

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISIÓN No. 6**

Ponente: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020)

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: VILMARY DAZA PEÑA
DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –
EJÉRCITO NACIONAL
RADICACIÓN: 150013333013201500065-01**

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1.- DEMANDA:

VILMARY DAZA PEÑA, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijas KATHERINE y MARGY DIAZ DAZA, actuando a través de apoderado judicial constituido para el efecto, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa, con el fin que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL de los perjuicios presuntamente causados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor RODRIGO MOLINA DÍAZ.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se le condene a pagar a los actores i) por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$172'186.336; ii) por concepto de perjuicios morales el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las hijas de la víctima (fls. 2 – 3)

Como fundamentos fácticos, precisó la parte actora que entre 1999 y 2008 la señora Vilmary Daza Peña y el señor Rodrigo Díaz Molina sostuvieron una unión marital de hecho, de la cual nacieron Katherine y Margy Díaz Daza.

Narró que el señor Rodrigo Díaz Molina se desempeñó como soldado profesional del Ejército Nacional desde septiembre de 2001; que, en el desarrollo de una operación en el Municipio de Otanche, el 5 de noviembre de 2010 se transportaba en un camión oficial del Ejército Nacional, el cual de manera repentina se quedó atascado en medio de la vía, y más de 25 soldados que allí se transportaban tuvieron que descender del camión y realizar maniobras para lograr sacar el vehículo.

Que en el momento en que efectuaban las referidas maniobras se presentó un derrumbe que cubrió por completo al soldado Rodrigo Díaz, mientras los demás soldados se retiraron sin adelantar acciones para su rescate.

Manifestó que según el Informe Administrativo Prestacional se determinó que se trató de muerte en misión del servicio (fls. 3 – 6).

2.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

- La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL se opuso a las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa manifestó que la Institución no está en el deber de velar por la no ocurrencia de hechos de la naturaleza, que tienen el carácter de caso fortuita o fuerza mayor debido a su imprevisibilidad, de modo que *"la muerte no se produjo por la orden de hacer una función que no le*

competía, la muerte se produjo por la ocurrencia de un alud de tierra, hecho sobre el cual el estado, o mejor el ejército, no tiene la facultad de controlar o prever.”

Que el soldado profesional Rodrigo Díaz Molina decidió por su libre voluntad hacer parte de la institución castrense, y que por un riesgo propio del servicio en desarrollo de funciones propias de su cargo sufrió un accidente de la naturaleza, sin que mediara acción u omisión del Ejército Nacional.

Estimó que se configuró el fenómeno de la caducidad en el *sub lite*, como quiera que los hechos ocurrieron el 5 de noviembre de 2010, mientras que la parte actora argumentó que las menores no tuvieron la capacidad de demandar debido a su edad, lo cual no podía ser tenido en cuenta, toda vez que al momento de instaurar el libelo continuaban siendo menores de edad.

Señaló que no se configuró responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se presentó un hecho imprevisible e irresistible de la naturaleza que determinó el accidente donde falleció el señor Díaz Molina, es decir, tuvo origen en una fuerza mayor.

Explicó que en efecto el transporte de vehículos constituye un riesgo potencial permanente para la vida de las personas dentro y fuera de la institución militar, lo cual desvirtúa la afirmación de la parte actora, de haberse presentado una falla en el servicio, debido a que una vez ingresó la víctima a las Fuerzas Militares su calidad de soldado profesional conoció los riesgos a los que se expondría y los asumió. Que el deceso del soldado Díaz Molina, si bien se presentó en actos del servicio, se configuró la causal eximente de responsabilidad denominada "*riesgos propios del servicio* (fls. 65 – 74).

2.3.- LA SENTENCIA APELADA

El 13 de julio de 2018 el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja profirió sentencia en la que declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de los perjuicios causados a las demandantes, con ocasión de la muerte del señor Rodrigo Díaz Molina, y en consecuencia, la condenó al pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en favor de la menor Katherine Díaz Daza por valor de \$20.391.431,09 y a favor de la menor Margy Díaz Daza por la suma de \$22.092.986,82, y reconoció perjuicios morales para todos las demandantes en cuantía equivalente a 50 S.M.L.M.V.

Para arribar a dicha conclusión explicó que por regla general no resulta comprometida la responsabilidad estatal cuando el daño causado a personas que ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, por cuanto tales daños se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula, de manea que son indemnizados “*a forfait*”.

Entendió como actividades que constituyen riesgos inherentes al cumplimiento de las funciones propias de la milicia aquellas que le concierne a la Fuerza Pública, tales como combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, operaciones de inteligencia, de inspección, de seguridad, de vigilancia o patrullaje, entre otras.

En cuanto al régimen de responsabilidad a través del cual debía abordarse el estudio del caso concreto indicó que a pesar de haberse mencionado una actividad peligrosa como el desplazamiento en un camión perteneciente al ejército nacional, lo cierto es que cuando ocurrió el deceso no se encontraba adelantando una actividad que denotara tal peligrosidad, y que por tanto no sería aplicable el régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de imputación de riesgo excepcional, sino que debía partirse del régimen subjetivo por falla en el servicio.

Al analizar los elementos de responsabilidad por falla en el servicio, encontró acreditado el daño, consistente en la muerte del soldado profesional Rodrigo Díaz Molina mientras cumplía labores propias el servicio. Así mismo, que las menores demandantes Kaherine y Margy Díaz Daza acreditaron tener relación de consanguinidad con la víctima directa como sus hijas, lo cual constituía el elemento personal del daño, que no estaban en el deber jurídico de soportar.

Al abordar el tema de la imputación, explicó que existe una clara distinción cuando se trata de soldados que prestan su servicio militar obligatorio, y aquellos que ingresan de manera voluntaria al Ejército Nacional, y que asumen la calidad de soldados profesionales, cuyo vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria concretada en un acto administrativo de nombramiento, y su posterior posesión, y obtienen a cambio una contraprestación económica.

Sobre la manera como se presentaron los hechos y su imputación a la entidad, indicó que ocurrieron durante la ejecución de una misión en cabeza del Ejército Nacional, por lo que, ante cualquier eventualidad, tal como fue el atascamiento del medio de transporte en el que se movilizaban, quien estaba al mando debía tener pleno conocimiento de las normas generales de tránsito para garantizar la preservación de la integridad de quienes ejecutaban la operación.

Estimó que la orden fue emitida en abierto desconocimiento de las normas que establecen la forma como debe remolcarse un vehículo en vías rurales, esto es únicamente con la utilización de otro automotor y en horas de la noche haciendo uso de una grúa, sin que se encuentre autorizado el uso de la fuerza humana para esta tarea.

Afirmó que la orden impartida puso en peligro la integridad física del comandante de la compañía, así como de los demás integrantes de su escuadra, habida consideración que tenía conocimiento que en la zona

operaban grupos delincuenciales que en cualquier momento podían realizar algún ataque en su contra, peligro que aumentaba con el hecho de permanecer allí hasta que se lograra el desatasco del automotor.

Coligió que la orden impartida a los soldados voluntarios entre los que se encontraba el señor Rodrigo Díaz Molina fue imprudente y descuidada, puesto que se emitió en desconocimiento de las normas generales de tránsito y de las instrucciones de coordinación establecidas para el desarrollo de la misión, y que por tanto se configuró una falla en el servicio imputable a la entidad demandada.

En el escenario del nexo causal examinó la posible ocurrencia de una fuerza mayor, frente a lo cual dijo que el suceso que causó la muerte del soldado profesional Díaz Molina, en efecto, consistió en un fenómeno propio de la naturaleza como es la excesiva creciente de un afluente con potencial destructivo de bienes e incluso de afectación a la integridad y la vida de las personas, sin que se puede atribuir su ocurrencia a la entidad demandada, puesto que no es su función el monitoreo del estado del clima o la emisión de alertas ante amenaza de desastres naturales.

Ilustró que la avalancha que causó el deceso del señor Rodrigo Díaz Molina es constitutiva de una fuerza mayor, a pesar de lo cual, no es posible eximir de responsabilidad a la entidad demandada, habida cuenta que no es posible afirmar que le correspondía demostrar que su actuación no contribuyó en la producción del daño, de modo que, en el *sub lite* de haberse seguido con estricta rigurosidad las instrucciones de coordinación prescritas para la misión táctica, y su orden fragmentaria, así como las normas generales de tránsito, tales como el establecimiento de un perímetro seguro para el desembarque, el informe del atascamiento al Batallón para que enviara una grúa o un vehículo apto para el remolque del camión, establecer un lugar que no representara vulnerabilidad desde el cual pudiera vigilarse el automotor para evitar un ataque de grupos armados.

Concluyó que *"la falla en el servicio imputable al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional fue una de las causas eficientes de la producción del daño, sin embargo, dado que no fue la única pues se encuentra demostrado que existió otra correspondiente a un fenómeno natural constitutivo de fuerza mayor, puede hablarse de la existencia de una coparticipación o concausa, entre los hechos de la naturaleza y el actuar de la entidad demandada que expuso al SLP Díaz Molina al mismo, que el despacho establece de manera razonada en un porcentaje de 50%."* (fls. 505 – 530).

2.4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación en el que solicitó se revoque decisión y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que el daño antijurídico fue exclusivamente ocasionado por una fuerza mayor.

Adujo que el actuar del Comandante o el superior del soldado Díaz Molina no fue la causa generadora del hecho luctuoso, sino que éste sobrevino exclusivamente por un hecho de la naturaleza; que el actuar del Oficial fue el resultado que demandaba una maniobra inmediata que no permitía coordinar la llegada de la grúa o de otro vehículo para sacar el vehículo atascado, toda vez que la zona, lugar, tiempo y condiciones del lugar donde ocurrió el hecho no daba la posibilidad de cumplir literalmente con la norma contenida en el reglamento militar, por cuanto se podía presentar una tragedia mayor (fls. 534 – 535).

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido para el efecto, las partes se manifestaron como sigue

- La **entidad demandada** reiteró los argumentos expuestos en la alzada, en especial lo que atiende a la configuración de una causal eximente de responsabilidad como lo es la fuerza mayor, derivada de un hecho exclusivo y determinante de la naturaleza completamente imprevisible, toda vez que según las pruebas del proceso no hubo lluvias ni se presentaron circunstancias que permitieran un replanteamiento de las órdenes de operaciones (fls. 571 – 573).

- La **parte actora** insistió en que el fallecimiento del señor Rodrigo Díaz Molina se produjo en actos que desbordaron su órbita de trabajo como consecuencia de la omisión e impertinencia de sus superiores, quienes desconocieron normas generales y específicas de la actividad militar y de transporte, así como de la seguridad de las personas.

Arguyó que, adicionalmente, no se debe descartar el riesgo excepcional derivado de la actuación de la entidad pública que trascendió a los riesgos bélicos y produjo un daño que las demandantes no estaban en la obligación de afrontar y soportar (fls. 574 – 575).

El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

III. CONSIDERACIONES:

3.1.- Competencia:

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, disposición que prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.1.1. De las facultades del juez de segunda instancia

Tal como lo señaló la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 6 de abril de 2018, expediente 46.005, con ponencia del Magistrado Danilo Rojas Betancourth, a pesar que se hayan decidido en el trámite previsto en el artículo 180 del CPACA, esto es, dentro de la audiencia inicial, es posible que el juez administrativo que actúa como segunda instancia pueda decretar de oficio las excepciones previas o mixtas que encuentre probadas y que puedan ser declaradas de oficio. En dicha ocasión ilustró.

*“Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. **Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada**” (destaca la Sala).*

De esta manera se observa que en la contestación de la demanda presentada por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se propuso la excepción denominada *“caducidad de la acción”*, de modo que en la audiencia celebrada el 7 de abril de 2016 el a quo declaró su no prosperidad (fls. 189 – 299), a pesar de lo cual, la demandada se abstuvo de interponer recurso de apelación, y en tal sentido, esta Corporación no ha tenido la oportunidad de verificar este presupuesto.

De igual forma, a pesar que el tema de la presentación oportuna de la demanda no se propuso con el recurso de apelación, lo cierto es que le corresponde al juez, al momento de dictar sentencia, analizar aquellos presupuestos de la acción que le permitan decidir el fondo del asunto, entre ellos, la caducidad de la acción, aspecto que no puede ni debe

entenderse saneado o clausurado por virtud de las omisiones que se hubiesen presentado en el transcurso del proceso, como lo consagra el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

“En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus (...)” (se destaca).

En virtud de lo anterior, procede la Sala a verificar si la demanda de la referencia fue instaurada dentro del término fijado por la ley adjetiva, o si, por el contrario, se configuró el fenómeno de la caducidad.

3.2. De la Caducidad

El Consejo de Estado ha sostenido que la caducidad se encuentra instituida para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, frente a aquellos eventos en los que determinadas acciones judiciales no se ejercen dentro de un término específico. Así entonces, a los interesados les corresponde asumir la carga procesal de promover el litigio dentro de ese plazo, el cual es fijado por la ley y, por ello, si esto no se hace en tiempo, pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho¹.

En lo que atiene al medio de control de reparación directa, el literal i), del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A., establece que puede

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp: 36.834. Reiterado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, exp: 39.435.

instaurarse dentro de los dos años "contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o **debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia**".

Sobre la manera como debe interpretarse y aplicarse esta norma, la Corte Constitucional en Sentencia T-334 de 17 de agosto de 2018, con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, expuso:

33. Acerca del término de caducidad, esta Corporación ha considerado que, el establecimiento de un límite temporal para el ejercicio de la acción de reparación directa, no pretende coartar el derecho de las víctimas de acceder a la justicia para obtener la reparación de los daños causados. Por el contrario, se trata de cargas procesales y obligaciones impuestas a los usuarios del sistema de justicia a fin de garantizar un funcionamiento eficiente y ordenado de las instituciones que la conforman así como en "la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico".²

34. No obstante lo anterior, esta Corporación a través de su jurisprudencia ha morigerado la aplicación de dicho término en algunos casos, principalmente, sustentado en las circunstancias particulares del caso. Por ejemplo, en la sentencia T-156 de 2009, se estableció que existía duda y oscuridad frente a elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, por lo que solamente era posible iniciar el conteo del plazo en el momento en que los interesados tuvieran conocimiento de todos los elementos que les permitieran inferir que se había producido un daño antijurídico que no estaban en la obligación de resistir.³(...)

39. En suma, la Corte ha señalado que el término de caducidad no puede aplicarse de manera absoluta, sino atendiendo a las particularidades del caso, ya que existe la posibilidad de que el afectado conozca o identifique el perjuicio en un momento posterior a aquel en que ocurrió, motivo por el cual, le corresponde al juez efectuar una interpretación que garantice los derechos fundamentales de las víctimas del daño antijurídico."

² Sentencias C-832 de 2001, C-656 de 2000, C-115 de 1998 y C-418 de 1994.

³ En esa oportunidad la Corte estudió una tutela contra providencia judicial que inadmitió el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, bajo el argumento que la acción de reparación directa formulada por la actora contra el Instituto del Seguro Social -ISS- había caducado por haberse interpuesto 2 años después de la ocurrencia del daño, toda vez que el daño fue en 1993 y el medio de control instaurado el 17 de septiembre de 1997. En esa oportunidad, esta Corporación advirtió: "[d]e esta forma, es forzoso concluir que a pesar de que el Tribunal no realizó una interpretación arbitraria de la norma de caducidad que era aplicable al caso de la señora Hilda Contreras Rodríguez, ésta sí resultó violatoria de derechos fundamentales, pues derivó en la vulneración del debido proceso y en la denegación de acceso a la justicia de la accionante. Lo anterior, implica que se configuró el defecto sustantivo por interpretación violatoria de derechos fundamentales."

Para el *sub lite* se observa que el daño cuya indemnización se pretende tuvo origen en la muerte del soldado profesional Rodrigo Díaz Molina, ocurrida el 5 de noviembre de 2010, tal como se extrae de su registro civil de defunción (fl. 29).

Sobre las circunstancias del deceso, en el Informativo Administrativo por Muerte, suscrito por el comandante del Batallón de Infantería No. 2 Mariscal Antonio José de Sucre, se efectuó el siguiente relato:

"LUGAR Y FECHA: VEREDA EL CAMEN OTANCHE – BOYACÁ 05 DE NOVIEMBRE DE 2010 A LAS 22:00 HORAS. (...)

En desarrollo de la operación soberanía misión táctica NÓMADA 2 en coordenadas 054710-741322 del área general de la vereda el Carmen del municipio de Otanche Boyacá el cuarto pelotón la compañía BULGARIA el cual se encontraba al mando Señor SV. TOVAR GALVES JEORGE ELIÉCER quienes para la hora los hechos se encontraban en desplazamiento motorizado táctico nocturno en camioneta NPR de placa militar K10171 y placa civil VZR 821 mediante abalancha (sic) de lodo y piedras la cual cayo sobre la vía en momentos en que pasaba la camioneta arrastrándola y sepultándola; momentos del siniestro personal de soldados que iban en la camioneta evacuaron rápidamente, una vez salieron se realizó la respectiva verificación del personal resultando desaparecido el PF. DÍAZ MOLINA RODRIGO C.C. No. 91294339 a partir de ese momento el personal de la patrulla, personal civil de la vereda, organismo de socorro del sector se dedicaron a las labores de búsqueda esto con el fin de hallar el soldado después de buscar a eso de las 08:15 horas del día 06-NOV-2010 el soldado fue hallado sepultado y falleció bajo lodo y piedras de la abalancha (sic), de inmediato se procedió a informar a la Policía Judicial, CTI para la inspección del cadáver y la elaboración de los documentos de rigor, posteriormente fue llevado el cuerpo a la morgue del Hospital de Otanche para efectuarle la necropsia.

IMPUTABILIDAD

"ESTE COMANDO CONCEPTÚA QUE LA MUERTE DEL EXTINTO SLP. (Q.E.P.D.) DIAZ MOLINA RODRIGO CC. No. 91294339 OCURRIÓ EN MISIÓN DEL SERVICIO DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL CAPÍTULO III, ARTÍCULO No. 20 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004". (FL. 40)

De lo anterior se colige que si bien se registró como fecha del deceso el 5 de noviembre de 2010, de lo narrado por la institución, es claro que se

tuvo certeza del deceso al día siguiente, esto es, el 6 de noviembre de 2010, fecha a partir de la cual se debían contar los 2 años de que trata la norma antes citada, los que vencieron el 7 de noviembre de 2012, de manera que para la fecha en que se presentó la solicitud de conciliación prejudicial, 9 de diciembre de 2014 (fl. 41), ya había vencido el término para instaurar la demanda.

Ahora, en la demanda se arguyó que la señora Vilmory Daza Peña, ex compañera permanente de la víctima, tuvo conocimiento de la posibilidad de promover el medio de control de reparación directa para solicitar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a sus menores hijas, únicamente cuando recibió asesoría de su actual apoderado.

Insistió además que las dos niñas menores al momento de la ocurrencia de los hechos no tenían la capacidad intelectual y volitiva necesaria para de entender la magnitud del daño y los derechos que devienen de éste (fls. 5 - 6). Específicamente acotó lo siguiente:

"Si bien la muerte del soldado profesional RODRIGO DÍAZ MOLINA (Q.E.P.D.), ocurrió el 5 de noviembre de 2010, y la señora VILMARY DAZA PEÑA conoció de este hecho; sus hijas solo tenían para la época del siniestro las edades de 7 y 9 años respectivamente, siendo MENORES circunstancia que actualmente mantienen, lo que les impide conocer y decidir respecto de los derechos derivados de la ocurrencia del hecho dañoso, a menos que un tercero ilustrado como en el caso particular ocurrió les ponga de presente la posibilidad de demandar o cuando tengan la mayoría de edad comprendan la dimensión de lo ocurrido, lo que implica que la caducidad habrá de evaluarse bajo este contexto."

Este tema fue abordado de manera muy somera en el fallo impugnado, donde fueron citadas 2 sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, relacionadas con el cómputo de la caducidad cuando se trata de demandantes menores de edad, frente a las cuales concluyó que en estos casos únicamente debe contabilizarse el término a partir de la fecha en que las demandantes cumplan la mayoría de edad (fl. 509 vto.)

En efecto, en virtud de lo establecido en el artículo 164 del CPACA, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha aceptado que el término para instaurar la demanda puede variar dependiente de la demostración de la imposibilidad de conocer el daño para la fecha en que ocurrió el hecho que lo originó y, en efecto, en las sentencias citadas por el a quo, se reconoció esta posibilidad. Empero, se trata de contextos absolutamente disímiles, como pasa a explicarse:

Fue citada la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 21 de noviembre de 2012, en el expediente No. 25000-23-26-000-2011-01077-01(45094) con ponencia del Magistrado Danilo Rojas Betancourth, la cual, confirmó una decisión en la que se había declarado la caducidad de una demanda relacionada con el tema del error jurisdiccional, y se analizó el fenómeno bajo estudio desde la perspectiva de los días festivos, lo que claramente no tiene relación alguna con el sub examine.

Por otra parte, citó el auto de 31 de mayo de 2016, emanado de la misma Sección, expediente 08001-23-33-000-2014-00791-01(54208), con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, donde si bien se trató el tema de la caducidad en casos donde quienes padecieron los perjuicios fueron menores de edad, lo cierto es que se trató de un caso excepcionalísimo que fue sintetizado como sigue:

Para resolver, sobre la impugnación del auto que rechaza la demanda por caducidad, es menester tener en cuenta que, en el asunto de la referencia, la parte actora pretende que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- indemnice los daños causados por el indebido acompañamiento a la familia García Jiménez conformada por la madre y los menores Moisés y Manuel, en particular porque se pasaron por alto los compromisos institucionales desarrollados por el artículo 82, numeral 12 de la Ley 1098 de 2006⁴. (...)

⁴ **Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia.** Corresponde al Defensor de Familia:

(...)

12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.

(...)

Primeramente, la Sala encuentra acierto en el decir del recurrente por cuanto los demandantes, a tiempo del hecho que dio origen al daño eran menores de edad y estaban siendo representados por su padre, el señor Eulogio García Chaves, a quien precisamente se señala del incumplimiento de los deberes para con su cónyuge e hijos. De esta manera, es claro que la caducidad se tendría que contar desde que los señores Moisés y Manuel adquirieron la mayoría de edad, esto es, la capacidad de ejercicio que les permite acceder a la administración de justicia, directamente, lo que sucedió el 9 de septiembre de 2012 para Moisés y el 2 de septiembre de 2013 para Manuel García Jiménez, de suerte que como la demanda se presentó el 22 de agosto de 2014, lo fue en tiempo.”

Se colige de lo anterior que a pesar que en la sentencia de primera instancia se entendió que era una regla general el que, cuando los únicos damnificados son menores de edad, debía contarse el término de caducidad a partir de la fecha en que cumplieran la mayoría de edad, lo cierto es que la postura del Consejo de Estado se ha mantenido en cuanto a la acreditación de una situación extraordinaria que hubiera impedido ejercer el derecho de acción en término, para proceder a aplicar un término distinto, o comenzar a contarlo desde un momento distinto al de la ocurrencia del hecho dañoso.

Para el caso de los menores de edad demandantes, por ejemplo, en sentencia de 1º de noviembre de 2012, la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 11001-03-15-000-2012-01622-00(AC), con ponencia del Magistrado Arenas Monsalve, al resolver una acción de tutela contra providencia judicial expuso:

Ahora bien, frente a la situación particular planteada por la demandante en el caso bajo estudio, observa la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no hizo ninguna apreciación sobre la especial protección de la niñez, como sujeto altamente vulnerable, es decir, que no tuvo en cuenta el hecho de que la acción de reparación directa se presentó como consecuencia de una posible omisión de sus deberes por parte de la institución educativa en la cual se encontraba estudiando el menor para la época en que ocurrió el abuso del cual fue objeto. (...)

Visto lo expuesto, encuentra la Sala que en el presente caso por tratarse de derechos de un menor de edad, el tribunal debió revisar no sólo la fecha en que ocurrió el hecho generador del daño, sino también la situación que rodeó la solicitud de reparación presentada

por la señora María Cristina Gamba Suárez como tutora del menor afectado. (...)

A juicio de la Sala, las anteriores consideraciones, ameritaban que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al momento de resolver el grado jurisdiccional de consulta, tuviera en cuenta que al verse afectados derechos fundamentales de un menor, podía considerar el conteo del término de caducidad de la acción de reparación directa desde el momento en que se produjo la condena penal en primera instancia, es decir, desde el 16 de junio de 2010, y no desde la fecha en que ocurrieron los hechos, lo que conlleva a señalar que para la fecha de presentación de la demanda de reparación directa (21 de septiembre de 2010) no habían transcurridos los dos años a que se refiere el artículo 136 del C.C.A.

Igualmente, se resalta por la Sala, que la actuación desplegada por la tutora del menor ante las autoridades judiciales, fue diligente en procura de obtener la declaratoria de responsabilidad de los sujetos activos de la acción penal, para una vez recaudados los elementos de juicio suficientes, acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con miras a lograr la reparación del daño causado por el Estado.

Es importante precisar que lo anteriormente expuesto se debe revisar con el fin de permitir el acceso a la administración de justicia, cuando se pretende derivar responsabilidad en delitos en los que se involucran menores de edad, que son de total rechazo y naturaleza que obligan a un pronunciamiento de fondo, es decir, se deben atender las especiales circunstancias que rodean cada asunto, encontrándose que para el presente evento resulta relevante no sólo la entidad del bien jurídico protegido, sino la calidad de los sujetos involucrados.”

Y, en posterior pronunciamiento, el Máximo Tribunal de esta Jurisdicción indicó:

“Las demandantes alegaron que no podían interponer la demanda que ahora se intenta –por el daño causado con el nombramiento de sus abuelos paternos como guardadores- antes de cumplir la mayoría de edad, como quiera que precisamente estaban representadas por ellos; sin embargo, no debe perderse de vista que el 28 de junio de 2006 se presentó un cambio de uno de ellos y que, por lo tanto, cuando ello ocurrió se les asignó un representante nuevo que bien pudo acudir a la jurisdicción para solicitar la reparación de los perjuicios que consideraban se les había causado con aquella otra actuación (la designación de los abuelos maternos como guardas definitivos).

En efecto, el artículo 480 del Código Civil dispone que “Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones” y, por tanto, como ya se dijo la nueva guardadora hubiera podido presentar esa demanda.

Así pues, el término oportuno para el ejercicio del medio de control de reparación directa por el daño se debe contabilizar desde cuando cobró firmeza la providencia del 28 de junio de 2006, esto es, el 10 de julio del mismo año, pues es obvio que para entonces ya se conocía la existencia del daño alegado y se tenía la posibilidad de actuar a través de un representante distinto, según acaba de verse. (...)

El auto acabado de citar quedó ejecutoriado el 15 de marzo de 2006 y dado que las demandantes señalan como hecho dañoso la actuación negligente del curador ad-litem designado en dicho proceso, la Sala encuentra que, quien ostentaba la guarda de ellas bien pudo enterarse del daño causado cuando solicitó copias de aquel, esto es, el 11 de mayo de 2005, de modo que no puede alegarse que tal conocimiento solo se tuvo en el momento en el que las demandantes cumplieron la mayoría de edad, como se aduce en la demanda y del recurso de apelación; en consecuencia el término para interponer la demanda debe contarse desde la fecha acabada de mencionar, esto es, a partir del 11 de mayo de 2005, máxime que por este otro daño (la defectuosa actuación del curador ad-litem) bien hubieran podido demandar quienes entonces eran los guardadores de las acá demandantes.”⁵

Todos los anteriores pronunciamientos coinciden en anotar que i) Debe revisarse cada caso de manera individual para determinar si existen causas excepcionales que no le hubieran permitido a la parte demandante conocer el daño para el momento en que fue causado, o que aun conociéndolo no tuvieron la oportunidad de instaurar la acción en el término de ley; ii) Cuando se trata de menores de edad, debe verificarse la actuación desplegada por la persona o personas que ejerce su representación.

En este caso el perjuicio alegado por la parte actora, y por el cual se solicita indemnización, es precisamente el lucro cesante, derivado del hecho que el soldado profesional fallecido proveía el sustento de sus menores hijas, luego esta afirmación no correspondería con la argumentación esgrimida por el *a quo*, según la cual, las menores tenían la posibilidad de esperar hasta cumplir la mayoría de edad para proceder a demandar.

Lo anterior por cuanto resulta indiscutible que, si las menores conviven bajo el mismo techo que la madre, es ella quien se encarga de recibir y

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de 5 de abril de 2017. Exp. 50001-23-33-000-2014-00071-01(53708), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

administrar el dinero o cuota alimentaria que suministraba el señor Díaz Molina, de tal manera que fue la señora Daza quien conoció de primera mano y padeció la falta de la ayuda económica proveniente del salario de la víctima, es decir, en nombre y representación de sus hijas, advirtió la magnitud del daño.

Por lo anterior, no es de recibo para la Sala el argumento según el cual el término de caducidad debía comenzar a contabilizarse a partir que la demandante acudió a un profesional del derecho para obtener orientación, puesto que esta no puede ser considerada una situación excepcional, sino, por el contrario, es la generalidad, pues resulta claro que este tipo de medios de control requiere de abogado para su trámite y, de aceptarse la teoría formulada por el *a quo*, en todos los casos debería contarse la caducidad a partir del día siguiente en que las víctimas directas o indirectas acudieron al despacho de un abogado para asesorarse.

Así, como se señaló en precedencia, partiendo de las reglas de la experiencia, es claro que quien conoció de primera mano el perjuicio derivado de la muerte del soldado profesional Rodrigo Díaz Molina fue la señora Vilmary Daza Peña, madre de las menores, puesto que debió asumir la carga total de su manutención, de modo que lo esperable en estos casos es que despliegue de inmediato las actuaciones del caso tendientes a que legalmente se logre obtener algún tipo de reparación por parte de la entidad que, en su parecer, fue responsable del perjuicio consistente en no poder contar con el dinero que aportaba a su hogar su ex compañero permanente.

Revisado el libelo, y el acervo probatorio aportado al expediente, no se observa que se hubiera presentado una situación extraordinaria que le impidiera a la representante legal de las menores acudir dentro del término legal a recibir consejo profesional de un abogado, *vr gr.*, no se mencionó que vivieran en un lugar de difícil acceso, que la señora Daza Peña padeciera de alguna enfermedad o cuadro clínico que le impidiera

desplazarse u obtener asesoría por otros medios, o que se hubiera presentado algún tipo de coacción para que se abstuviera de presentar las reclamaciones legales del caso.

Por el contrario, llama la atención de la Sala el contenido de la Declaración para fines extraproceso No. 8273 rendida por la demandante en la Notaría Dieciocho del Círculo de Bogotá el 23 de septiembre de 2011, dirigida al Ministerio de Defensa Nacional – Prestaciones Sociales, en la cual afirmó lo siguiente:

"Declaro que estuve viviendo en unión libre desde el año 1999 o sea durante nueve años con el señor RODRIGO DÍAZ MOLINA (q.e.p.d.) (...) hasta el año 2008. De nuestra unión existen dos (2) hijos de nombres KATHERINE y MARGIE DÍAZ DAZA de 10 y 8 años de edad actualmente vivos, menores de edad, sanos física y mentalmente. Igualmente manifiesto que yo dependía económicamente de mi compañero RODRIGO DÍAZ MOLINA (q.e.p.d.) para todos los gastos ya que no laboro en ninguna entidad pública, ni privada, ni de forma independiente no tengo ingresos, pensión o renta alguna. Así mismo declaro que tengo conocimiento de la existencia de dos (2) hijos KATTY JULIETH y IVAN CAMILO DÍAZ SANABRIA personas con igual o mejor derecho que el que a mí me asiste en calidad de compañera permanente y TUTORA de mis hijas menores. De igual manera declaro que al momento del fallecimiento de mi compañero RODRIGO DÍAZ MOLINA (q.e.p.d.) NO se encontraba vigente la unión marital de hecho. Manifiesto que por ello EXONERO desde ahora al MINISTERIO DE DEFENSA de cualquier responsabilidad frente a eventuales y futuras reclamaciones por este mismo concepto que se llegaren a presentar por personas que acrediten igual o mejor derecho. De igual manera manifiesto que en el evento de presentarse otras personas con igual o mejor derecho REINTEGRARÉ a su favor los valores recibidos en exceso por el MINISTERIO DE DEFENSA administrado por MINISTERIO DE DEFENSA, como consecuencia de esta declaración."
(fl. 26)

De la anterior declaración se puede colegir que la señora Vilmary Daza Peña se encontraba adelantando ante la entidad demandada trámites muy probablemente con fines de obtener pensión de sobrevivientes o quizá con fines indemnizatorios, cuyas resultas no fueron documentadas en el *sub lite*; no obstante, es claro que, para ese momento, esto es, septiembre de 2011, ya conocía de la posibilidad de recibir algún tipo de reparación o "ayuda" económica por parte del Ministerio de Defensa Nacional.

Debe tenerse en cuenta que el plazo fijado en la norma es razonable para que, a partir de la ocurrencia del daño, o de cuanto se tuvo conocimiento de éste, las víctimas tengan la posibilidad de efectuar las consultas del caso y recopilar el material probatorio que pretendan hacer valer, a la vez que dentro del proceso judicial tienen la posibilidad de solicitar la práctica de otras pruebas que sustenten su dicho.

En este sentido, se observa también una declaración juramentada, rendida por la señora Vilmary Daza Peña el 29 de septiembre de 2014 ante la Notaría Tercera del Círculo de Tunja, de la cual se destaca que en el numeral tercero afirmó que *"ENTRE LOS MESES DE ENERO Y FEBRERO DEL PRESENTE AÑO, HICE UNA CONSULTA JURÍDICA CON EL ABOGADO FLAVIO EFRÉN GRANADOS MORA, QUIEN ME INFORMÓ LA POSIBILIDAD DE DEMANDAR AL ESTADO POR LA MUERTE DE MI EX COMPAÑERO EN NOMBRE DE MIS HIJAS EN RAZÓN A SU MINORÍA DE EDAD Y DESCONOCIMIENTO DE DERECHOS"* (fl. 30)

Tal como se mencionó previamente, la tardanza de la madre de las menores en acudir al despacho de un profesional del derecho no puede tenerse como una situación excepcional, más aún cuando no se mencionaron las razones de la inactividad que demostró entre la fecha del deceso del soldado profesional Rodrigo Díaz Molina (5 de noviembre de 2010) y la que dijo acudir al despacho del profesional del derecho (enero de 2014), a pesar que, según su dicho, su único medio de sustento y el de sus hijas, era lo que proveía la víctima del hecho luctuoso.

En estos términos, y ante la falta de demostración de una situación excepcional que permita efectuar un análisis distinto, resulta forzoso colegir que la caducidad, por ser de orden público, es indisponible e irrenunciable y el juez, cuando encuentre probados los respectivos supuestos fácticos, debe declararla aún de oficio y en contra de la voluntad de las partes, pues aquella opera por el sólo transcurso del tiempo⁶

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2.006, expediente 15.323.

3.5.- De la condena en costas

Atendiendo lo contemplado en el artículo 188 del C.P.A.C.A y el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., en vista que la sentencia de primera instancia será revocada, pero no por la prosperidad del recurso de apelación, la Sala se abstendrá de emitir condena en costas.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del 13 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la caducidad del medio de control de reparación directa por las razones expuestas y, en consecuencia, declarar la terminación del proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia procesal, por las razones antes expuestas.

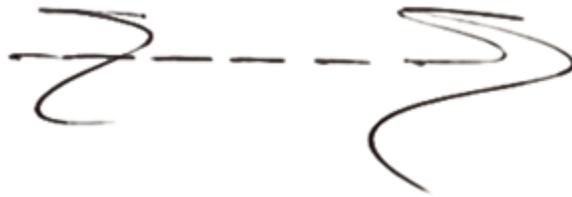
TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados:



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS



FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA