

ACCIÓN DE REPETICIÓN - Condena, accede. Caso agente de policía que incumplió deber legal de cuidado de bienes a su cuidado, moto retenida y extraviada bajo custodia de la Policía

Resulta constitutivo de culpa grave el proceder del Agente demandado toda vez que al ser éste quien material y personalmente recibió y tuvo en su poder el bien mueble inmovilizado por las autoridades policiales en el marco de un procedimiento policial, éste estaba obligado a actuar, en el marco de sus competencias, y disponer lo pertinente para salvaguardar la existencia y conservación de la motocicleta de marras hasta tanto las autoridades judiciales dispusieran lo pertinente a la entrega, pues lo que resulta cierto e indiscutido es que fue bajo la tenencia por cuenta del Patrullero (...) que se presentó la pérdida del bien, suceso éste que, jurídicamente, sólo deviene imputable a su proceder gravemente negligente pues el fallo dictado en la instancia penal ilustra con suficiente claridad cómo el policial enjuiciado resolvió atender otros asuntos en la Fiscalía sin haber realizado, previamente, el registro de la moto en los libros radicadores y mucho menos ubicado ésta en sitio seguro, bien sea en el parqueadero de la Sijin o en poder de otro funcionario de la Policía Nacional idóneo y competente para asumir su guarda. (...) En consecuencia, [se] (...) califica el actuar del patrullero (...) como constitutivo de culpa grave toda vez que desatendió los deberes elementales de diligencia y cuidado respecto del bien que se había entregado con fines de su guarda y custodia, omisiones estas gravísimas toda vez que el haber abandonado los bienes que le fueron entregados por el otro policial frente a las instalaciones de la Sijin (es decir, afuera), no haber realizado la inscripción de los bienes recibidos en el libro radicator pertinente y, peor aún, el no ingresarlas al parqueadero o patio de la Sijin, constituyen una clara falta de prudencia que se ajusta a los términos del artículo 63 del Código Civil (...) pues en vez de adoptar medidas para su debida custodia expuso los bienes a su pérdida o sustracción, como finalmente terminó ocurriendo en el caso de marras (...). Por consiguiente, el detrimento patrimonial sufrido por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con ocasión de la condena dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, deviene imputable a la actuación del (...), quien con su actuación irregular violó la precaución debida que demanda la custodia de bienes que han sido inmovilizados por la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, siendo este actuar calificado por la Sala como gravemente culposo por cuanto los pormenores del caso revelan que se actuó con infracción al deber objetivo de cuidado que le era exigible al demandado en razón a su rol funcional, infracción ésta que sólo encuentra su razón de ser en la evidente incuria del agente acá enjuiciado. (...) Así, la Sala tendrá por probado el elemento subjetivo de la responsabilidad de (...) [el señor], a título de culpa grave, y por consiguiente declarará la prosperidad de la pretensión de repetición adelantada por la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional contra el citado demandado. **NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque; recibida en esta relatoría el 09/02/2017. Síntesis del caso. El 24 de mayo de 2000, un agente de tránsito inmovilizó una motocicleta por existir una investigación penal por hurto sobre el bien; misma que fue dejada a disposición del grupo de automotores de la Sijin a cargo de un agente para su registro en los libros, correspondientes. La motocicleta se perdió estando en custodia de la Sijin por falta de registro y vigilancia del agente a cargo.

VALORACIÓN PROBATORIA DE PRUEBA TRASLADADA - Presupuestos para su procedencia

Con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada (...) [se tiene] que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se

cumpla con los presupuestos generales siguientes: (i) los normativos del artículo 185 del C.P.C., (...) respetando (...) [el] derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. (...) Así como con lo consagrado por el artículo 168 del C.C.A [vigente para la época de entrada para fallo del proceso]; (ii) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad”; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce. (...) Conforme a lo anterior, para la valoración de la prueba trasladada en los eventos de que no ha sido practicada a petición de la parte contra la cual se aduce o sin su audiencia en el proceso primitivo, podrá ser apreciada siempre que en el contencioso administrativo haya existido la oportunidad procesal para la contraparte de controvertirla, de acuerdo con lo dispuesto para la tacha de falsedad en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, esto es, dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto que ordena tenerla como prueba, o al día siguiente a aquél en que haya sido aportada en audiencia o diligencia; salvo que las partes hayan tenido a su disposición las piezas documentales trasladadas durante el trámite del proceso y no las hubiesen controvertido, caso en el cual podrán ser estimadas por el juzgador por razones de lealtad procesal. Igualmente, podrán ser tenidos en cuenta en aquellos casos en que la parte contra la que se aducen coadyuve la petición del traslado de la prueba en la contestación de la demanda, los alegatos conclusión o cualquiera otro acto procesal. **NOTA DE RELATORÍA:** Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque; recibida en esta relatoría el 09/02/2017. Síntesis del caso. El 24 de mayo de 2000, un agente de tránsito inmovilizó una motocicleta por existir una investigación penal por hurto sobre el bien; misma que fue dejada a disposición del grupo de automotores de la Sijin a cargo de un agente para su registro en los libros, correspondientes. La motocicleta se perdió estando en custodia de la Sijin por falta de registro y vigilancia del agente a cargo. Problema jurídico. ¿Cuáles son los presupuestos legales para la valoración de las pruebas trasladadas?.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADA TESTIMONIAL - Presupuestos. Traslado de pruebas de expedientes disciplinarios, penales, militares u ordinarios

Como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo, disciplinario, penal ordinario o penal militar se deben cumplir las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas “que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (ii) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”; (iii) puede valorarse los testimonios siempre que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos, siempre que se cuente con ella en copia auténtica; (iv) cuando las partes en el proceso conjuntamente solicitan o aportan los testimonios practicados en la instancia disciplinaria; y, (v) cuando la parte demandada “se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de

pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso contencioso administrativo”.

VALORACIÓN DE PRUEBA TRASLADADA - Declaración ante autoridad judicial. Interrogatorio / VALORACIÓN DE PRUEBA TRASLADADA - Declaración ante autoridad judicial. Traslado de pruebas de expedientes disciplinarios, penales, militares u ordinarios

En cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala Plena de la Sección Tercera (...) considera que “es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso [...]”. (...) Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado avanza y considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes al contencioso administrativo, especialmente del proceso penal ordinario, como indicios cuando “establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...] ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes” (...); [además,] considera que las indagatorias deben [ser] (sic) (sic) contrastadas con los demás medios probatorios “para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan”, salvo que en dicha diligencia se haya juramentado al indagado, pues en este evento tendría el carácter y los efectos de prueba testimonial”. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre este tema ver la providencia de 11 de septiembre de 2013, exp. 20601.

VALORACIÓN DE PRUEBA TRASLADADA - Prueba documental: Regla general y excepciones / VALORACIÓN DE PRUEBA TRASLADADA - Prueba documental. Traslado de pruebas de expedientes disciplinarios, penales, militares u ordinarios

Para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado es aquella según la cual en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito”. No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma;

(ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructurar su defensa jurídica; (iii) puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y, (iv) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la Litis.

