válidas para acreditar este hecho<sup>35</sup>, tal como ocurre en el presente caso, pues se debe partir de que la certificación allegada por parte de la entidad demandante donde certifica el pago, goza de ser un medio de prueba legítimo conforme a lo establecido en el artículo 257 CGP antes 264 del CPC que sirve para demostrar la extinción de una obligación derivada de una condena judicial, máxime cuando la parte demandada no presentó objeción alguna ni tacho de falsa esta certificación, sobre este punto el Consejo de Estado ha manifestado: "las órdenes de pago suscritas por el ordenador del gasto, o el secretario, o el director o el jefe de presupuesto de la entidad pública, constituyen documentos públicos, vinculantes, que contienen y reflejan la propia manifestación de voluntad de la entidad condenada, en el sentido de hacer constar el cumplimiento de la condena (...) la certificación de pago, elaborada y suscrita por los funcionarios públicos que tienen a su cargo el manejo **financiero y contable de la entidad, es prueba suficiente de que la obligación fue satisfecha y, por ende, se encuentra extinta**<sup>36</sup>."// Ahora bien, en relación con la acreditación del pago, no existe en el ordenamiento jurídico una disposición legal que establezca para su prueba, un requisito ad substantiam actus (ad solemnitatem) o ad probationem, motivo por el que se cuenta, en principio, con plena libertad probatoria para acreditar su efectivo cumplimiento<sup>37</sup>

En este sentido, para esta Sala con las pruebas atrás referenciadas, se encuentra acreditado el pago, por lo tanto, se cumple con este requisito.

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

Se encuentra probado que los hechos que dieron origen a la condena impuesta a la Nación- Ministerio de Defensa son del 18 de julio de 2003 por lo tanto, para efectos de evaluar el dolo o la culpa grave (elemento subjetivo) se debe acudir a la norma vigente para esa época, es decir la Ley 678 de 2001<sup>38</sup>, a través del cual se establecen las presunciones.

<sup>34</sup> Sección Tercera, sentencia del 12 de septiembre de 2016, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Radicación: 68001233100020090036201 (54.394); Sección Tercera- Subsección "B" sentencia del 26 de junio de 2015, MP. Stella Conto Díaz del Castillo, rad. 21712; Sección Tercera-Subsección "B" sentencia del 31 de mayo de 2013, MP. Stella Conto Díaz del Castillo rad. 25051.

<sup>35</sup> Consejo de Estado - Sección tercera- subsección "B", en sentencia de fecha 29 de agosto de 2014, Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO, Rad. 41125.

<sup>36</sup> (Cita del texto original) "La evidencia, más que la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho en modo rápido y seguro, y casi dominarlo... La prueba evidente, manifiesta, podría calificarse de prueba intuitiva, porque una prueba semejante permite a aquel que la debe valorar, captar la verdad con rapidez, con inmediata percepción y juicio y, por tanto, sin esfuerzo, sin vacilación, condensando en un solo acto de pensamiento el procedimiento que se desarrolla a través de un gran número de nexos intermedios, aunque la demostración particularizada de la verdad tenga lugar más tarde." BRICHETTI, Giovanni "La evidencia en el derecho procesal penal", Ed. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, Pág. 42 y 61.

<sup>37</sup> (Cita del texto original) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 9 de septiembre de 2013. Exp. N° 11001-03-26-000-2003-00037-01(25361).

<sup>38</sup> Pues esta Ley se expidió el 4 de agosto de 2001, es decir después de los hechos que dieron origen a la condena por la cual se pretende ahora repetir contra el hoy demandado.



Visto lo anterior, revisada la demanda presentada por la parte actora en la misma se arguye como causal de presunción " violación manifiesta e inexcusable de la norma de derecho" sosteniendo que el demandado violó las normas del decálogo de la seguridad de armas, no obstante, dentro del sub lite no establece ni precisa que norma es la que contiene este decálogo, así las cosas, no es procedente estudiar el asunto bajo la presunción de culpa por esta causal.

Así las cosas, no endilgándose ninguna causal de presunción de dolo o culpa grave contemplados en la Ley 678 de 2001, esta Sala entrará a estudiar si con las pruebas obrantes en el proceso efectivamente se demuestra un actuar doloso o gravemente culposo por parte del demandado, o si por el contrario, este elemento de la conducta no se encuentra configurada, es decir, este debate no se trata de que la entidad demandante pruebe los hechos descritos en la disposición normativa para demostrar la presunción legal para poder inferir el dolo o la culpa grave, sino de que se pruebe directamente la responsabilidad a título de dolo o culpa grave, arrojando al proceso las pruebas que estime necesarias para el convencimiento del juez.

En primer lugar, se debe resaltar que el juez de la repetición debe contar con las pruebas necesarias para llegar al convencimiento de que el demandado actuó con dolo o culpa grave, ya que su decisión no puede basarse y atarse únicamente en los argumentos sostenidos por el juez de la Reparación directa<sup>39</sup>, toda vez que, para el caso en concreto se debe realizar un propio análisis basándose en las pruebas allegadas al proceso, y no en las pruebas que relaciona el juez de Reparación directa en su fallo condenatorio, y en un fallo penal o disciplinario.

Ahora, teniendo en cuenta que se allegaron las pruebas practicadas dentro del proceso penal adelantado en contra del IMAR ROMMEL DURANGO GAÑAN por parte de la Justicia Penal Militar (1.7 cuaderno 3 ) sea del caso precisar que las mismas se tendrán en cuenta en este proceso conforme a lo contemplado en el artículo 185 del CPC hoy 174 CGP, como quiera que estas pruebas fueron practicadas en presencia del demandado en el proceso penal, y además fueron puestas en conocimiento a las partes dentro del proceso de la referencia para efectos de surtir la contradicción, no obstante, ninguna impugnó su valor, lo que permite que en esta instancia se le otorgue el valor probatorio a las mismas.

En este sentido, con las pruebas obrantes en el expediente penal, se encuentra demostrado que el demandado DURANGO GAÑAN ROMMEL DARÍO para la fecha de los hechos ( 18 de julio de 2003) se encontraba prestando guardia en Tunjitas, y que una vez relevado de este servicio, procedió a entablar conversación con el IMAR Jaime Enrique Barrero Ricaurte ( Q.E.P.D) quien venía de la otra guardia, y que jugando con el mismo se le salió un disparo del arma lo que le ocasionó la muerte al referido IMAR (1.6, 1.7.2,1.7.3,1.7.7,1.7.9,1.7.13, 1.7.17,1.7.18)

---

<sup>39</sup> Es pertinente resaltar que el Consejo de Estado –Sección tercera, en reiteradas oportunidades ha sostenido que, "(...) **la motivación de la sentencia judicial que imponga un condena patrimonial a cargo de una entidad pública y el pago de la misma no son pruebas idóneas para establecer per se la responsabilidad del demandado en acción de repetición.** En efecto, en aquellos casos en los cuales la acción de repetición se fundamenta únicamente **en las consideraciones que dieron lugar a la imposición de una condena, la Sala ha sostenido que estas no son suficientes para comprometer al demandado ni para concluir que su actuación hubiere sido dolosa o gravemente culposa,** dado que la conducta imputada debe ser demostrada en el proceso de repetición en aras de garantizar a favor del demandado el debido proceso..." sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 27.779 C.P Mauricio Fajardo Gómez, argumento reiterado en sentencia de 24 de junio de 2015 ex. 35758 C.P. Hernán Andrade Rincón.

De ello, también se demostró que el disparo que ocasionó la muerte al IMAR Jaime Enrique Barrero Ricaurte ( 1.7.17), salió del fusil de serie No. 798326, el cual le había sido asignado al aquí demandado el día 16 de mayo de 2003. (1.7.1 y 1.7.10); razones por las cuales fue condenado por la Justicia Penal Militar como autor y penalmente responsable del delito de homicidio en la modalidad de culpa de la cual fue víctima el también Infante de Marina BARRERO RICAURTE JAIME ENRIQUE (1.6) desvirtuándose de este forma la afirmación del curador ad litem del demandado de que no estaba probado que el Soldado Durango hubiese ocasionado la muerte al Infante Barrero.

Por otro lado, se prueba que el demandado Rommel Darío Durango Gañan había recibido instrucción de tiro antes de los hechos por parte de la institución, de forma preparatoria donde se le enseñó el decálogo de la seguridad de las armas de fuego, barras de puntera, triangulación, posiciones para el tiro, principios básicos de tiro, partes del polígono y voces de mando en el polígono, ( 20 de marzo de 2003) como también ejercicios de tiro en diferentes modalidades y distancias ( 22, 25,26,27,31 de marzo y 26 de junio de 2003) (1.7.1), es decir el señor Durango Gañan tenía conocimiento en el tema relacionado con el manejo de armamento, y en especial sobre el Fusil M14 que desde un principio se le había asignado como dotación. (1.7.1). Esta situación la corrobora el propio demandado cuando en su indagación ante la Justicia Penal Militar hace referencia con propiedad a aspectos precisos sobre el manejo del fusil que se encontraba a su cargo. (1.7.18) Entonces, con estos hechos probados también se desvirtúa lo afirmado en la contestación de la demanda respecto de que se demuestra la negligencia en el uso y manejo de las armas por parte de la entidad demandante.

También se encuentra demostrado que a los Soldados que prestaban guardia y tenían que manejar armamento, se les recordaba a cada momento antes y después de la prestación de cada servicio, por parte de los comandantes, el decálogo de las armas, al igual que, se les advertía que no podían disparar sin orden del comandante, que el fusil no debía estar cargado, que no debían maniobrar la palanca para atrás porque es cuando se carga el fusil, no se debía jugar con el armamento, no se podía apuntar a un objetivo al cual no se fuera a disparar, que el arma debía estar con proveedor, asegurado y sin cartucho en la recámara, se debía verificar que el cartucho no estuviera en la recámara y apuntar para arriba y halar el gatillo ( 1.7.6, 1.7.7, 1.7.8,1.7.9, 1.7.11,1.7.15) de estas mismas advertencias tenía pleno conocimiento del demandado, pues sobre algunas de ellas hace referencia en su indagación. (1.7.18)

Es decir, que a los Infantes de Marina siempre se les ponía de presente como debían manejar las armas que se encontraban a su cargo, haciendo mayor hincapié en que no podían ser cargadas, y solo era procedente esta actuación cuando el comandante a cargo lo ordenara, o se encontraran en situación de peligro.

Así las cosas, para la Sala es claro que al dispararse el arma de dotación del demandado, obedeció a un descuido grave por parte de este en el manejo de la misma, dado que portaba un arma cargada y sin seguro, sin mediar orden del comandante encargado para realizar esta actuación, lo cual ocasionó el hecho dañoso por el cual fue condenado la entidad aquí demandante. Se precisa, que pese a que el demandado sostiene que fue un accidente y el arma se disparó cuando la puso en el piso (1.7.18) con las pruebas obrantes en el proceso se desvirtúa dicha afirmación, pues conforme al dictamen pericial realizado al arma asignada

al demandado y con la cual ocurrió el hecho dañoso por el cual fue condenada la entidad aquí demandante (fusil M14 No. serie 798326 ) la misma se encontraba en perfecto estado respecto de su seguro y martillo por lo era necesario para disparar y efectuar el disparo el quitar o desactivar e seguro, siendo imposible que se liberar el martillo y producirse el disparo sin realizar dicho procedimiento ( 1.7.16) situación que la corroboran los mismos soldados que manipulan dichas armas al sostener que es imposible que se cargue por accidente pues es necesario accionar la palanca de maniobra para meter el cartucho . ( 1.7.6,1.7.7,1.7.9)

En este sentido, es claro que el demandado cargo el arma de forma consciente, y que esta situación no obedeció a un accidente como el mismo lo sostiene, máxime cuando otros Soldados manifiestan que el IMAR Durango Gañan le gustaba hacer bromas y jugar con el arma apuntándola y cargándola ( 1.7.4, 1.7.6,1.7.14) entonces, resulta claro que el demandado no obedeció las indicaciones de los superiores respecto a no cargar el arma, sino por descuido la dejó cargada y por esta razón se presentaron los hechos en los cuales resultó muerto el IMAR Barrero, demostrándose de esta manera la culpa grave al haber actuando de forma irresponsable, negligente e imprudente.

Ahora, no es de recibo el argumento del demandado de que los superiores debieron implementar correctivos inmediatos frente a las actuaciones que realizaba el soldado Durango Gaña con el arma de dotación, por cuando los superiores solo se enteraron después de que ocurrieron los hechos y no antes. ( 1.7.3, 1.7.11, 1.7.13)

Por otro lado, si bien es cierto el demandado manifiesta que no se le realizó la respectiva revisión a su fusil por parte del comandante encargado antes de salir a prestar la guardia, también es cierto, que dicha afirmación resulta ser contradictoria con lo manifestado por este mismo, al indicar que antes de prestar la guardia entre las 11 a 12 de la noche de ese día les revisaron el arma ahí en la guardia y se fueron a recibir la guardia a Tunjitas, que siempre dicen "bajar los mecanismos hacia abajo y meter el dedo a ver si tiene proyectil y ahí disparar uno al aire en seco y ahí se le mete el proveedor y se asegura, no se le mete ningún cartucho a la recamara de su fusil de dotación" y que cuando disparó en seco no pasó nada;( 1.17.18) situación que la corroboran los demás declarantes quienes manifiestan que el comandante de guardia revisa el armamento antes y después de cada guardia para efectos de que no esté cargado el fusil ( 1.7.6, 1.7.9) en este sentido no es cierto el argumento del apoderado del demandado frente a que resultan involucradas más personas en los hechos respecto a los militares encargados de revisar las armas de los militares, pues se demuestra que los mismos si revisaron el arma antes de que se prestara el servicio de guardia, tal como lo manifiesta el mismo demandado.

Visto lo anterior, no hay duda que el hecho generador del daño fue la conducta desplegada por el demandado, IMAR Durango Gañan, quien ocasionó la muerte a su compañero IMAR Barrero, debido a su descuido, imprudencia y negligencia en el manejo de su arma dada en dotación, frente a la cual ya había recibido la debida capacitación por parte de la entidad demandante y órdenes frente al manejo de la misma, no obstante, pese a que no se demostró que tuviera la intención de matar a su compañero, sí omitió las medidas de seguridad y no obedeció las órdenes dadas, propiciando la concreción del riesgo inherente al uso de armas de fuego.

En definitiva, se declarará al demandado Rommel Darío Durango Gañan responsable a título de culpa grave, pues por esta conducta el Ministerio de Defensa tuvo que pagar la suma de dinero por la cual demandó en repetición.

#### 4. De la condena.

El artículo 14 de la Ley 678 de 2001, señala que el monto de la condena se cuantificará atendiendo el grado de participación de los agentes en la producción del daño, culpa grave o dolo y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso.

Aunado a lo anterior, en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional<sup>40</sup> respecto a las acciones de repetición y su condena precisó que el Juez Contencioso debe realizar una interpretación sistemática de la acción de repetición a la luz de los principios de la Constitución Política en especial, los **criterios de proporcionalidad y razonabilidad en el momento de fijar el monto** de la responsabilidad del Estado que es transferible a sus agentes, en este sentido, para la Sala resulta procedente precisar las siguientes situaciones fácticas en lo que tiene que ver con los conscriptos, para efectos de establecer el monto de la condena sobre los mismos, así:

- i) Las personas que prestan el servicio militar obligatorio no gozan de las mismas prerrogativas que sí ostentan los servidores públicos que se vincularon con una Entidad estatal de manera voluntaria, por esta razón, no se le puede exigir en una misma proporción de responsabilidad por sus actuaciones, pues no tienen los mismos derechos y obligaciones.
- ii) Los conscriptos no ingresan por voluntad propia a las Fuerzas Públicas sino para cumplir un requisito obligatorio para todos los hombres de nuestro país, tal y como lo contempla el inciso 2º del artículo 216 de la Constitución Política<sup>41</sup>, y el artículo 10º de la Ley 48 de 1993<sup>42</sup>, y,
- iii) El Estado es garante de todo lo que le suceda, como de lo que hagan los conscriptos durante el tiempo en que se encuentren bajo su cuidado, custodia y vigilancia, en cumplimiento del deber constitucional, no eximiéndose la Administración de pagar los perjuicios que ello genere.

En este sentido, resultaría desproporcional condenar al 100% al demandando, pues el mismo ingresó a prestar el servicio como una obligación constitucional y no por voluntad propia, aunado a que el Estado es garante del mismo, y se vuelve responsable de su actuar, no obstante, no se puede pasar por alto su actuar con culpa grave que generó la condena

<sup>40</sup> Comunicado No. 35 de 2020 de la Corte Constitucional sentencia SU 354 de 2020 <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2035%20del%2026%20de%20agosto%20de%202020.pdf>

<sup>41</sup> "La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

**Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.**

**La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.**" (Subrayado y negrillas fuera del texto).

<sup>42</sup> "Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos **termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.**

(...)." (Subrayado y negrillas fuera del texto).

impuesta a la entidad aquí demandante, por lo tanto, se condenará al demandado a pagar un 60% de lo pagado por el Estado.

Entonces, se tiene que el Ministerio de Defensa, realizó pago respecto a la condena en proceso No. 04-0642 de fecha 27 de abril de 2005, por valor total de capital de \$ 152.600.000 sin intereses, suma discriminada en la Res. No. 0898 del 23 de mayo de 2006 (1.2)

Sobre este punto, se advierte que la Sala solo reconocerá el valor del capital pagado y no los intereses moratorios, ya que estos últimos se generaron por culpa exclusiva de la entidad accionante y no del demandado.

Entonces, se procederá a la actualización del capital pagado por la entidad accionante, conforme a la fórmula del Consejo de Estado, así:

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice Final (If)}}{\text{Índice Inicial (Ii)}}$$

$$Ra = \$152.600.000 \quad *104,97 \quad (\text{julio } 2020^{43})$$

$$58.18 \quad (\text{junio } 2006)$$

$$Ra = \$152.600.00 * 1.80422825 = \$275.325.232.$$

Ahora, el 60% de este valor es \$ **165.195.139** suma que se deberá ordenar pagar al demandado.

Conforme lo anterior, debe reconocerse a favor de la Nacional –Ministerio de Defensa<sup>44</sup>, la suma de **\$165.195.139** valor que debe ser pagado por el demandado Rommel Darío Durango Gañan.

El accionado deberá pagar la condena impuesta en el plazo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, so pena de empezar a generarse intereses moratorios.

## **5. Costas Procesales.**

Por no existir temeridad manifiesta de la parte vencida, la Sala se abstiene de condenar en costas, de conformidad con lo señalado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

<sup>43</sup> último conocido según página del Dane.

<sup>44</sup> No se reconocerá al Ejército Nacional como se solicita en las pretensiones de la demanda, como quiera que la condena de la reparación directa que dio origen a esta acción fue en contra de la Nación- Ministerio de Defensa- Armada Nacional, razón por la cual al acreditarse que el Ministerio de Defensa fue quien pago, al igual que fue condenado, se ordenará el pago solo respecto a esta entidad. .

### **FALLA**

**PRIMERO:** Declárase que el señor Rommel Darío Durango Gañan identificado con cédula de ciudadanía No.98.707.905 de Bello Antioquia, es responsable a título de culpa grave por los hechos acaecidos el día 18 de julio de 2003, que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra la Nación – Ministerio de Defensa, proferidas dentro del proceso de acción de reparación directa radicado No.04-642, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDO:** Condénase al señor Rommel Darío Durango Gañan identificado con cédula de ciudadanía No.98.707.905 de Bello Antioquia por los perjuicios causados al Estado por culpa grave, a pagar la suma de dinero de ciento sesenta y cinco millones ciento noventa y cinco mil ciento treinta y nueve pesos **\$165.195.139** a favor de la Nación- Ministerio de Defensa.

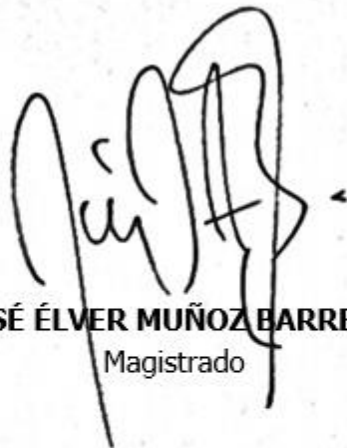
**TERCERO:** En aplicación del artículo 15 de la Ley 678 de 2001, se dispondrá un plazo de seis (6) meses contados a partir a la ejecutoria de esta providencia, para que el demandado proceda al pago de la condena impuesta.

**CUARTO:** Esta sentencia deberá cumplirse en los términos del artículo 335 del Código de Procedimiento Civil.

**QUINTO:** No se condena en costas.

**SEXTO:** En caso de no ser apelada la sentencia, por secretaría dese aplicación al artículo 184 del CCA.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**



**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado



**MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
Magistrada



**FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Magistrado

*Demandante: Ministerio de Defensa  
Demandado: Rommel Darío Durango Gañan  
Expediente 2008-00074  
Acción de repetición*