Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación:	No. 2014 - 00480
Acción.	REPETICION
Demandante:	NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL
Demandado:	JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO

Encontrándonos en la oportunidad prevista en el numeral 2º del artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[1], se dispone a proferir sentencia de primera instancia, previo las siguientes:

I. ANTECEDENTES:

Superada la etapa probatoria, se ordenó correr traslado para alegar, por lo que agotadas las etapas procesales, se procede a dictar sentencia, para lo cual se tendrán en cuenta, los siguientes aspectos:

1.1 HECHOS:

Constituyen elementos fácticos de las pretensiones, los siguientes

1.1.1 El 24 de febrero de 2010, en la Vereda la Sortija del municipio de Ortega - Tolima, el soldado regular Yobani Cerquera Méndez (q.e.p.d), fue impactado en su humanidad por arma de fuego con arma de fuego (fusil galil, calibre 5.56mm) de uso privativo de las fuerzas militares disparada por el también soldado regular John Anderson Tovar Perdomo quien se encontraba limpiando su fusil

1.1.2 Que, Yobany Cerquera Méndez era soldado regular perteneciente a la compañía "Defensor", adscrito Batallón de Infantería No. 17," General Domingo Caicedo", ubicado en Chaparral – Tolima;

1.1.3 Que, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional con fundamento en los anteriores hechos inicio sendas investigaciones penales y disciplinarias y, en sede prejudicial concilio ante la Procuraduría 27 delegada ante lo administrativo los perjuicios de toda índole causados a los perjudicados con la muerte del Soldado regular Yobani Cerquera Méndez;

1.1.4 Que, dicho acuerdo conciliatorio fue revisado y aprobado por el Juzgado 6 Administrativo del Circuito de Ibagué, en providencia que cobro ejecutoria, el 8 de julio de 2010;

1.1.5 Que, la entidad demandante expidió resolución No. 2856 del 14 de mayo de 2012, "Por medio de la cual se paga a la señora MARCELINA CERQUERA

[1] C.P.A. y de lo C.A.

MENDEZ y OTROS, los perjuicios causados equivalentes a la suma de Cuatrocientos veinticuatro millones quinientos noventa y seis mil quinientos doce pesos ($424.596.512.91), suma que según certificación expedida por el tesorero principal del Ministerio de Defensa Nacional se efectúo a través del apoderado judicial de los demandantes.

1.1.6 Que a efecto de recuperar lo pagado, el comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa – Nacional autorizó iniciar la respectiva acción de repetición en contra del señor Jon Anderson Tovar Perdomo, por considerar que se configuran los supuestos del numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001

1.2 Con fundamento en los anteriores hechos, el actor pretende:

"PRIMERA: Que se declare responsable al señor:

- *JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO por los perjuicios ocasionados a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL como consecuencia de la indemnización que se tuvo que cancelar a fevor de la señora MARCELINA CERQUERA Y OTROS por la muerte del* ***soldado regular YOBANI CERQUERA MENDEZ (Q.E.P.D)*** *durante la prestación del servicio militar obligatorio; en hechos acaecidos etre el 24 de febrero de 2010, en la vereda Sortija del Municipio de Ortega – Tolima – cuando fuere impactado en su humanidad con* ***arma de dotación oficial*** *por el tambien soldado regular JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO; De acuerdo con la conciliación judicial aprobada por el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÈ – TOL – fechada del 30 de junio de 2010, quedando debidamente ejecutoriada el 08 DE JULIO DE 2010*

SEGUNDA: Que se condene al señor:

- *JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO-, a cancelar la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE ($368.310.600,oo), suma que pago esta entidad a favor de MARCELINA CERQUERA MENDEZ Y OTROS, mediante resolución No. 2856 DEL 14 DE MAYO DE 2012 y que corresponden al capital efectivamente reconocido.*

TERCERA: Que se condene al señor.

- *JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO-, a cancelar intereses comerciales a favor de la NACION – COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –EJERCITO NACIONAL desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin al presente proceso*

CUARTA: Que se ajuste la condena tomando como base el índice del precio al consumidor

QUINTA: Que la sentencia que ponga fin al proceso, sea de aquella que reúna los requisitos de los 187 y siguientes de la ley 1437 /2011 NCPA Y C.A. y 488 del CPC, que en ella conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible (sic) a fin de que preste merito ejecutivo"

"SEXTA Que el monto de la condena que se profiera contra el señor:

- *JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO sea actualizado hasta el mnto del pago efectivo de conformidad con lo dispuesto por el articulo 187 y siguientes de la Ley 1437/2011 NCPA Y C.A.*

2. *Actuación procesal.-*

La demanda fue admitida por auto de fecha 19 de agosto de 2014 (fl. 323); y, ante la manifestación de la entidad demandante respecto de desconocer el paradero del demandado, se ordenó su emplazamiento, trámite que se surtió conforme lo dispuesto en el artículo 108 del C.G.P. [2]

Mediante auto de fecha 29 de septiembre de 2015[3], se designó como curador ad litem a la Dra. Mónica Alexandra Peña Sierra, a quien se le notifico de la demandada el 7 de octubre de 2015[4], y contesto a través de escrito radicado en la secretaría de este despacho, el 23 de noviembre de 2015. (fls 368 a 371)

3. De la contestación.- Ver folios 368 a 371

Manifestó la representante de la parte pasiva que, se opone a la prosperidad de las pretensiones por considerar que no existe sentencia en el proceso penal que den cuenta de la responsabilidad de Jhon Anderson Tovar Perdomo en hechos que dieron origen al pago de la condena.

Asegura que, los elementos que obran en el proceso son insuficientes para demostrar conducta dolosa o gravemente culposa por parte del demandado.

4. De los alegatos de conclusión.-

4.1 Demandante.- (fls. 378 a 385)

Reitera los argumentos expuestos en la demanda, relievando la actuación legitima del Ejército Nacional cuando recluta civiles; asevera que, por razones de equidad y justicia le corresponde a esa entidad resarcir los daños que se causen a quienes prestan el servicio militar obligatorio, máxime en aquellos eventos en que un soldado regular resulta muerto por cuenta del accionar de otro soldado regular con su arma de dotación oficial.

Expresa que, en el presente asunto se encuentran acreditados los elementos para la prosperidad de la acción de repetición, habida cuenta que, en el proceso penal se

[2] Ver folios339 a 342 y 349,350
[3] Folio 363
[4] Folio 366

individualizo como autor del hecho al joven Jhon Anderson Tovar Perdomo y su conducta fue calificada como contraria a derecho, en razón a que incumplió órdenes impartidas por sus superiores e inobservó el decálogo de armas de fuego al portar el fusil sin la seguridad y cautela debida; por lo que, considera se encuentran acreditados los elementos para la prosperidad de la acción de repetición.

Finalmente solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

4.2 La parte demandada guardó silencio.

El Ministerio público no conceptuó.

II. CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico quedo fijado en determinar: "*Si es procedente declarar patrimonialmente responsable al señor JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO, por la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE ($368.310.600.00), que tuvo que pagar la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL a los señores MARCELINA CERQUERA MENDEZ y OTROS, en cumplimiento de la conciliación prejudicial celebrada ante la Procuraduría Judicial 27 en lo administrativo y aprobada por el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué en providencia del 30 de junio de 2010.*"

Planteado lo anterior, procede el despacho a estudiar el presente asunto para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

2. *Del marco normativo y Jurisprudencial.-*

2.1 De la acción de repetición.-

La acción de repetición tiene su fundamento en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, que consagra "*en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste*".

En desarrollo de este precepto, se expidió la ley 678 de 2001[5] que la consagró como una acción civil de carácter patrimonial, que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, *conciliación u otra forma de terminación de un conflicto*. La misma acción se

[5] "**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.**"

ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Dicha acción está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, y procede en aquellos eventos en los que la conducta del agente sea dolosa o culposa.

Por disposición de la misma Ley, le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de la acción de repetición, y será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo.

En consonancia con lo anterior, el artículo 142 de la ley 1437 de 2011, señala: "Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencias de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad deberá repetir contra estos por lo pagado.

2.1.1 Elementos para la procedencia de la acción de repetición.

A voces del artículo 90 de la Constitución Nacional, en aquellos eventos donde resulte condenado patrimonialmente el estado, es deber de las entidades repetir contra los agentes que debido a su conducta dieron origen a la misma.

De esa manera se ha señalado que, para la prosperidad de la acción deben de cumplirse con unos requisitos, a saber: i) Que la entidad pública, haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular por la acción u omisión de las autoridades públicas, ii) Que dicha condena haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público, o del particular que ejerce funciones públicas; iii) Que la entidad pública condenada haya pagado en su totalidad las sumas de dinero por las cuales fue condenada.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia reiterada del Honorable Consejo de Estado ha sido enfática en señalar los presupuestos y requisitos que deben concurrir para que una entidad pública inicie la acción de repetición[6], en esa medida se encuentra que:

> *"Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la*

[6] 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.

normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición[7].

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

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

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

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación[8]*, 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 ejecutoriada o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto[9]*.*

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.[10]

Bajo esta perspectiva, es claro que para la procedencia de la acción de repetición no basta con acreditar el pago efectuado por el estado de una suma de dinero consecuencia de una condena impuesta o una conciliación prejudicial, sino que también debe demostrarse la calidad de agente o ex agente del Estado y el actuar determinante en la concreción del daño.

Así las cosas, procede el despacho con los medios de prueba obrantes en el expediente determinar si se configuran o no los presupuestos para declarar la responsabilidad del demandado en los hechos en que resultó condenada la Nación – Ministerio de Defensa

[7] Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407.
[8] La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente.
[9] Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327.
[10] **C.E.SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA,** veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015), Rad. 11001032600020130010800 (48016)

Nacional – Ejercito Nacional; y, por tanto, es viable que la entidad obtenga el reembolso de los dineros pagados a los señores Marcelina Cerquera Méndez, Iván Cerquera Méndez, Pedro Dagua Cerquera, Jeremías Dagua Cerquera, Dilsa Cerquera Méndez, María Alejandra Cerquera Méndez, Leidy Dayana Cerquera Méndez, Adonaldo Cerquera Méndez, Yanid Cerquera Méndez, Jainier Dagua Cerquera, Luz Eliana Cerquera Méndez, Maricela Lugo Yate, Arol Elián Cerquera Lugo y, Eder Cerquera Lugo; producto de lo acordado en la conciliación prejudicial celebrada ante la Procuraduría Judicial 27 en lo administrativo y que fuera aprobada por el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué en auto del 30 de junio de 2010.

3. ***De las pruebas.-***

Dentro del expediente, se encuentran incorporados los siguientes medios de prueba:

- Copia auténtica del auto aprobatorio de la conciliación prejudicial celebrada el 1 de junio de 2010, ante el Procurador Judicial 27 en lo administrativo entre los señores MARCELINA CERQUERA MENDEZ, IVAN CERQUERA MENDEZ, PEDRO DAGUA CERQUERA, JEREMIAS DAGUA CERQUERA , DILSA CERQUERA MENDEZ, MARIA ALEJANDRA CERQUERA MENDEZ, LEIDY DAYANA CERQUERA MENDEZ, ADONALDO CERQUERA MENDEZ, YANID CERQUERA MENDEZ, JAINIER DAGUA CERQUERA, LUZ ELIANA CERQUERA MENDEZ, MARICELA LUGO YATE, AROL ELIAN CERQUERA LUGO Y EDER CERQUERA LUGO frente a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL en relación con el pago de los perjuicios morales y materiales con ocasión de la muerte del señor YOBANI CERQUERA MENDEZ. (fls10-22), y de la resolución No. 2856 del 14 de mayo de 2012, a través del cual se da cumplimiento a una conciliación prejudicial a favor de Marcelina Cerquera Méndez y otros. (fls.23-28);
- Original de la certificación expedida por la tesorera del Ministerio de Defensa, donde se consignó: "... *Que la Resolución No. 2856 DEL 14 DE MAYO DE 2012, POR VALOR DE $424.596.512.91 SE CANCELO AL SEÑOR ALVARO ANDRES BUITRAGO CADAVID IDENTIFICADO CON CEDULA DE CIUDADANÌA NO. 94.410.951 CON LOS COMPROBANTES DE EGRESO Nos. 1500005350 y 1500005351 DEL 29 DE MAYO DE 2012, A TRAVES DE LA DIRECCION DEL TESORO NACIONAL MEDIANTE TRANSFERENCIA ELECTRONICA A LA CUENTA 466052014475 DEL BANCO AGRARIO DE COLOMBIA EL 29 DE MAYO DE 2012."* (Fls 318)
- Copia del Comité de Defensa Judicial y Conciliación del Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional celebrado el 8 de mayo de 2014, a través del cual se autorizó iniciar la acción de repetición en contra de la señora JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO (fl.29)

- Copia del proceso disciplinario – Indagación preliminar en averiguación de responsables adelantado por la Quinta División Sexta Brigada Batallón de Infantería No. 17 de Montaña – General "DOMINGO CAICEDO" (Fls. 31 a 281)
- Auto del 22 de marzo de 2011 a través del cual el Juzgado Ochenta y uno de Instrucción Penal Militar, dicto medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO (Fls 282-293)
- Pliego de antecedentes – Sanidad F.F. MILITARES (FL 331-340), y oficio No. 20163081601141 del 23 de noviembre de 2016, suscrito por el Jefe de sistemas de información del Ministerio de Defensa Nacional – Comando de Personal – Dirección de Personal, a través del cual informa que: "... *que el señor John Anderson Tovar Perdomo identificado con C.C. No. 1109414839 presto servicio militar obligatorio en la Institución como soldado regular con distinción de Dragoneante en el Batallón de Infantería 17 GR. Domingo Caicedo, con sede en Chaparral, Tolima. De acuerdo a directiva transitoria No. 238 de fecha 12 de octubre de 2007, se dio de alta como soldado regular el 20 de mayo de 2008 y se desacuartelo el 31 de marzo de 2010... Con relación a la expedición de la hoja de vida, ... que los soldados regulares y Bachilleres no tienen una vinculación laboral toda vez que se encuentra cumpliendo con su deber constitucional y legal, motivo por el cual no se registra hoja de vida*." (fl. 350)

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso de proceso, y su autenticidad no ha sido controvertida.

4. <u>Del caso en concreto.-</u>

Con fundamento en lo antes expuesto, acorde con el material probatorio obrante en el expediente, se procede a verificar si se encuentran acreditados los elementos para la prosperidad de las pretensiones.

4.1 De la calidad del agente.-

Como se indicó en precedencia, para que pueda imputarse responsabilidad al agente del Estado, debe en acreditarse su calidad de funcionario o exfuncionario y, establecer su participación en la expedición del acto.

En esa medida debe partirse por señalar que, conforme las pruebas obrantes en el expediente Jhon Anderson Tovar Perdomo presto sus servicios en el Batallón de Infantería No. 17 Domingo Caicedo como soldado regular integrante del quinto contingente del 2008, incorporado el 8 de mayo de 2008 y desacuartelado el 21 de marzo de 2010, por tiempo de servicio militar cumplido[11]. Quiere decir entonces que, para el momento en que sucedieron los hechos, esto es, 24 de febrero de 2010, Jhon Anderson Tovar Perdomo estaba vinculado al Ejercito Nacional en calidad de soldado regular.-

[11] Folio 17 c2

En lo que atañe a la calidad de servidor público, ha de anotarse que el artículo 122 de la Constitución Política señala:

> *"ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*
>
> ***Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.***
>
> ***Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.***
>
> *Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.*
>
> ...
>
> *ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*
>
> *Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.*
>
> *La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."*

De lo anterior se colige que, el ordenamiento jurídico colombiano establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas (elección popular); los empleados públicos ((vinculados a través de una relación legal y reglamentaria) y los trabajadores oficiales; no obstante, también habrá de tenerse en cuenta que, se califican como servidores públicos aquellos particulares que temporalmente ejercen funciones públicas, como sucede con contratistas; de esa manera se tiene que, ostentan la calidad de servidores públicos quienes tienen relación de servicio para con el estado, la cual se regula conforme la reglas de la función pública.

Ahora bien, atendiendo la condición que ostentaba el demandado para el momento de los hechos, es pertinente señalar que la ley 48 de 1993[12], dispone que:

> *"**Artículo 10 Obligación de definir la situación militar.** 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. ...*

12 "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización".

> *"**ARTICULO 13.** Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación de] servicio militar:*
>
> ***a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;***
>
> *b) Como soldado bachiller durante 12 meses;*
>
> *c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;*
>
> *d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.*
>
> ***PARAGRAFO 1°.** Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica. (Negrillas fuera de texto)*

En relación con la naturaleza Jurídica del soldado regular, el Honorable Consejo de Estado, ha señalado que:

> *"En primer término, estima la Sala necesario precisar la diferencia entre la clase de vínculo que se crea para el Estado frente al soldado conscripto y en relación con el soldado voluntario o profesional; en el primero (soldado conscripto) el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia y de las instituciones públicas, el cual no detenta carácter laboral alguno, en tanto que en el segundo (soldado profesional) el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.*
>
> *Por lo tanto, a diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado conscripto se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado. Así pues, el conscripto no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo le reconoce algunas "prestaciones", las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen a for fait previsto por la ley para el soldado profesional.* [13]

En tal virtud, considera el despacho que quienes prestan el servicio militar obligatorio se encuentran en especial de relación de sujeción para con el estado, sin que, se pueda predicar que se encuentran en la misma situación respecto de aquellas que se encuentran vinculadas

---

[13] **C.E. SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ,** veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009), **Rad: 05001-23-26-000-1994-00629-01(17187)**

con el estado a través de una relación legal y reglamentaria, o mediante contrato de trabajo o mediante contrato administrativo, de ahí que, su trato legal, administrativo y disciplinario sea de naturaleza diferente.

No obstante lo anterior, el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima en providencia del 7 de abril del presente año con ponencia del doctor José Aleth Ruiz Castro, dentro del presente medio de control indicó[14]:

> *"Como se observa, es claro que quienes son obligados a prestar el servicio Militar Obligatorio se encuentran ligados de manera especial al Estado, y por ello, tanto la Ley y como la Jurisprudencia les han otorgado una consideración de la misma talante, bajo el imperativo de que el Estado tiene la obligación de devolver al individuo a la sociedad en el mismo estado en que se le tomo.* ***Sin embargo, es innegable que quien presta el servicio militar desempeña una función pública y en ese entendido, actúa con toda la investidura propia de un representante del Estado, por lo tanto, si en el desarrollo o cumplimiento de esas funciones propias que le fueron encomendadas como agente del Estado, origina en forma dolosa o gravemente culposa un daño que genere reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, puede ser sujeto pasivo de la acción de repetición prevista por el legislador para esos efectos" (Negrillas fuera de texto)***
>
> ...
>
> *Por lo anterior, se concluye que es procedente la acción de repetición en contra de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, y como quiera quienes prestan el servicio militar obligatorio ejercen una función pública como agentes del Estado, dicha acción también les resulta aplicable si con su conducta dolosa o gravemente culposa dieron origen a un reconocimiento indemnizatorio a cargo del Estado."*

Puestas así las cosas, acogiendo la tesis expuesta por el Tribunal Administrativo del Tolima, se encuentra acreditado que para la época de los hechos el señor John Anderson Tovar Perdomo, prestaba su servicio militar obligatorio[15], de ahí que, se pueda colegir que su relación con el estado corresponde a la de un particular que transitoriamente ejerce funciones públicas; no obstante, dicha relación deviene de la constitución y la Ley que le impone a los varones colombianos la obligación de la defender la soberanía y el orden público, lo que no genera vínculo laboral ni salarial– Art. 216 C.P.

4.2 **De la existencia de una condena judicial, una conciliación.-**

Se encuentra acreditado en el expediente, que producto de una conciliación prejudicial aprobada por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué mediante auto

[14] Ver folios 351 a 353 c1
[15] Ver Certificación Fl. 17 c2

calendado 30 de junio de 2010, se acordó el pago de una indemnización por concepto de perjuicios morales y materiales a favor de los familiares del señor YOBANY CERQUERA MENDEZ (q.e.p.d.) folio 6-39 c1

En esa oportunidad el Ministerio de Defensa Nacional – Ejercito Nacional concilió con los señores MARISELA LUGO YATE compañera permanente del occiso, AROL ELIAN CERQUERA LUGO Y EDER CERQUERA (hijos del occiso), MARCELINA CERQUERA MENDEZ (madre del occiso) la suma equivalente a 70 S.M.L.M.V, para IVAN, DILSA, MARIA ALEJANDRA. LEIDY DAYANA, ADONALDO, YANID, y LUZ ELIANA CERQUERA MENDEZ Y PEDRO, JEREMIAS y JANIER DAGUA CERQUERA en calidad de hermanos del occiso, treinta y cinco (35) S.M.L.M.V. Dicho acuerdo tuvo génesis en los hechos el 24 de febrero de 2010, en la Vereda la Sortija del Municipio de Ortega – Tolima, en momento en que se encontraba desayunado el señor *YOBANI CERQUERA MENDEZ fue impactado por arma de fuego, fusil Galil calibre 5.56 m.m, artefacto de uso privativo de las fuerzas militares; conforme lo establecido en la noticia criminal No. 735000600047120180025, recibió impacto en su humanidad en la zona del hemitorax lado derecho sin orificio de salida con el arma antes descrita, el sujeto que acciono el arma fue el señor JHON ANDERSON TOVAR PERDOMO… el cual pertenece a la Compañía defensor Adscrito al Batallón Caicedo de Chaparral – Tolima … Dicha muerte se produjo en misión del servicio, en tanto que se encontraba a cargo del Estado cuando ocurrió el hecho nefasto de la muerte."* Ver folio 11 c1

4.3 **Del pago efectivo realizado por el Estado.-**

Este elemente se relaciona con la prueba del pago total de la obligación derivada de la condena por parte de la entidad estatal.

En esa medida se encuentra que, a folio 318 obra certificación expedida por el Tesorero principal del Ministerio de Defensa en la que hace constar que mediante: "*Resolución No. 2856 del 14 de mayo de 2012, por valor de $424.596.512.91, se canceló (sic) al señor ALVARO ANDRES BUITRAGO CADAVID IDENTIFICADO CON CEDULA DE CIUDADANIA NO. 94.410.951 CON LOS COMPROBANTES DE EGRESO Nos- 1500005350 y 1500005351 del 29 de mayo de 2012*... " De acuerdo con lo anterior, resulta claro que la entidad pago en su totalidad las sumas acordadas en la conciliación prejudicial celebrada el 1 de junio de 2010 ante la Procuraduría Judicial 27, la cual fue aprobada por el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué mediante proveído del 30 de junio de 2010. Folios 10 a 29 c1

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

De acuerdo con la Ley 678 de 2001, para que se pueda imputar responsabilidad al servidor ò ex servidor público se requiere demostrar que actúo con dolo o con culpa grave.

Sobre el particular, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, ha sido enfática en señalar que se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos, en este sentido, encontramos que el Código Civil, enseña:

> *"**ARTICULO 63. CULPA Y DOLO**. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*
> *Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*
>
> *Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*
>
> *El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*
>
> *Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*
>
> *El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro."*
> *(Subrayas del despacho)*

Por su parte, la ley 678 de 2001, define en su artículo 5 y 6, las presunciones de dolo y culpa grave, para lo cual señala:

> *"**ARTÍCULO 5o. DOLO.** La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*
> *Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:*
> *1. Obrar con desviación de poder.*
> *2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
> *3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
> *4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
> *5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*
>
> *"**ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE**. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.*
> *Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:*
> *1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
> *2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
> *3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
> *4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal."*

*hechos, prueba de ello es el acta de las ordenes de carácter permanente en donde se da instrucción sobre el decálogo de seguridad sobre armas de fuego, consecuencia de ello, este Despacho considera que efectivamente se produjo una violación a dicho reglamento, el cual está contenido en el anexo C INSTRUCCIÓN Y ENTRENAMIENTO DE TIRO PARA EL EJERCITO NACIONAL de la Directiva de instrucción 300-6/07, el cual establece en el APENDICE 2 INSTRUCCIÓN PREPARATORIA DE TIRO, litera a. "**Medidas de Seguridad Generales (Decálogo de seguridad con las armas de fuego)...***

Sumado a esto, se encuentra el hecho que en la orden de operaciones "SOBERANÌA" MISION TACTICA No. 025, BR6-BICAI S3-OP-375 del 1 de febrero de 2010[21], se le asignó misión al Batallón de Infantería de Montaña No. 17 General Domingo Caicedo con el primer pelotón de la CP "H", el tercer pelotón de la CP "E", el segundo pelotón de la CP "E" I/R – ASP a partir del día 1 – 00:00 febrero de 2010 inicia misión táctica "FLEXIBLE" de control militar de área efectivo sobre el eje vial Chaparral – Tolima hasta Ortega Tolima y Chaparral hasta San Antonio – Tolima, con la responsabilidad de prestar la seguridad y control correspondiente sobre estas dos vías... donde se extracta que, se instruyó a la tropa sobre las condiciones como debían portar el arma; en efecto, el numeral 16 aparece que: "PASAR *REVISTA CONSTANTEMENTE DEL ARMAMENTO, NO DEBE HABER CARTUCHO EN LA RECAMARA DEL FUSIL PARA EVITAR ACCIDENTES"*

Partiendo de las pruebas obrantes en el plenario, es posible colegir que Jhon Anderson Tovar Perdomo para la época de los hechos se encontraba prestando su servicio militar obligatorio, que si bien aparentemente recibió instrucción en el manejo de armas, también lo es que la entidad demandante no acredito la configuración de culpa grave.

Sin perjuicio de lo anterior, recordando que parte actora finca sus pretensiones en la decisión del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué que declaró responsable a la entidad pública, bajo el título de imputación de riesgo excepcional, al considerar que el perjuicio causado fue producto del peligro originado por la administración en cabeza de uno de sus agentes, quien con su actuar doloso utilizo indebidamente su arma de dotación oficial para cegar la vida de su compañero. Conviene recordar que, la Honorable Corte Constitucional en relación con la prestación del servicio militar obligatorio ha señalado[22]:

> *"En el caso del servicio militar, según lo preceptuado por el artículo 216 constitucional, éste se encuentra concebido como una forma de responsabilidad social que se conserva entre la sociedad civil y el Estado. Dicho de otra manera: es la posibilidad de que el ciudadano participe en la tarea de asegurar la convivencia pacífica de los habitantes del territorio colombiano, sin que ello propiamente implique una vulneración a los derechos de los particulares, en la medida en que su esencia materializa el ejercicio de la solidaridad ciudadana en un servicio especial e impostergable que requiere, en todos los tiempos, la sociedad..."*
>
> ...

[21] Fl. 189 c2
[22] T-218/10

> *"**Con relación a los soldados bachilleres, se tiene que el artículo 13 de la Ley 48 de 1993, los reconoce como una modalidad de prestación del servicio militar, distinta y especial de las demás previstas para atender la obligación del servicio militar obligatorio, tales como soldado regular, soldado campesino o auxiliar de policía bachiller. Adicionalmente, pone de relieve la necesidad de que sean instruidos y se dediquen a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y, en especial, a tareas dirigidas a la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.**"*
>
> ...
>
> *En ese sentido, el que no se imponga a los bachilleres un plazo mayor a los 12 meses, obedece a la protección que de otras manifestaciones del servicio se establecen como deber en el artículo 95 de la Constitución Política, de suerte que, quienes habiendo superado niveles de injusticia en el acceso a la educación, puedan desempeñar labores asimilables a su grado de instrucción. Es por ese motivo que se encuentran destinados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad, preservación del medio ambiente y conservación ecológica.*
>
> *Lo anterior, entre otras razones, por cuanto esta Corte ha llegado a concluir, que aquellos que son incorporados al servicio militar en la modalidad de soldados bachilleres e, incluso, aquellos reclutados como soldados campesinos, si bien están obligados a tomar las armas y reciben para ello una formación mínima, su preparación y adiestramiento en el aspecto militar y de defensa personal no alcanza niveles evidentes de proporcionalidad frente al peligro que afrontan, por razón del corto tiempo de servicio o la configuración física del conscripto...*

Por su parte, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

> *"(...) los **soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucciones para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica, de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan servicio militar obligatorios en cualquiera de sus modalidades, por ende, someterlo a desarrollar tareas de inteligencia táctica de combate, tendientes a identificar a los adversarios o potenciales adversarios, su capacidad de ataque y centros de arremetida o cualquier otra forma de exponerlos al fuego del adversario constituye una falla en el servicio por la inobservancia de una obligación legal que implica el surgimiento de la responsabilidad de la administración determinado en el incumplimiento del contenido obligacional de protección que tiene el Estado en relación con los conscripto**s(...) " Como sustento de esta diferencia, la Sala ha explicado que los primeros prestan el servicio militar para cumplir con un deber constitucionalmente impuesto, por tanto, solo deben soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio de carácter obligatorio, por ejemplo, como la restricción de derechos fundamentales de locomoción, libertad, entre otros; sin embargo no puede exigírseles soportar los riesgos anormales del ejercicio de esta actividad. Respecto de los segundos, que a iniciativa propia eligen la carrera militar, asumen o, al menos comparten con el Estado, todos los riesgos que sobre ellos puedan materializarse en el cumplimiento del servicio que voluntariamente escogieron prestar..." C.E, C.P María Elena Giraldo Gómez .Proceso No. 13034 de catorce (14) de febrero de dos mil dos (2002)*

Resulta entonces que, acierta la apoderada de la parte actora cuando señala que la entidad que representa fue declarada responsable patrimonialmente por el daño causado por la conducta de unos de sus agentes que ignoró órdenes impartidas por sus superiores e inobservo el decálogo de seguridad con las armas de fuego, al supuestamente mantener su fusil sin la seguridad y cautela debida; no obstante, yerra cuando pretende trasladar la responsabilidad patrimonial derivada del pago de los perjuicios causados con ocasión de la muerte de Yobany Cerquera Méndez al demandado; esto debido, a su especial relación de sujeción con el estado - soldado regular que impide darle connotación de agente estatal;

aunado a su escasa preparación, impericia e inmadurez, es decir, se rompería el principio de equilibrio de las cargas públicas.

Así las cosas, considera el despacho que si bien el demandado con su conducta transgredió el ordenamiento penal y por ello se dictó sentencia condenatoria en su contra, también lo es, que en el presente asunto no se encuentra acreditados la totalidad de los requisitos y presupuestos para la prosperidad del presente medio de control, lo que conlleva a negar las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, a favor de la parte actora, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente Lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo 1887 de 2003. Por secretaría liquídense Costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Por secretaría liquídense costas

TERCERO: En firme esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
Juez