VALORACIÓN DE PRUEBA TRASLADADA - Inspección judicial, dictamen pericial e informe técnico. Traslado de pruebas de expedientes disciplinarios, penales, militares u ordinarios

Si se trata de inspecciones judiciales, dictámenes periciales e informes técnicos trasladados desde procesos contenciosos administrativos, penales ordinarios o militares, o disciplinarios pueden valorarse siempre que hayan contado con la audiencia de la parte contra la que se aducen, o servirán como elementos indiciarios que deben ser contrastados con otros medios probatorios dentro del proceso. Debe tenerse en cuenta que el Código General del Proceso en su artículo 174, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, (...) A dicha norma se integran los criterios anteriormente fijados, por lo que se puede afirmar una completa correspondencia del análisis realizado por la Sala con todo el universo normativo constitucional y legal de los medios probatorios que fueron trasladados.

CONDENA - Liquidación. Acción de repetición / CONDENA - Liquidación: Intereses moratorios deben ser asumidos por entidad y no por el agente infractor / CONDENA - Liquidación: Agente condenado a restituir a la entidad la suma de la condena, sin los intereses. Fórmula actuarial

Para efectos de la liquidación de la condena a imponer en este fallo de repetición la Sala tendrá en cuenta que del monto pagado por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional al beneficiario de la condenada dictada en el juicio de reparación directa ha de descontarse el rubro correspondiente a los intereses, pues éstos últimos corresponden asumirlos al Ente administrativo condenado y no pueden ser imputados como obra del actuar gravemente culposo del demandado Asdrúbal Gil Fory. (...) Resta, entonces, actualizar el monto de la condena, a lo cual se procederá siguiendo la fórmula de matemática empleada por esta Corporación para el efecto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. diez (10) de noviembre del dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00314-01(57008)

Actor: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Demandado: ASDRUBAL GIL FORY

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN (SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: De acuerdo con la normatividad vigente, Decreto 01 de 1984, se revoca la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones al encontrarse acreditada la culpa grave del demandado. Restrictor: Acción de repetición contra patrullero de la Policía Nacional que por su conducta dio lugar a la pérdida de una motocicleta bajo su custodia – Valor probatorio de la prueba trasladada – Elementos de procedibilidad de la acción de repetición.

Decide la Subsección a decidir el presente asunto, correspondiente al recurso de apelación promovido por la parte demandante contra la sentencia de 22 de octubre de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, que desestimó las pretensiones de la demanda, en atención a la prelación dispuesta por la Sección Tercera para las acciones de repetición mediante Acta No. 15 de 5 de mayo de 2005.

ANTECEDENTES

1.- La demanda

1.1.- Fue presentada el 1° de octubre de 2010 (fls 30-43, c1) por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en ejercicio de la acción de repetición consagrada en el artículo 86 C.C.A., contra Asdrúbal Gil Fory, con el objeto que se declarara a este último como responsable por los perjuicios ocasionados al Ministerio con el pago ordenado por el Tribunal Administrativo del Cauca en sentencia de 20 de enero de 2009 dictada dentro de la acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra y Otros. Como consecuencia de dicha declaratoria solicitó se condenara al demandado a pagar al Ministerio la suma de cuatro millones quinientos cuarenta y un mil trescientos sesenta y dos pesos con veintitrés centavos (\$4.541.362,23)

1.2.- Las pretensiones se fundamentan en los hechos presentados por la parte actora y de los cuales la Sala destaca siguientes:

1.3.- El 24 de mayo de 2000 el Agente de Tránsito Boris Montenegro Mosquera inmovilizó una motocicleta la cual días antes había sido objeto de hurto a su propietario Darío Soto Esguerra.

1.4.- El citado Agente dejó a disposición del grupo de automotores de la Sijin el referido vehículo, concretamente al Patrullero Asdrúbal Gil Fory. Desaparecida la motocicleta que fue inmovilizada, el propietario de la misma incoó acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por los perjuicios causados obteniendo, a la postre, decisión favorable a sus pedimentos, en sentencia de 20 de enero de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

1.5.- Narra la demanda que por estos hechos la justicia penal militar en sentencia de 24 de abril de 2002 encontró responsable al Patrullero Gil Fory del delito de peculado culposo.

2. Actuación procesal en primera instancia.

2.1.- Admitida que fue la demanda, en proveído de 29 de agosto de 2011 (fls 69, c1) y notificada por aviso al demandado (fl 96, c1), la parte demandada no dio contestación a la misma.

2.2.- Mediante auto de 22 de agosto de 2014 (fl 114, c1) se dio inicio al periodo probatorio y, finalmente, en auto de 29 de enero de 2015 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad en la que las partes y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

3.- Sentencia de primera instancia.

El 22 de octubre de 2014 (fls 122-134, c1) se dictó sentencia en la que se desestimaron las pretensiones de la demanda.

Luego de encontrar acreditados los elementos objetivos consistentes en la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado, la existencia de una sentencia condenatoria contra la entidad demandante y el pago efectivo de la indemnización, el *a-quo* detuvo su análisis en punto a la existencia de culpa grave o dolo, donde consideró que si bien en el fallo dictado en el juicio de reparación directa el Tribunal refirió a las providencias que resolvieron la situación jurídica en materia penal del acá demandado, no se había arrimado al plenario la decisión definitiva que desvirtuara la presunción de inocencia de este en aquel juicio penal. Por consiguiente, al echar de menos tal prueba concluyó el *a-quo* que no se encontraba acreditado el elemento subjetivo de la responsabilidad del funcionario.

Por tales razones concluyó que no existía prueba de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.

4.- Recurso de apelación.

Contra lo así resuelto la parte demandante (fls 138-144, c1) se alzó mediante recurso de apelación, impugnación que fue concedida por el *a-quo* en auto de 24 de noviembre de 2015 (fl 171, c1).

El recurrente alegó que en el caso estaba demostrada la responsabilidad del funcionario demandado. Puntualizó que para la época de los hechos el demandado se desempeñaba como técnico del grupo de automotores y no se evidenció justificación que explique la razón por la cual no procedió a realizar el registro del automotor en los libros radicadores y trasladar la motocicleta al parqueadero de la Sijin. Finalmente adjuntó junto a la impugnación copia del fallo de 27 de febrero de 2004 proferido por el Juzgado 155 de Primera Instancia de la justicia penal militar donde se condenó al demandado por el delito de peculado culposo, con la respectiva constancia de ejecutoria.

5.- Actuación procesal en segunda instancia

Recibido el expediente en esta Corporación, en auto de 17 de mayo de 2016 se admitió el recurso (fl 176, c1). Seguidamente, en proveído de 28 de junio del mismo año se tuvo como prueba en segunda instancia la documentación aportada por el recurrente en el escrito de apelación (fl 178-180, c1) y, finalmente, en auto de 22 de agosto de 2016 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad aprovechada por el Agente del Ministerio Público quien emitió concepto favorable a las pretensiones de la demanda argumentando que en este asunto estaba demostrado el proceder gravemente culposo del agente demandado al no haber registrado e ingresado la motocicleta incautada al parqueadero de la Sijin, sin existir explicación razonable de tal omisión.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

La Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 22 de octubre de 2015, con fundamento en el artículo 129 del Código

Contencioso Administrativo, el artículo 7 de la Ley 678 de 2001 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 – modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2.- Normatividad aplicable

Precisa la Sala que en el *sub – lite* los hechos que dieron origen a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca datan del 24 de mayo de 2000 cuando funcionarios de la Sijín inmovilizaron la motocicleta IVJ-04, razón por la cual sólo hay lugar a observar la Ley 678 de 2001 en sus aspectos procedimentales no así en su regulación sustantiva, por cuanto los hechos objeto de esta acción de repetición tuvieron lugar antes de la expedición de este régimen legal, de manera que en esta materia resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 90 de la Constitución Política de 1991, 77 y 78 del Decreto-ley 01 de 1984¹.

3. Aspectos procesales previos – Valor probatorio de la prueba trasladada.

3.1.- En las presentes diligencias obra como prueba trasladada original del expediente 19001-23-00-003-2002-1653-00 de acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional (cdnos anexos 1-3) y la sentencia de 27 de febrero de 2004 y el auto de 20 de abril de 2006 dictados por el Juzgado 155 de primera instancia de la Policía Nacional dentro del proceso penal seguido contra el patrullero Asdrubal Gil Fory por el delito de peculado culposo (fls 155-169, c1).

3.2.- La jurisprudencia de los últimos años del Consejo de Estado², con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada, sostiene que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos generales siguientes³: (i) los normativos del artículo 185⁴ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los] proceso [s] del que se trasladan se hubieren

¹ Respecto de la aplicación de las normas sustanciales en los casos de acción de repetición, se ha entendido que si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 2 de mayo de 2007, expediente: 18621; 6 de marzo de 2008, expediente: 26227; 16 de julio de 2008, expediente: 29221.

² Ver sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C el 16 de mayo de 2016. Exp: 31.333.

³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. En su modulación puede verse las siguientes sentencias: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334.

⁴ “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia de ella⁵, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168 del C.C.A⁶ [vigente para la época de entrada para fallo del proceso]; (ii) las “pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea del caso, dentro del proceso de responsabilidad”⁷; (iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración⁸; y, (iv) la prueba trasladada de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional⁹.

3.3.- A su vez, como presupuestos para la valoración de la prueba testimonial que se traslada desde un proceso administrativo, disciplinario, penal ordinario o penal militar se deben cumplir las siguientes reglas especiales [debiéndose tener en cuenta tanto las generales como estas]: (i) no necesitan de ratificación cuando se trata de personas “que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (ii) las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer”¹⁰; (iii) puede valorarse los testimonios siempre

⁵ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

⁶ Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”. En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: “Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla”. Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

⁸ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

⁹ Sección Tercera, sentencia 20 de mayo de 2004, expediente 15650. Las “pruebas que acreditan la responsabilidad de la demandada que provienen de procesos disciplinarios internos tramitados por la misma, pueden ser valoradas en la presente causa contencioso administrativa, dado que se practicaron por la parte contra la que se aducen”. Las piezas procesales adelantadas ante la justicia disciplinaria y penal militar se allegaron por el demandante durante el período probatorio, y pueden valorarse. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

¹⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334, Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

que solicitados o allegados por una de las partes del proceso, la contraparte fundamenta su defensa en los mismos¹¹, siempre que se cuente con ella en copia auténtica; (iv) cuando las partes en el proceso conjuntamente solicitan o aportan los testimonios practicados en la instancia disciplinaria¹²; y, (v) cuando la parte demandada “se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por los actores o demandantes dentro del proceso contencioso administrativo”.

3.4.- En cuanto a las declaraciones rendidas ante las autoridades judiciales penales ordinarias [Fiscalía, Jueces Penales, Jueces de Instrucción Penal Militar], la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2013 [expediente 20601] considera que “es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Este último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso [...]”¹³.

3.5.- Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado avanza y considera que cuando no se cumple con alguna de las anteriores reglas o criterios, se podrán valorar las declaraciones rendidas en procesos diferentes al contencioso administrativo, especialmente del proceso penal ordinario, como indicios cuando “establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar [...] ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes [...]”¹⁴. Con similares argumentos la jurisprudencia de la misma Sub-

¹¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.

¹² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 26737. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

¹³ Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 2013, expediente 20601; de la Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

¹⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

sección considera que las indagatorias deben contrastadas con los demás medios probatorios “para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan”¹⁵, salvo que en dicha diligencia se haya juramentado al indagado, pues en este evento tendría el carácter y los efectos de prueba testimonial.

3.6.- De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado es aquella según la cual en “relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289¹⁶ del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito”¹⁷. No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma¹⁸; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructurar su defensa jurídica¹⁹; (iii) **puede valorarse la prueba documental cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma**; y, (iv) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por una autoridad pública aportando e invocado por el extremo activo de la Litis²⁰.

¹⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 3 de diciembre de 2014, expediente 45433.

¹⁶ “Artículo 289. Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia. Los herederos a quienes no les conste que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, podrán expresarlo así en las mismas oportunidades. No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica”.

¹⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además, en otra jurisprudencia se sostiene que “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 [...] por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Cfr. también Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art. 254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art. 243 CPC)”. Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de abril de 2011, expediente 20587.

¹⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

¹⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

²⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

3.7.- Finalmente, si se trata de inspecciones judiciales, dictámenes periciales e informes técnicos trasladados desde procesos contenciosos administrativos, penales ordinarios o militares, o disciplinarios pueden valorarse siempre que hayan contado con la audiencia de la parte contra la que se aducen²¹, o servirán como elementos indiciarios que deben ser contrastados con otros medios probatorios dentro del proceso.

3.8.- Debe tenerse en cuenta que el Código General del Proceso en su artículo 174, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, consagra que las “*pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. **En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas [...] La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan**”.*

A dicha norma se integran los criterios anteriormente fijados, por lo que se puede afirmar una completa correspondencia del análisis realizado por la Sala con todo el universo normativo constitucional y legal de los medios probatorios que fueron trasladados.

3.9.- Conforme a lo anterior, para la valoración de la prueba trasladada en los eventos de que no ha sido practicada a petición de la parte contra la cual se aduce o sin su audiencia en el proceso primitivo, podrá ser apreciada siempre que en el contencioso administrativo haya existido la oportunidad procesal para la contraparte de controvertirla, **de acuerdo con lo dispuesto para la tacha de falsedad en el artículo 289²² del Código de Procedimiento Civil, esto es, dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto que ordena tenerla como prueba, o al día siguiente a aquél en que haya sido aportada en audiencia o diligencia²³; salvo que las partes hayan tenido a su disposición las piezas documentales trasladadas durante el trámite del proceso y no las**

²¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334. Puede verse: Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398.

²² Disposición concordante con el artículo 269 y 270 del Código General del Proceso.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de noviembre de 1998, expediente: 12124: “*Si se trata de documentos públicos o privados debidamente autenticados, que han sido aportados en otro proceso y cuya copia auténtica se traslada al proceso contencioso administrativo, para su validez en éste último, es suficiente con que el juez mediante auto que lo deje a disposición de las partes por el término de tres días (sic), para que las partes tengan la oportunidad de pronunciarse frente al mismo, en caso de que lo consideren necesario, es decir, otorga la posibilidad de que se surta el trámite de tacha por falsedad. Vencido ese término, sin que las partes hayan hecho manifestación alguna, el documento adquiere plena validez como prueba dentro del proceso y el juez administrativo entrará a otorgarle el valor que de su autenticidad y contenido se derive, calificación que hará en la sentencia*”

hubiesen controvertido, caso en el cual podrán ser estimadas por el juzgador por razones de lealtad procesal²⁴.

3.10.- Igualmente, podrán ser tenidos en cuenta en aquellos casos en que la parte contra la que se aducen coadyuve la petición del traslado de la prueba en la contestación de la demanda, los alegatos conclusión o cualquiera otro acto procesal.

3.11.- De otra parte, la Subsección considera necesario remitirse a la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional que señaló la posibilidad de que el Juez valore aquellas declaraciones aun cuando no hayan sido ratificadas dentro del proceso que se pretenden hacer valer. Lo anterior, en atención a que hacer lo contrario, traería como consecuencia un defecto fáctico por exceso ritual manifiesto, para sustentar su posición el Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

“(…) La Sala evidencia la ocurrencia de una falencia por parte del juez ordinario al obviar las alternativas que le ofrecía el ordenamiento jurídico, y que han sido delineadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral-, para subsanar la falta de ratificación de los testimonios extra juicio que el mismo funcionario adujo como necesaria. Tal omisión del juez ordinario, constituye un defecto que encuadra dentro de la categoría de la causal procedimental por exceso ritual manifiesto, que como consecuencia conllevó la omisión en la valoración de las pruebas aportadas por la parte demandante, con lo cual, se incurrió concomitantemente en un defecto fáctico. La Sala es consciente de la relevancia de la independencia en la actividad judicial, en especial en temas relativos a la valoración probatoria, no obstante, ello no es excusa para tomar decisiones superficiales ante la evidencia de hechos que necesariamente versan sobre la garantía de derechos sustanciales como el que en su momento reclamaba el señor, y que posteriormente se transfirió a su esposa, la ahora accionante, quien además (...)”²⁵.

3.12.- En el mismo sentido, y de manera general la Corte Constitucional ha enfatizado que el juzgador debe dar prevaencia en el Estado Social de Derecho a

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2012, expediente: 24070: i) en “punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: - Que hayan sido válidamente practicadas. - Que se trasladen en copia auténtica. - Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella (Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607); ii) la prueba trasladada del proceso penal ordinario a petición únicamente de la parte demandante no puede ser valorada (Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 14951); iii) la ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración; (Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088); iv) se puede valorar como indicio la prueba trasladada del proceso penal. En ese sentido, en la jurisprudencia se sostiene que las “pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer; (Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573).

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 363 del 26 de junio de 2013.

la obtención del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad, así en recientemente en sentencia de unificación²⁶, expresó lo siguiente:

“El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frio funcionario que aplica inflexiblemente la ley”²⁷, convirtiéndose en el funcionario – sin vendas – que se proyecta mas (sic) allá de las formas jurídicas para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales²⁸. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material...”

Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial y con ello la realización de una justicia material”.

3.13.- En efecto, es preciso destacar que la sentencia referida constituye un punto culmen del desarrollo jurisprudencial de esa Alta Corporación respecto del carácter marcadamente sustantivo, material y efectivo del derecho al acceso a la administración de justicia y el debido proceso (artículos 29 y 228 constitucionales) los cuales, más allá de las formas procedimentales, requieren un acento interpretativo con fundamento en la constitucionalización del derecho y la efectividad de los derechos fundamentales de quienes están trabados en un litigio.

3.14.- La sentencia **SU-768 de 2014** va más allá y deja en claro que el deber primario y fundamental de todos los funcionarios judiciales es el de guardar estricta fidelidad al texto y espíritu de la Constitución por encima de las disposiciones legales y/o reglamentarias; que es preciso comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales y el principio democrático para satisfacer los requerimientos que una sociedad como la nuestra exige, lo cual demanda de la judicatura un rol proactivo y volcado hacia la búsqueda de la verdad y de la aplicación y primacía del derecho sustancial sobre el formal²⁹.

3.15.- De manera que, se valoraran por parte del Juez los documentos que se trasladaron toda vez que los mismos fueron puestos en conocimiento de la parte contra la cual se pretendían hacer valer, sin que ésta hubiese impugnado su valor, lo cual, conforme a lo expuesto, permite que a los mismos se les otorgue valor probatorio. Y específicamente frente a los testimonios practicados dentro de los procesos penal y contencioso administrativo trasladados a la presente acción, la

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU – 768 del 16 de octubre de 2014.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T – 264 de 2009.

²⁸ Ver. Sentencia Corte Constitucional C- 159 de 2007.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto de 11 de noviembre de 2014, expediente: 20507.

Sala precisa que serán valorados junto con todo el acervo probatorio allegado al plenario, para así resolver el presente caso, siempre bajo la égida de la protección de los derechos fundamentales de las partes del proceso.

4.- Elementos para la procedencia de la acción de repetición.

La Sección Tercera ha explicado en abundantes providencias³⁰ los elementos que determinan la prosperidad de las pretensiones de repetición que formula el Estado contra sus agentes. Ha considerado que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición³¹.

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 conciliación³², 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 conflicto³³.

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

³⁰ Sobre el 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.

³¹ Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407.

³² La ley 678 de 2001 agregó que la obligación de pago también puede surgir de una conciliación aprobada legalmente.

³³ Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007, expediente: 30327.

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.

5.- El caso en concreto.

Así las cosas, se analizará en el *sub judice* si hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de Asdrubal Gil Fory, es decir, si se cumplen con los requisitos de la acción de repetición antes señalados, de acuerdo con el material probatorio recaudado.

5.1.- Respecto del primer requisito, (calidad del agente) la Sala lo tendrá por acreditado, de acuerdo con el material probatorio arrimado al expediente, que refleja la calidad de patrullero de la Policía Nacional de Asdrubal Gil Fory, como se desprende de la constancia de 17 de febrero de 2010 expedida por el Jefe de Talento Humano – Área Recursos Humanos donde se certifica que el citado patrullero laboró en la institución desde el 1° de agosto de 1997 hasta el 3 de marzo de 2008 fecha en la que se retiró del servicio activo por incapacidad absoluta permanente (fl 28, c1). Por lo expuesto, el primer requisito para la prosperidad de la acción de repetición se encuentra demostrado.

5.2.- Para acreditar el segundo de los requisitos (condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere el pago a cargo del Estado), la Subsección observa que dentro del proceso obra original de la sentencia de 20 de enero de 2009 dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, dictada dentro de la acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional radicado No. 2002-1653-00 con ocasión de la pérdida de la motocicleta Yamaha de placas IVJ-04 de propiedad de Darío Soto Esguerra (fls 63-72, c1 anexo).

Consta, de las copias aportadas, que dicho fallo fue favorable a las pretensiones de la demanda profiriendo una condena contra la, ahora demandante, por valor de cuatro millones noventa y ocho mil ochocientos sesenta y dos pesos (\$4.098.862)

por concepto de perjuicio material en la modalidad de daño emergente. Tal fallo fue notificado por edicto que se fijó entre el 26 y el 28 de enero de 2009, quedando ejecutoriado el fallo el 2 de febrero de 2009 (fl 71-73, c1).

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

5.3.1.- Resolución No. 0382 de 15 de mayo de 2009 de la Directora Administrativa y Financiera de la Policía Nacional *“por la cual se da cumplimiento a una sentencia a favor de Daría Soto Esguerra”* mediante la cual se resolvió, en su artículo primero, disponer el pago de cuatro millones quinientos cuarenta y un mil trescientos sesenta y dos pesos con veintitrés centavos (\$4.541.362,23) a Darío Soto Esguerra a través de su apoderada Etel Magali Romo López y en el artículo segundo se dispuso que el pago se haría a la cuenta de ahorros del Banco Davivienda de titularidad de la suscrita abogada (fls 22-24, c1).

5.3.2.- Documento “comprobante de Egreso” No. 1500007187 de 16 de junio de 2009 que da cuenta de una transacción por valor de \$4.541.362,23 a favor de Etel Magali Romo López. En el aparte “Concepto” se lee: “RES: 382 18052009 SENTENCIAS” (fl 27, c1).

5.3.3.- Comunicación de 3 de octubre de 2014 del Departamento de entes Externos y de Control del Banco Davivienda dirigido al Tribunal Administrativo del Cauca donde se lee: “(...) En atención a su solicitud le informamos que la transacción efectuada el día 12 de junio de 2009 a la cuenta 680521721, corresponde a una nota crédito generada por “DIR. TESORO NACI” Nit 8999990902, (Anexamos consulta transacciones)

ID	Fecha	Descripción	ID Origen	Nombre Origen	Código o Banco Origen	Valor	ID Destino	Nombre Destino	Código Banco Destino	Cuenta Destino
8540144 4	12/06/2009	Interbancarios Propios (Movimiento Recibido-Tx CR)	899999090 2	DIR TESORO NACI	683	\$4.541.362,23	3455266 4	GIROS DTN 4155579	50	680521721

” (fl 6, c3).

5.3.4.- De esta manera, para la Sala queda demostrado con las pruebas arrojadas al proceso, que la entidad demandante cumplió con la obligación a su cargo, consistente en el pago de la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que fue realizado al apoderado judicial de los

beneficiarios por consignación bancaria. En consecuencia, se tiene por cumplido el tercero de los requisitos.

5.4.- Por último, respecto del requisito consistente en la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa, la Sala ha explicado en diferentes oportunidades que, para efectos de determinar la culpa grave o dolo, se debe acudir a las normas vigentes para la época de los hechos, en este caso, a lo establecido en el artículo 63 del Código Civil:

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

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

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”.

5.4.1.- El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición³⁴ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77³⁵ y 78³⁶ del C. C. A.. Así, dijo³⁷ que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política³⁸ y en la ley.

³⁴ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

³⁵ Sentencia C –100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

³⁶ Sentencia C – 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

³⁷ Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

³⁸ El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

5.4.2.- Es clara 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 responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

5.4.3.- Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la **conducta dolosa o gravemente culposa** de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública.

5.4.4.- Así las cosas, la determinación de si una conducta es dolosa o gravemente culposa, reviste un carácter probatorio, debido a que el actor debe demostrar que resulta probada tal circunstancia, solo en tal caso habrá lugar a endilgarle responsabilidad patrimonial a los demandados.

5.4.5.- Ahora bien, en orden a emitir pronunciamiento sobre el dolo o culpa grave del demandado, se encuentran los siguientes elementos probatorios:

5.4.5.1.- Informe suscrito por el Agente Montenegro Boris Eduardo de 24 de mayo de 2000 dirigido al Jefe de la Sijin con asunto "Dejando a disposición una motocicleta" donde se lee lo siguiente:

"Por medio del presente me permito dejar a disposición de esa jefatura la motocicleta que a continuación relaciono así:

Marca	Yamaha
Placa	IVJ-04
Servicio	Particular
Tipo	Cross
Color	Negro
Cilindraje	DT-175
Motor Nro.	BTK-005129
Chasis	005129

HECHOS

El día hoy siendo las 00:10 horas en la vía al sur frente a la estación gasolina Solarte las Farolas de esta ciudad, momentos en que se realizaba puesto de control ordenado por el señor Jefe de Vigilancia: fue inmovilizada la motocicleta en mención la cual era conducida por el señor Joaquín Ernesto Moreno Montaña (...) y al solicitarle sus documentos de dicha motocicleta presentó tarjeta de propiedad falsa tratando de engañar a los policiales manifestando que la tarjeta era original, posteriormente la trasladamos a las instalaciones de la SIJIN donde el técnico de automotores manifestó la falsedad de la tarjeta en mención. Motocicleta evaluada en la suma de 2'800.000 pesos. Es de anotar que el vehículo en mención presenta una marquilla en diferentes partes de la moto con siglas DES-535.

Caso conocido por los señores PT. Pinta Bastidas Gerardo, AG. Gómez Sanabria Alexander, AG. Tello Gómez Hermes y el suscrito.” (fl 28, cdno 1 anexo).

5.4.5.2.- Oficio No. 0099 GRAUT SIJIN de 2 de febrero de 2001 suscrito por el Jefe de Automotores de SIJIN con destino al Juzgado Segundo Penal Municipal de Buga donde se informa lo siguiente:

“Por medio del presente me permito dar respuesta a su oficio y le informo que buscando en los archivos de los libros radicadores que se llevan en esta unidad no se encontró radicación de la motocicleta de placas IVJ04 ni anotaciones en el libro que se lleva en el parqueadero por lo cual esta unidad entrevistó al señor Agente Luis Eduardo Montenegro Mosquera quien manifestó que el oficio lo había recibido con la motocicleta el señor PT Gil Fory Asdrubal para esa fecha técnico del grupo de Automotores, en la actualidad dicho patrullero se encuentra laborando en el Departamento de Arauca esta unidad desconoce el motivo por el cual el señor patrullero no realizó (sin) el procedimiento normal ordenado que es de registrar el automotor en los libros radicadores y trasladar la motocicleta al parqueadero de la Sijin hasta dejarla a disposición de la autoridad solicitante.

De antemano le informo que esta unidad queda presta a su disposición para cualquier requerimiento que se necesite con referencia a este caso.” (fl 33, cdno 1 anexo).

5.4.5.3.- Auto de 2 de marzo de 2001 del Juzgado Segundo Penal Municipal de Guadalajara de Buga donde se lee:

“De acuerdo a información obrante dentro de estas diligencias se desprende que la motocicleta de propiedad del señor Cavir Orlando Martínez denunciada como sustraída en esta ciudad, fue recuperada en la ciudad de Popayán donde se dejó a ordenes de la SIJIN, como así lo expone el Agente Montenegro Boris Eduardo, sin que hasta el momento haya sido puesta a disposición de este Juzgado a pesar de haberla solicitado, obteniendo como respuesta que se desconoce el motivo por el cual el patrullero PT Gil Fory Asdrubal, no realizó el procedimiento normal ordenado... y trasladar la motocicleta al parqueadero de la Sijin hasta dejarla a disposición de la autoridad competente, por ello se dispone enviar con destino a la fiscalía local de esta ciudad copia del expediente para la correspondiente investigación”. (fl 36, cdno 1 anexo).

5.4.5.4.- Sentencia de 27 de febrero de 2004 dictada por el Juzgado 155 de Primera Instancia de la Policía Nacional dentro del proceso penal seguido contra Asdrubal Gil Fory, que en su parte considerativa, sobre la responsabilidad penal del procesado, anotó:

“Con relación a la responsabilidad que le asiste a Asdrubal Gil Fory, es aceptada en la diligencia de indagatoria rendida el 14 de noviembre de 2001, refiriéndose que para esa fecha el Comandante de la patrulla trasladó dos motocicletas hasta las instalaciones de la Sijin del Cauca, donde él se encontraba como encargado del Grupo de Automotores, procediendo a recibir las dos motocicletas y darle las respectivas constancias al policial que las dejó a disposición de ese despacho; obrando conforme al procedimiento establecido para estos casos y era conocedor del procedimiento, como la obligación de dejar los móviles a disposición de las autoridades respectivas. Afirma que los rodantes fueron dejados frente a las instalaciones de la SIJIN, saliendo posteriormente hacia las Fiscalías y a su regreso a las oficinas, faltaba una motocicleta. No informo (sic) a nadie de esos hechos y después de dos meses apareció el propietario de la motocicleta, a quien le comentó lo ocurrido, solicitando que llegaran a un acuerdo económico, debido a que él era perjudicado frente a esa situación.

Trata de justificar el hecho de no haber radicado ni informado la pérdida del rodante, debido a que existía discordia con su superior, motivado a problemas de índole religioso y que tenía la esperanza que la motocicleta se recuperara; se refiere igualmente, que en el parqueadero de la Sijin no hay ninguna seguridad aunque se encuentra dentro de las instalaciones Policiales. Siendo así las cosas es el mismo procesado quien menciona los actos omisivos, representados en dejar las motos frente a las oficinas de Automotores, a pesar que, disponía de los elementos humanos para que los rodantes fueran entregados en el parqueadero de la SIJIN por los mismos policiales que los entregaron en la oficina mencionada, como también podía haber solicitado a la guardia de la unidad que dispusiera del nombramiento de un policial para que custodiara los rodantes, mientras hacía los oficios para dejarlos a disposición de la autoridad respectiva o cumplía el desplazamiento que debía hacer a las Fiscalías. Están demostrados los actos negligentes en el descuido de no emplear los medios disponibles para evitar la pérdida del rodante.

También está demostrada la responsabilidad que le asiste, en los actos omisivos representados en no radicar en los libros respectivos la novedad ocurrida, tratando de ocultar los hechos a sus superiores, por esa razón, no llegaron de manera oficial a conocimiento de los mismos como tenía que haber sucedido, y sobre ese aspecto se refiere el Sargento Segundo John Mario González en su declaración (fl 37 al 39), cuando afirma que busco (sic) en los libros y en los oficios recibidos tanto los de la oficina, como los del parqueadero de la SIJIN y no encontró registro alguno de la entrada de la motocicleta y fue el agente Montenegro quien me informó lo relacionado a la recuperación de la motocicleta, la que era solicitada por una Fiscalía de Buga (Valle). Sobre la pérdida del rodante se enteró cuando habló con una señorita, quien le informó que el patrullero Gil Fory le manifestó que él había recibido el rodante, que se perdió del parqueadero situado frente a la oficina.

(...)

El Despacho comparte las apreciaciones del Fiscal Penal Militar y de la Agencia del Ministerio Público hecha en la Audiencia de Corte Marcial, quien pide sentencia condenatoria, como consecuencia de haberse demostrado la responsabilidad que le asiste al Patrullero Asdrubal Gil Fory como autor responsable de la conducta delictual del Peculado Culposos, pues es el mismo procesado que acepta su responsabilidad, así mismo está demostrado que realmente recibió la motocicleta en la fecha de los hechos por razón de sus funciones y debido a los actos omisivos no garantizó la seguridad del inmueble (sic) demostrándose un comportamiento negligente y descuidado. También comparte el despacho las apreciaciones hechas con relación a la expresión “En razón de sus funciones” contenido en el artículo 195, la que tiene relación con la oportunidad, o la capacidad, al acceso que tiene el servidor público respecto del bien oficial o particular del cual por la naturaleza de la función se tiene que cuidar o administrar; demostrándose que el bien ingresó legalmente al demonio, tutela y custodia de la Policía Nacional; sin embargo aseveran los exponentes, que en materia penal, la responsabilidad no es institucional sino individual, por lo tanto el

incriminado, deberá responder de manera personal por su conducta negligente en los hechos, materia de este fallo.

El Despacho no comparte las apreciaciones respetables del señor Defensor, quien pide la absolución a favor de su defendido, argumentando que para que se constituya la negligencia como parte estructural de la culpa, debe demostrarse que la misma, no provenga de actos inexcusables, y que para el caso en comento, debe analizarse la duplicidad de funciones que debía cumplir el Patrullero Asdrubal Gil Fory, como lo explica en diligencia de inquirir; y que no obra prueba documental como constancia del recibo físico del automotor, firmada con su puño y letra, donde se demuestre que realmente recibió físicamente el rodante, por lo tanto no habría culpa como presupuesto indispensable para que se configure el peculado culposo y que tampoco está demostrado los actos negligentes realizados por su defendido; sin embargo no tuvo en cuenta el respetado Defensor que si bien es cierto fungía el procesado como encargado del grupo de automotores y como tal debía cumplir algunas funciones como son entre otras, la de recibir los vehículos que eran puestos a su disposición, contestar los requerimientos de diversas autoridades entre otros aspectos; pero también debe tenerse en cuenta que no estaba él solo en la oficina en el desempeño de sus funciones, ya que también contaba con la secretaria como el incriminado lo manifiesta en su indagatoria, por lo tanto podía acudir a esta persona para que le preste el apoyo relacionado con la entrega de oficios y demás a las autoridades, como también solicitar el refuerzo que estimara necesario del personal uniformado ante el Comandante de Distrito, Comandante de Guardia; de donde se concluye que sus actos no son inexcusables como pretende hacer creer el defensor. Ahora, bien con relación a que no obra dentro del paginario documento alguna (sic) que demuestre que Asdrubal Gil Fory, hubiese recibido la mencionada motocicleta, con su puño y letra; considera el despacho, que a (sic) existe una firma de recibo "PT. Gil Fory" (folio 21 C.O), situación esta que el mismo procesado la acepta en su diligencia de indagatoria (folio 87 al 91 CO), pruebas materiales que desvirtúan las apreciaciones exculpatorias planteadas por la defensa; con relación a que no se constituyen los actos negligentes, debe tenerse en cuenta que es el mismo incriminado quien manifiesta de manera espontánea en la diligencia de indagatoria haber recibido la moto y que salió de la oficina con destino a la Fiscalía y al regresar no encontró una de las motocicletas, también nos ilustra acerca de la existencia de un parqueadero de la Sijin, pero no realizó (sic) las actividades necesarias para que las motocicletas fueran entregadas al parqueadero, ni dispuso el nombramiento de un servicio de protección, ni siquiera las recomendó a los policiales que se encontraban en la guardia, todos estos actos negligentes permitieron la pérdida de la motocicleta." (fls 155-166, c1).

5.4.6.- Revisado el anterior acervo probatorio encuentra la Sala que se satisface el elemento subjetivo en contra del agente demandado.

5.4.7.- En efecto, demostrado quedó en el *sub judice* que en procedimiento policial desarrollado en el Municipio de Popayán el 24 de mayo de 2000 se inmovilizó una motocicleta Yamaha de placas IVJ04 que días antes había sido denunciada como hurtada. Igualmente quedó probado en esta causa, y en el proceso penal pertinente, que el Agente de Policía que adelantó tal actuación dejó a disposición de la Sijin del Departamento del Cauca el bien mueble para lo de su competencia, habiendo sido el Agente demandado Asdrubal Gil Fory el Patrullero que recibió y tuvo bajo su custodia el citado rodante.

5.4.8.- Tampoco se discute que lo acontecido ocurrió cuando el Agente demandado se encontraba en desempeño de sus funciones como Patrullero y técnico del grupo de automotores de la Sijín y que el procedimiento que debía seguir el demandado consistía en hacer registrar y guarecer en el parqueadero de esa Entidad el vehículo para dejarlo a disposición de la autoridad judicial competente.

5.4.9.- También es verdad sabida que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional resultó condenada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa por cuenta de la prosperidad de una acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra, presunto propietario de la Motocicleta, por la pérdida del bien y le consiguiente daño emergente que se le causó. En el fallo de 20 de enero de 2009 del Tribunal Administrativo del Cauca se dijo: *“(...) es evidente, además de incuestionable, que el vehículo automotor de propiedad del demandante, se encontraba a disposición de la Sijín y que estando en su poder fue desaparecido, surgiendo en consecuencia responsabilidad en contra de la entidad demandada. // Fue, pues, esa conducta omisiva y descuidada de las autoridades que tuvieron bajo su custodia el Automotor referido, le que constituye una falla del servicio (...)”* (fl 68, c1 anexo).

5.4.10.- Una y otra realidad fáctica vertida en los fallos judiciales dictados en las instancias penal y contenciosa administrativa pueden ser consideradas en este juicio contencioso toda vez que *“las decisiones judiciales conforman una realidad jurídica y material que puede servir para acreditar un hecho posterior”*³⁹.

5.4.11.- Así las cosas, para la Sala resulta constitutivo de culpa grave el proceder del Agente demandado toda vez que al ser éste quien material y personalmente recibió y tuvo en su poder el bien mueble inmovilizado por las autoridades policiales en el marco de un procedimiento policial, éste estaba obligado a actuar, en el marco de sus competencias, y disponer lo pertinente para salvaguardar la existencia y conservación de la motocicleta de marras hasta tanto las autoridades judiciales dispusieran lo pertinente a la entrega, pues lo que resulta cierto e indiscutido es que fue bajo la tenencia por cuenta del Patrullero Gil Fory que se presentó la pérdida del bien, suceso éste que, jurídicamente, sólo deviene imputable a su proceder gravemente negligente pues el fallo dictado en la instancia penal ilustra con suficiente claridad cómo el policial enjuiciado resolvió

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de septiembre de 2016, Exp. 56284.

atender otros asuntos en la Fiscalía sin haber realizado, previamente, el registro de la moto en los libros radicadores y mucho menos ubicado ésta en sitio seguro, bien sea en el parqueadero de la Sijin o en poder de otro funcionario de la Policía Nacional idóneo y competente para asumir su guarda. Además, nada en el expediente informa de la intervención de otros servidor público en la pérdida del ya multicitado artefacto.

5.4.12.- En consecuencia, esta Sala califica el actuar del patrullero Gil Fory como constitutivo de culpa grave toda vez que desatendió los deberes elementales de diligencia y cuidado respecto del bien que se había entregado con fines de su guarda y custodia, omisiones estas gravísimas toda vez que el haber abandonado los bienes que le fueron entregados por el otro policial frente a las instalaciones de la Sijin (es decir, afuera), no haber realizado la inscripción de los bienes recibidos en el libro radicator pertinente y, peor aún, el no ingresarlas al parqueadero o patio de la Sijin, constituyen una clara falta de prudencia que se ajusta a los términos del artículo 63 del Código Civil en cuanto a la culpa grave, esto es, el *“no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”*, pues en vez de adoptar medidas para su debida custodia expuso los bienes a su pérdida o sustracción, como finalmente terminó ocurriendo en el caso de marras.

5.4.13.- Por consiguiente, el detrimento patrimonial sufrido por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con ocasión de la condena dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, deviene imputable a la actuación del Patrullero Asdrubal Gil Fory, quien con su actuación irregular violó la precaución debida que demanda la custodia de bienes que han sido inmovilizados por la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, siendo este actuar calificado por la Sala como gravemente culposo por cuanto los pormenores del caso revelan que se actuó con infracción al deber objetivo de cuidado que le era exigible al demandado en razón a su rol funcional, infracción ésta que sólo encuentra su razón de ser en la evidente incuria del agente acá enjuiciado.

5.4.14.- Así, la Sala tendrá por probado el elemento subjetivo de la responsabilidad de Asdrúbal Gil Fory, a título de culpa grave, y por consiguiente declarará la prosperidad de la pretensión de repetición adelantada por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contra el citado demandado.

6.- Liquidación de la condena

6.1.- Para efectos de la liquidación de la condena a imponer en este fallo de repetición la Sala tendrá en cuenta que del monto pagado por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional al beneficiario de la condenada dictada en el juicio de reparación directa ha de descontarse el rubro correspondiente a los intereses, pues éstos últimos corresponden asumirlos al Ente administrativo condenado y no pueden ser imputados como obra del actuar gravemente culposo del demandado Asdrúbal Gil Fory.

6.2.- Así las cosas, del total pagado de cuatro millones quinientos cuarenta y un mil trescientos sesenta y dos pesos con veintitrés centavos (\$4.541.362,23) se descontará la suma de cuatrocientos cuarenta y dos mil quinientos pesos con veintitrés centavos (\$442.500,23) concernientes al pago de intereses, razón por la cual la liquidación se llevará a cabo sobre cuatro millones noventa y ocho mil ochocientos sesenta y dos pesos (\$4.098.862); lo anterior, se repite, en consideración a que éstos no pueden ser imputados, al ser generados por el no pago oportuno de la Administración. Debiendo ésta asumir las consecuencias de su actuación tardía.

6.3.- Resta, entonces, actualizar el monto de la condena, a lo cual se procederá siguiendo la fórmula de matemática empleada por esta Corporación para el efecto, así:

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

$$\text{Renta actualizada (Ra): Rh } (\$4.098.862) * \frac{132,85 \text{ (índice final – agosto 2016}^{40})}{102,22 \text{ (índice inicial – junio 2009}^{41})}$$

Ra: \$5.327.077

6.4.- Corolario de lo expuesto, hay lugar a condenar a Asdrúbal Gil Fory al pago de la suma de cinco millones trescientos veintisiete mil setenta y siete pesos (**\$5.327.077**) a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión de repetición.

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

7.- Condena en costas

⁴⁰ IPC vigente para la fecha en que se dicta este fallo

⁴¹ IPC vigente para el momento en que el Ministerio de Defensa hizo el pago de la condena a su beneficiario

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 22 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca y en su lugar **DECLARAR** civil y patrimonialmente responsable a Asdrúbal Gil Fory por el perjuicio causado a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional con ocasión de la condena decretada en sentencia de 20 de enero de 2009 del mismo Tribunal dentro de la acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra.

SEGUNDO: CONDENAR a Asdrúbal Gil Fory al pago de cinco millones trescientos veintisiete mil setenta y siete pesos (**\$5.327.077**) a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

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

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: En firme esta providencia devuélvase el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA	GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente Sala de Subsección C	Magistrado
	Aclaró Voto

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

VALORACIÓN PROBATORIA DE PRUEBA TRASLADADA - Presupuestos. Aclaración de voto / VALORACIÓN PROBATORIA DE PRUEBA TRASLADADA - Se hace con arreglo a la ley vigente al momento de su decreto y práctica

Sostener que la aplicación estricta de las reglas, que en materia probatoria ha previsto el legislador, convierte al juez en un “frio funcionario que aplica inflexiblemente la ley procesal”, desconoce la razón de ser del proceso y que convierte al juzgador en un funcionario que, so pretexto de la búsqueda de la verdad material, pasa por alto valores superiores como la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad del derecho. El fallo [del caso en estudio] aplicó el Código General del Proceso para efectos de la valoración de algunas pruebas. El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que las leyes sobre la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deben empezar a regir, sin embargo, la práctica de las pruebas se regirá por la ley vigente cuando fueron decretadas. Esta forma de aplicación de la ley procesal fue retomada, en esencia, por el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó la norma citada. De ahí que el CGP no es aplicable en este caso, pues la valoración de la prueba debe realizarse con arreglo a la normativa vigente al momento de su decreto y práctica. **NOTA DE RELATORÍA:** Síntesis del caso. El 24 de mayo de 2000, un agente de tránsito inmovilizó una motocicleta por existir una investigación penal por hurto sobre el bien; misma que fue dejada a disposición del grupo de automotores de la Sijin a cargo de un agente para su registro en los libros, correspondientes. La motocicleta se perdió estando en custodia de la Sijin por falta de registro y vigilancia del agente a cargo. Problema jurídico. ¿Cuáles son los presupuestos legales para la valoración de las pruebas trasladadas?

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. diez (10) de noviembre del dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00314-01(57008)

Actor: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Demandado: ASDRUBAL GIL FORY

Referencia: ACCIÓN DE REPETICIÓN (ACLARACIÓN DE VOTO)

Temas: Pruebas trasladadas-Presupuestos del artículo 185 del C.P.C. Valoración de pruebas–Se hace con arreglo a la ley vigente al momento de su decreto y práctica.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque acompañé la decisión que se adoptó en el 10 de octubre de 2016, aclaro voto en los siguientes aspectos:

1. La sentencia sostiene que es posible la valoración de pruebas aunque no se cumplan estrictamente los requisitos previstos en las normas procesales (f. 8, 9 y 10).

El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil establece como requisito para valorar la prueba trasladada, que en el proceso primigenio se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella y prescribe también que, en el evento en que esto no ocurra, las partes expresamente deben dar su consentimiento para su valoración.

Las normas procesales tienen como propósito encausar la actuación de las partes en conflicto con el fin de permitir un debate organizado, cuya aplicación garantiza el debido proceso y la lealtad procesal. Estas reglas imponen cargas procesales y dan a las partes certeza sobre cómo se incorporan las pruebas, cuáles son sus requisitos de validez y mérito probatorio y qué reglas rigen su valoración.

La claridad que brindan estas reglas al devenir del proceso no puede estar sometida al arbitrio de aquello que el juez considere justo o inflexible al momento de decidir el litigio, pues las partes amoldaron su comportamiento previo a lo dispuesto en ellas y su modificación supone, entre otras cosas, impedir la controversia probatoria.

Por ello, sostener que la aplicación estricta de las reglas, que en materia probatoria ha previsto el legislador, convierte al juez en un *“frio funcionario que aplica inflexiblemente la ley procesal”*, desconoce la razón de ser del proceso y que convierte al juzgador en un funcionario que, so pretexto de la búsqueda de la verdad material, pasa por alto valores superiores como la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad del derecho.

2. El fallo aplicó el Código General del Proceso para efectos de la valoración de algunas pruebas.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que las leyes sobre la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deben empezar a regir, sin embargo, la práctica de las pruebas se regirá por la ley vigente cuando fueron decretadas. Esta forma de aplicación de la ley procesal fue retomada, en esencia, por el artículo 624 del Código General del Proceso, que modificó la norma citada.

De ahí que el CGP no es aplicable en este caso, pues la valoración de la prueba debe realizarse con arreglo a la normativa vigente al momento de su decreto y práctica.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado