

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA -

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	11001333603520150053900
Medio de control	Reparación directa
Demandante	Dancio Francisco Burbano Cabezas y otros
Demandada	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

SENTENCIA

Agotadas las etapas y reunidos los presupuestos procesales, sin que se adviertan causales de nulidad que invaliden lo actuado, procede este Despacho Judicial a proferir sentencia dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con el artículo 187 de la Ley 1437.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

Los señores Dancio Francisco Burbano Cabezas (víctima), quien actúa en causa propia y en representación legal de la menor Astrid Yulisa Burbano Burbano, Yenifer Burbano Mamiam (cónyuge), Lilia Elena Cabezas Muñoz (madre), Luis Milciades Burbano Cabezas (Hermano) y Hermis Burbano Cabezas (Hermano) presentaron demanda de reparación directa en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin de que se declare su responsabilidad administrativa y patrimonial por la lesiones sufridas por el soldado profesional Dancio Francisco Burbano Cabezas el día 25 de junio de 2013.

1.2. PRETENSIONES

La parte actora solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*"(...) PRIMERO: Que se **DECLARE** administrativamente responsable a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, por las lesiones de su compañero permanente, padre, Hijo y Hermano el **SLP DANCIO FRANCISCO BURBANO CABEZAS**, identificado con la C.C. No. (...), sufrida en su integridad personal como consecuencia de graves heridas a raíz del ataque Subversivo, realizado por parte de las F.A.R.C. a soldados del Ejército, en el municipio de Florencia (Caquetá), corregimiento de San Pedro, vereda Norocacia (sic), en hechos ocurridos el día 25 de junio de 2013, y atribuida a una falla del servicio, a consecuencia del poco o nada de control ejercido por sus superiores, (extremar medida de seguridad) respecto del Control Estricto y negligencia en el apoyo que se debe brindar ante alertas tempranas, hechos que constituye una responsabilidad subjetiva del Estado, en la modalidad de Falla presunta, imputable al ente demandado.*

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales subjetivos, el equivalente en pesos colombianos a TRESCIENTOS (300) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, distribuidos así:

NOMBRE DE LOS DEMANDANTES	PARENTESCO	SALARIOS RECLAMADOS
Dancio Francisco Burbano Cabezas	Víctima directa	60
Yenifer Burbano Mamian (sic)	Cónyuge	60
Astrid Yuliza (sic) Burbano Burbano (representada por sus padres)	Hija	60
Lilia Elena Cabezas	Madre	60
Luis Melciades Burbano Cabezas	Hermano	30
Hermes (sic) Burbano Cabezas	Hermano	30
	Total SMLMV	

PERJUICIOS INMATERIALES (MORALES): \$ 644.350.00 * 300 SMLMV = \$193.305.000.00

SON: CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES TRECIENTOS (sic) CINCO MIL PESOS CON CERO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$193.305.000.00)

TERCERO: Que se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, al pago de **SESENTA (60) SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES**, como pago a los daños a la vida de relación, a la Salud o a las Condiciones de Existencia a cada uno de mis representados, pertenecientes al núcleo familiar de Nivel 1 (compañera permanente, hija y madre), y **TREINTA (30) SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES**, como pago a los daños a la vida de relación a cada uno de mis representados, pertenecientes al núcleo familiar de Nivel 2 (hermanos) por las secuelas que se les ha causado el insuceso de las lesiones de su Hijo, padre, hermano y esposo señor SLP DANCIO FRANCISCO BURBANO CABEZAS, a raíz de las heridas recibidas por ataque guerrillero cuando realizaba patrullaje operación especial de control del área, más los intereses comerciales que se causen las sumas concretas a que se contraigan las condenas, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que las liquide, y moratorios con posterioridad a dicho lapso.

NOMBRE DE LOS DEMANDANTES	PARENTESCO	SALARIOS RECLAMADOS
Dancio Francisco Burbano Cabezas	Víctima directa	60
Yenifer Burbano Mamian (sic)	Cónyuge	60
Astrid Yuliza (sic) Burbano Burbano (representada por sus padres)	Hija	60
Lilia Elena Cabezas	Madre	60
Luis Melciades Burbano Cabezas	Hermano	30
Hermes (sic) Burbano Cabezas	Hermano	30
	Total SMLMV	

SON: CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES TRECIENTOS CINCO MIL PESOS CON CERO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$193.305.000.00)

CUARTO: Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, al pago de los intereses comerciales que causen las sumas concretas a que se contraigan las condenas, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que las liquide, y moratorios con posterioridad a dicho lapso.
(...)

1.3. FUNDAMENTO FÁCTICO

Según lo reseñado en la demanda como en su escrito de adición, en síntesis el fundamento fáctico es el siguiente:

El señor SLP Dancio Francisco Burbano Cabezas para el día de los hechos estaba vinculado como soldado profesional al Batallón de Ingenieros N° 12 "General Liborio Mejía".

El 25 de junio de 2013 el SLP Dancio Francisco Burbano Cabezas estaba agregado al pelotón Fénix 2 como equipo EXDE durante el desarrollo de una misión táctica de control militar en la vereda Norcasia del corregimiento de San Pedro de Florencia, Caquetá, en donde fueron objeto de un ataque subversivo impetrado por los Frentes 3 y 15 del grupo al margen de la Ley ONT FARC, causándole múltiples heridas por metralla en su cuerpo, y por explosivo en codo derecho y muslo derecho.

Hizo mención de diferentes fallas del servicio atribuidas a la Institución Castrense que, en su sentir, conllevaron a la afectación de la integridad física del soldado profesional Dancio Francisco Burbano Cabezas, porque, no se adoptaron medidas precautorias y preventivas de diferente naturaleza ante el conocimiento previo de la existencia de un riesgo real e inmediato frente a un eventual ataque subversivo por parte del grupo armado y al margen de la Ley ONT FARC.

1.4. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La parte demandante imputó el daño antijurídico a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional por las siguientes fallas del servicio:

- Por omisión e indebido ejercicio de control por parte de los superiores en extremar las medidas de seguridad frente a las "alertas tempranas" de conocimiento público consistentes en el "plan renacer" que fue develado por las FARC de hacer actos terroristas y sembrar artefactos explosivos improvisados para confrontar la Fuerza Pública y atacar la población civil.
- Por negligencia en el ofrecimiento de apoyo humano y logístico a la tropa militar instalada en el área de operaciones ante la escasez de medios de capacidad de reacción o de defensa para repelar el ataque subversivo impetrado por el grupo armado y al margen de la Ley ONT FARC.
- Por la creación de un riesgo excepcional al instalar la tropa militar en un lugar que resultaba excesivamente vulnerable ante el accionar enemigo por encontrarse tanto en inferioridad numérica como en armamento.
- Por incumplimiento de los respectivos protocolos y procedimientos de la Institución Castrense en la planeación, coordinación y ejecución de la operación de control militar desarrollada el 25 de junio de 2013.

1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional dio contestación a la demanda basado principalmente en la inexistencia del daño porque no aparece demostrado, y tampoco hay certeza de las presuntas secuelas del soldado profesional (fl. 149 c. 1).

No obstante, como argumentos adicionales propuso como medio exceptivo de fondo la ausencia de responsabilidad del Estado por tratarse de un riesgo propio del servicio, porque el soldado profesional Dancio Francisco Burbano Cabezas resultó lesionado en ejercicio de una operación que implicaba encontrarse en una zona de orden público, como la de poderse enfrentar a circunstancias eventuales relacionadas con ataque improvisado, campo minado, o cualquier otra estratagema de grupos terroristas que delinquen en el municipio de Florencia, Caquetá.

De otra parte, alegó que tampoco se configura una falla del servicio, porque no se encuentran demostradas las diferentes omisiones endilgadas a la Institución en las actividades desarrolladas para el día 25 de junio de 2015. También propuso la excepción de fondo denominada el hecho exclusivo y determinante de un tercero, basado en que el ataque terrorista resultó imprevisible e irresistible para la entidad y que fue provocado en un combate con el grupo armado y al margen de la Ley FARC – Frentes 3 y 5 -.

Con todo, solicitó la Despacho negar las pretensiones.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.6.1. Parte Accionante

El 9 de febrero de 2021, el apoderado judicial de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión en similares argumentos a los planteados en la demanda, por lo que el Despacho torna innecesario hacer resumen de los mismos.

1.6.2. Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

El 9 de febrero de 2021 el apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional presentó sus alegaciones finales y ratificó cada uno de los argumentos expuestos en la contestación.

1.6.3. Ministerio Público

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo¹, en adelante CPACA, consagra un criterio mixto para establecer los litigios que debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De un lado, fijó el criterio material, disponiendo que son de conocimiento de esta jurisdicción las controversias originadas en actos, contratos, hechos, omisiones u operaciones sujetos al derecho administrativo y las actuaciones de los particulares cuando ejerzan funciones administrativas, es decir, aquellos que se causen por el ejercicio de dicha función; y de otro, un criterio orgánico, según el cual basta la presencia de una entidad sujeta al derecho administrativo para que el proceso sea tramitado ante esta jurisdicción.

Igualmente, conforme al numeral 1º del artículo 104 ibídem la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de aquellos procesos en que se debate la responsabilidad extracontractual del Estado, asunto sobre el que versa el *sub judice*. Así las cosas, basta que se le impute responsabilidad a una entidad como la Ejército Nacional,

¹ CPACA artículo 104.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable [...]

para que se tramite la controversia ante esta jurisdicción, por estar sometido al derecho público.

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto de acuerdo con el artículo 155 del CPACA², que dispone que los juzgados administrativos son competentes para conocer de controversias sobre contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Según como quedó establecido en la audiencia inicial (fol. 192 c. 1), el Despacho resolverá si la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional es administrativa y extracontractualmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes por falla en el servicio, debido a las lesiones sufridas por el SLP Dancio Francisco Burbano Cabezas el 25 de junio de 2013 en el corregimiento San Pedro, vereda Norcasia de Florencia, Caquetá, cuando prestaba sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional, y resultó herido en el enfrentamiento que el Ejército sostuvo con la guerrilla de las FARC, en la misión justiciero N° 6, Unidad Táctica BIMEJ, Unidad Fénix.

2.3. TRÁMITE DEL PROCESO

- El 28 de julio de 2015 la demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos y, por reparto, correspondió el conocimiento del proceso a este Despacho, según acta N° 3458 (fol. 114 c. 1).
- El 18 de noviembre de 2015 se dispuso la admisión de la demanda (fols. 120 - 121 c. 1) y para el día 13 de mayo de 2016 se surtieron las diligencias de notificación vía correo electrónico, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y a la respectiva Procuraduría Judicial Administrativa de Bogotá D.C. (fols. 126 - 134 c. 1)
- El 27 de julio de 2016 se entregaron las copias de la demanda y del traslado al apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional (fl. 136 c. 1).
- El 4 de agosto de 2016 el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, contestó la demanda y formuló excepciones de fondo (fls. 142 - 156 c. 1).
- El 26 de abril de 2017 se dispuso la admisión de la adición de la demanda (fols, 166 c. 1).
- En audiencia inicial celebrada el 14 de marzo de 2019 se evacuaron los tópicos de saneamiento, fijación del litigio, se exhortó a las partes para que conciliaran sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 191 -195 c. 1).
- La audiencia de pruebas se surtió los días 16 de octubre de 2019 (fls. 225 - 268 c. 2), 19 de febrero de 2021 (fls. 283 – 284 c. 2), 28 de julio de 2020 (fls. 289 – 291 c. 2) y 26 de enero de 2021 (Docs. 10 y 11 exp. digital), en las que se practicaron los medios probatorios decretados, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

² "Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en única instancia 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

- En sede de segunda instancia curso apelación contra el auto proferido en audiencia del 26 de enero de 2021 (doc. 10 y 11 exp. digital) consistente en la de tener por desistido el oficio dirigido a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, el cual tenía por objeto la realización de la valoración médica del demandante.
- El 22 de julio de 2021 por auto de sala con ponencia del Magistrado Alfonso Sarmiento Castro integrante de la subsección "A" de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió confirmar el anterior proveído (doc. 28 exp. digital).
- El 9 de noviembre de 2021, mediante auto el Juzgado dispuso obedecer y cumplir lo ordenado por el superior funcional (doc. 30 exp. digital).
- El proceso ingresó al Despacho para sentencia el 23 de noviembre de 2021.

2.4. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y EN PARTICULAR POR LOS DAÑOS CAUSADOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

El artículo 90³ de la C.P, constituye la cláusula general de responsabilidad del Estado Colombiano de acuerdo con el cual se acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como *"aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo"*⁴; siempre y cuando exista título de imputación por acción u omisión a una autoridad pública⁵.

De esta manera, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir varios presupuestos, a saber: que el daño exista, sea antijurídico e imputable por acción u omisión al Estado.

En lo referente al régimen de responsabilidad respecto de lesiones o muerte de miembros de la Fuerza Pública, el Consejo de Estado en Sentencia del 1 de junio de 2020 – Exp 51982 *grossa modo* planteó una evolución jurisprudencial sobre el particular así:

(...) 5.1 Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado cuando miembros en servicio activo de la fuerza pública sufren daños o perjuicios

En múltiples ocasiones la Jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a los eventos en los cuales procede derivar responsabilidad al Estado por daños a la vida e integridad personal de integrantes de la fuerza pública, quienes por mandato de la Constitución y la ley detentan el poder de las armas y de la coerción legítima en el Estado social y democrático de derecho y cuya prestación del servicio lleva consigo un riesgo inherente.

De hecho, se puede afirmar que en la jurisprudencia de esta Corporación existe una subregla general, según la cual NO se podría declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por aquellos daños que se causen en el ámbito de los riesgos propios del servicio⁶ –y sólo por estos riesgos– habida cuenta que en esos eventos, por un lado, el funcionario asume un riesgo inseparable a la prestación del servicio y, por otro, la relación legal y reglamentaria que liga al miembro de la fuerza pública con el Estado, lo limita a la indemnización o reparación à forfait que se encuentre prevista en el ordenamiento jurídico y, específicamente, en su régimen laboral.

³ El artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales años, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Ibidem

"Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas:"

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras, sentencias del 12 de diciembre de 1996, Exp: 10.437; del 28 de agosto de 1997, Exp: 10.021; del 3 de mayo de 2001, Exp: 12.338, del 2 de mayo de 2002, Exp. 13.247, del 31 de marzo de 2005, Exp. 16237; del 19 de agosto de 2004, Exp. 15791, del 26 de febrero de 2009, Exp. 31842.

Empero, dicha subregla ha sido diferida por la Corporación, en la medida que discrimina entre quienes han asumido los riesgos propios del servicio -soldados profesionales⁷- y quienes en virtud de una obligación de carácter constitucional deben asumirlos -personas que prestan el servicio militar obligatorio⁸.

De similar forma, la jurisprudencia en esta materia ha realizado las siguientes distinciones: i) entre perjuicios causados con ocasión del servicio y los que sufre un agente en el servicio⁹; ii) entre los riesgos que son propios del servicio y aquellos que exceden las cargas normales derivadas de la actividad riesgosa que realizan los agentes encargados de velar por el mantenimiento del orden público¹⁰, caso éste en el cual para que proceda la declaratoria de responsabilidad se requeriría la necesaria verificación de una falla en el servicio. No obstante, el análisis de los riesgos propios del servicio se debe realizar en el marco de las funciones específicas del servicio al cual ha sido asignado el agente¹¹.

Por otro lado, la jurisprudencia ha identificado diversas hipótesis fácticas que van más allá de los riesgos propios inherentes al servicio que presta la fuerza pública, principalmente en el régimen de responsabilidad subjetiva de falla del servicio, en donde ha procedido la declaratoria de responsabilidad del Estado, en los siguientes casos:

i) Por la impericia o imprudencia por parte de los superiores jerárquicos de la víctima directa o incluso de sus compañeros en el uso de las armas de dotación oficial¹²

ii) Las especiales circunstancias de orden público en determinadas zonas del país y en las llamadas tomas de poblaciones por parte de grupos armados al margen de la ley¹³

iii) Daños que se causen por el estado defectuoso de las armas de dotación oficial o por los implementos entregados a los agentes encargados de mantener el orden público¹⁴

iv) Casos en donde las lesiones sufridas se producen como consecuencia de errores tácticos, desconocimiento de medidas de seguridad¹⁵

De lo anterior, podemos concluir que en principio no se podría declarar la responsabilidad del Estado frente a agentes en servicio activo de la fuerza pública, cuando sufren daños con ocasión de la prestación del servicio, ya que aquellos asumen un riesgo inherente, inseparable e intrínseco a sus funciones de mantener el orden público.

No obstante, ello tiene diferentes excepciones que se concretan en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen como consecuencia del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se haya visto sometido el miembro de la fuerza pública afectado, riesgo de mayor entidad que aquel al cual se hayan visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada. (...)”¹⁶

Así, entonces, atendiendo al marco normativo y jurisprudencial reseñado, se procede a analizar el caso concreto para verificar la existencia del daño, su antijuridicidad y si le es imputable jurídicamente a la entidad demandada.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 31 de mayo de 2.007, exp. 16.383 y del 3 de octubre de 2007, exp. 16514.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 3 de marzo de 1989, exp: 5290; del 25 de octubre de 1991, exp: 6465, del 9 de junio de 2010, exp. 17313; del 30 de julio de 2008, exp. 18.725; del 15 de octubre de 2008. exp. 18.586; del 7 de marzo de 2012, exp. 23116.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, exp: 14338.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Exp. 16530.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, Exp. 18371.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 14338, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de enero de 2011, Exp. 18429, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2009, Exp. 31842, C.P. Enrique Gil Botero

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, Exp. 15459.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de marzo de 2005, Exp. 16237.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de junio de 2020, Exp. 51982, C.P. Ramiro Pazos Guerrero

2.5. PRUEBA TRASLADADA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En la Sentencia T-204 de 2018, respecto de la posibilidad de valorar la prueba trasladada al proceso contencioso administrativo, la Corte Constitucional, señaló:

Esta Sala de Revisión considera que (i) la prueba trasladada es un medio probatorio regulado en el Código General del proceso que puede solicitarse en el trámite contencioso administrativo y (ii) de acuerdo con la jurisprudencia -Consejo de Estado y Corte Constitucional- y la doctrina, los jueces no pueden valorar una prueba trasladada ciñéndose de manera literal al artículo 174 del Código General del Proceso, comoquiera que tal lectura no abarca de manera completa todos los escenarios posibles para salvaguardar el derecho de contradicción de las partes, como expresión del derecho fundamental al debido proceso. En este orden de ideas, (iii) para esta Sala no existe duda acerca de que la validez de la valoración de una prueba trasladada depende del ejercicio del derecho de contradicción que se hubiese surtido sobre la misma, ya sea en el proceso de origen o en el que se traslada, pues solo cuando tal derecho esté plenamente garantizado el juez se encuentra autorizado para considerar la prueba de que se trate sin ningún trámite adicional. Así, puede el juez valorar la prueba trasladada sin necesidad de ponerla a disposición de las partes para que la contradigan cuando (i) la misma fue solicitada por las dos en el proceso al que se traslada (demandante y demandado), o a instancia de una de ellas pero con la adhesión o coadyuvancia de la otra, pues en estos casos, aun cuando una de esas partes no hubiese participado en el proceso de origen, la jurisprudencia ha entendido que tanto demandante como demandado conocen el contenido de tal prueba; o (ii) la prueba trasladada es solicitada solo por una de las partes y la parte contra la que se aduce no pudo contradecirla en el proceso de origen, pero esa prueba siempre estuvo visible durante el trámite del proceso al que fue trasladada, es decir, que pudo ejercer su derecho de contradicción. En todo caso, de no encuadrarse la solicitud de la prueba trasladada en alguna de las posibilidades que admiten su valoración sin ninguna otra formalidad, el juez está obligado a realizar una interpretación constitucional del artículo 174 del Código General del Proceso, de manera que permita el ejercicio de contradicción a la parte que lo solicita.

Según lo anterior, en el expediente obran pruebas documentales que corresponden a algunas actuaciones del proceso penal N° 180016000553201301037 obrantes a folios 23 a 52 del cuaderno 1 con ocasión del fallecimiento de un miliciano de las FARC, y tres soldados profesionales Dancio Burbano Cabezas, Gerson Albeiro Ramos Chala y Marceliano Cotacio Otaya, quienes resultaron heridos en el combate sostenido con el grupo armado y al margen de la Ley FARC. Tales actuaciones fueron allegadas con la demanda e incorporadas al plenario en la audiencia inicial 14 de marzo de 2019. Luego, teniendo en cuenta que dicha prueba trasladada fue incorporada al proceso en la oportunidad procesal respectiva advierte el Despacho que en el presente caso es susceptible de aplicación las reglas previstas en los artículos 173 y 174 del CGP.

Efectivamente, el artículo 173 del CGP, precisa que las pruebas para que sean apreciadas por el Juez deben solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades previstas en la Ley. Asimismo, dicha normativa prevé que las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictarse sentencia serán tenidas en cuenta para la decisión con el previo cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción.

Por el contrario, si los medios probatorios decretados que tratan de pruebas trasladadas son allegados al proceso antes de dictarse sentencia, si bien son tenidas en cuenta para la decisión se sujeta al cumplimiento de las reglas previstas en el artículo 174 del CGP.

En tanto que, las pruebas practicadas válidamente en un proceso pueden 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 se debe surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

"(...) en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, hay lugar a tener en cuenta dichas pruebas en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hubieren sido practicadas sin citación o intervención de alguna de las partes en el proceso original y no hubieren sido ratificadas en el nuevo proceso contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹⁷. (...)”¹⁸

En efecto, ello es procedente por cuanto tales documentales fueron aportados por la parte demandante. Y una vez allegadas a este proceso, las partes tuvieron la oportunidad de referirse a ellas, en ejercicio de su derecho de contradicción, sin que hubiera manifestación en contrario respecto de su validez. En esa medida, corresponde al Despacho valorarlas acorde con la convicción que de ellas se derive.

2.6. DE LA TACHA DE TESTIGO

En audiencia del 16 de octubre de 2021 (minutos 47:48 a 48:58 y 1:05:18 a 1:05:59 fls. 225-268 c. 2) la apoderada judicial del Ejército Nacional formuló tacha de testimonio de los señores Marceliano Cotacio Otaya y Gerson Albeiro Ramos Chala, basados en que le asiste interés en las resultas del litigio debido a que fungen como demandantes en procesos de similares características en otras Sedes Judiciales.

El artículo 211 del CGP prescribe que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

Empero, el hecho de los señores Marceliano Cotacio Otaya y Gerson Albeiro Ramos Chala sean parte demandante en procesos de similares circunstancias fácticas a las aquí analizadas, ello per se no afecta la imparcialidad y credibilidad de su testimonio, debido a que de la narración de lo acontecido el día 25 de junio de 2013 el Despacho no advierte manifestaciones dubitativas, ni reticentes que comprometan el mérito probatorio de la declaración. Inclusive los testimonios tachados no discrepan de la valoración con los demás elementos probatorios obrantes en el proceso, porque que de lo narrado coincide con lo probado en el Informe Administrativo por Lesiones N° 11 de 2013 (fol. 229 c. 2), como con el Informe Ejecutivo – FPJ-4- Actuación del Primer Respondiente e Informe del Investigador de Campo – FPJ – 11 – contentivo de las entrevistas realizadas a Edison Andrés Santos Tapias, Dancio Francisco Burbano Cabezas y Gerson Albeiro Ramos Chala (fls. 39 - 52 c. 1).

Así pues, es importante resaltar que tales nexos no pueden partir de una suposición, sino que deben ser acreditados, y deben de alguna manera afectar al *thema decidendum* del presente medio de control de reparación directa. En consecuencia, la tacha será desestimada y los referidos testimonios ha de ser valorados junto con los demás medios probatorios.

¹⁷ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789, entre otras.

¹⁸ Sentencia 10 de noviembre de 2017 del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección “A”. Reparación Directa No. 47001-23-31-000-2010-00494-01(42557). Actor: Solma Nieto Borrego y contra la Fiscalía General de la Nación M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E).

2.7. CASO EN CONCRETO

2.7.1. Sobre los hechos relevantes acreditados

De acuerdo con los medios de prueba obrantes en el proceso, aparecen demostrados los siguientes hechos relevantes:

- Informe Ejecutivo – FPJ – 3 – del 25 de junio de 2013 (fls. 34 – 38 c. 1).
- Informe del Investigador de Campo – FPJ – 11 – contentivo de las entrevistas realizadas a Edison Andrés Santos Tapias, Dancio Francisco Burbano Cabezas y Gerson Albeiro Ramos Chala (fls. 39 - 52 c. 1).
- Informe Pericial de Clínica Forense N° DSCQT – DRSUR – 02107 – 2013, el cual hizo alusión a heridas causadas para la época de los hechos planteados en la demanda (fls. 53 – 54 c. 1).
- Historia clínica contentiva de diferentes atenciones médicas dadas en el servicio de salud en la Clínica Medilaser S.A. correspondiente a la hospitalización comprendida entre los días 25 de junio hasta el 5 de julio de 2013 (fls. 55 – 60 c. 1), siendo tratadas las heridas del soldado profesional sin evidenciar facturas por parte de los médicos tratantes ni lesiones neurovasculares.
- Oficio n° 20193390882691 del 13 de mayo de 2019 procedente del Director de Sanidad del Ejército Nacional, por medio del cual informó que en el Sistema Integrado de Medicina Laboral – SIML – no existe expediente médico laboral e hizo alusión que esta situación es por la omisión del propio accionante (fls. 220 – 222 c. 2).
- Informe Administrativo por Lesiones N° 011/2013 contentivo de la narración de los hechos en los siguientes términos (fl. 229 c. 2):

"De e acuerdo al informe rendido por el señor Subteniente RESTREPO JIMENEZ FABIAN FERNANDO, comandante compañía EXDE, donde narra los hechos sucedidos con el SLP. BURBANO CABEZAS DANCIO, quien se encontraba agregado al Pelotón Fénix 2, como equipo EXDE, siendo las 00:20 horas del día 25 de junio de 2013, en desarrollo de la misión táctica Justiciero 6 de control territorial, en el Corregimiento San Pedro Vereda Norcacia, coordenadas 01'44'50" 75°26'59", durante combate de encuentro con el frente tercero ONT FARC, resulta herido mencionado soldado, presentando herida de brazo derecho y pierna derecha por esquirlas. Posteriormente, se efectuó la evacuación helicoportada, trasladado a la clínica Medilaser.

IMPUTABILIDAD: De acuerdo al Art. 24 Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000. (...)"

- Orden de operaciones N° 06 "Justiciero" dada en el marco de la orden de operaciones "República" de la Décima Segunda Brigada (fls. 237 – 250 c. 1) contentiva de la misión dada a partir del 1 de junio de 2013 al Batallón de Ingenieros N° 12 "General Liborio Mejía" con sus Unidades Fundamentales y Pelotones agregados operacionalmente, en coordinación con la Policía Nacional y demás organismos de seguridad del Estado, con el fin de desarrollar operaciones sucesivas, ofensivas, sincronizadas y coordinadas de guerra irregular en los corregimientos de El Caraño, Santo Domingo, San Pedro, San Martín, El Danubio, Ortegua, Venecia del Municipio de Florencia Caquetá, entre otras jurisdicciones que se hubieran llegado a necesitar para operar en coordinaciones con las otras unidades tácticas adyacentes, las estructuras del Sistema Rival Frente 3, y Grupos Armados al Margen de la ley, con el fin de contribuir para acelerar su derrota militar,

forzar su desmovilización y desarme, haciendo uso de la fuerza de acuerdo al marco jurídico aplicable, velando por el respeto y protección de DDHH y del DIH.

- Anexo de inteligencia de la Orden de Operaciones “Justiciero” (fls. 258 – 265 c. 1).
- Testimonio de los soldados profesionales Marceliano Cotacio Otaya y Gerson Albeiro Ramos Chala recibido en audiencia de pruebas celebrada el 19 de octubre de 2019 (fls. 266 – 268 c. 12).

2.7.2. De la acreditación del daño

El daño es entendido como *“la lesión del derecho ajeno, consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja”*¹⁹. Este concepto señala dos situaciones, la primera consiste en que el daño es la lesión del derecho ajeno; y la segunda, que el daño conlleva o genera una merma patrimonial, haciendo referencia a sus consecuencias negativas o adversas.

Sobre los elementos del daño, el Consejo de Estado²⁰ ha indicado que este existe en la medida que cumpla varias características, una de ellas es que sea cierto; es decir, que no puede ser hipotético o eventual; así mismo debe ser personal, en atención a que lo haya sufrido quien manifieste el interés sobre su reparación; subsistente, en razón a que no haya sido reparado; y antijurídico, en la medida en que no esté en la obligación de soportarlo.

En el sub lite, alega la parte demandante que el daño consiste en las graves heridas en codo derecho y muslo derecho que sufrió el señor Dancio Francisco Burbano Cabezas cuando estaba agregado al pelotón Fénix 2 como equipo EXDE y durante el desarrollo de una misión táctica de control militar en la vereda Norcasia del corregimiento de San Pedro de Florencia, Caquetá, en donde fueron objeto de un ataque subversivo impetrado por los Frentes 3 y 15 del grupo al margen de la Ley ONT FARC.

Según lo anterior, y de acuerdo con los criterios jurisprudenciales señalados por el Consejo de Estado, es pertinente analizar si en el sub lite se encuentra debidamente acreditada la existencia del daño, como primer elemento de responsabilidad del Estado, para luego verificar si le es imputable a las entidades demandadas, pues de no estarlo, haría inoficioso la continuación del análisis de la responsabilidad deprecada.

En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos en los que resultó lesionado el señor Dancio Francisco Burbano Cabezas aparece demostrado con el Informe Administrativo por Lesiones N° 011/2013 junto con las declaraciones de sus compañeros Gerson Albeiro Ramos Chala y Marceliano Cotacio Otaya que a las 00:20 horas del día 25 de junio de 2013, en desarrollo de la misión táctica Justiciero 6 de control territorial, en el Corregimiento San Pedro Vereda Norcasia, en coordenadas 01°44'50" 75°26'59", que tuvieron un combate con el Frente 3 de las ONT FARC, en donde resultó herido soldado en el brazo derecho y la pierna derecha por esquirlas de una explosión.

Entonces en lo que concierne a las lesiones, advierte el Despacho que en la historia clínica contentiva de la hospitalización comprendida entre los días 25 de junio hasta el 5 de julio de 2013 (fls. 55 – 60 c. 1) allí se da cuenta del tratamiento de las heridas, sin que se evidenciara fracturas en la radiografía de codo y fémur derecho, sin signos de lesión neurovascular y con movilidad distal adecuada. Aunado a ello, del Informe Pericial de Clínica Forense N° DSCQT – DRSUR – 02107 – 2013 (fls. 53 – 54 c. 1) realizado hasta el

¹⁹ Fernando Hinestrosa Forero. Derecho Civil obligaciones. Pág. 538

²⁰ Entre otras: Sentencia 14 de marzo del 2012. Rad. 21859 C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia 1 de julio del 2015. Rad. 30385 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

día 25 octubre de 2013, la médica legal refirió una cicatriz de 2 x 3 cm en codo derecho, dolor en los últimos grados de movilidad de articulación del hombro derecho y cicatriz antigua tipo "queloide" sin más observaciones.

Ahora, pese a que en la demanda se indicó que, como consecuencia del combate, el señor Dancio Francisco Burbano Cabezas resultó herido en su codo y en el muslo derecho, lo que al parecer le dejó cicatrices, de tales circunstancias fácticas no es posible establecer cuáles fueron las secuelas generadas por dichas heridas al aquí demandante y si estas conllevaron a la disminución de la capacidad física.

Para la demostración de tales secuelas y su eventual incidencia en su capacidad laboral, resultaba pertinente una valoración por medicina laboral. Y pese a que este Despacho, en cuatro oportunidades durante la audiencia de pruebas, insistentemente requirió al aquí demandante para la práctica de esta prueba, finalmente no cumplió con su carga procesal; razón por la cual, se tuvo por desistido el oficio dirigido a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, el cual tenía por objeto la realización de la valoración médica del señor Dancio Francisco Burbano Cabezas.

Nótese que es el mismo demandante Dancio Francisco Burbano Cabezas que en el curso del proceso no acreditó su interés en llevar a cabo realización de la valoración médica por la Junta Médica Laboral, lo que implica que no cumplió con la carga probatoria para demostrar el daño.

No se desconoce que en medio del combate pudo haberle generado las heridas que él refirió, no obstante, en la historia clínica de los servicios prestados por la Clínica Medilaser S.A. los médicos tratantes descartaron fracturas y lesiones neurovasculares. En esa medida, no se podría concluir que las molestias de dolor que hoy día dice sufrir, sean a consecuencia del incidente acaecido el 25 de junio de 2013. En efecto, si bien las cicatrices leves pudieron presentarse a raíz de los hechos, ello no implica una merma en la capacidad laboral del señor Dancio Francisco Burbano Cabezas en razón a que no fue realizada la respectiva valoración médica respectiva. En todo caso, se itera la negligencia del accionante para acreditar la certeza del daño que alega en la demanda.

En ese sentido, considera el Despacho que la sola afirmación que hizo el demandante, en sí misma no demuestra el daño, consistente en la afectación a su salud por las lesiones acaecidas para el día de los hechos, pues no resulta ser el medio idóneo para su acreditación. Así, entonces, por la negligencia o incuria del demandante no se logró demostrar la certeza del daño.

Tal hecho pone de presente la diferencia conceptual entre el hecho-dañoso y el daño-consecuencia o perjuicio. El primero hace referencia al evento, al fenómeno que acontece en la persona; en tanto que el perjuicio es la consecuencia del hecho dañoso en su dimensión económica. Así, entonces, en el caso del señor Dancio Francisco Burbano Cabezas se dio cuenta en este proceso de que un hecho dañoso le sucedió (heridas en el codo derecho y muslo derecho), pero la comprobación del daño o perjuicio en su dimensión económica (disminución de la capacidad laboral), se debía acreditar con la valoración médica por parte de la Institución Castrense. Pero, se itera, nada de ello se logró demostrar dentro del proceso porque no cumplió con la carga procesal de llevar a efecto tal diligencia ante el Área de Medicina Laboral de la Dirección Sanidad del Ejército Nacional.

En asuntos de responsabilidad de Estado el primer elemento estructural que debe ser demostrado es la existencia del daño en sus aspectos cierto y personal, pues de no estar presente torna inoficioso avanzar con el estudio de la imputabilidad. La lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene por qué ser favorecida con una condena que no corresponda. Bien se sabe que el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad.

Según lo anterior, para el Despacho no existe certeza del daño alegado en la demanda, lo cual era obligación de la parte demandante demostrarlo, pues *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso. En ese orden de ideas, como no fue acreditado en debida forma el daño, hace imposible avanzar con el análisis de la imputación del mismo²¹. En consecuencia, se liberará de responsabilidad a la entidad demandada y se denegarán las pretensiones de la demanda.

2.6. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, en aplicación del criterio objetivo valorativo señalado por el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso, debe verificarse si hay lugar a condena en costas a la parte vencida.

Se habla de un criterio *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse. Y es *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, tal y como lo ordena el CGP. En consideración a lo anterior, dado que no aparece acreditada su causación, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida.

De otra parte, el 8 de febrero de 2021 la abogada Tatiana Andrea López González, vía correo electrónico allegó sustitución de poder a la profesional del derecho Zulma Yadira Sanabria Uribe²² para actuar en representación judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional (doc. N° 14 exp. Digital). Por consiguiente, se le reconocerá personería en los términos y efectos del poder de sustitución referido.

Con posterioridad, el 3 de marzo de 2021 la abogada Zulma Yadira Sanabria Uribe allegó poder principal conferido por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional para actuar en representación judicial de la entidad en los términos y efectos del apoderamiento allí contenido (doc. N° 18 exp. digital). Por lo tanto, se tendrá por revocado el poder conferido a la abogada Tatiana Andrea López González. En tal virtud, se mantiene vigente la personería jurídica reconocida a la abogada Zulma Yadira Sanabria Uribe en los términos y efectos del poder conferido (doc. N° 18 exp. Digital).

De otro lado, se impartirá orden a Secretaría para que proceda a dar estricto cumplimiento a lo ordenado en el numeral 3° de la audiencia celebrada el 19 de febrero de 2020 (fol. 287 c. 2) en el sentido de realizar el desglose del CD-R incorporado a folio 269 del c. 2.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado (35) Administrativo del Circuito De Bogotá - Sección Tercera**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DESESTIMAR la tacha de los testigos Gerson Albeiro Ramos Chala y Marceliano Cotacio Otaya por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: SIN CONDENA en costas, por lo expuesto en la parte motiva.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 5 de febrero de 2021 Exp.50947. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ

²² Consulta de vigencia efectuada en la página de la Rama Judicial – Registro Nacional de Abogados- Certificado de Vigencia generado bajo el consecutivo N° 572200

CUARTO: Por Secretaría del Juzgado, procédase a la notificación de la sentencia en la forma dispuesta en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011.

QUINTO: De no ser apelada la presente providencia y ejecutoriada la misma, por Secretaría, expídase copia auténtica del fallo en mención una vez pagada la suma pertinente para dicho trámite y realícese el archivo del expediente, haciéndose las anotaciones del caso.

SEXTO: En firme esta sentencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso y, en caso de existir remanentes, entréguese a la parte interesada.

SÉPTIMO: RECONOCER personería a la abogada Zulma Yadira Sanabria Uribe para actuar como apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional en los términos y efectos de la sustitución del poder allegado vía correo electrónico el 8 de febrero de 2021 (doc. 14 exp. digital).

OCTAVO: Tener por revocado el poder conferido a la abogada Tatiana Andrea López González con ocasión al nuevo apoderadamiento dado por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a la profesional del derecho Zulma Yadira Sanabria Uribe (doc. N° 18 exp. Digital).

NOVENO: Reconocer personería a la abogada Zulma Yadira Sanabria Uribe²³ para actuar en representación judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional en los términos y efectos del poder conferido (doc. N° 18 exp. Digital).

DÉCIMO: Por Secretaría, dese estricto cumplimiento a lo ordenado en el numeral 3° de la audiencia celebrada el 19 de febrero de 2020 (fol. 287 c. 2) en el sentido de realizar el desglose del CD-R incorporado a folio 269 del c. 2.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO
JUEZ**

DMAP

²³ Consulta de vigencia efectuada en la página de la Rama Judicial – Registro Nacional de Abogados- Certificado de Vigencia generado bajo el consecutivo N° 572200

Firmado Por:

Jose Ignacio Manrique Niño

Juez

Juzgado Administrativo

035

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3e151f82f0353e33538d4e8c46338ea865fc4aa79a63572ef7e83595740c896d**

Documento generado en 01/12/2021 04:37:18 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>